

A REGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A POSIÇÃO DO PROJETO DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sérgio Gilberto Porto*

Sumário: Considerações preliminares. 1. A dupla natureza jurídica do conteúdo processual da Constituição Federal. 2. Direito formativo e garantias constitucional-processuais: a) o propósito das garantias na ordem jurídica processual. b) o fenômeno da relativização de garantias constitucionais. 3. O sistema constitucional-processual e a regência deste sobre o processo civil contemporâneo.

Resumo: O presente ensaio aponta a dupla natureza jurídica do conteúdo processual da Constituição Federal. Demonstra que a Carta Federal ora contempla direito de natureza formativa, ora direito meio. Salienta que o primeiro constitui o sistema processual matriz que deve reger todos os segmentos processuais, especialmente o processo civil. Finalmente faz ver que o projeto de um novo Código de Processo Civil adota expressamente esta orientação.

Abstract: The present article points to the double legal nature of the procedural content in the Federal Constitution. Demonstrate that the Federal Letter sometimes contemplates law of formative nature, and sometimes law as means. Accentuate that the first one constitutes the matrix procedural system that should rule all the procedural segments, specially, the civil process. Finally, make it clear that the new code of civil process expressly foster this orientation.

Considerações preliminares

Após esforço extraordinário de muitos no sentido de implementar reformas com o propósito de tornar a resposta judicial aos conflitos sociais mais

* Doutor em Direito. Mestre e Especialista em Direito Processual Civil. Professor Titular da PUC/RS dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação. Ex-Procurador-Geral de Justiça – RS. Advogado e Consultor Jurídico.

mais ágil e efetiva, através da edição de diversas leis de natureza processual, amoldando institutos ou criando novos, conclui-se, agora, que o CPC de 1973 encerrou seu ciclo de vigência e que, portanto, necessário se torna a elaboração de um novo Código. Abandona-se, pois, a política da reforma a conta-gotas e apresenta-se o desafio de editar um novo Código.

Desimporta, nesta quadra da história processual, se a política de então foi correta e adequada ou não. O que, neste momento, objetivamente está posto é que há uma nova realidade.

Creemos que o primeiro passo da nova reforma deva ser exatamente a identificação daquilo que deva ser aproveitado do sistema ainda vigente, pois não há como desprezar a experiência acumulada sob a égide do CPC de 1973, inclusive com todas suas emendas. A reforma do sistema, com a busca de um novo Código, deve também introduzir idéias contemporâneas aptas a gerar a efetividade almejada pela comunidade jurídica, aos efeitos de dar à sociedade resposta adequada na realização de direitos.

Como sabido, a dinâmica da existência responde presente na compreensão do Direito e as reformas legislativas nem sempre acompanham as idéias no ritmo desejado, vez que estas estão submetidas ao devido processo legislativo e este também possui suas mazelas procedimentais. Nesta linha, cumpre destacar que enquanto o “velho” CPC de BUZAID lutava para atender as pretensões da sociedade coetânea, o direito processual mudava, não apenas nas suas regras, mas especialmente na sua compreensão dentro da ordem jurídica, e não alheio ao movimento de constitucionalização do direito como um todo.

Agora, em época de novo Código, deve ser recolhida a oportunidade para concretizar legislativamente o intenso diálogo que tem havido entre Constituição e Processo. Nesta linha, a primeira iniciativa é de amoldar as novas regras aos primados constitucionais e para tanto, resta necessário identificar o conteúdo processual da Constituição Federal, para saber definir com clareza como esta quer seja compreendido o processo e desenvolvido o procedimento no debate judicial.

1 A dupla natureza jurídica do conteúdo processual da Constituição Federal

A Carta Magna representa o conjunto mais expressivo de direitos constituídos pela sociedade. Direitos estes, como se percebe de um simples exame objetivo, de diversos matizes. Dentre estas variações, como sinalizado acima, emergem também direitos de índole nitidamente processual, circunstância que, por decorrência, naturalmente empresta conteúdo processual



à Constituição Federal e fez nascer um verdadeiro **direito processual fundamental**.¹

A Constituição Federal, se sabe, é o ponto de partida para a interpretação do direito e argumentação jurídica, pois, hoje, mais do que uma simples Carta Política, face sua reconhecida força normativa,² permeia toda ordem jurídica.

Com efeito, a Constituição, além de seu papel organizacional, também assegura direitos de natureza subjetiva. Contempla, por igual, instrumentos e disciplina temas vinculados ao exercício da jurisdição.

Nessa linha, vale lembrar que são instrumentos oferecidos pela Constituição Federal: o Habeas Corpus, o Habeas Data, o Mandado de Segurança, o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, a Ação Popular e a Ação Civil Pública, dentre outros.

Já na jurisdição constitucional existem os mecanismos de controle de constitucionalidade representados pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e pelo Incidente de Constitucionalidade.

No que toca à sede recursal, estão instituídos os recursos de natureza extraordinária, representados pelo Recurso Especial, dirigido ao STJ, e o Recurso Extraordinário, dirigido ao STF. Há também, no sistema recursal constitucional, o Recurso Ordinário.

Afora isto, a Constituição Federal também rege matéria referente à competência do STF (102, CF), do STJ (105, CF), dos Tribunais Regionais Federais (108, CF), dos Juízes Federais (109, CF), e da Justiça do Trabalho (114, CF).

Disciplina a legitimidade para propositura de ADI e ADC (103, CF), bem assim regula a atuação judicial do Ministério Público (129, CF) e da Defensoria Pública (134, CF).

Consagra, por igual, direitos de aplicação genérica para serem exercidos em face da jurisdição, ao contemplar garantias de natureza constitucional-processual. Estas, de sua parte, formam um verdadeiro direito processual fundamental (principiológico), na macro-compreensão do sistema, pois representam primados constitucionais incidentes em todos os ramos

¹ Neste sentido, CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, Coordenação de FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

² Consultar, sobre o tema, com largo proveito, estudo de HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.



processuais especializados (civil, penal, consumidor, tributário, etc.). Ou seja: **são parâmetros constitucionais para a ordem processual.**

Não se trata, nesse último aspecto, pois, de segmento do direito processual de regras, mas do direito processual de princípios, daí a razão pela qual também ser encontrada, em doutrina, a designação de princípios consitucional-processuais.³

Atentos ao tema, MAURO CAPPELLETTI e DENIS TALLON, coordenaram a publicação de ilustrativa obra que demonstra como o assunto tem merecido atenção de vários países do mundo, reunindo ensaios de inúmeros juristas consagrados como FRITZ BAUER, ENRIQUE VESCOVI e tantos outros.⁴

No Brasil, igualmente, o tema tem merecido atenção da doutrina, na medida em que o conteúdo processual da Constituição Federal vem expressado por um conjunto de direitos oferecidos ao cidadão . Estes, ora vêm configurados como direitos propriamente ditos, ora como instrumentos. Na primeira hipótese, é direito formativo (uma espécie de “direito processual-material”, que configura o direito constitucional-processual); na segunda caracteriza um verdadeiro *direito-meio ou direito-instrumento*, por definir a forma de exercício de certos direitos (que caracteriza o direito processual-constitucional). Portanto, como se vê, o conteúdo processual da Constituição Federal apresenta-se com dupla natureza jurídica.⁵

2 Direito formativo e garantias constitucional-processuais

a. O propósito das garantias na ordem jurídica processual

Inicialmente, deve ser observado que, no Brasil, aquele que vai a juízo não comparece desamparado, haja vista que o ordenamento constitucional lhe outorga certas garantias jungidas à jurisdição, mais conhecidas como garantias constitucional-processuais, ou seja, garantias oferecidas pela Constituição Federal ao cidadão, para serem exercidas no curso ou em razão de processo judicial.

Efetivamente, bem examinada a Constituição, fonte originária de direito no sistema brasileiro, verificar-se-á que toda e qualquer demanda deve estar a esta adequada, pena de, se assim não for, padecer de vício superlativo. A

³ Nesta linha, dentre outros, p.ex., NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9^{ed}. São Paulo: RT, 2009.

⁴ *Les Garanties Fondamentales des Parties dans Le Procès Civil*. Milano: Giuffrè, 1973.

⁵ A posição apresentada neste item II já foi por nós sustentada, com variações, juntamente com Daniel Ustarroz, em *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*, Livraria do Advogado, POA, 2009. Esta é, entretanto, uma evolução daquela.



Constituição Federal, como sabido, dada sua hierarquia, tem a virtude de permear todo o ordenamento jurídico, a ponto de, na medida em que encontre regras que tolham sua aplicação, derogá-las, sob o princípio da não-recepção frente à ordem constitucional. Tal circunstância está hoje, mais do que ontem, representada pelo fenômeno da constitucionalização do direito, e é debatida na doutrina contemporânea da maioria dos ordenamentos democráticos modernos.⁶

A existência de diversos comandos jurídicos, representados por regras e princípios, não pode comprometer a unidade do sistema. Para tanto, buscase, através da criação de uma ordem jurídica hierarquizada, bem determinar qual comando deva prevalecer na hipótese de conflito. Vale dizer, *há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chegue-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado 'ordenamento'. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento.*⁷

Nessa medida, a Constituição da República, que é, no Brasil, a ordem jurídica unificadora, assegurou às partes determinados direitos a serem exercidos em razão do processo judicial ou no curso deste, ou seja, intraprocessualmente, tais como: a publicidade dos atos processuais (5º, LIII e 93, IX), a isonomia no trato das partes (5º, *caput*), a motivação das decisões judiciais (93, IX), o contraditório judicial (5º, LV e LIV), a inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário (5º, XXXV), o acesso, que à todos deve ser assegurado, à Justiça (5º, XXXV), proibição da obtenção de prova por meio ilícito (5º, LVI), a segurança decorrente da coisa julgada (5º, XXXVI), a atuação do juiz e do promotor natural (5º, LIII) e a duração do processo por tempo razoável (5º, LXXVIII).⁸

⁶ Como exemplo da afirmação ver, dentre vários, CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Revista Jurídica 312/7-22, 2003, Porto Alegre.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 6ª edição, 1982, p.49.

⁸ Enunciação meramente exemplificativa, eis que existem outras garantias expressas e outras implícitas.



Representam comandos inerentes ao processo contemporâneo que são observados, em maior ou menor escala, em vários ordenamentos das civilizações democráticas, como se pode perceber da obra antes citada e organizada por CAPPELLETTI/TALLON. A obediência a tais comandos, em última análise, visa precipuamente garantir um processo democrático, livre do arbítrio e capaz de alcançar os fins colimados pelo Estado de Direito e pela sociedade, via jurisdição.

Portanto, na medida em que se asseguram às partes, no conflito jurisdicional, um conjunto de garantias, vislumbra-se a idéia de que o conceito de cidadania plasmado na Carta Magna estende-se, evidentemente, também para o momento do litígio, daí, pois, a compreensão da circunstância de o Estado assegurar direitos marcadamente constitucionais, para exercício em razão do processo judicial, enseja a idéia de *cidadania processual*, ou seja, assegura-se ao cidadão o exercício de direitos de índole fundamental imaginados para o processo judicial e efetivados durante o processo judicial. Endoprocessuais, portanto. Vale dizer: o Brasil, embora socialmente injusto, é um país que possui uma ordem jurídica absolutamente civilizada e compatível com seu tempo, pois garante ao cidadão o exercício de direitos constitucional-processuais, que são da essência do Estado Democrático de Direito.

Assim, o propósito das garantias, como e enquanto direito fundamental, é de assegurar o pleno exercício de cidadania no processo judicial, assegurando às partes, também via jurisdição, o pleno gozo dos direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

b. O fenômeno da relativização de garantias constitucionais.

As chamadas garantias constitucional-processuais, ainda que configurem direitos formativos, por vezes, sofrem mitigação. Assim, ao contextualizá-las na ordem jurídica é indispensável que se ilumine a medida do possível abrandamento de incidência.

A relativização admitida obedece a certas exigências que, se bem compreendidas e adequadamente aplicadas, contribui para o ajuste de soluções jurídicas.

A relativização de garantias admitida pela ordem jurídica, portanto, não pode ser compreendida como a regra a preponderar, mas como a exceção admissível, frente a certas particularidades.

Dessa forma, oportuno balizar - ainda que objetivamente - o tema, haja vista que o mesmo, em ultima ratio, representa o modo de convivência do sistema processual matriz com os segmentos processuais especializados.



Nessa linha, cumpre destacar que os atos jurídicos em geral são protegidos pelo primado constitucional da segurança jurídica. A teoria da segurança jurídica encontra-se, preferencialmente, plasmada no princípio da confiança do cidadão no Estado⁹. Como derivação deste propósito foram inseridos na Constituição os sub-princípios de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (5º, XXXVI, CF), ou seja, tais garantias foram contempladas pela Constituição para que uma vez configuradas gerem blindagem em desfavor de iniciativas contrárias aquilo que já se consumou. São, portanto, cláusulas imunizantes, essenciais ao Estado Democrático de Direito, visto que não há democracia, nem direito, onde não há segurança jurídica ou confiança do cidadão no Estado.

Contudo, como sabido, há – hoje – movimento reconhecendo a possibilidade jurídica de mitigação de garantias constitucionais, a partir da convicção de que não existe garantia constitucional absoluta. Afirmase, nesta linha, que nem mesmo a vida é garantia absoluta, na medida em que em determinadas hipóteses esta poderá ser ceifada, desde que presentes circunstâncias que tornem lícita a conduta supressiva da vida de outrem, tais como a legítima defesa na seara criminal.

Essa compreensão tem origem, até onde nos foi possível examinar, na constatação da efetiva existência de antinomias na ordem jurídica constitucional, vez que, realmente, em concreto, identificam-se hipóteses de tensão entre primados constitucionais.

A possibilidade real de conflito entre propostas constitucionais, quiçá, já no distante 20 de julho de 1951, tenha inspirado o Professor da Universidade de Tübingen, OTTO BACHOF, a desenvolver sua instigante tese de que

⁹ Nesse sentido, é a lição de J.J. GOMES CANOTILHO: “A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprio actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* - legislativo, executivo ou judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* - inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* - tendencial estabilidade dos casos decididos através da actos administrativos constitutivos de direitos”. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed.Coimbra: Almedina, p. 256.



é possível existir normas constitucionais inconstitucionais (inválidas),¹⁰

¹⁰ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de JOSÉ MANOEL CARDOSO DA COSTA, Coimbra, Almedina, 1994. Sobre a possibilidade jurídica aventada pelo ilustrado professor vale referir, ainda que diga respeito a inconstitucionalidade formal de norma com *status* constitucional decisão do Pretório Excelso assim ementada “INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Julgado o mérito da ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT contra a Emenda Constitucional 21/99, que acrescentou o art. 75 do ADCT da CF/88, autorizando a prorrogação da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e créditos e de direitos de natureza financeira – CPMF. O Tribunal, por maioria, confirmando os fundamentos expendidos quando do julgamento da medida liminar, julgou procedente em parte o pedido formulado para declara a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 75, do ADCT, na redação dada pela EC 21/99 (§ 3º: “É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999”). Entendeu-se caracterizada a inconstitucionalidade formal sustentada pelo autor da ação, uma vez que houve supressão de parte do referido parágrafo durante a apreciação da proposta da emenda constitucional pela Câmara dos Deputados sem que, após, o dispositivo tenha sido novamente apreciado pelo Senado Federal, ofendendo o art. 60, § 2º, da CF (“A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”). Quanto aos demais dispositivos da EC 21/99, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido pela ausência de inconstitucionalidade material sustentada pelo autor da ação - com fundamento nos artigos 5º, 7º, VI, 150, I e IV, e 154, I, todos da CF. Vencido em parte o Min. Ilmar Galvão que, ressaltando a existência de intervalo entre a Lei 9.311/96 (de vigência temporária e prazo já exaurido) e a mencionada Emenda, entendia não incidir a EC 21/99 enquanto durasse a anterioridade nonagesimal, salientando, ainda, que a simples movimentação de conta bancária pelo seu titular não configuraria fato econômico suscetível de tributação”. (STF, ADI 2.031/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 3.10.2002). Nesta, todavia, se identifica a inconstitucionalidade material de texto constitucional alterado pela Emenda Constitucional n 3 de 1993: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades



vez que, na palavra do mestre, *a onipotência do Estado tem limites*. Em abono de sua posição, apresenta, no Capítulo IV de sua obra, as diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas), tais como (a) inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição, (b) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, (c) inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição, (d) inconstitucionalidade por infração a direito constitucional consuetudinário, dentre outros.

Afastando o relevante debate destacado por OTTO BACHOF, na medida em que a antinomia em concreto não importa em qualquer inconstitucionalidade (invalidade da norma), mas apenas e tão-somente na tensão de valores, a tendência doutrinária que tem por suporte a idéia de que inexiste garantia constitucional absoluta, frente eventual conflito que poderá existir entre uma e outra, fez nascer em berço germânico¹¹, a idéia de proporcionalidade, como forma de superar eventual confronto constitucional, em face do conflito entre garantias ou princípios, já que a lógica do “tudo ou nada” (all-or-nothing-fashion), consagrada por RONALD DWORKIN, nesta sede, não se revela oportuna, muito embora possa ser razoável para o conflito de regras.

Realmente, nas tensões entre garantias ou princípios, mais se apresenta adequada à ponderação de valores no “custo/ benefício” em concreto.

Nessa medida, o princípio da proporcionalidade¹² (verhältnismässigekeitsprinzip),¹³ tem por escopo – como sua designação deixa antever – a vontade de evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em

previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993”. (ADI 939 / DF – Rel. Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 15/12/1993 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ DATA-18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755).

¹¹ Há quem sustente a origem Suíça do princípio. Contudo, no contexto, *máxima vênia*, não se justifica decisiva incursão em torno da efetiva origem do chamado princípio da proporcionalidade.

¹² Sobre o tema, elucidativa a lição do mestre JUAREZ FREITAS, a qual, ainda que lançada no contexto do direito administrativo, em tudo e por tudo aplicável ao presente estudo: “O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.56.

¹³ Segundo observa GILMAR FERREIRA MENDES, com socorro em lição do Ministro MOREIRA ALVES, o princípio da proporcionalidade tem assento constitucional na cláusula do devido processo legal. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 177 e Adin 958, DJ, 16 de maio de 1994, p. 11675.



valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e aplicação do princípio permitem vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado no caso posto a exame. Na palavra de CANOTILHO, o princípio da proporcionalidade encerra a idéia da **proibição de excesso**, vez que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível, ou seja, *meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim*¹⁴. Cumpre, também, registrar a existência de corrente de pensamento que engloba na compreensão do princípio da proporcionalidade, ao lado da proibição de excesso, a chamada **proibição de insuficiência**, a qual representaria, grosso modo, um controle material das omissões legislativas, sejam parciais ou totais.

Na linha da compreensão do tema, elucidativos, para a perfeita avaliação da idéia da proporcionalidade em sentido estrito, os exemplos trazidos por HEINRICH SCHOLLER: *Na prática jurisprudencial, inclusive no âmbito do Tribunal Federal Constitucional, tem sido considerada mais como sendo uma técnica de controle. No que diz com este aspecto, cumpre lembrar outro exemplo extraído da jurisprudência constitucional. No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde), alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva de integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativa à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde de integridade física. Convém frisar, ainda neste contexto, que se poderá chegar ao mesmo resultado a partir do critério necessidade. O próprio Tribunal Federal Constitucional, na decisão ora tomada como exemplo, entendeu que as seqüelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderão atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal ser aplicada no caso (BverfGE 16, 194/202).*

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra Almedina, p. 382/3.



(...)

Na aferição da constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Federal Constitucional acabou por desenvolver, como método auxiliar, a “teoria dos degraus” (*Stufentheorie*) e assim denominada “teoria das esferas” (*Sphärentheorie*). De acordo com a primeira concepção, as restrições a direitos fundamentais devem ser efetuadas em diversos degraus. Assim, por exemplo, já se poderá admitir uma restrição na liberdade de exercício profissional (art. 12 da Lei Fundamental) por qualquer motivo objetivamente relevante (*aus jedem sachlichen Grund*), ao passo que no degrau ou esfera mais profunda, o da liberdade de escolha da profissão, tida como sendo em princípio irrestringível, uma medida restritiva apenas encontrará justificativa para salvaguardar bens e/ou valores comunitários de expressiva relevância de ameaças concretas, devidamente comprovadas, ou pelo menos altamente prováveis¹⁵.

Essa idéia básica se pode dizer, encerra a *primeira onda* de relativização de garantias fundamentais. Neste cenário tudo se opera no plano constitucional, vez que se admite a mitigação de certo direito constitucional frente a outro também de índole constitucional que se revela mais relevante em determinado caso concreto, mas sem invalidar àquele superado, haja vista que apenas submetido a mandamento de ponderação, aos efeitos de afastar um resultado desproporcional, pois, se assim não fosse, estar-se-ia prestigiando um direito de menor hierarquia para a hipótese.

A idéia da possibilidade jurídica de relativização de garantias constitucional-processuais ou de que inexistem garantias constitucionais absolutas e que, portanto, todas são mitigáveis, no Brasil, goza de largo prestígio e obtém trânsito fácil, inclusive ensejando – consciente ou inconscientemente – a possibilidade de que leis infraconstitucionais “arranhem”, sem pejo, as garantias de assento constitucional, fazendo nascer uma verdadeira *segunda onda* de relativização.

São vários os exemplos no âmbito do processo civil contemporâneo: **a)** as liminares *inaudita altera pars*, em face da garantia do contraditório, onde este, se diz, é postecipado; **b)** os prazos processuais beneficiados da Fazenda Pública e do Ministério Público, frente a garantia da isonomia; **c)** a decisão arbitral impeditiva de reexame pelo Judiciário, frente a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as violações e ameaças de direito; **d)** o depósito prévio da rescisória, as custas judiciais e o preparo recursal, frente a garantia do acesso à justiça; **e)** julgamento imediato, nas

¹⁵ SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e administrativo da Alemanha*. Tradução e adaptação de INGO WOLFGANG SARLET. In: *Interesse Público* n. 2/93



causas exclusivamente de direito, pelo Tribunal (515, § 3º, CPC), frente a garantia do duplo grau de jurisdição e do juízo natural colegiado e muitas outras hipóteses que podem ser identificadas na ordem jurídica nacional¹⁶.

Assim, parece, do que se pode observar do comportamento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que vivemos também efetivamente uma *segunda onda* de relativização, ou seja, hipótese em que se identifica como possível, em determinadas casos, relativizar garantia constitucional por lei infraconstitucional. Primeiro por que o Legislativo edita leis de tal índole e segundo por que o Judiciário dá guarida a tais leis, frente a casos concretos que lhe são submetidos. Esta técnica que, aparentemente, contempla a desconsideração da chamada *hierarquia de normas*, em verdade, em certos casos consagra a idéia de *intervenção restritiva*¹⁷ do legislador ordinário sobre direitos fundamentais e, por decorrência, como destacado, enseja outra possibilidade de relativização de garantias.

Em suma: (i) a primeira hipótese de relativização de garantias decorre da ponderação de valores constitucionais em concreto, onde uma cede frente à outra, mediante mandamento de ponderação e (ii) a segunda configura-se através de intervenções restritivas do legislador ordinário.

Entretanto o tema relativização de garantias constitucionais não se esgota no movimento de mitigação de garantia constitucional-processual por lei ou decisão jurisdicional originária, mas também por decisão jurisdicional substitutiva, configurando, pois, uma verdadeira *terceira onda*¹⁸ de relativização de garantias constitucionais.

Efetivamente, identifica-se com facilidade na doutrina brasileira a tese da possibilidade jurídica de que decisão jurisdicional supere a existência de coisa julgada,¹⁹ uma vez presentes certas circunstâncias.

¹⁶ Em alguns casos, é verdade, se bem investigada a hipótese encontrar-se-á suporte constitucional para a iniciativa legislativa, pois esta busca, exatamente, a proteção de um valor constitucional. Entretanto vale lembrar que a lei é norma em tese e que a ponderação de valores é teoria de aplicação em concreto.

¹⁷ Neste sentido, v., p. ex., CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*, in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Organizador INGO WOLFGANG SARLET. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 339 e ss.

¹⁸ Idéia retórica introduzida na literatura por ALVIN TOFFLER, in *A terceira Onda*, Tradução de João Távora. Rio de Janeiro, Record, 2º ed., 1980. Título original: *The Third Wave* e no plano jurídico consagrada por MAURO CAPPELLETTI, através de suas sustentações de acesso à justiça.

¹⁹ Sobre a temática, ver, p.ex., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: *Ajuris* n. 83/33. THEODORO JÚNIOR, Humberto e DE FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: *Revista do Ministério Público* n. 47, p. 115-147. DELGADO, José Augusto. *Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas*. In: *RePro* 103/9; TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo.



A idéia básica consiste na hipótese de o juízo se deparar com uma situação de extrema injustiça concreta perpetrada por decisão jurisdicional passada em julgado.

Frente a esse quadro estaria o novo juízo autorizado a (re)julgar a causa. É exemplo clássico a circunstância de que certa sentença passada em julgado entendeu improcedente demanda investigatória de paternidade. Entretanto, configurada a coisa julgada, sobrevém exame de DNA a atestar a certeza da paternidade negada pela sentença.

Diante da situação concreta de flagrante injustiça, como dito, estaria o juízo autorizado a (re)julgar a causa, na medida em que a decisão anterior seria inconstitucional, pois estaria a violar o dever constitucional de distribuição de jurisdição justa.

Estaria a ocorrer um conflito de valores. De um lado a segurança jurídica representada pela coisa julgada ou a confiança do cidadão no Estado e, de outro, em verdadeira tensão *in concreto*, a necessidade da existência de uma decisão justa prometida pela Constituição Federal. Na hipótese, para aqueles que entendem possível a relativização da coisa julgada deveria esta ser superada e (re)julgada a causa com a prolação de nova decisão, face à contundência da prova oferecida e a flagrante injustiça da decisão anterior.

Aqui, note-se, estar-se-ia a relativizar a garantia constitucional (processual) da coisa julgada, não pela tensão de valores na formação da decisão originária e nem em razão de lei mitigadora de garantia, mas por decisão jurisdicional substitutiva da originária. Daí a razão pela qual, a hipótese configura situação diversa daquelas antes expostas e caracteriza, por igual, uma verdadeira terceira hipótese de relativização de garantia constitucional (processual).

É sabido, outrossim, que a tese é controvertida, eis que parcela significativa da doutrina, com variações de fundamentos, resiste à possibilidade de relativizar ou desconsiderar a coisa julgada²⁰. Entretanto,

in Resp nº 226436/PR, j. 28.06.2001, DANTAS, Ivo. *Da coisa julgada inconstitucional. Novas e Breves notas. In: Interesse Público* n. 27, 2004, p. 60-71. THEODORO JUNIOR, Humberto. *A reforma do Processo de Execução e o Problema da coisa julgada inconstitucional. (CPC, art. 741, parágrafo único). In: Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil* n. 29, mai/jun 2004, p. 5-27. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, dentre outros e ZAMPROGNO, Alexandre. Meios processuais para desconstituir a coisa julgada inconstitucional. *In: Interesse Público* n. 95-100.

²⁰ Neste sentido, v., com proveito, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 33, jan/fev 2005, p. 5-28. ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa julgada inconstitucional. In: Revista Jurídica* n. 301, nov/2002, 7-29. TESHEINER, José Maria Rosa. *Relativização da Coisa Julgada. In: Revista do Ministério Público* n. 47, 2002, p. 104-114.



embora a controvérsia, longe de dúvida, configura nova hipótese de mitigação de garantia constitucional (processual).

Assim, cumpre, por derradeiro, neste capítulo, assentar que as garantias constitucionais na compreensão hodierna são efetivamente relativizáveis, seja (i) em concreto, na hipótese de tensão de valores, (ii) em tese, quando há intervenção restritiva da lei limitando a área de incidência da garantia e (iii) quando se revelar necessária decisão jurisdicional substitutiva²¹. E se as garantias são relativizáveis por mais de uma forma, como visto, é nesta medida que, igualmente, devem ser compreendidas no seio do direito processual civil.

3 O sistema constitucional-processual e a regência deste sobre processo civil contemporâneo

Contextualizado os temas pertinentes as ponderações que se seguirão, cumpre observar que a idéia matriz do presente ensaio é a de demonstrar que a Constituição Federal possui conteúdo nitidamente processual e que este repercute na compreensão do direito processual civil.

Nessa linha, cumpre destacar que o conjunto das garantias representa um verdadeiro direito processual fundamental que – por óbvio – permeia todos sistemas vigentes e, como decorrência, estabelece a existência de um verdadeiro sistema processual matriz a reger todos os desdobramentos do direito processual, ou seja, fixa a incidência de primados constitucionais em todas as disciplinas processuais especializadas e especialmente no processo civil.

De outro lado, como sabido, face às notórias deficiências do sistema processual civil, há no momento uma busca incessante pela efetividade do processo judicial e, com tal propósito, estavam sendo empreendidas no Brasil várias reformas no Código de Processo Civil, através da edição de um conjunto significativo de leis esparsas que modificavam e/ou introduziam institutos na ordem jurídico-processual civil. Muitos de extraordinário reflexo na condução

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual e Relativização Coisa Julgada*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil n. 22, mar/abr 2003, p. 5-13. SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa Julgada Relativa?* In: Revista Jurídica n. 316, fevereiro 2004, p. 7-18. MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. In: Revista Jurídica n. 317, mar/2004, p. 14-33.

²¹ Aqui, cumpre registrar que a Ação Rescisória é modo de relativizar a garantia constitucional da coisa julgada por nova decisão e esta forma é aceita a unanimidade pela doutrina brasileira. Contudo, a idéia pós-moderna de relativizar a coisa julgada por nova decisão, independentemente da propositura prévia de demanda de invalidade do julgado, em face de eventual inconstitucionalidade da decisão que transitou em julgado, superando, inclusive o prazo de rescisória, é altamente controvertida, porém aceita por parcela qualificada da doutrina como referido na nota 20.



dos processos judiciais (p. ex. o instituto da antecipação da tutela), outros nem tanto, contudo, sempre, uns e outros, com o propósito sincero da busca de um processo apto a dar a resposta que a sociedade coeva espera da ordem jurídica processual.

Eram tantas as reforma legislativas que acompanhá-las se constituía num verdadeiro desafio para o profissional do direito. Entretanto, o maior desafio, para a comunidade jurídica, *maxima venia*, não é acompanhar as reformas legislativas (ainda que sejam significativas!), mas é, agora, nesta quadra de início de século, repensar o processo como instrumento de realização dos propósitos constitucionais e não apenas como instrumento de realização do direito material infraconstitucional.

Nesse passo, emerge a necessidade de (re)compreender o processo civil contemporâneo, como forma de promover a solução dos conflitos de interesses sintonizada com os propósitos constitucionais.

A grande reforma, pois, não está na simples mudança legislativa, por mais profícua que esta possa ser, mas sim na mudança de pensamento, no modo de como compreender o processo civil moderno. E a maneira mais legítima de compreendê-lo, no Estado Democrático de Direito, é decifrá-lo sob a regência da Constituição.

Assim, pode afirmar-se que o processo civil é composto de regras processuais próprias do micro-sistema que é, tal qual o direito processual penal, o direito processual do trabalho, ou o processo pertinente a outros segmentos do direito. Entretanto, muito embora as particularidades de cada ramo do direito processual, existem, além e antes destas peculiaridades, princípios (ou garantias) de ordem constitucional fundamental que iluminam o real entendimento que deve ser dispensado às regras processuais.

Desse modo, pouco importa em que área de incidência e qual a disciplina processual presente, aos demandantes deve ser assegurado o gozo de certos direitos inerentes ao devido processo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito à vedação a prova ilícita, a fundamentação das decisões, a publicidade, o exercício do duplo grau de jurisdição e tantos outros expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Esses, vez que contemplados na Constituição Federal, constituem um verdadeiro sistema processual matriz que, como dito, regula todos os micro-sistemas processuais e, por decorrência, sobre estes incide e faz valer seus comandos, ou seja, no processo civil, modo especial, de nada vale deferir prazo de resposta ao réu se a seguir lhe é negado direito a plenitude de defesa nos termos da proposta constitucional, pois o direito de resposta deve, acima de tudo, amoldar-se exatamente aos propósitos da garantia constitucional-



processual fundamental, ainda que esta possa, aqui ou ali, como visto, sofrer mitigação, face esta ou àquela particularidade do caso concreto.

Dito de outro modo, o macro-sistema processual que é representado pelo direito processual fundamental entretém relações com os demais micro-sistemas processuais existentes, pois estes devem se amoldar àquele, pena de – se assim não for – gerarem vícios de ordem fundamental- processual, face à violação à Constituição, e, por consequência, invalidades na forma de prestar a adequada jurisdição.

Desse modo, pode inferir-se que existem relações estreitas e energizadas entre Constituição e Processo. Mais do que isto: existe subordinação da micro-disciplina processual a macro-disciplina constitucional-processual.

Há, portanto, um grande sistema de índole constitucional-processual voltado para o processo judicial e instituído obviamente pela Constituição Federal. Este tem por função reger todos os micro-sistemas processuais, modo especial o processo civil, que deve a ele estar amoldado, sob pena de violação da grande cláusula do Devido Processo do Estado Democrático de Direito, chamado pela Constituição de Devido Processo Legal (5º, LIV) ou redefinindo mais adequadamente sua denominação: Devido Processo Civil Constitucional.

Posição, hoje, acentuada pelo Projeto do novo Código de Processo Civil, quando este na sua estruturação, no Livro I, Título I, dedica o Capítulo I aos **Princípios e Garantias fundamentais do Processo Civil** e reproduz, com adequações, várias garantias de índole originariamente constitucional. Porém, mais do que isto, em seu artigo primeiro, expressamente aduz que *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.*