

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Carolina Maria Gris de Freitas

**A IMPORTÂNCIA DO ARTIGO 1º DO NOVO CPC NA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

SÃO PAULO

Carolina Maria Gris de Freitas

**A IMPORTÂNCIA DO ARTIGO 1º DO NOVO CPC NA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Curso de Pós-graduação,
como parte dos requisitos para conclusão da
Especialização em Direito Processual Civil,
sob orientação do Professor Cassio
Scarpinella Bueno.

São Paulo – SP
Outubro de 2016

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Caterina e Orlando. Sou eternamente um pedaço de vocês e nada seria capaz de me dar mais orgulho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, que sempre esteve presente e me apoiou incondicionalmente. É para vocês que, principalmente, dedico este trabalho como desfecho de mais uma conquista que obtivemos juntos. É mais um ciclo que fechamos, mais um dos muitos que já passaram e que ainda passarão.

Destaco um especial agradecimento para minha mãe, Caterina Gris de Freitas, uma advogada exemplar que consegue conciliar seu papel de mãe responsável por cinco filhos criados com muita batalha, mas, acima de tudo, com um amor incondicional e imensurável. Impossível o alcance da retribuição diante de tanta entrega, face tudo que já foi feito e ainda faz para o meu bem, sem contar toda a história envolvendo meus outros quatro irmãos. Uma pessoa que se traduz em amor e carinho, mas ao mesmo tempo em força e otimismo diante dos diversos obstáculos que a vida impõe. Mesmo diante de sua segunda batalha contra o câncer, que vive no momento, é capaz de ainda transmitir paz e conforto para todos que ama. O amor e a gratidão que nutro por você são indescritíveis, fica então a mensagem de admiração, respeito, amor e cuidado que busco transmitir diariamente ao seu lado, ainda mais em um momento como o atual, obrigada.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno, um dos grandes responsáveis por toda a paixão que nutro pelo ramo do Direito. Exerce função nobre com qualidade, não simplesmente explica ou demonstra, mas é capaz de produzir inspiração, se conectando a eternidade diante de seus ensinamentos passados adiante.

Agradeço, por fim, a amiga de todas as horas, Ingrid Larissa Aki Nakamura, que se mostra como companheira nos momentos bons ou ruins. Ombro amigo que me deu forças para seguir em frente e nunca desistir de meus sonhos. Capaz de gerar esperança e motivação, mesmo nos momentos mais difíceis.

EPÍGRAFE

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar.” Martin Luther King.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu após mais de quatro anos de tramitação legislativa e é o primeiro a ser concebido em regime democrático. Integrante do Direito Público, ele disciplina o exercício da jurisdição, função de soberania de um Estado que tem como pretensão produzir segurança e justiça nas relações sociais. O Processo Civil foi estabelecido e estruturado pela ordem jurídica, devendo ser compreendido por meio de um diálogo interdisciplinar que envolve o Direito Processual e a Teoria Geral do Direito, O Direito Constitucional e o respectivo Direito material. Dessa forma, embasado nos princípios da Constituição Federal, ele garante a proteção dos direitos e garantias fundamentais quando violados. Nesse estudo buscamos observar a relevância do artigo 1º do Novo Código de Processo Civil para a constitucionalização do processo, destinado à solução de conflitos de interesses e realização concreta dos direitos atribuídos pela legislação.

Palavras chave: Constituição Federal, Art. 1º do NCPC, constitucionalização do processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 – A ORIGEM DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

1.1 As fontes do Direito Processual Civil	8
1.2 O Processo Civil brasileiro	11
1.3 O Novo Código de Processo Civil	14

CAPÍTULO 2 – A CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS PROCESSUAIS

2.1 Os direitos fundamentais	19
2.2 As Garantias constitucionais processuais	22
2.3 A força principiológica no novo Código de Processo Civil	26

CAPÍTULO 3 – O ARTIGO 1.º DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Considerações iniciais	30
3.2 Uma breve interpretação do artigo 1.º do Código de Processo Civil	32
3.3 A importância do Artigo 1º na Constitucionalização do Processo Civil	35

CAPÍTULO 4 – O MODELO CONSTITUCIONAL

4.1 O processo justo	38
4.2 A constitucionalização do Processo Civil	43

CONSIDERAÇÕES FINAIS

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Processual é uma forte característica do Direito contemporâneo. Passamos a ter a incorporação de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais, aos textos constitucionais, bem como as normas processuais infraconstitucionais passaram a ser responsáveis pela concretização das disposições constitucionais.

Seguindo esse racional, observamos o que disciplina o Código de Processo Civil de 2015, em seu Artigo 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”¹.

Logo, a atuação de todos os que direta ou indiretamente participam do processo deve se pautar nas normas constitucionais, pois estas estabelecem as diretrizes para o Processo Civil brasileiro.

Nessa linha, o presente trabalho abordará a constitucionalização do processo e a importância da disposição do artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015 sobre este tema. Assim, pretende-se demonstrar se mencionada regra é supérflua ou se terá algum impacto teórico ou prático para a dinâmica do Processo Civil.

¹ Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.

CAPÍTULO 1 – A ORIGEM DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

1.1 As fontes do Direito Processual Civil

Cabe iniciarmos os estudos abordando as fontes do direito em geral, que são as fontes imediatas, que englobam a lei e os costumes, e as fontes mediatas, que englobam a doutrina e jurisprudência. Como o direito processual integra o direito público, a lei acaba se demonstrando como sua principal fonte.

Sobre o assunto, segue a lição de Miguel Reale:

“Por "fonte do direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”.²

Em um primeiro momento, temos a lei processual civil como fonte, pois é esta que regula o processo civil, do ponto de vista da forma, dos modos e dos termos do desenvolvimento da relação processual ou da tramitação do processo em juízo.

Nesse ponto, além de nosso atual Código de Processo Civil, existem diversas leis extravagantes que disciplinam de forma paralela temas sobre o mesmo ramo. O Código busca a regulação exhaustiva dos procedimentos nele contidos e preenche, de forma suplementar, as lacunas de referidas leis.

Sobre o tema, menciona Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”.³

A Constituição Federal de 1988 estabelece o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1.^{o4}, em tal concepção o processo integra uma sistemática normativa dentro da Constituição que inclui o acesso à Justiça e os mecanismos de devido processo legal entre os direitos fundamentais.

Os princípios que regem o processo dentro da ordem constitucional restam disciplinados como direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, independentemente de

² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140.

³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 233.

⁴ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa”.

qualquer regulamentação, a aplicabilidade ocorre de forma imediata⁵, razão pela qual os princípios assumem a categoria de norma jurídica.

Até por isso o Art. 1º do Código de Processo Civil já esclareceu que o acesso à Justiça e a tramitação do processo têm de observar não só as leis processuais comuns, mas também as regras e princípios fixados na Constituição Federal.

Logo, a principal fonte do direito processual é a lei em sentido amplo, em especial destaque a Constituição. Segundo Hans Kelsen:

“Os graus mais próximos à Constituição são as normas gerais produzidas no processo legislativo, cuja função consiste não só em determinar os órgãos e o processo do conteúdo das normas individuais, comumente ditadas pelos tribunais e pelas autoridades administrativas, mas também, e principalmente, o conteúdo das mesmas”.⁶

No mais, insta destacar que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não são taxativos, pois estão inclusos outros princípios implícitos, além dos direitos assegurados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte⁷.

Inclusive, foi criado capítulo novo no Código de Processo Civil de 2015 intitulado de “Da Cooperação Internacional”, do artigo 26 a 41, em que se busca facilitar o exercício da jurisdição que ultrapasse os limites do território nacional.

Nessa perspectiva, os tratados internacionais integram como fonte de normas processuais, e assim são reconhecidos como normas superiores as normas internas infraconstitucionais, inclusive capazes de revogar leis locais incompatíveis com sua instrução⁸. Sobre esse assunto, o artigo 13 do Código de Processo Civil de 2015 fez menção expressa de aplicabilidade⁹.

Nesse racional temos ainda os costumes que influenciam a atuação neste ramo do direito. Leciona sobre o tema Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“Em suma, o costume, como fonte das normas consuetudinárias, possui em sua estrutura, um elemento substancial - o uso reiterado no tempo - e um elemento relacional - o processo de institucionalização que explica a formação da convicção

⁵ CF/88, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9ª ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 133-134.

⁷ CF/88, Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸ RE 349.703/RS: Art. 904 do CPC/73 afastado por incompatibilidade com o Art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e Art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – banimento da “prisão por dívida”.

⁹ CPC/15: Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”.¹⁰

O costume foi incluso no texto legal, ou seja, considerado válido por lei e com eficácia obrigatória. Alguns exemplos sobre sua aplicabilidade são os artigos 187¹¹ e 1.638¹², inciso III, do Código Civil Brasileiro.

Sobre as fontes mediatas, temos a doutrina e a jurisprudência como relevantes fontes do direito processual civil, colaborando para a elaboração das normas jurídicas e solução dos litígios no Poder Judiciário.

Como diz Maria Helena Diniz:

“A doutrina é formada pela atividade dos juristas, ou seja, pelos ensinamentos dos professores, pelos pareceres dos juristas, pelas opiniões dos tratadistas”.¹³

E Miguel Reale:

“Pela palavra "jurisprudência" (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.¹⁴

Ambas influenciam o mundo processual para fixação de conceitos, principalmente diante da incoerência, obscuridade, imprecisão terminológica e qualquer outra falha humana que venha ocorrer quando o legislador emite um texto legal. Tais pontos são frequentemente superados pela doutrina e/ou jurisprudência, inspirando a remodelação das normas jurídicas expressas.

A própria Constituição menciona a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de constitucionalidade além da lei processual ordinária autorizar o julgamento de recursos com fundamento na jurisprudência dominante. No mais, temos ainda a aplicação de súmulas vinculantes¹⁵, o que denota aproximação de nosso sistema jurídico ao do *common law*¹⁶.

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 242

¹¹ CC/02: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹² CC/02: Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

¹³ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 323

¹⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167.

¹⁵ CF/88: art. 103-A, EC 45/2004

¹⁶ “O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *Civil law* e *common law*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009).

De qualquer forma, mesmo diante dessa aproximação, cabe destacar que a jurisprudência não se equipara a lei, uma vez ser fundamental o princípio da legalidade, que traz a primazia da lei, até para que sirva como freio ao autoritarismo do Poder Público¹⁷.

Isso se dá diante do fato dos precedentes da jurisprudência se construírem a partir da lei ou do direito positivo *lato sensu*. Logo, embora possa esta atuar com força vinculativa *erga omnes*, ela nunca poderá revogar lei ou abstrair sua existência.

Dessa forma, a atividade jurisprudencial criativa é limitada à otimização da lei, sendo que os precedentes e súmulas, como fontes complementares do direito, sempre deverão interpretar e aplicar a lei e os princípios regulamentados.

Por fim, cabe mencionar que com a constitucionalização do processo os princípios fundamentais adquiriram força de norma equivalente a da lei, ou seja, sua aplicação independe de lacuna no ordenamento jurídico.

Na concepção contemporânea deve ocorrer a aplicação simultânea da lei e dos princípios gerais de ordem constitucional. Somente na hipótese de se tratar de princípios ordinários é que não temos a modificação do efeito das regras infraconstitucionais, nesses casos a lei tem força para afastá-los.

1.2 O Processo Civil brasileiro

Com base nos elementos históricos do processo civil brasileiro que podemos compreender de como se deve estruturar o direito processual nos dias de hoje. Essa perspectiva de análise ganha relevância diante da recente vigência do Código de Processo Civil de 2015.

A criação de um Código de Processo Civil nacional foi uma exigência iniciada pela Constituição de 1934. Com a competência da União para legislar sobre processo, destacou Grinover:

“ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de um novo Código de Processo Civil; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa”.¹⁸

Dessa forma, em 1939 é que foi editado um Código de Processo Civil¹⁹ com aplicação nacional, muito baseado nos códigos europeus e nas teorias de Chiovenda. Como

¹⁷ CF/88: Art. 5º, II.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, Teoria Geral do Processo, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

¹⁹ CPC 39 – Decreto-lei 1.608/1939, com vigência a partir de 1º de março de 1940.

preconizava Chiovenda, uma característica importante foi a adoção do princípio da oralidade, com a previsão de um sistema de recursos e procedimentos especiais.

Ocorre que logo se começou a cogitar um novo Código, diante das adversidades práticas enfrentadas com o dispositivo vigente. Surge, então, a Lei 5.869/1973 que promulgou o Código de Processo Civil que restou vigente até 2015, sob influência de Liebman.

O Código de Processo Civil de 1973 teve como um de seus principais elaboradores Alfredo Buzaid, havendo influência, principalmente, da doutrina italiana. Assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual, consagrando-se a tríplice divisão do processo civil em “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”, ou seja, três modalidades para o Estado prestar a tutela jurisdicional.

As bases de Código foram expostas na Exposição de motivos, assinada por Alfredo Buzaid, à época Ministro de Justiça:

“Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”.²⁰

O processo civil idealizado no Código em questão possuía marcante caráter individual, pois tudo se desenvolvia a luz da individualidade de um sujeito ativo e um passivo. No mais, o Código se mostrou pouco eficiente para lidar com os problemas operacionais e administrativos do Poder Judiciário, sem contar o aumento da complexidade normativa ao longo dos anos.

Em 1988, com a Constituição, houve o incremento processual diante dos diversos princípios processuais constitucionais. Com isso, sentiu-se a necessidade de adaptação às novas concepções que valorizavam o social e expunham direitos coletivos e difusos.

A determinação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988 motivou reformas que visassem a socialização do processo civil²¹.

Nicoló Trocker apontava o Direito à Tutela Jurisdicional como derivativo dos preceitos insculpidos da Constituição²² e foi assim que a doutrina brasileira começou a apontar a Constituição Federal como protetora de uma série de garantias processuais²³.

²⁰ BUZOID, 1943, cap. 3, §I, v. 5. Na abertura de sua exposição, a famosa frase de Giuseppe Chiovenda é utilizada: “*Convien decidersi a uma riforma fondamentale o rinunciare Allá speranza di um serio progresso*”.

²¹ <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>

²² Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974

²³ Grinnover, Ada Pellegrini. Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 24

A Constituição de 1988, muito em razão da redemocratização e dos novos direitos previstos em lei, fez com que acontecesse um aumento na litigância, acarretando a morosidade e o abarrotamento do Poder Judiciário.

Apesar de leis realizarem alterações no Código em aspectos pontuais já a partir de 1973, pode-se considerar que sua vigência foi plena até o advento de três significativas leis reformistas do Código de Processo Civil, quando se acelerou a onda reformista de 1990.

Mencionas leis reformistas seriam a Lei 8.952, de 1994, que trouxe a alteração de dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar; a Lei 10.444, de 2002, que modificou, em suma, a Antecipação de tutela, a Execução provisória e os efeitos da sentença; por fim a Lei 11.232, de 2005, que estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e modificou a execução fundada em título executivo judicial.

As reformas iniciaram-se visando organizar um processo justo capaz de outorgar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos²⁴. Foram introduzidos o sincretismo entre a atividade de conhecimento e aquela destinada à realização prática dos direitos e a inserção de técnicas processuais antes exclusivas dos procedimentos especiais no procedimento comum como, por exemplo, a tutela antecipada.

No mais, alguns importantes exemplos foram a modificação do agravo de instrumento, o aumento dos poderes dos relatores, diante da possibilidade de decisões monocráticas, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a criação da ação monitória, a ampliação dos títulos executivos etc.

As reformas no Processo Civil configuraram um novo modelo de legislação processual civil, muito mais preocupado com a efetividade da tutela dos direitos do que com a demasiada segurança da posição jurídica do demandado.

São breves exemplos dessa busca a separação radical entre o Processo de Conhecimento e o Processo de Execução, a concentração de toda tutela de urgência no Processo Cautelar e a reserva de determinadas técnicas processuais diferenciadas para os Procedimentos Especiais.

Pode-se resumir que as modificações tinham como principal objetivo acelerar a prestação jurisdicional para torná-la mais econômica, desburocratizada, flexível e efetiva no alcance dos resultados práticos para as partes litigantes.

²⁴ CF: “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”.

Dessa forma, abandonou-se a preocupação exclusiva com conceitos e formas “para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera”²⁵. No mais, o processo “deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção”²⁶.

Já dizia Chiovenda:

“O processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.²⁷

Seguindo esse racional, a observância dos procedimentos previstos no Código de Processo Civil, se justifica apenas enquanto garantias do contraditório e da ampla defesa, com a finalidade de função pacificadora, não podendo embaraçá-la ou protelá-la em prol do mero formalismo.

Portanto, o processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito²⁸. Nessa linha, Flávio Luiz Yarshell adverte que:

“...é hora de revigorar a ideia de fungibilidade, quer em matéria recursal, quer em relação aos diferentes remédios ou meios de impugnação. A hora é de ter clara a ideia de que o processo não é, e não pode ser, um caminho repleto de armadilhas e de surpresas. A hora é de ponderação e de prestigiar a boa-fé e a segurança da relação, que, via processo, se estabelece entre cidadão e o Estado”.²⁹

Com esse espírito vigorando no movimento reformador, em 2009 tivemos a nomeação da comissão, pelo Senado, com onze juristas, para elaborar um anteprojeto de novo Código de Processo Civil, presidida por Luiz Fux, Ministro do STJ.

1.3 O Novo Código de Processo Civil

Sobre o histórico acima, pode-se concluir que a doutrina do Direito Processual foi marcada pela evolução científica em três fases: 1ª) o processo seria considerado como mero apêndice do direito material; 2ª) marcado pela fixação de conceitos, entendendo-se que o ramo seria autônomo e integrante do Direito Público; e 3ª) entendida como instrumentalista por haver dedicação para uma prestação jurisdicional mais célere, sem o afastamento dos

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos S. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese para concurso de Professor Titular, USP, São Paulo, 2005, p. 13.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos S. Op. Cit., p. 13.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, 3 ed. São Paulo; Saraiva, 1969, v. 1, n. 12, p. 46.

²⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 1.185.390/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 27.08.2013, DJe 05.09.2013.

²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Alterações na legislação processual e segurança jurídica. Carta Forense, n. 50, p. 6, jul./2007.

princípios basilares do direito processual que trazem a segurança na atuação, influenciadora do Novo Código na busca pela efetividade do processo.

O próprio Luiz Fux informou que o projeto manteve os mesmos fundamentos técnicos do movimento reformista gestado a partir da década de 1990, para adequação ao movimento de acesso à justiça³⁰.

A tramitação inaugural do Novo Código de Processo Civil se deu com a apresentação do Anteprojeto preparado pela Comissão de Juristas composta por Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho.

Com a conclusão do anteprojeto, este foi enviado ao Senado na forma do Projeto de Lei 166/2010. Havendo pouco debate no Senado, ainda em 2010 o texto foi aprovado com poucas alterações, tendo sido encaminhado para a Câmara na forma do Projeto de Lei 8.046/2010.

A exposição de motivos esclarece que o projeto se orientou “por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

Tal diretriz demonstrou a valoração do Estado Democrático de Direito, com inspiração nos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, visando a concepção de um processo justo, embasado na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

Afirma Sarmento:

“no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípio e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado,

³⁰ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz *et al.* (coord.). O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 2.

que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social”.³¹

Mencionada tutela efetiva poderia ser tida como aquela capaz de conceber total adequação aos preceitos do direito material dentro de prazo razoável e com observância a economia processual, assegurando o contraditório e a ampla defesa³².

O projeto em questão propôs uma redivisão dos livros do Código de Processo Civil, ou seja, ao invés de serem cinco livros, como era no Código de Processo Civil de 1973 (Livro I – do Processo de conhecimento – Arts. 1º a 565, Livro II – Do Processo de Execução – Arts. 566 a 795; Livro III – Do Processo Cautelar – Arts. 796 a 889; Livro IV – Dos Procedimentos Especiais – Arts. 890 a 1210; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 1211 a 1220), o Projeto de Lei 166/2010, e posterior Projeto de Lei 8046/2010, apresentou cinco novos livros (Livro I – Parte Geral – Arts. 1º a 291 – que engloba as tutelas de urgência e evidência em seus arts. 266 a 286, com supressão do livro do processo cautelar; Livro II – Do Processo de conhecimento – arts. 292 a 729 – com absorção das fases de cumprimento e dos procedimentos especiais; Livro III – Do Processo de Execução – Arts. 730 a 881; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais – Arts. 882 a 998; Livro V – das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 999-1008).

Notou-se que o Projeto de Lei 8046/2010, muito em razão da influência da doutrina após a Constituição de 1988, tentou transmitir em seus doze primeiros artigos a ideia de constitucionalização do processo, porém observou-se se tratar de uma aposta pouco consistente.

Em contrapartida, um bom resultado foi o aspecto democrático do princípio do contraditório, no qual se passou a prever uma garantia de participação com influência e de não-surpresa³³.

Quando na Câmara, em Abril de 2011, por iniciativa do Ministério da Justiça brasileiro, ocorreu a abertura de um site na internet³⁴ para um debate público sobre o Projeto de Lei 8.046/2010, o que permitiu a participação de centenas de interessados.

³¹ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. In: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, pp. 278-279.

³² CF/88: Art. 5º, LXXVIII.

³³ NUNES, Dierle José Coelho. Comparticipação e policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte: tese, 2008, pp. 171-176.

³⁴ <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

Somente em 2014 a versão final foi aprovada pela Câmara, havendo o regresso para o Senado, quem propôs o texto, ainda mais diante de diversas alterações realizadas nesse meio tempo, enquanto o projeto estava aos cuidados da Câmara.

Doutrinadores entendem que na Câmara dos Deputados o projeto foi aprimorado e se aproximou das premissas da constitucionalização e democratização do processo. Um exemplo dessa argumentação foi o caso da previsão que deixava de vangloriar o protagonismo do juiz, advogados e partes para passar a fomentar a participação e importância técnica de todos integrantes do sistema processual.

Porém, importante destacar, que a Câmara supriu importante previsão constante no atual artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015 que encabeçava a constitucionalização do processo, a qual foi restabelecida pelo Senado. Sobre o assunto, Scarpinella comenta:

“A Câmara havia subtraído a previsão, colocando, em seu lugar, a previsão de que ‘o processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código’. Tratava-se de verdadeiro retrocesso que dava a falsa impressão de que as normas deste Código são bastantes para ordenar e disciplinar o processo civil. Não é verdade porque o contraste de qualquer lei com a Constituição é tarefa insuprimível no ordenamento jurídico nacional da atualidade. Trata-se de consequência inarredável do controle de constitucionalidade que, na sua modalidade incidental, pode e deve ser feito por qualquer magistrado em qualquer instância, observado, no âmbito dos tribunais, o art. 97 da CF, fundamento da Súmula Vinculante 10 do STF.”³⁵

Posteriormente, o Senado aprovou o texto base para o Novo Código de Processo Civil, realizando modificações, tendo enviado para sanção da Casa Civil em 2015. Ocorre que a revisão final realizada pelo Senado trouxe mudanças incisivas que podem gerar a inconstitucionalidade formal face o procedimento legislativo³⁶ não ter transcorrido corretamente.

Ao confrontarmos o texto do Parecer 956/2014, texto efetivamente deliberado pelo Senado, com aquele enviado à sanção, observam-se alterações que parecem ultrapassarem o escopo de uma revisão meramente redacional.

Alguns exemplos são as previsões dos artigos Art. 77, IV (inserção de novas situações jurídicas no âmbito de alcance da norma); Art. 937, *caput* (incluída referência à parte final do art. 1021); Art. 966, § 2, II (sobre o cabimento da rescisória houve a troca do termo “reexame de mérito” para “admissibilidade do recurso”); Arts. 986 c/c 977, III (tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas, em que houve restrição da legitimidade com a supressão da possibilidade de requererem a revisão da tese jurídica); e Art. 1035, § 3º, I

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella – Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41.

³⁶ Importante verificar a Constituição Federal, em seu artigo 65 e seus respectivos parágrafos que esclarecem o devido processo legislativo.

(houve restrição na repercussão geral no recurso extraordinário com a alteração do termo “precedente” para “jurisprudência dominante”)³⁷.

Sobre esta questão, nos resta aguardar o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, em especial pelo STF, para que seja restabelecida a legítima deliberação do Poder Legislativo³⁸.

Mesmo assim, o novo Código de Processo Civil demonstrou uma estruturação com a finalidade de cumprimento de um processo justo, sem apego ao formalismo, capacitado para conceber a tutela efetiva dos direitos materiais, em observância aos princípios constitucionais democráticos que garantem o pleno acesso de todos ao Poder Judiciário.

Finalmente, em Março de 2015 o texto foi sancionado, havendo alguns vetos que foram confirmados pelo Congresso, dando criação a Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, entrando em vigor em Março de 2016.

Temos que a partir das reformas do Código de Processo Civil de 1973, o novo Código aproveitou-se do que era compatível com as exigências do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, além de se preocupar em não só prestar tutela aos direitos das partes, mas também em outorgar unidade ao sistema jurídico.

Apesar do longo processo legislativo, entende-se que os debates não foram suficientes, pois o que espelha essa conclusão é o fato de antes mesmo do término do período de vacância já termos dezenas de projetos de lei tramitando nas casas legislativas para fins de alteração do Novo Código.

De qualquer forma, é importante destacar que o atual Código de Processo Civil foi conferido sob a égide da Constituição Federal, incorporou fundamentos do Estado de Direito e do Estado Democrático, além de impor obediência aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica, confiança legítima e assegurar a liberdade e participação.

³⁷ Sobre o tema: 1. Por Cassio Scarpinella Bueno <http://jota.info/ainda-sobre-a-revisao-do-novo-cpc> e 2. Por Andre Roque, Fernando Gajardoni, Luiz Dellore e Zulmar Duarte <http://jota.info/?s=novo+cpc+a+revisao+final>

³⁸ Recomenda-se a leitura do seguinte artigo, de autoria de Cassio Scarpinella Bueno: <http://portalprocessual.com/a-revisao-do-texto-do-novo-cpc-2/>

CAPÍTULO 2 – A CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS PROCESSUAIS

2.1 Os direitos fundamentais

Pelo histórico dos direitos fundamentais, temos que praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Guerra passaram a prevêê-los.

De acordo com a doutrina moderna, baseada na ordem cronológica da recepção de direitos, de maneira cumulativa, afirma-se que a Constituição Federal contempla três gerações de direitos fundamentais.

A primeira geração de direitos fundamentais diz respeito aos direitos e garantias individuais, civis e políticos, presentes nas Constituições de 1824 e 1891. Os de segunda geração, presentes nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, são os direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, os de terceira geração, que surgiram na segunda metade do século XX, ou seja, presentes apenas na Constituição de 1988, são os de solidariedade ou de fraternidade³⁹.

Sobre o surgimento dos direitos fundamentais:

“[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”⁴⁰.

A Constituição Federal de 1988 representou a concentração de todos os direitos conquistados, colocando os direitos fundamentais em posição privilegiada. Não foi por acaso que houve a adoção da expressão “Estado democrático de Direito”, onde se ressaltou que o princípio democrático como norteador de todo o texto constitucional.

Nesse sentido:

“A Constituição Brasileira de 1988 é, até o momento a que melhor acolhida faz aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora”⁴¹.

Os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos inerentes à pessoa humana que se encontram protegidos pelo Estado e inseridos no texto constitucional. O termo em si surgiu sob influência dos alemães⁴², sendo que a expressão “direitos” e “garantias” deixa

³⁹ GROFF, Paulo Vargas. Revista de Informação Legislativa. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Brasília: a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

⁴⁰ MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178.

⁴¹ LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 472.

claro que conjuntamente aos direitos existem mecanismos jurídicos previstos para que seja possível a efetividade e concretização.

Em termos conceituais:

“Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”⁴³.

Dessa forma, os direitos fundamentais possuem duplo caráter objetivo e subjetivo: outorga o direito subjetivo e a pretensão para exigir-se um processo conformado constitucionalmente, bem como vincula os órgãos do Estado ao processo constitucionalmente conformado.

Como já mencionado, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 emprega a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, o que acarreta o fato dos direitos fundamentais não dependerem da edição de leis para se concretizarem, assim como ocorre no caso dos direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo.

Além disso, os direitos fundamentais processuais atuam, seja de forma positiva ou negativa, na conformação do processo, resultando em um processo constitucional justo e equilibrado.

Ressalta-se três importantes aspectos dos direitos fundamentais aplicados ao processo: a supremacia, o caráter principiológico e sua normatividade. Com relação à supremacia, menciona-se que a lei processual que deve observar os direitos fundamentais e não ao contrário; com relação ao caráter principiológico temos que os direitos fundamentais iluminam regras já existentes, o que permite a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais; por fim, com relação a sua normatividade, insta destacar que os direitos fundamentais norteiam a regulação legislativa e o regramento da conduta das partes e do órgão judicial, inclusive no conteúdo da decisão.

Nesse aspecto, o processo, possuindo a condição de ferramenta indispensável para a realização da justiça e pacificação social, toma corpo de instrumento de natureza pública para a aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição.

Segundo Grinover:

“todo ramo do direito processual, na condição de direito público, possui suas linhas fundamentais traçadas e recolhidas no direito constitucional. É o texto jurídico-

⁴³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

normativo da Constituição que estrutura os órgãos jurisdicionais, organiza o elenco dos direitos fundamentais ao processo e assegura o acesso e a distribuição da justiça pública; Nesse sentido, incumbe ao poder estatal prescrever a declaração do direito objetivo que qualquer cidadão pode invocar, e estabelecer os princípios básicos aplicáveis ao processo. Isso significa que o direito processual, como instrumento político de defesa dos direitos do cidadão, não é apenas instrumento formal e técnico, mas, sobretudo, possui valor ético de garantia substancial já que efetiva um direito reconhecido historicamente justo pelo poder estatal⁴⁴.

Em complemento:

“o direito constitucional apresenta-se como um sistema jurídico aberto de justiça, de natureza normativa, formado de princípios e regras, uma vez que as normas do sistema constitucional revelam-se ou se exteriorizam na sociedade política sob a configuração normativa de princípios e de regras. A existência de princípios e regras com força normativa permite a descodificação em termos de constitucionalismo adequado à interpretação, porquanto faculta a compreensão da Constituição como sistema aberto⁴⁵.

Podemos resumir, de forma simplificada, que um primeiro escopo do processo em si seria a proteção dos direitos individuais, restando em segundo lugar o compromisso com a verificação e proteção da ordem jurídica. Por meio do processo é que se assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, observando-se as linhas principiológicas traçadas pela Constituição, tida como um sistema aberto.

Ao entendermos os princípios constitucionais como garantidores de direitos fundamentais, Fredie Didier Júnior menciona que assumimos como consequência o fato de o magistrado dever interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; o fato de o magistrado poder afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; e, por fim, o fato de o magistrado dever levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais.

Portanto, o poder estatal, utilizando-se de seus órgãos competentes e constituídos, no contexto do acesso e da efetividade dos direitos do cidadão, somente poderá atender os direitos fundamentais quando observados os princípios constitucionais do processo.

Conclui-se pela relação direta entre o processo e a necessidade da busca do atendimento dos direitos fundamentais, o que denota, inclusive, a concepção da constitucionalização do processo.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 4-7.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165-168.

2.2 As Garantias constitucionais processuais

São os direitos fundamentais processuais que predeterminam a aplicação ou não de regras processuais. Ocorre que no ordenamento processual temos um alto grau de abstração tendo como motivador os direitos fundamentais processuais. A indeterminação é gerada em razão dos conceitos indeterminados e cláusulas abertas constantes no Código.

Primeiramente temos que considerar que seria inadmissível limitarmos a função do jurista ao se avaliar que o funcionamento de um sistema jurídico, voltado para as garantias processuais, se restrinja ao direito positivo. É relevante entender, quanto a este ponto, que se deve extrair do texto constitucional o máximo de interpretação possível, com obediência aos princípios explícitos e implícitos.

Importante mencionar que as garantias constitucionais processuais estão todas elevadas à categoria de direito fundamental, devendo ser tratadas como uma necessidade básica para o controle de todo e qualquer litígio, até para que se aplique o direito processual como função estatal com a devida importância.

Neste ponto, cabe citar:

“As garantias constitucionais, em um conceito amplo, podem ser postas como os pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas instituições existentes no Estado. Ou seja, servem como pressupostos de validade dos atos estatais, tendo como o seu objeto a proteção dos direitos individuais e estruturas do Estado”⁴⁶.

Para que o processo possa alcançar os seus fins, amarrados aos direitos fundamentais, se faz necessária a observância de duas diretrizes: a definição dos conceitos juridicamente indeterminados e abertos, no que se refere aos conteúdos constitucionais que respaldam o processo justo, e a concretização dos direitos fundamentais mediante interpretação dos entes estatais, legislador e juiz, por meio da demarcação de suas liberdades.

No contexto da Constituição Federal temos princípios fundamentais comandando garantias processuais, razão pela qual insta mencionar a relevância dos princípios com a colocação de José Joaquim Gomes Canotilho:

"os princípios jurídicos fundamentais não se reduzem a simples princípios gerais de direito ou regras jurídicas gerais, nem se inscrevem numa ordem jurídica suprapositiva". Eles são "normas princípios e, portanto, fonte de direito, a partir do momento e na medida em que hajam sido encarnados numa instituição por um ato constitutivo de poder legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica"⁴⁷.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p. 493.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., p. 237.

Couture salienta:

"toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio processual⁴⁸".

Dessa forma, a Constituição Federal cerca o direito processual civil de princípios e garantias para que este sirva como meio de atuação dos preceitos ditados constitucionalmente. As garantias processuais passam a ter a função de extrair todos os efeitos de cada direito fundamental processual.

Com base na discussão levantada, passamos a considerar as garantias fundamentais do processo:

"não são outra coisa senão as técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional"⁴⁹.

Cabe mencionar algumas garantias constitucionais inseridas na Constituição Federal (artigos relacionados) que pincelam o relevante papel constitucional para a atuação do processo civil:

1. Do devido processo legal (art. 5.º, LIV): explicado mais abaixo, face sua relevância;
2. Da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5.º, XXXV): não há juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII), assegurando que a lei não excluirá da apreciação dos órgãos do poder jurisdicional lesão ou ameaça a direito;
3. Do acesso ao processo (art. 5.º, XXXIV e XXXV): assegura o acesso à administração da justiça pública e a direção de pedido ao poder estatal para defesa de direitos e interesses.
4. Do contraditório (art. 5.º, LV): litigantes terão o contraditório e ampla defesa à seu favor para defender-se, com os meios e recursos inerentes;
5. Da isonomia (art. 5.º, I): sujeitos da relação processual possuem igualdade de direitos e obrigações perante a lei, usufruindo dos mesmos recursos e instrumentos em igualdade de condições;
6. Da publicidade (5.º, LX): todos os atos são públicos, a lei só irá restringir a publicidade do processo quando a defesa da intimidade ou interesse social assim exigir;

⁴⁸ COUTURE, Eduardo. Interpretação das Leis Processuais, tradução de Gilda Russomano, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1956, p. 50.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004. p. 25.

7. Da instrumentalidade (art. 5.º, LIII): ninguém será processado ou sentenciado se não pela autoridade competente, o que resulta na legitimidade das partes, legalidade do movimento procedimental e regularidade dos atos processuais;

8. Da efetividade (art. 5.º, XXXVI): resguarda que a lei não prejudique a coisa julgada, ou seja, permite a efetividade do processo para aquele que faça uso da máquina judicial.

9. Do juiz natural (art. 5.º, LIII): com regras objetivas de competência, há a garantia de independência e imparcialidade do órgão julgador.

As garantias são normas de estrutura aberta e elevado grau de indeterminação, inclusive podendo entrar em conflitos entre si. Em ocorrendo tal hipótese, deve-se sempre visar a interpretação e aplicabilidade com maior efetividade para o direito fundamental no caso concreto.

Importante destacar devido processo legal, garantia fundamental introduzida pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, originário do direito norte-americano, servindo como parâmetro do modelo constitucional. Explica Grinover:

"Do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*. A cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica: *judicial process* não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim, *due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do "processo" legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um substantive *due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado⁵⁰."

É razoável pinçarmos esta garantia para uma análise mais crítica, pois dela decorrem princípios processuais inseridos na Carta Magna, conforme classifica Nelson Nery Jr.:

"o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies"⁵¹.

Sobre a conceituação, temos que o devido processo legal é:

"o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional"⁵².

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia Constitucional do Direito de Ação*, São Paulo, 1973, pp. 35 e 36.

⁵¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (LGL\1988\3)*, São Paulo, 1992, Ed. RT, p. 25.

⁵² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

O devido processo legal assume duas concepções, brevemente abordadas acima, na citação de Grinover: substancial, *substantive due process*, e processual, *procedural due process*. Isso faz com que o indivíduo possua uma dupla proteção, no âmbito material e formal, recebendo instrumentos para atuar em pé de igualdade com o Estado.

Na primeira, o devido processo legal substancial abarca a razoabilidade, a finalidade e a justiça da norma, considerando o direito material, em que se deve atender o interesse público. Logo, está ligado à razoabilidade dos atos normativos, administrativos e judiciais, estando comprometidos com os reclamos da sociedade.

Já o devido processo legal processual, empregado no sentido estrito, assegura diversos direitos no âmbito do processo como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, a coisa julgada, a decisão fundamentada, entre outros. Ou seja, temos a segurança de cumprimento de todas as etapas e garantias previstas em lei. Sobre, explica Nery Júnior explica:

“nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.⁵³.

O devido processo legal simboliza a obediência às normas processuais determinadas em lei, o que garante um julgamento justo e igualitário, zelando pela justiça, inclusive destaca-se a relevância do princípio já que este foi até elevado a categoria de preceito internacional, respaldado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁵⁴.

Com a nova formulação do Código de Processo Civil o devido processo legal ultrapassou a técnica de compor litígios apenas observando regras procedimentais, passando a prevalecer o compromisso do juiz com questões éticas a fim da melhor condução do processo, para conseguir resultados justos.

⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6 ed. Revista dos Tribunais, p. 41

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art.8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”. Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Art. 6º, I – “É preciso que se diga que o princípio do devido processo legal inicialmente tutelava especialmente o direito processual penal, mas já se expandiu para processual civil e até para o administrativo. Em uma nova fase, invade a seara do direito material”. Pacto de São José da Costa Rica: Art. 8º – “Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)”

Nesse racional, o processo civil deve ser um processo inspirado no acesso à justiça, isonômico, com amplo contraditório, tratado perante um juízo natural que decidirá de forma fundamentada visando o resultado final em tempo razoável.

Dessa forma, o devido processo legal deve ser entendido como um elemento estrutural do próprio processo, pois, quando a Constituição o impõe, naturalmente, decorre desta garantia constitucional assegurar que o processo judicial se desenvolva de acordo com o modelo constitucional de processo, ou seja, uma segurança de que haverá um devido processo constitucional.

2.3 A força principiológica no novo Código de Processo Civil

Foi a partir da Constituição de 1988 que o uso dos princípios na aplicação do Direito no Brasil começou a se tornar comum, o que fez com que todos os ramos do Direito.

Nessa linha, todos os ramos do Direito passaram a ser compreendidos não meramente por suas regras jurídicas, mas passaram a abarcar, lidos a partir da Constituição Federal, também os princípios, entendidos como normas.

O próprio STF passou a decidir, em parte de suas decisões, compreendendo de forma conjunta os diversos ramos do Direito e a Constituição, entendendo como um sistema de regras e princípios, demonstrando uma grande mudança de paradigma a descoberta da força normativa dos princípios jurídicos.

Sobre o tema principiológico, temos que a normatividade percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na jusnaturalista os princípios não constavam no direito, servindo apenas como inspiração, associados aos valores éticos. Na positivista tivemos o ingresso dos princípios aos textos normativos, atuantes subsidiários para garantir a coesão do sistema. Por fim, na fase atual, pós-positivista, há fundamental papel a ser cumprido pelos princípios constitucionais, consagrando-se como base de todo o sistema normativo⁵⁵.

Os princípios são entendidos como normas capazes de promover uma maior harmonização e otimização do sistema jurídico, caracterizadas pelo alto grau de generalidade e indeterminação, pelo caráter programático, pela posição hierárquica elevada, pela direção aos órgãos competentes e pela importância fundamental no sistema jurídico e político.

Especificadamente sobre o Novo Código de Processo Civil, temos que este inicia com uma parte geral, inexistente no Código de Processo Civil de 1973, tendo um primeiro

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010, p. 32.

capítulo extremamente abrangente em que são listadas, sem exaurir o tema, as normas fundamentais do processo civil (Livro I: Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais).

É possível notar que o legislador optou por entender o termo “norma” de forma genérica, abrangendo regra e princípio, pelo que se verifica pelo teor dos artigos incluídos no capítulo do Código. A força normativa dos princípios pode ser afirmada pela própria Constituição, como mencionado anteriormente (CF, art. 5.º, §§1.º e 2.º),

O Código, então, repete alguns princípios que estão na Constituição Federal, mas há outros que são passíveis de verificação na Constituição e que não são encontrados no Novo Código, como, por exemplo, o princípio do juiz natural.

É na primeira parte do Livro I que encontramos, sem exaurir, os princípios constitucionais que embasaram a construção do ordenamento. Tais princípios devem influenciar a interpretação de todas as regras do Código, até para que o resultado interpretativo seja condizente com a estrutura principiológica fundamental edificada no texto normativo.

De qualquer forma não se pode afastar o risco do abuso dos julgamentos principiológicos. Nesse sentido, o Novo Código buscou resguardar as partes ao impor a observância do juiz, em seus julgamentos, a legalidade, proporcionalidade e razoabilidade (art. 8.º). Sobre o tema, lembramos que a “legalidade” e “eficiência” são princípios preconizados na Constituição como indispensáveis para a “segurança jurídica” inseridos no contexto do Estado Democrático de Direito.

No mesmo racional, o Código impõe ainda que *“no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”* (art. 489, §2.º). No mais, ainda temos o fato de o juiz não poder *“decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”* (art. 10).

Essa preocupação se justifica diante da busca pelo processo justo, ou seja, processo democrático garantido pela ordem constitucional e que resguarda as garantias processuais constitucionais dentro dos padrões do devido processo legal. Temos, então, a evidência de garantia do direito material, sobrepondo-se aos critérios puramente formais, com a finalidade de potencializar a efetiva resolução de conflitos.

Além disso, ainda podemos ressaltar a importância da jurisprudência no cenário de normas principiológicas e regras veiculadoras de cláusulas gerais, tendo em vista o atual sistema construído com o Novo Código. Caberá ao Judiciário, sobretudo aos Tribunais Superiores, por meio dos precedentes, atuar com previsibilidade e confiança, afim de configurar um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

Nesse sentido, o Código de 2015 obriga os precedentes às regras dos artigos 926 (aplicação com coerência, integridade e estabilidade) e 10 (formados com argumentos submetidos ao contraditório, para evitar decisões surpresas), além de seu efeito vinculante decorrer da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, seja ele sumulado ou não.

Logo, o Novo CPC valoriza a jurisprudência e evita decisões sem fundamentos legais, inclusive no aspecto principiológico, determinando regras para a formação de precedentes e impondo condições para a sua força vinculante.

Podemos mencionar alguns outros princípios constantes no Código de 2015 que ilustram a busca pelo reforço dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. São alguns exemplos: princípio do acesso à Jurisdição (art. 3.º), princípio da celeridade processual (art. 4.º), princípio da cooperação (art. 6.º), princípio da isonomia (art. 7.º), princípio da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, legalidade e eficiência (art. 8.º), princípio do contraditório (art. 9.º) e princípio da publicidade e motivação (art. 11).

Essa reafirmação de princípios constitucionais no Código de 2015 demonstra um avanço no direito processual civil, diminuindo a distância entre a teoria e a efetiva prática processual e engrandecendo os valores da sociedade.

Sobre a discussão do tema, cabível reconhecer que a valorização dos princípios na ordem jurídica acarreta a aproximação entre o direito e a moral, principalmente diante da constitucionalização e normatização. Nesse sentido, o Código de Processo Civil ter adotado como início de suas regras a proposição de princípios denota a compatibilidade com a realidade constitucional.

Sobre o tema, interessante citarmos:

“As normas que o novo Código de Processo Civil adota como fundamentais não são, na maioria, novidade no direito brasileiro, já que decorrem diretamente das garantias explicitadas na própria Constituição, ou nelas se compreendem, implicitamente. Sua inserção no texto do Código de Processo Civil tem o duplo propósito de (i) fazer a amarração pedagógica entre a lei processual e sua matriz constitucional, levando o intérprete e o aplicador a se afeiçoar a uma leitura das normas procedimentais segundo os princípios maiores que as dominam e explicam; e de (ii) ressaltar que, ao Estado Democrático de Direito “não basta apenas assegurar a liberdade das

peças”⁵⁶, pois que dele se exige, também, “a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais que, dentre outras consequências, moldam um novo conceito de jurisdição”⁵⁷.

O que temos é uma nova legislação processual civil preocupada em promover a rápida realização do direito material, de forma adequada, a fim de estabelecer a ágil paz social.

⁵⁶ DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v. 11, n. 19, p. 85, Nov. 2008.

⁵⁷ Theodoro Júnior, Humberto; Oliveira, Fernanda Alvim Ribeiro de; Rezende, Ester Camila Gomes Norato. Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro. Editora Forense, 2016, p. 5.

CAPÍTULO 3 – O ARTIGO 1º DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Considerações iniciais

Na transição entre os Códigos de 1973 e 2015 é possível verificar que o ordenamento de 1973 deixou de acompanhar a evolução social, econômica e cultural, o que fez com que alguns institutos processuais se tornassem obsoletos para a realidade brasileira.

Exemplificativamente, algumas das dificuldades enfrentadas são: a exagerada burocratização, a complexidade de tramitação no processo ordinário e a excessiva litigiosidade cumulada com a excessiva sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais.

Visando o rompimento da estrutura em crise constituída no Código de 1973 foi idealizado o Novo Código de Processo Civil. Como base para a nova ordem jurídica processual, o Código de 2015, em seu Capítulo I, do Título único, do Livro I, introduziu um norte a ser seguido pela sistemática processual, com a finalidade de alcance do objetivo do processo.

Na oportunidade, ao versarmos sobre o assunto, é interessante resgatarmos a lição de Miguel Reale sobre a teoria do conhecimento e da essência jurídica, que estuda o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo baseado em duas subteorias, o culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito⁵⁸.

O culturalismo jurídico, presente no plano subjetivo, busca o enfoque jurídico no aspecto subjetivo, onde a aplicação e as decisões serão tomadas com base na cultura, experiência e história, entendidas pelo ponto de vista do julgador e da sociedade.

Enquanto que a teoria tridimensional do direito, existente no plano objetivo, considera que o direito é fato, valor e norma. Reale explica:

“fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou pelo sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo de fato e ao jurista a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito)”⁵⁹.

Seguindo essa lógica, o magistrado julgará primeiro de acordo com a sua cultura e meio social, para preencher a discricionariedade deixada pela norma privada, o que resulta no fato do valor ganhar aspecto de elemento formador do direito.

⁵⁸ Sobre o tema, ler: REALE, Miguel. Teoria tridimensional do Direito. Editora: Saraiva, 2003.

⁵⁹ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do Direito. Situação Atual. 5. Ed. E. tir. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

Num segundo momento o fato ganha relevo, uma vez que tudo dependerá da história do processo, dos institutos jurídicos relacionados, das partes integrantes e da história do próprio aplicador. Ao final temos que a atuação da experiência do aplicador do direito ao reunir o fato e o valor para a aplicação da norma.

Na visão de Reale o sistema se consagra como um sistema aberto e dinâmico, que se mostra em constante interação, tendo em vista considerar a forma unitária do sistema, prevalecendo o entendimento de que a norma, por si só, muitas vezes não é suficiente, o que denuncia a trilogia fato, valor e norma.

No contexto explanado acima, temos que as cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso. Ressalta-se, assim, o já mencionado capítulo inaugural do Código de 2015 que traz diversas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Entende-se por cláusulas gerais as lacunas deixadas pelo legislador para que o preenchimento ocorra pelo aplicador do Direito, caso a caso. Alguns exemplos são a boa-fé (arts. 113, 187 e 422 do CC), os bons costumes (arts. 13 e 187 do CC), a função social do contrato (art. 421 do CC) e a função social da propriedade (art. 1.228, § 1.º, do CC).

Logo, a construção da cláusula geral se dá quando o aplicador do direito dá sentido para um conceito legal indeterminado, ou seja, a cláusula geral possui sentido dinâmico. Muitas cláusulas gerais são princípios, até em razão dos aspectos normativos deste ponto.

Seguindo essa linha, logo no artigo 1.º do Novo Código de Processo Civil notamos a importância da lição de Reale, pois este estabelece: *“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”*.

De acordo com o melhor entendimento, Fredie Didier Jr., Ravi Peixoto, Cassio Scarpinella Bueno entre outros, este artigo não possui correspondência com o CPC/1973.

Ocorre que tal artigo não tomou corpo durante todo o processo legislativo sem que houvesse discussões sobre o seu melhor conteúdo, inclusive gerando modificações entre as Casas Legislativas do Congresso Nacional. Tal tema é resumido por Nery Júnior:

"Em redações anteriores do dispositivo, quando do trâmite do projeto de lei e seus apensos no Congresso Nacional, este dispositivo [art. 1.º] previa que o processo civil se ordenaria com base nos princípios e valores constitucionais, observando-se as disposições do CPC. Em seu parecer final sobre o projeto, o relator, Dep. Paulo Teixeira, observou, porém, que toda a Constituição deve ser observada na prática processual, e não somente os princípios constitucionais fundamentais; além disso, o Código serve, prioritariamente, ao processo civil (Parecer do Relator da Câmara dos Deputados, p. 193). Embora o relator não o diga de modo expresso, a menção à Constituição soou desnecessária, tendo em vista que todo e qualquer texto normativo infraconstitucional fica subordinado a ela. Daí a razão pela qual, no substituto elaborado pela Câmara dos Deputados, a referência à Constituição foi excluída da redação final do art. 1.º do CPC/2015. O relatório final do Senador Vital do Rêgo

retornou a menção à Constituição Federal de 1988, bem como a redação original do projeto originário do Senado, sob o argumento de que era "mais completa e compatível com o incontestado (sic) ambiente de constitucionalidade do direito"⁶⁰.

Ao final de toda a discussão legislativa houve a consagração da melhor proposta, texto normativo já mencionado acima. O artigo denota a preocupação do legislador em tornar o processo em instrumento a serviço da ordem constitucional, ou seja, que reflita as bases e valores do regime democrático, ditames estabelecidos pela soberania popular (refletidos em valores) do Estado Democrático de Direito, consagrados e positivados na Constituição Federal.

É o artigo 1.º que destaca o fato de o processo civil dever ser ordenado e disciplinado de acordo com os valores fundamentais constantes na Constituição, privilegiando a proximidade da relação entre o processo e a democracia. Destaca-se:

“(...) é aquela que permite afirmar que a lei processual, tomada em seu conjunto, é uma lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça”⁶¹.

Isso denota que a ordem jurídica processual não pode estar voltada simplesmente para a aplicação pura da lei, devendo sempre levar em conta as regras, princípios e valores preconizados pela Constituição.

3.2 Uma breve interpretação do artigo 1.º do Código de Processo Civil

Como já ilustrado, temos as normas fundamentais disciplinadas nos 12 primeiros artigos do Código de Processo Civil e o artigo 1º funcionando como dispositivo central do novo ordenamento, tanto pelo critério topográfico quanto por prever expressamente o alicerce do Processo Civil com a Constituição.

A novidade trazida pelo novo Código foi a referência expressa das garantias processuais constitucionais, por meio dos princípios e regras correlatas, de modo concentrado nos 12 primeiros artigos e de modo difuso ao longo de toda a lei processual.

O Código de Processo Civil de 2015 é, pela primeira vez, um ordenamento processual construído sob o regime democrático. Nesse contexto, o artigo ora analisado tem caráter instrutivo e didático e relata o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil ter orientado todo o Código de 2015, o que se destaca ante o cenário democrático.

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC. São Paulo: Ed. RT. 2015, p. 185.

⁶¹ COUTURE. Eduardo Juan. Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, p. 33.

O artigo 1.º do Código de Processo Civil deixa claro que as regras, os princípios e os valores servem de termômetro para a compreensão, fixação de sentido e alcance de todas as disposições do Código, tendo como um dos objetivos situar o Código, expressamente, num contexto normativo mais amplo, com um papel significativo da Constituição.

O Código estipula o respeito, primeiramente, a Constituição, o que acarreta a necessidade do processo, seja em seu desenvolvimento ou operacionalização, também respeitá-la. Esse fator reforça o papel de centralidade da Constituição, que é próprio de sua força normativa.

Conclui-se que a Constituição é a ordem fundamental que fornece a direção ao ordenamento jurídico, o que gera o fato de o processo civil se submeter a todas as suas determinações a fim de cumprir com a pacificação social por meio do exercício da jurisdição.

Pensando nisso, a Constituição atua na integração do Estado e seus integrantes, como sociedade, na organização dos órgãos estatais e no direcionamento jurídico. Portanto, todos os poderes públicos estão vinculados, razão pela qual todos os ramos do Direito, inclusive o direito processual, possuem o dever de vincular-se à Constituição.

A Constituição pode ser entendida como a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, compreendendo o conceito amplo de estruturas fundamentais de uma sociedade. Cita-se:

“A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim, a sociedade”⁶².

Nesse sentido, o novo Código inova na tradição e passamos a ter uma compreensão que supera o positivismo, para realizar a abertura do sistema para os valores, princípios e enunciados normativos, com cláusulas abertas.

Sobre o tema, ainda é importante estudarmos os valores e normas fundamentais que o artigo menciona e, para tanto, é considerável realizar a diferenciação entre regras, princípios e valores.

De forma geral, temos que as regras tendem ao fechamento da cadeia argumentativa e os princípios inauguram o processo de concretização jurídica. Não há hierarquia entre regras e princípios, enquanto os princípios podem quebrar a consistência do sistema jurídico, as regras tendem a torná-lo excessivamente rígido. Com os princípios superamos o caráter binário das regras (validade/invalidade, satisfação/não satisfação, lícito/ilícito etc.), sendo que as regras se obedecem aos princípios se prestem adesão.

⁶² HABERLE. Estado Constitucional, § 2.º, p. 84, § 54, p. 272.

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma. As regras exigem uma conduta e os princípios representam normas “impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização”⁶³.

Com o explicado, o caminho seria a busca pela justiça nas duas dimensões, entre o formalismo das regras e o substancialismo dos princípios, resultando em uma justiça juridicamente consistente e adequadamente complexa à sociedade.

Sobre os valores, mencionados inclusive no art. 1.º, há críticas doutrinárias sobre sua inclusão no texto normativo de forma autônoma, isso porque somente adentram ao plano do direito quando encampados por princípios jurídicos. Por essa razão, pode-se entender que os valores foram compatibilizados com os princípios, o que marca a compreensão de todo o ordenamento jurídico.

Resumidamente, as normas fundamentais da Constituição Federal são tidas como gênero de que são espécies as regras e princípios, já é dizer valores, pois encampados pelos princípios⁶⁴.

Como já comentado anteriormente neste trabalho, outra característica é o fato de essa abertura ao texto constitucional acentuar também a aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais no processo, conforme menciona o próprio artigo 13 do Novo Código.

A problemática da disposição do artigo 1.º e dos dispositivos reafirmativos da Constituição surge a partir da violação de normativo constitucional disciplinado também na legislação infraconstitucional, igualmente passível de violação.

Isso seria uma violação reflexa, o que poderia gerar consequências para a atuação do Superior Tribunal de Justiça ou Superior Tribunal Federal, a depender da interpretação sobre o recurso cabível ao caso.

A Súmula n.º 636 do STF, mesmo se referindo à hipótese determinada e limitada, traz uma tendência jurisprudencial sobre o assunto, no sentido de buscar impedir a usurpação da competência do STJ pelo STF:

“NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE, QUANDO A SUA VERIFICAÇÃO PRESSUPONHA REVER A INTERPRETAÇÃO DADA A NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PELA DECISÃO RECORRIDA”.

Ocorre que, já pensado no impasse, o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 1.033, concebeu o seguinte racional:

“Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei

⁶³ CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1.161.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, 3.1.1, p. 62.

federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

De qualquer forma, a melhor doutrina entende que a absorção operada pelo artigo 1.º das regras, princípios e valores constitucionais, não deve impossibilitar o STF de analisar qualquer violação constitucional, sob pena de desrespeito do próprio artigo ora estudado.

Ainda sobre este ponto, fica mais um questionamento, se a decisão interpretar a norma processual em desconformidade com a Constituição Federal, estaremos diante do cabimento do recurso extraordinário cumulado com o especial face violação do artigo 1.º?

Há de se pensar que no caso do artigo 1.º poderia se entender como sendo um conteúdo normativo constitucional, o que acarreta o entendimento de que violá-lo caracterizaria a violação da própria Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, em se tratando de um “clone legal”, como é o exemplo do artigo 1.º que meramente reproduz uma norma constitucional, teríamos apenas o cabimento do recurso extraordinário (STJ, 2.ªT., EDcl no REsp 181.913, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.04.1999, DJ 31.05.1999; STJ, 2.º T., AgRg no REsp 179.653, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 05.03.1999, DJ 19.04.1999; STJ, 2.ªT., EDcl no REsp 71.964, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 12.06.1997, DJ 30.06.1997).

De qualquer forma, para o entendimento que for, tendo sido o recurso interposto de maneira equivocada (como especial sendo entendido que o correto seria o extraordinário, ou vice versa), diante da discussão aqui presente, conforme toda a idealização do Código, seria possível a aplicação da regra de fungibilidade (art. 1.032, do CPC), para que o recurso seja convertido e processado como aquele que deveria ter sido utilizado.

3.3 A importância do Artigo 1º na Constitucionalização do Processo Civil

Conforme o artigo 1.º do Novo CPC, todos os institutos processuais devem ser analisados de acordo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais consagrados nela. Conclui-se ter sido, portanto, este artigo que gerou a emersão textual da constitucionalização do Direito Processual Civil, além de se tratar de seu principal fundamento infraconstitucional.

O artigo 1.º resta inserido dentro do capítulo sobre as normas fundamentais processuais. Entende-se a norma como fundamental por ela estruturar o modelo do processo civil no Brasil e servir de base para a compreensão das demais normas processuais, atuando

como fonte de interpretação das fontes do Direito Processual e de aplicação de outras normas processuais.

Segundo o ensinamento do artigo 1.º passamos a ter expressamente prevista a importante lição de que todos os que atuam direta ou indiretamente com o processo devem se balizar pelas normas constitucionais que ditam as diretrizes para o processo civil.

Nesse sentido, o dispositivo determinou que o processo civil fosse ordenado e aplicado de acordo com os valores e normas constitucionais, o que demonstra a ênfase na força normativa da Constituição, inclusive no que se refere a sua supremacia substancial, além de consagrar a constitucionalização do processo.

Isso significa que em havendo dúvidas interpretativas estas devem ser sanadas a favor da otimização do alcance da Constituição e do Processo Civil, como meio para a tutela de direitos.

O artigo ora estudado preconiza, então, que antes mesmo de o processo civil ser ordenado pelo próprio Código de Processo Civil, ele deve ser subordinado aos valores e princípios constitucionais, como os que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e livre iniciativa e o pluralismo político), resguardam os direitos fundamentais (art. 5.º, CF), confirmam a democracia e permitem a existência de uma sociedade livre e organizada.

Para exemplificarmos os “valores constitucionais” podemos citar a justiça social, segurança jurídica, proteção da família, liberdade, dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A constitucionalização de diversos valores fez com que houvesse a transformação desses em normas jurídicas, em princípios.

De qualquer maneira, os valores funcionam apenas como auxiliares do órgão julgador, pois a decisão ocorre baseada em norma jurídica (art. 8.º), conforme já referido anteriormente no presente trabalho.

Há críticos que entendem que a nomenclatura “valores” não se enquadra da melhor forma, devido seu conceito ser indeterminado e haver o risco de decisões que afastem as normas jurídicas baseadas nesta indeterminação.

Apesar disso, é importante ressaltar que os artigos 1.º e 3.º da Constituição Federal somados ao rol de direitos fundamentais previstos nela, cumprem com o papel desses denominados “valores”, atuando como normas jurídicas.

O dispositivo gera aplicações práticas, quais sejam: 1.º se molda como uma garantia eficaz contra qualquer contrariedade à Constituição; e 2.º se coloca como fator de interpretação para a aplicação dos dispositivos processuais.

Seguindo-se o racional da constitucionalização do processo e pela interpretação do artigo 1.º cumulada com as demais disposições do Código de 2015, concluímos pela priorização da finalidade da jurisdição pela busca do julgamento com resolução de mérito, para fins de restabelecimento da paz social, permitindo um pleno acesso a justiça e, sempre que possível, o saneamento da falta de formalidades ou transposição de determinados requisitos.

Como se pode depreender da interpretação do artigo, hoje o ordenamento jurídico vigente resguarda expressamente o fato de a lei processual e a própria atividade jurisdicional se submeterem às normas e valores constitucionais, impedindo o autoritarismo e o abuso.

O artigo em questão deixa claro que as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela, inclusive decorrendo do sistema de controle de constitucionalidade.

Com base na constitucionalização do processo, pensada inicialmente no Código de 2015 pelo artigo 1.º, o processo deixa de representar um fim em si mesmo e passa a ser um meio para serem efetivados os valores constitucionais, o que deve resultar, via de regra, em um julgamento de mérito, justo, eficaz e rápido.

Insta ressaltar que na hipótese de ocorrer conflito entre o Código de Processo Civil ou leis processuais extravagantes e a Constituição Federal deverá haver a compatibilização entre ambas, aplicando-se a lei conforme o modelo constitucional, porém, não sendo possível, deverá prevalecer a Constituição concluindo-se pela inconstitucionalidade da norma infraconstitucional.

Logo, o artigo 1.º configura norma imperativa que defende a constitucionalização do processo, não podendo ser contrariada, ou seja, o Novo Código de Processo Civil deverá-ser, no sentido prescritivo, ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com a Constituição.

CAPÍTULO 4 – O MODELO CONSTITUCIONAL

4.1 O processo justo

O termo colocado em pauta surge na Itália, com o debate doutrinário sobre como seria denominado o “justo processo” previsto no artigo 111 da Constituição italiana. Verificamos, com isso, certo grau de convergência das culturas jurídicas italiana e brasileira, que vamos aproveitar para abordar.

O doutrinador Roberto Braccialini resume o debate italiano e que pode ser aplicado para a situação brasileira:

“Quando falamos em ‘justo processo’, nos referimos somente às regras processuais como a garantia do contraditório, ou temos também em mente os objetivos ‘substanciais’ do processo e nos convencemos que isso seja o real instrumento de realização dos direitos e não somente o sistemático instrumento para torná-los não efetivos? Seria o juiz apenas um árbitro deste jogo de igualdade de armas, ou deveria também ser um garantidor do seu justo resultado, isto é, a realização em concreto do direito lesionado?”⁶⁵.

O debate doutrinário italiano sugere uma preocupação com o processo célere, rápido e participativo, com contraditório e ampla defesa, capaz de gerar a congruência do justo processo e a justiça da decisão.

Ocorre a justiça da decisão:

“Quando passa por um exame de duplo critério de verdade; quando é fruto de uma correta interpretação das normas e de uma exata reconstrução dos fatos; evidentemente que não se trata de uma verdade absoluta, como ocorre do raciocínio matemático dedutivo; na verdade, a correção do raciocínio interpretativo depende da bondade da formação profissional assegurada aos juízes e dos controles em sede de impugnação”⁶⁶.

Nessa perspectiva, podemos entender que o direito ao processo justo (que cumula o justo processo e a justiça da decisão, interpretações da doutrina italiana) estaria compreendido na Constituição Federal⁶⁷, em seu artigo 5.º, inciso LIV, onde resta consagrado o já abordado devido processo legal, já realçado em capítulo anterior.

⁶⁵ BRACCIALINI, Roberto. Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo. *Questione Giustizia*. n. 1, 2005. Franco Angeli, p.1.212.

⁶⁶ CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno LXII. Milano: Giuffrè, mar. 2008, p. 147.

⁶⁷ CF/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Portanto, o processo justo nada mais é do que um direito de natureza processual com função integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora, se caracterizando pela sua multifuncionalidade.

Com base neste direito, do ponto de vista principiológico, temos a exigência da realização de um estado ideal onde ocorra a proteção de direitos com a criação de elementos que possibilitem a tutelabilidade, com o bloqueio da eficácia de normas opostas à promoção do estado de proteção, e a otimização do ideal de protetividade dos direitos constantes no Estado Constitucional.

Diante de sua previsão constitucional e da maneira com que é colocado, temos que o direito ao processo justo é um princípio fundamental para a organização do processo no Estado Democrático.

Como já explicado anteriormente, na legislação temos previsões de cláusulas gerais. No caso do direito ao processo justo observamos a constituição de uma cláusula geral, diante do termo indeterminado que não comina em consequências jurídicas se violado.

Nesse sentido, para se considerar a aplicação do direito ao processo justo se faz necessária a observância de um perfil mínimo, ou seja, elementos que componham a justa estruturação do processo:

1.º Deve ser pautado pela colaboração do juiz para com as partes e delas com sigio mesmas (arts. 2.º e 6.º, CPC): Nesta conclusão temos que o processo começa por iniciativa das partes e o juiz deverá ser paritário no diálogo e assimétrico apenas quando da prolação de suas decisões, o impulsionando durante seu desenvolvimento, “impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa fé e do abuso de direito”⁶⁸;

2.º O processo deve ser capaz de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5.º, XXXV, CF, e 3.º e 8.º, CPC): o autor tem direito à efetividade da tutela de seu direito com um meio executivo idôneo, e o réu tem direito que este meio seja o que lhe causa menor restrição possível, “dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”⁶⁹;

⁶⁸ Artigo disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>

⁶⁹ GIUSEPPE CHIOVENDA, in *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, Jovene, 1933, p. 42.

3.º Deve haver igualdade entre as partes, com paridade de armas (art. 5.º, I, CF, e 7.º, CPC): “As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”⁷⁰;

4.º Com direito ao contraditório (art. 5.º, LV, CF, e 7.º, 9.º e 10.º, CPC): “O princípio do contraditório exige, em relação às questões de direito que possam fundar uma decisão relevante, que as partes sejam previamente consultadas. Há o dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença de surpresa. Por outro lado, o juiz instar as partes a se manifestarem, antes da decisão, sobre uma determinada questão de direito, não pode ser considerado uma perda de imparcialidade, por estar prejulgando a causa. Ao contrário, é mais uma oportunidade que se dá às partes e, principalmente, àquela parte que seria prejudicada pela decisão, de apresentar suas alegações e influenciar o convencimento do juiz”⁷¹;

5.º Com direito a ampla defesa (art. 5.º, LV, CF): “A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa”⁷²;

6.º Com direito à prova (art. 5.º, LVI, CF e 369, CPC): “no processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial”⁷³;

7.º Com observância perante um juiz natural (art. 5.º, XXVII e LIII, CF): “Esse princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional (tribunais instituídos *ad hoc*, ou seja, para o julgamento de um caso específico, *ex post facto*, isto é, criados depois do caso que será julgado), ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores”⁷⁴;

8.º Com todos os pronunciamentos previsíveis, confiáveis e motivados (arts. 93, IX, CF, e 11 e 489, § 1.º, CPC): “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas

⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 20 ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2004, p.53.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, Direito Processual Penal: tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 11.

⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Volume I (Processo de Conhecimento). 5.ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 70.

⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, 6.ª Ed., SARAIVA, São Paulo, p. 108.

⁷⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Resumo de Direito Constitucional descomplicado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 66.

quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores”⁷⁵;

9.º Em procedimento público (art. 5.º, LX, e 93, IX, CF, e 11 e 189, CPC): “existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional”⁷⁶;

10.º Com a duração razoável (arts. 5.º, LXXVIII, CF e 4.º e 12, CPC): Tem como critérios “a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais diretamente envolvidos em um dado processo, mas também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas, a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, inclusive dotado de aparato material necessário”⁷⁷; “A preocupação global em torno da duração intolerável dos feitos é patente, já que esta configura um enorme obstáculo para que o processo cumpra seus compromissos institucionais. O tempo pode causar o perecimento das pretensões, ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes e profissionais aos operadores do direito, estimular composições desvantajosas, e conseqüentemente, gerar descrédito ao Poder Judiciário e ao Estado como um todo.”⁷⁸;

11.º Se for o caso, com direitos à assistência jurídica integral (arts. 5.º, LXXIV, CF, e 98 a 102, CPC): Baranoski e Luiz (2009), “[...] faz parte de um processo que envolve a participação de vários segmentos sociais de uma sociedade como membros integrais desta. Membros que enfrentam um contexto de relações sociais excludentes, em especial na trajetória brasileira quanto ao reconhecimento dos direitos”.

12.º Com a formação de coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, CF, 502, CPC): “A noção mais comum de coisa julgada a identifica com qualquer pronunciamento do juiz que se tornou imutável por não, ou não mais, ser cabível recurso”⁷⁹.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol I, 5 ed., São Paulo: RT. P. 80.

⁷⁷ Critérios definidos pela Corte Europeia dos Direitos do Homem.

⁷⁸ CRUZ E TRUCCI, José Rogério. Tempo e Processo; uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo; RT, 1997. p. 89.

⁷⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1992, p.189.

Para que o processo justo se concretize, é necessária a observância mínima desses elementos estruturantes. Um meio objetivo do controle da justiça processual ocorre por intermédio da jurisprudência, que verifica, no caso concreto, a verificação de cada um desses elementos.

A observação do direito ao processo justo é condição indispensável para a obtenção de decisões justas, sendo que passamos a ter um modelo mínimo de atuação processual do Estado e até dos particulares em algumas situações.

Tal modelo mínimo se dá em razão deste direito impor deveres organizacionais ao Estado, seja em sua função legislativa ou judiciária ou executiva, se enquadrando dentro da categoria dos direitos à organização e procedimento.

O novo Código passa a atuar como forma de dar cumprimento com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos, são as leis processuais que concretizam o direito ao processo justo. No mesmo rumo pode-se considerar a atuação do Executivo e Judiciário.

É o desempenho da administração judiciária que deve ser compreendida como forma de concretização do direito ao processo justo, por meio do dever do juiz de interpretar e aplicar a legislação de acordo com o direito fundamental, como reflexo do dever do Estado Constitucional de tutelar efetivamente os direitos.

Como objetivo central do Estado Constitucional deve-se assegurar a obtenção de uma decisão justa, para tanto o processo deve atuar como meio para a tutela dos direitos na dimensão da Constituição.

Quando da violação do direito ao processo justo, esta pode ocorrer de forma direta, onde é cabível o recurso extraordinário (art. 5.º, LIV, CF) inclusive pela ausência de norma infraconstitucional que o concretize, ou de forma indireta, quando o exame depende da interpretação da legislação infraconstitucional, o que pode gerar o controle de constitucionalidade desta legislação sendo possível o recurso extraordinário.

Tanto esses elementos estruturantes quanto o direito ao processo justo gozam de eficácia vertical (obriga o Estado Constitucional a adotar condutas capazes de concretizar o ideal de protetividade que dele emana), horizontal (obriga os particulares a observá-los) e vertical com repercussão lateral (onde a eficácia vertical pode acarretar repercussão lateral sobre a esfera jurídica dos particulares).

Com a atuação do legislador sobre novo Código de Processo Civil passamos a ter uma legislação infraconstitucional atuando como meio de aumento do volume de estudo do direito ao processo justo. Diante da pluralidade de fontes normativa, ou seja, da complexidade

da ordem jurídica, deve-se interpretar a legislação infraconstitucional a partir do diálogo das fontes, havendo centralidade na Constituição (art. 1.º, CPC), a fim de otimizar soluções de acordo com o direito fundamental ao processo justo.

4.2 A constitucionalização do Processo Civil

Atualmente a doutrina considera ter ocorrido a constitucionalização do Processo Civil, consagrando o modelo constitucional do processo, inspirado na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). Tal inspiração leciona que o processo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.

Uma boa explicação sobre a utilização do termo “modelo constitucional” é o fato das normas constitucionais criarem modelos de organização e de atuação do Estado-juiz, sendo que esta criação ocorre no sentido de imposição constitucional para o intérprete e aplicador do direito processual civil.

Observa-se ao longo da história a origem de institutos processuais no texto constitucional, bem como, atualmente, passamos a ter a menção no próprio texto do Código de Processo Civil sobre este ser ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com as normas e valores da Constituição Federal.

Nos dizeres de Comoglio, os princípios e garantias processuais constantes na Constituição Federal, em razão do movimento de constitucionalização do processo, não se limitam a:

“reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo”⁸⁰.

Oportuno mencionar que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem a observância dos ditames constitucionais, mesmo porque temos um vasto sistema de normas constitucionais processuais. Seguindo este racional, a constitucionalização do Processo Civil não deve ser enxergada como um novo ramo

⁸⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997, p. 92.

processual, mas sim como uma nova visão da mesma matéria processual estudada já por tanto tempo.

Dinamarco deixa claro:

“A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”.⁸¹

Seguindo essa lógica constitucional, é importante ressaltar que a legislação infraconstitucional processual deve acatar as normas constitucionais inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação que deve atingir suas finalidades observando o devido processo legal.

É a partir dessa nova vertente do Direito Processual Civil que se busca examinar o processo como um instrumento de efetividade de valores constitucionais.

Nessa busca, é possível mencionar diversas facetas:

“a tutela constitucional dos princípios fundamentais de organização judiciária (normas sobre os órgãos de jurisdição, competência e garantias), a tutela constitucional do processo (o direito de ação e de defesa e outros postulados que deles decorrem) e a jurisdição constitucional (controle judiciário de constitucionalidade das leis e dos atos da administração e a jurisdição constitucional das liberdades, por meio dos remédios constitucionais processuais)”⁸².

Dessa forma, pensar no Processo Civil como uma garantia constitucional, em um primeiro momento, anuncia a Constituição da República como regra hierarquicamente superior, porém não estaríamos tratando apenas disso, esta relação não é puramente hierárquica⁸³.

Pensar no modelo constitucional do Direito Processual Civil não é mais uma escolha doutrinária, mas sim uma imposição, diante de toda previsão legal consagrada, ou seja, qualquer contrariedade a este segmento geraria uma inconstitucionalidade.

Sobre o assunto podemos ressaltar o enquadramento do direito processual brasileiro no ramo do direito público, já que é com o direito constitucional que podemos identificar uma inter-relação mais densa.

É o direito constitucional que institui os fundamentos do direito processual, pois instaura o Poder Judiciário junto com os seus órgãos jurisdicionais, produz garantias para os

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo, Ed. Malheiros, 7a Ed., 1999, p. 25.

⁸² NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16.^a Ed. Revista dos Tribunais, p. 196.

⁸³ “...o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior (...) a eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, p. 50.

magistrados e fixa princípios de ordem política e ética concluindo-se pelo acesso à justiça e garantia do devido processo legal⁸⁴.

O Novo Código de Processo Civil agrupou na Parte Geral, de forma inovadora – como comentado em capítulo anterior –, normas que servem de base para o entendimento e aplicação adequada da regulamentação contida na Parte Geral. Em tal Parte Geral o maior destaque foi o legislador objetivar estruturar o processo justo como instrumento de acesso à Justiça, conforme os direitos fundamentais contidos no Estado Democrático de Direito, trazendo efetividade ao sistema.

Moreira explica:

“Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material⁸⁵”.

A partir de toda essa formulação passamos a ter um processo como instrumento de efetividade de valores constitucionais, seja por meio da tutela constitucional dos princípios fundamentais de organização judiciária (órgãos de jurisdição, competência e garantias), seja por meio da tutela constitucional do processo (direito de ação e de defesa, além dos decorrentes), seja por meio da jurisdição constitucional (controle judiciário da constitucionalidade das leis e atos) e, por fim, seja por meio da jurisdição constitucional da liberdade (remédios constitucionais processuais). Menciona-se:

“O que, enfim, se pode extrair desse quadro normativo fundamental é a linha principiológica geral do sistema ligada, sempre, à ideia matriz de que o processo se exterioriza como um mecanismo democrático de dimensionamento de conflitos organizado, necessariamente, segundo os critérios da cooperação ou participação⁸⁶”.

No mais, o artigo 1.º do novo Código de Processo Civil esclarece que processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado observando-se as normas contidas no próprio Código. Sobre esta questão vale lembrar que o direito processual civil apoia-se em três noções básicas: a jurisdição (função dos órgãos do Poder Judiciário, para dar solução aos conflitos), a

⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁸⁵ MOREIRA, Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo, v. 27, nº 105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181

⁸⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 65

ação (direito subjetivo público, que atinge a todos, para concessão de acesso à Justiça com finalidade de obtenção de tutela aos direitos lesados ou ameaçados) e o processo (método que observa a função jurisdicional para que seja desempenhada na composição de conflitos examinados pelo Poder Judiciário para solução).

Com base nisso, o Código de Processo Civil disciplina o exercício da jurisdição civil e da ação, que provoca a atuação da jurisdição e denuncia a indispensabilidade da interpretação conforme a Constituição. Nesta visão, a tutela jurisdicional civil instrumentalizada, prevista no Novo Código de processo civil, possui uma dupla finalidade: obter a definição da situação controvertida e promover a realização forçada da obrigação que a parte tenha direito.

O Código, como um todo, foi aprovado com uma preocupação nítida de resolução de problemas do momento, para tanto podemos observar a identificação dos rumos equivocados da jurisprudência e discussões doutrinárias e as soluções legislativas propostas.

Há a introdução de uma nova ordem processual, em que se reforça a ideia de que a fundamentação e legitimação da norma processual encontram-se inseridas na Carta Magna, nos valores nela presentes. São os meios processuais que garantem a eficácia e realização dos direitos fundamentais.

Marques enfatiza:

“Os estudos constitucionais sobre o processo civil podem ser apontados, (...), como um dos característicos mais salientes da atual fase científica do Direito Processual Civil. Não só a aproximação com o Direito Processual Penal para isto contribuiu, como também a irrupção do totalitarismo na esfera processual, com tentativas frustradas de substituir o processo por métodos autoritários e soluções administrativas, provocou, como reação natural, essa nova diretriz doutrinária”⁸⁷.

Insta mencionar os valores fundamentais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CF), os que reforçam os pilares de democratização, ou seja, que estabelecem que os poderes da União (legislativo, executivo e judiciário) são independentes e harmônicos entre si (art. 2.º da CF) e os constantes no art. 3.º da Constituição, que devem ditar diretrizes para a condução do processo civil, no âmbito da relação jurídica processual, sob a responsabilidade do Judiciário.

No mais, conceitualmente, o Código de Processo Civil pode ser entendido como não sendo pleno, isso porque o sistema é relativamente aberto e diversas leis extravagantes convivem com o Código. Além disso, ele também é entendido como não central, já que a centralidade, conforme seu primeiro artigo realça, é caracterizada pela Constituição.

⁸⁷ MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Campinas: Millennium, 2000, p. 5-6.

Significa que é o artigo 1.º do Código de Processo Civil que anuncia a linha mestra fundamental da construção do novo sistema processual civil brasileiro e é com este ordenamento jurídico que passamos a ter o fortalecimento e democratização do país, diante da convergência e complementaridade da legislação processual e constitucional.

Sobre o tema em comento, Humberto Ávila adverte:

“é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, que o aplicar, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso de julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”⁸⁸.

Fazer constar o conteúdo do artigo 1.º demonstra a tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo, demonstrando que o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado.

Adentrando ao modelo constitucional do Direito Processual Civil, cabível verificarmos brevemente⁸⁹ todas as normas da Constituição Federal relacionadas ao Direito Processual Civil, dividindo-as em⁹⁰:

- (i) princípios constitucionais do direito processual civil;
- (ii) organização judiciária: relativo à estrutura e organização do Poder Judiciário, não podendo ser desconhecida por nenhuma lei;
- (iii) funções essenciais à Justiça: análise sobre os grupos designados para atuações específicas relacionadas à Justiça, suas funções e estruturas;
- (iv) procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados: análise sobre a forma pela qual o Judiciário deve atuar para a resolução de variadas questões.

Sobre os princípios constitucionais, tema já ressaltando no presente trabalho, importante destacar que eles fornecem diretrizes comportamentais para o Estado-juiz, cabendo elencar aqueles que se destacam dentro do processo civil:

- a) Acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF); b) Devido processo legal (LIV do art. 5º da CF); c) Contraditório/cooperação (LV do art. 5º da CF e art. 6º do CPC); d) Ampla defesa (LV do art. 5º da CF); e) Juiz natural (incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º da CF); f) Imparcialidade (art. 95 da CF); g) Duplo grau de jurisdição (sem previsão na CF,

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 34.

⁸⁹ Acrescenta-se a indicação para leitura mais aprofundada sobre o tema: BUENO, Cassio Scarpinella. em Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Editora Saraiva, 2015.

⁹⁰ Divisão idealizada e observada em BUENO, Cassio Scarpinella. em Curso sistematizado de direito processual civil. Volume 1. 8.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

verificar art. 102, II, e no art. 105, II, da CF); h) Colegialidade nos Tribunais (art. 96, I, a, da CF); i) Reserva do Plenário para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 93, XI, da CF); j) Isonomia (*caput* e o inciso I do art. 5º da CF); k) Publicidade (LX do art. 5º, IX e X do art. 93 da CF); l) Motivação (incisos IX e X do art. 93 da CF); m) Vedação das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos (incisos LVI, X e XII do art. 5º da CF); n) Assistência jurídica integral e gratuita (incisos LXXIV, LXXVII e LXXIV do art. 5º da CF); o) Duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF); e p) Efetividade do processo (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF).

Como já destacado anteriormente neste trabalho, o devido processo legal, ou melhor dizendo, o devido processo constitucional sintetizaria o modo de ser do processo, porém, cabível acrescentar, tendo em vista o modelo constitucional, os princípios do acesso à justiça e da efetividade do direito pelo processo.

Tais princípios criam um tripé capaz de garantir a sustentação do ingresso no Poder Judiciário por meio do ingresso no Poder Judiciário com pedido de tutela que demande a atuação do Judiciário de forma a impor a observação das garantias constitucionais por todos integrantes processuais a fim de obter os resultados concretizados no plano material.

Em relação à organização judiciária, relevante verificar sua estruturação e funcionamento, onde, menciona-se, a Constituição Federal a disciplina de forma integral. Brevemente, de forma a ressaltar alguns temas, menciona-se a indicação de quais órgãos que o compõem (art. 92 da CF), a composição do STF por 11 Ministros nomeados pelo Presidente e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101 da CF), a missão do STF de estabelecer os padrões interpretativos da CF (art. 102 da CF), a composição do STJ por, no mínimo, 33 Ministros, nomeados pelo Presidente e aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado (*caput* e parágrafo único do art. 104 da CF), a missão do STJ consolidar a interpretação das leis e demais atos normativos federais (art. 105 da CF), o reflexo das Constituições Estaduais e das Justiças Estaduais em relação a Constituição Federal (art. 125 e 92 da CF) e a função nacional do CNJ de coordenação do Poder Judiciário (art. 103-B da CF).

Em relação às funções essenciais à Justiça nos deparamos com a atuação da Magistratura (art. 93, I, da CF), Ministério Público (art. 127, *caput*, da CF), Advocacia (art. 133 da CF) e Defensoria pública (art. 134 da CF). A Constituição disciplina, sem exaurir o tema, os conceitos de cada figura, quem são e o que fazem, como se estruturam e suas finalidades.

Por fim, no que se refere aos procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados nos deparamos com a própria Constituição Federal especializando

procedimentos processuais a partir dos mais variados critérios e razões históricas, políticas e sociais. Neste aspecto, o Código de Processo Civil se encontra limitado, por não poder contrariar nem minimizar o que a Constituição impôs como procedimento, podendo, no máximo, aperfeiçoar na medida do possível. Alguns exemplos são: o mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, da CF), o habeas data (art. 5º, LXXII, da CF), ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF); controle de constitucionalidade concentrado (art. 103 da CF) e difuso (art. 97 da CF), súmulas vinculantes do STF (art. 103-A da CF), reclamação (art. 102, I, I, e art. 105, I, f) e execução contra a Fazenda Pública (art. 100 da CF)⁹¹.

Assim, o legislador deixa claro, encabeçado pelo artigo 1.º, o constitucionalizar do processo, inserindo o Novo Código de Processo Civil num universo normativo mais amplo, devendo todos os dispositivos ser compreendidos à luz da Constituição Federal.

⁹¹ Sobre os quatro grupos que podem ser extraídos da Constituição Federal, merece ressaltarmos o ineditismo no estudo realizado por BUENO, Cassio Scarpinella em trabalho recente, o que demonstra a relevância do estudo contemporâneo sobre este tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos passamos a ter a evolução do Direito Processual Civil brasileiro em duas vertentes, quais sejam, a processualização da Constituição e a constitucionalização do processo.

O Novo Código de Processo Civil, portanto, não ficou alheio diante do fato do legislador ter inserido em seu corpo diretrizes constitucionais relativas ao processo, principalmente no que se refere ao artigo 1.º.

O artigo 1.º no Novo Código de Processo Civil impôs a constitucionalização do processo ao determinar que o Código seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme a Constituição Federal, por meio de diretriz impossível de ser contrariada, sob pena de caracterizar uma inconstitucionalidade.

O modelo constitucional, amparado pelo artigo 1.º no Novo CPC, se traduz em uma nova visão jurídica pulsante no Direito Processual Civil, que faz com que o processo deixe de representar um fim em si mesmo e passe a ser um meio para efetivar os valores constitucionais.

Dessa forma, com a disposição legal do artigo 1.º do CPC, passa a ser obrigatória a observância do modelo constitucional no qual se deve confrontar o ser do processo com o dever-ser constitucional.

É por meio da constitucionalização que temos a oxigenação do processo civil, com os valores da Constituição, em síntese do que seria a soberania nacional, regravando o Processo Civil brasileiro, o que privilegia a proximidade entre o processo e a democracia.

BIBLIOGRAFIA

Assis, Araken de. Processo Civil Brasileiro, Volume I – Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. Editora: Saraiva, 2015.

Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. Editora: Saraiva, 2015.

Bueno, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil – Volume 1. Editora: Saraiva, 2014.

Cabral, Antonio do Passo; Cramer, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Editora Forense, 2016.

Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro; Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. Novo Código de Processo Civil Anotado e Comparado. Editora Forense, 2016.

Didier Júnior, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Editora JusPodivm, 2015.

Fux, Luiz; Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Comparado – Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Editora Método, 2016.

Gajardoni, Fernando da Fonseca; Dellore, Luiz; Roque, Andre Vasconcelos; Oliveira Jr., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo - Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral. Editora Método, 2016.

Hartmann, Rodolfo Kronenberg. Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado. Editora Impetus, 2016.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro; Silva, Larissa Clare Pochmann da; Almeida, Marcelo Preira de. O Novo Código de Processo Civil Comparado. Editora GZ, 2016.

Montenegro Filho, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. Editora Atlas, 2016.

Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Souza, André Pagani; Caraciola, Andrea Boari; Assis, Carlos Augusto de; Fernandes, Luis Eduardo Simardi; Dellore, Luiz. Teoria Geral do Processo Contemporâneo. Editora Atlas, 2016.

Souza, Artur César de. Código de Processo Civil - Anotado, Comentado e Interpretado - Parte Geral (Arts. 1 A 317) - Vol. I. Editora Almedina, 2016.

Tartuce, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações. Editora Método, 2016.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Volume I – Teoria Geral do Direito Processual Civil; Processo de Conhecimento; Procedimento Comum. Editora Forense, 2016.

Theodoro Júnior, Humberto; Nunes, Dierle; Bahia, Alexandre Melo Franco; Pedron, Flávio Quinaud. Novo CPC - Lei 13.105, de 16.03.2015, Fundamentos e Sistematização. Editora Forense, 2016.

Theodoro Júnior, Humberto; Theodoro Neto, Humberto; Mello, Adriana Mandim Theodoro de; Theodoro, Ana Vitoria Mandim. Novo Código de Processo Civil Anotado. Editora Forense, 2016.

Theodoro Júnior, Humberto; Oliveira, Fernanda Alvim Ribeiro de; Rezende, Ester Camila Gomes Norato. Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro. Editora Forense, 2016.

Wambier, Teresa Arruda Alvim; Conceição, Maria Lúcia Lins; Mello, Rogério Licastro Torres de; Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Wambier, Teresa Arruda Alvim; Didier Jr., Fredie; Talamini, Eduardo; Dantas, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, 2015.