

O NOVO CPC E A VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL

José Mauro Lima Feitosa

Juiz de Direito, titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de Juazeiro do Norte-CE, Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

RESUMO: o presente trabalho tem por finalidade provocar o debate acerca de uma das várias inovações propostas para o novo Código de Processo Civil brasileiro, cuja aprovação está prevista para o corrente mês de novembro de 2014, em razão da previsão de um novo dispositivo que entendemos afrontoso à vigente Constituição da República. E a despeito de se reconhecer, sob o ponto de vista processual, os inegáveis efeitos positivos que a nova norma pode proporcionar, enquanto mecanismo apto a imprimir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, atendendo, inclusive, ao comando do princípio constitucional da razoabilidade temporal, com reflexo igualmente positivo para a redução do robusto acervo de feitos em curso no Poder Judiciário, não há negar a necessidade, em se confirmando a impropriedade cogitada, de se resguardar a integridade constitucional por meio da deflagração do sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

PALAVRAS-CHAVE: novo CPC; inovações processuais vindouras; CF/88.

ABSTRACT: The present work aims to provoke debate about one of several innovations proposed for the new Brazilian Processual Civil Code, whose approval is scheduled for the month of November 2014, due to the prediction of a new device that we understand disparaging the current Constitution of the Republic. In spite of recognizing, under the procedural point of view, the undeniable positive effects that the new standard can provide, while able to print more quickly and effectively to the adjudication mechanism, also meeting the command of the constitutional principle of temporal reasonableness with equally positive effect in reducing the rugged collection made of the ongoing judiciary, there is no denying the need for confirming the contemplated impropriety to protect the constitutional integrity by the outbreak of judicial system of laws and normative acts.

KEYWORDS: new CPC; future process innovations; CF/88.

INTRODUÇÃO

Estando à véspera da aprovação definitiva do novo Código de Processo Civil, já denominado, por alguns, como *Código Fux*, em razão da influente participação do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em sua elaboração, muitos são os estudos já disponíveis acerca das possíveis modificações decorrentes, merecendo destaque algumas que positivam princípios já consagrados na Constituição da República, bem como outras que inovam o sistema processual, a exemplo da: *uniformização da jurisprudência pelos tribunais; a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR; a negociação processual entre as partes, inclusive quanto ao ônus da prova; a observância da ordem cronológica dos processos quando do proferimento de sentenças e acórdãos; aprimoramento do princípio do contraditório - o juiz deverá ouvir as partes até mesmo quando diante da possibilidade que, em tese, poderia conhecer de ofício para extinguir um processo, a menos que os litigantes tenham provocado; vedação de bloqueio de valores em sede de antecipação de tutela; criação do princípio da moderação; depósito do valor incontroverso nas ações revisionais; e a realização de audiência de conciliação antes da contestação.*

E como sói ocorrer, sempre que o ordenamento recebe um novo diploma relevante, em especial um Código, surge, naturalmente, além de uma grande expectativa pela real oportunidade de um aprimoramento processual apto a imprimir uma efetiva entrega da prestação jurisdicional com a maior brevidade possível, uma avalanche de debates doutrinários e jurisprudenciais, notadamente quanto à conformação dessas novas regras ao sistema normativo posto, na medida em que este pressupõe ordem e unidade, sob pena de ver-se deflagrar mecanismos processuais destinados ao restabelecimento da ordem corrompida, por meio do sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Nesse diapasão, recordemos as sempre atuais lições de Norberto Bobbio¹, e com as quais se alinha o Ministro Luis Roberto Barroso, quando, ao submeter a norma jurídica a três valorações distintas e independentes, no caso, *justiça, validade e eficácia*, que correspondem, sob o ponto de vista filosófico, respectivamente, à deontologia, ontologia e fenomenologia do Direito, afirma ser impositivo ao intérprete do direito, sempre que estiver diante de uma norma, realizar uma operação mental no sentido de aferir, quanto ao que ora nos interessa, a sua *validade*, levando em consideração não apenas a *legitimidade legislativa* para sua

edição, a aferição de possível *ab-rogação*, bem assim a eventual *incompatibilidade* com o próprio sistema que pretende inovar, sobretudo quanto à possível afronta a uma norma hierarquicamente superior, como ocorre na relação *lei ordinária x constituição federal*.

E a imperatividade de se promover essa aferição de adequação da norma infraconstitucional não apenas à Constituição da República, como ao próprio ordenamento posto, enquanto sistema que pressupõe, repita-se, ordem e unidade, vale dizer, harmonização das normas que o compõe - porquanto inconcebível a subsistência de duas normas inconciliáveis -, decorre, no caso em que se tem a Constituição Federal como afrontada, do exame de duas premissas: *a supremacia constitucional e a rigidez constitucional*.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO PARÂMETRO DE FUNDAMENTO PARA A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE

Sendo a Constitucional Federal o primeiro referencial para todo o ordenamento pátrio, na qual o legislador encontra fundamento de validade para toda sua produção legislativa, em especial quanto ao direito infraconstitucional, não se concebe, obviamente, a edição de uma lei que com ela não se harmonize. Para tanto, adotou o constituinte originário, um modelo por demais rígido, submetendo não apenas a produção de infraconstitucionais a critérios rigorosos, como vedando a edição de normas, inclusive constitucionais, tendentes a suprimir aquelas consagradas como pétreas. Portanto, o Brasil detém, hoje, um dos mais abrangentes e perfeitos sistemas de controle.

Tais considerações têm pertinência quando verificamos que o Congresso Nacional, em resposta ao justo reclamo social, e no afã de alcançar meios de se imprimir maior celeridade processual, contempla o projeto com uma inovação que chama a atenção, em razão de aparente incompatibilidade material entre a norma de um de seus dispositivos e a Constituição Federal, no caso, o instituto da Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A, fruto da Emenda Constitucional nº 45/04, cujo texto prescreve:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar

súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º *Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*

Já o novo dispositivo processual antes aludido, tem o seguinte texto:

Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

Como se vê, a regra trazida pelo novo dispositivo processual, estendendo seus efeitos a todos os órgãos jurisdicionais, e de forma vinculante, independentemente da submissão da súmula ao procedimento previsto no art. 103-A da Constituição Federal, bem como conferindo igual poder ao Superior Tribunal de Justiça, nos conduz à constatação de que haverá de suscitar controvérsias a partir do momento em que ganhar aptidão para produzir efeitos, e certamente de forma imediata pelo exercício do controle difuso em primeiro grau de jurisdição, pela simples razão de que, para tê-la como constitucional, implicaria uma interpretação jurisdicional de conformação da inovação pretendida, com inevitável mitigação do rigor imposto pelo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Nesse diapasão, vale lembrar que o ordenamento pátrio, que ostenta, como já dito, um dos mais perfeitos sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, por ter acolhido não apenas o modelo difuso consagrado pelo direito norte-americano no célebre caso *Marbury x Marshall*, em 1803 - por fato decorrente da transição do governo federalista de John Adams para o republicano de Thomas Jefferson de 1800/1801 -, como por ter também adotado o modelo europeu concentrado, de inspiração austríaca, em que se destaca a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por Ação ou por Omissão, além de outras modalidades, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta Interventiva, Mandado de Injunção, e até mesmo por meio de Mandado de Segurança, neste caso, por força de construção jurisprudencial, contra projeto de emenda tendente a malferir alguma cláusula pétrea, cuja legitimidade é restrita aos parlamentares ou a algum órgão congressional.

O modelo adotado pelo Brasil, fruto da vontade soberana do constituinte originário, portanto, revela a opção de se dotar a nova Constituição de um sistema de controle dos mais rigorosos, e que vincula, obviamente, inexoravelmente, o legislador derivado, especialmente o infraconstitucional.

2 A VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

É de se esclarecer, por relevante e oportuno, o reconhecimento de quão relevante se afigura, hodiernamente, o maior e crescente prestígio que se dá aos precedentes judiciais, em especial pelo elevado valor científico que a sedimentação jurisprudencial oferece, bem como pela inafastável necessidade de se criar mecanismos de contenção ao significativo e irracional crescimento da litigiosidade. E o que se viu no Brasil, em verdade, foi o crescimento de um modesto acervo de pouco menos de quinhentos mil processos, quando do advento da Constituição Federal de 1988, para um estoque que deve alcançar, nos próximos meses, o assombroso número de cem milhões de processos, período em que a estrutura do Poder Judiciário avançou, mas não a ponto de torná-la capaz de dirimir tantos conflitos com a celeridade e efetividade desejáveis.

Impõe-se reconhecer, ainda, que a grande maioria desse acervo de litígios decorre de processos em que figuram como sujeitos ativos ou passivos os Entes Políticos, suas Autarquias, Fundações e Empresas Públicas, seja pelo

THEMIS

elevado volume de execuções fiscais ajuizadas – fato inexistente nos países desenvolvidos – ou em razão de ilícitos cometidos pelos entes estatais em seus planos mirabolantes, e que se identificam, em sua maioria, quanto aos pedidos e causas de pedir.

Tal percepção, conquanto demande a adoção de instrumentos corretivos, a exemplo das Súmulas Vinculantes, e com a maior brevidade possível, não autoriza ao legislador corromper a harmonia do sistema normativo.

Ainda acerca dos precedentes judiciais, cabe atentar que a própria doutrina, conquanto reconheça o elevado valor dos precedentes para a construção do direito, nos alerta, nas lições de Juraci Mourão Lopes Filho², quanto aos erros mais mezinhas cometidos no Brasil, a saber: tomar ementa por precedente e aplicá-lo por meio de um silogismo; indicar que o constitucionalismo contemporâneo implica numa aproximação ao *common law*; defender a ideia de que a vinculação dos precedentes à garantia de segurança jurídica; e tomar indistintamente precedente, súmula e jurisprudência.

Ademais, como adverte ainda o autor referido, ao analisar o equívoco de se associar o uso de precedentes à garantia de segurança jurídica, é possível que se incorra no mesmo erro que incorreu o positivismo normativo. Assim:

Trocar a lei pelo precedente pode parecer uma inovação no Brasil, onde até há pouco o assunto não havia sido considerado mais detidamente; entretanto, países já habituados ao seu uso não mais se iludem com a perspectiva de que sejam provimentos jurisdicionais mais eficientes para uma predeterminação de resultados, mesmo porque possuem os próprios problemas nesse tocante. Dworkin bem denuncia uma dificuldade ínsita ao judge made law: quando um juiz modifica uma linha jurisprudencial, quando realiza um distinguish ou julga um caso de first impression, o sucumbente é apenado não por causa do direito existente quando da prática do ato, mas em razão do direito fixado no instante de sua derrota, ou seja, a posteriori. Há uma retroação da norma judiciária. Ademais, a própria identificação do padrão a ser utilizado posteriormente é complexo, variando em função do caso posterior³.

De qualquer sorte, e apesar de não se desconhecer o valor dos precedentes, em especial pela atualidade da produção do direito judicial, pela evolução e sedimentação jurisprudencial que propicia, e pela injustificável demora na resposta do Poder Legislativo à dinâmica social, devem ser adotados com a devida

parcimônia, até mesmo pelo potencial comprometimento do sistema normativo, cujas normas que o compõem devem harmonizar-se entre si e com critérios para a solução das inevitáveis antinomias, entendidas estas, nas palavras de Norberto Bobbio (2002, p. 439-440), como

o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de um a das duas normas

Concluindo, o autor questiona: “*Mas qual das duas deve ser eliminada?*”²⁴

Veja-se que o caso em análise está a atrair, de forma inexorável, uma das regras fundamentais tradicionalmente utilizadas para a solução dessa evidente antinomia, qual seja, o *critério hierárquico*, diante da incompatibilidade da norma vergastada em relação à norma constitucional.

Assim, tendo a norma constitucional legitimado, por vontade do constituinte derivado, a edição de súmulas vinculantes unicamente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a estrita observância de um procedimento próprio, com um quórum qualificado de dois terços dos membros daquele colegiado, admitindo, entretanto, sua revisão e até mesmo cancelamento, na forma da lei, no caso, a lei regulamentar nº 11.417/06, não se concebe uma interpretação apta a estender dita competência para outro Órgão Jurisdicional.

Ademais, tratando-se de uma norma constitucional definidora de competência originária *exclusiva* e não *privativa*, na medida em que não prevê hipótese de delegação, a única solução possível seria adequar a nova sistemática pretendida pelos processualistas por meio de uma norma constitucional.

É que, uma vez ingressado no ordenamento a regra que ora se entende como inconstitucional, para não admiti-la como tal, ter-se-ia, primeiramente, que entender como ab-rogada a norma contida no art. 103-A da Constituição da República. Se esta norma impõe que os efeitos vinculantes e *erga omnes* estão condicionados a tal declaração pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de um procedimento específico, e a novel regra processual, fruto de uma produção infraconstitucional, diverge e flexibiliza, admitindo que toda e qualquer súmula tenha essa aptidão, não apenas as do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça, teremos que admitir como possível a convivência de duas normas conflitantes no ordenamento.

THEMIS

Ora, a norma constitucional que ora se entende como possivelmente afrontada, em verdade, enquanto autoaplicável, não é um mero indicativo de um proceder, um aconselhamento ou recomendação, mas um imperativo a todos imposto, inclusive ao próprio Congresso Nacional, cuja revisão, se pretendida, deve obedecer aos rígidos critérios estabelecidos na Constituição Federal.

Nunca é demais lembrar, outrossim, que temos editadas no Brasil 37 (trinta e sete) súmulas vinculantes, tendo sido a primeira publicada em 06.06.2007 e a última em 24.10.2014. Decorreram, pois, aproximadamente dez anos, desde o advento da Emenda Constitucional nº45/2004, para a criação de 37 (trinta e sete) súmulas vinculantes.

Decorrido o período de *vacatio legis* do novo Código de Processo Civil, todavia, com o texto atual, ter-se-ia como vinculantes e *erga omnes*, também, as outras 736 (setecentos e trinta e seis) súmulas já editadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como as 515 (quinhentos e quinze) súmulas produzidas pelo Superior Tribunal de Justiça, num total de 1251 (um mil, duzentos e cinquenta) súmulas ingressando no ordenamento como normas de eficácia vinculante e *erga omnes*. E mesmo abatendo desse montante as várias súmulas canceladas pelos dois Tribunais, ainda remanesceria um grande acervo.

Essa percepção nos remete novamente ao questionamento que usualmente se faz quanto à utilização imoderada dos precedentes, no que concerne ao comprometimento da essência dos ordenamentos sistematizados por normas legislativas, como o faz René Davi, *verbis*:

Nos países de direito escrito em que o direito se apresenta principalmente sob a forma de direito legislativo, as regras de direito são formuladas com um tal grau de generalidade que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas legais, sob a forma de aplicação e interpretação dessas regras; a existência de lacunas na legislação dificilmente é reconhecida; mais que complementar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na interpretação da lei. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico que reveste o direito deixa de subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher essas lacunas. A uma técnica de interpretação substitui-se uma técnica de distinções, visando estabelecer uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, o common law é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão⁵.

Perceba-se que ao criar esse importante instrumento constitucional, e que vem se afigurando como de grande relevância para um sistema processual que se pretende mais racional, evitando, com base em entendimentos jurisprudenciais sedimentados, e como tais, improváveis de mutação imediata, a eternização de processos no Judiciário, abarrotando-o cada vez mais, inclusive com litígios de somenos importância.

Ao assim agir, o Congresso Nacional entendeu por bem, não sem razão, evitar que se estendessem tais efeitos às centenas de súmulas já existentes, pelos potenciais efeitos negativos decorrentes, dentre os quais, o engessamento do julgador, especialmente o de primeiro grau.

E mais, ao criar tal mecanismo em berço constitucional, o constituinte derivado, obviamente, criou uma barreira que decorre de uma interpretação inevitável: os órgãos jurisdicionais somente estarão impedidos de julgar contrariando súmulas, se estas forem editadas pelo Supremo Tribunal Federal e clausuladas como vinculantes.

Não previu, como é óbvio, que norma infraconstitucional pudesse dispor de forma diversa, nem autorizou que tais súmulas pudessem adquirir o *status* de vinculante quando editadas por outros Tribunais, nem mesmo por parte daquele a quem é dado unificar o entendimento do direito federal, no caso, o Superior Tribunal de Justiça, como pretende o dispositivo ora questionado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, mesmo considerando a superficialidade dessa análise, não resta dúvida que a inovação acarretará debates mais aprofundados pelos doutos constitucionalistas, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade, por inevitável, pela acreditada afronta à soberania da Constituição.

E é natural e salutar que tal debate exista, pela importância que as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais representam para a construção do Direito e a melhor adequação do ordenamento, enquanto sistêmico, à nova realidade social que, a todo momento, se apresenta para o Poder Judiciário.

Igualmente importante a deflagração, quando necessário, do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, sem o que esta, a Constituição Cidadã, fruto de um movimento democrático pacífico e vitorioso

THEMIS

que consagrou o Brasil como um Estado Social, Democrático de Direito, se tornaria vã, como defende Paulo Bonavides, para quem:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sem tido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente n um determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde or igual uma hierarquia de órgãos.

[...] O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.⁶

Diante de tais considerações, em se mantendo o texto do art. 333 do novo Código de Processo Civil como se encontra, parece óbvia a resposta ao questionamento de Norberto Bobbio sobre qual das normas inconciliáveis deve prevalecer no sistema normativo pátrio: se a extraída do texto do art. 333 do novo Código de Processo Civil, ou a do art. 103-A da vigente Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, São Paulo: EDIPRO, 5. ed. revista, 2014.

_____. _____. 2. ed, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2104.

DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: JusPodivn.

NOTAS DE FIM

- ¹ Autor citado, *in* Teoria da Norma Jurídica, São Paulo: EDIPRO, 5ª edição revista, 2014, p. 47-50.
- ² Autor citado, *in* Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, Salvador, Editora JusPodivn, 2014, p. 94-125.
- ³ Autor e obra citados, p. 114.
- ⁴ Autor citado, *in* Teoria do Ordenamento Jurídico, São Paulo: EDIPRO, 2ª edição, 2004, p. 93.
- ⁵ Autor Citado, *in* Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes,.
- ⁶ Autor citado, *in* Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 303-304.