

O processo civil constitucionalizado

No primeiro semestre de 2016 o Brasil passou a contar com um novo Código de Processo Civil, depois de um ano de *vacatio legis* e de mais de cinco meses da apresentação do primeiro anteprojeto, em junho de 2010, pela Comissão de juristas nomeada no ano anterior¹. Como toda lei nova, especialmente a grandeza de um código, o chamado NCPC opôs os juristas (notadamente os processualistas) entre os que aplaudiam o novo instrumento e os que profundamente o criticavam.

Divergências técnico-processuais a parte, cuja análise apenas caberia ser feita com a devida propriedade pelos estudiosos do processo civil, a verdade é que um novo diploma processual sempre movimentava o universo do direito material, seja pela existência das normas ditas heterotópicas, seja pelo fato, este aparentemente incontroverso, de que “sem o processo civil o direito material não tem condições de se impor para solução de conflitos sociais; sem o direito material o processo civil não tem razão de ser”.²

Conforme abordamos no primeiro editorial de **civilistica.com**, há exatos 5 anos, no direito brasileiro a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o comando e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os fundamentos republicanos, atribuindo-lhe o valor de alicerce de nossa ordem jurídica democrática. Significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores do ordenamento jurídico.

¹ Formada pelos juristas Luiz Fux, Teresa Wambier, Adroaldo Fabri´cio, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpi´dio Nunes, Humberto Teodoro Ju´nior, Jansen Almeida, Jose´ Miguel Medina, Jose´ Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro, foi instituída pelo Ato 379 do Presidente do Senado Federal, no ano de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10.07.2016.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

Em boa hora, o novo Código de Processo Civil veio reafirmar, expressamente, o valor da pessoa humana como vetor de interpretação também das normas processuais. Embora não pudesse o legislador afirmar o seu oposto, dada a centralidade dos textos constitucionais - especialmente a partir dos acontecimentos nos campos político, social e econômico por força das duas guerras mundiais na primeira metade do século XX -, a sua enunciação expressa aponta para o caminho inescapável do intérprete mais apegado ao positivismo kelsiano: o dever do juiz de, na aplicação do ordenamento jurídico, resguardar e *promover* a dignidade da pessoa humana.³ Assim, o Código de Processo Civil em vigor coloca-se já à frente dos anteriores e mais próximo do direito civil-constitucional.

Ao lado do reconhecimento do primado da pessoa humana na axiologia processual, oportunamente o NCPC também adotou a técnica da ponderação como metodologia para a solução de litígios pelo julgador, o que já vinha sendo defendido por boa parte das doutrinas civilista e publicista. Mais, ressaltando textualmente a indispensabilidade da enunciação dos critérios gerais da ponderação efetuada como forma de afastar o já muito criticado perigo da insegurança jurídica diante da utilização indiscriminada e injustificada de conceitos indeterminados, princípios e cláusulas gerais, busca assegurar a pertinência do elemento factual no processo decisório.

Nesse sentido, é de se aplaudir a atual exigência do art. 489 do CPC/2015,⁴ ao afirmar que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não explique a relação do texto normativo com a causa; que empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso em

³ Na íntegra, o art. 8º do CPC assim dispõe: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Antes, no artigo que abre a normativa processual, lê-se: “Art. 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”.

⁴ Art. 489 do CPC: “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º 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. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

juízo; que invoque motivos que poderiam justificar qualquer outra decisão; que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo; que se limite a invocar “precedente”⁵ ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes e sua adequação aos fatos em exame ou, ainda, que deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou “precedente” sem apontar a existência de distinção entre os casos.

Tais exigências apontam a preocupação do legislador quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais com o devido rigor técnico e em observância ao nosso sistema de *civil law*. Para além da exigência constitucional - antes quase exclusiva no imperativo por fundamentação das decisões pretorianas -,⁶ o CPC/2015 explicita o que se considera (e o que não se considera) uma decisão fundamentada. Já afirmamos em outro momento, que independentemente das evidentes e iniludíveis aproximações entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, a diferença estrutural que os distingue baseia-se justamente no fato de que a força e o poder de um estão na teoria e na exegese; do outro, na prática e na perícia.

Nos sistemas romano-germânicos entende-se haver uma “ciência”, decorrente do conhecimento do ordenamento, visto como um sistema que, composto pelo corpo de normas contidas em diplomas legislativos diversos, é dotado de algumas características essenciais: a unidade e a coerência. Daí, portanto, ser um direito doutoral, de professores, aqueles que em virtude de estudos aprofundados acerca do sistema, impossíveis de ser realizados no dia a dia por força das demandas cotidianas do julgar, melhor conhecem e, em consequência, melhor elaboram sua interpretação lógica, sistemática e teleológica.⁷

O diploma processual civil em vigor reconhece a ponderação⁸ como método decisório no caso da colisão de normas e, da mesma forma, a indispensabilidade da justificativa

⁵ Sobre o uso da palavra precedente no direito brasileiro, veja-se o editorial “Professores ou juízes?”. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/professores-ou-juizes/>>. Acesso em 10.07.2016.

⁶ Art. 93, IX, da CF/88: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”

⁷ Assim no editorial “Professores ou juízes?”. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/professores-ou-juizes/>>. Acesso em 10.07.2016.

⁸ Resumidamente, conforme define Luís Roberto Barroso, a técnica da ponderação é “uma técnica de decisão judicial aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida,

judicial do objeto e dos critérios gerais desta ponderação, como preconiza a escola do direito civil-constitucional. Preocupada com a enunciação de critérios que auxiliem na melhor aplicação das normas abertas deste direito que é principiológico,⁹ a escola defende a importância do desenvolvimento de estudos que os problematizem e apontem. Assim, o tema da (in)segurança e da (in)certeza no Direito – tanto no sentido de uma falta de isonomia como de previsibilidade –, que constituem pontos centrais no debate relativo à ponderação de direitos, é agora enfrentado pelo legislador, no sentido de apontar sua preocupação com a validade da decisão proferida.

Em uma linha de pensamento que reconhece tanto os perigos da insegurança jurídica decorrentes de um afastamento do caráter deontológico do Direito quanto a importância da técnica da ponderação de interesses para assegurar a pertinência do elemento factual no processo decisório, entendemos também que o método ponderativo se mostra o caminho mais saudável para o conflito de normas em casos difíceis no Brasil. A “pedra de toque” será a construção desses critérios – ou parâmetros – que devem primordialmente ficar a cargo da doutrina em países de civil law¹⁰, sem com isso excluir a sua construção ou aprimoramento também através do estudo de casos pretéritos (método do *case method* da *common law*).

Espera-se que o primeiro Código de Processo Civil publicado durante um regime democrático no país cumpra a sua missão de fazer valer o direito civil constitucionalizado, apaziguando os conflitos sociais e promovendo os mais elevados valores de nossa ordem democrática.

Maria Celina BODIN DE MORAES

Fernanda NUNES BARBOSA

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOSA, Fernanda Nunes. O processo civil constitucionalizado. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-processo-civil-constitucionalizado/>>. Data de acesso.

embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesse, bens, valores ou normas”. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-100, esp. p. 72.

⁹ Tema que abordamos no editorial “A utilidade dos princípios na aplicação do direito”. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em 10.07.2016.

¹⁰ Assim sustentamos no já referido editorial “Professores ou juizes?”. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/professores-ou-juizes/>>. Acesso em 10.07.2016.