

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. 177 páginas.*

“O direito processual não se separa da constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo” (p. VII).

São estas as palavras empregadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover na Apresentação de seu *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, trabalho que, consoante explica, prossegue pesquisa anterior, *As garantias constitucionais do direito de ação*, com a qual obteve, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, seu Título de Livre-Docente, publicada comercialmente em 1973 pela Editora Revista dos Tribunais, de São Paulo. A iniciativa é justificada, outrossim, pela promulgação do então novo Código de Processo Civil e a necessidade de ser feita a “... análise de alguns aspectos constitucionais da lei processual em vigor” (p. VII). Até porque “... é com base nos princípios gerais que se pode distinguir um sistema processual de outro e dar-lhe sua configuração própria e específica; e ainda porque, à raiz dos princípios que informam a norma processual, sempre se encontra — cumprido ou negado — um preceito constitucional” (p. VII).

O livro é escrito em duas partes.

A primeira, que busca firmar as premissas a serem aplicadas na pesquisa e no confronto de diversas regras processuais com a Constituição Federal que ocupa a segunda, volta-se ao exame da “tutela constitucional do processo”, fixando uma indispensável premissa de como ser pensado o direito processual civil. Nela são abordados os seguintes temas: “Processo e Constituição”; “Os princípios constitucionais do processo”; “Direito processual constitucional”; “A tutela constitucional do processo: o *due process of law*”; “As garantias processuais do indivíduo na Constituição Brasileira” e, por fim, “O princípio da inafastabilidade do controle judiciário”.

Na segunda parte, intitulada “Dos princípios constitucionais do processo no novo Código”, a Professora Ada Pellegrini Grinover confronta uma série de dispositivos do Código de Processo Civil com os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório, da publicidade e do duplo grau de jurisdição para verificar em que medida há, ou não, compatibilidade entre eles.

As conclusões a que chega a Professora Ada Pellegrini Grinover são, ainda hoje, verdadeiramente surpreendentes e reveladoras. Elas podem ser divididas em três grupos, em consonância com a proposta feita pela autora nas suas conclusões.

*. Resenha feita por Cassio Scarpinella Bueno e nunca publicada.

No primeiro estão as regras do Código de Processo Civil que não representam, ao menos “... após um exame mais minucioso” (p. 158), nenhuma afronta à Constituição. Nela são analisados os seguintes dispositivos:

(a) Art. 27 (despesas processuais de atos praticados a pedido do Ministério Público ou da Fazenda são pagas a final pelo vencido) e art. 511 (dispensa de preparo dos recursos interpostos pelo Ministério Público ou pela Fazenda Pública; atual § 1º do art. 511). Em ambos os casos, é demonstrada a sua não-colidência com o princípio da igualdade, desde que entendidas as regras como mero postergamento do recolhimento dos valores devidos aos cofres públicos, além do necessário destaque à função social prestada pelos serventuários da Justiça (p. 37 e 55-56).

(b) Art. 816 (concessão de arresto independente de justificação prévia quando pleiteado por pessoas de direito público ou por quem prestar caução). A não-colidência com o princípio da igualdade está na solvência das pessoas de direito público (inciso I) e daqueles que têm condições de prestar caução (inciso II) (p. 47-48), destacando, em seguida (p. 61-65), a necessidade de uma interpretação analógica da Lei n. 1.060/1950 para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita a casos em que a prévia exigência da caução possa comprometer o acesso à Justiça.

(c) Art. 585, § 1º (a ação anulatória de débito fiscal não afasta a execução fiscal pela Fazenda Pública). A regra, na sua redação original, não merecia censura diante do princípio da isonomia porque justificada pela auto-executoriedade dos atos administrativos e porque não impeditiva da contrastabilidade dos atos estatais pelo Judiciário (p. 49-53). A regra, pertinente a ressalva, foi generalizada pela Lei n. 8.953/1994 para “qualquer ação relativa ao débito” e para a execução respectiva. Aquela posição, então minoritária, já era defendida por Moniz de Aragão e Luís Antonio de Andrade, consoante dá notícia a Professora Ada Pellegrini Grinover (p. 53).

(d) Art. 302, parágrafo único (não-aplicação do ônus da impugnação especificada ao advogado dativo, ao curador especial e ao Ministério Público). A afronta ao princípio da igualdade deve ser afastada porque o *discrîmen* do legislador busca resguardar o “princípio da igualdade *real*” (p. 56).

(e) O art. 411, que estabelece local diferenciado para inquirição de testemunhas das autoridades que indica, não afronta o princípio da igualdade porque são “prerrogativas, instituídas no interesse público, para o bom exercício de mandatos” (p. 74).

(f) Art. 797 (concessão de cautelares “sem a audiência das partes”), art. 804 (concessão “liminar” da cautelar sem a oitiva do réu), art. 813 (hipóteses do arresto cautelar) e art. 822 (hipóteses do seqüestro cautelar). Nenhum dos dispositivos fere o princípio do contraditório porque as limitações nele estabelecidas justificam-se já que a demora resultante da oitiva da outra parte pode comprometer a eficácia da atividade jurisdicional (p. 94-96). Todas estas hipóteses — e outras similares — devem ser compreendidas como *aparentes* derrogações do referido princípio.

(g) A procedência da “ação consignatória” diante da revelia do réu, estabelecida pela redação original do art. 897, deveria ser entendida como verdadeiro caso de reconhecimento jurídico do pedido pelo réu, um verdadeiro caso de presunção *iures et de iure* e, portanto, incapaz de apresentar mácula ao princípio do contraditório. A regra, que foi alterada pela Lei n. 8.951/1994, afastou-se da orientação defendida pela Professora Ada Pellegrini Grinover (p. 107-109), que a distinguia das hipóteses de *revelia*.

(h) Art. 881 (vedação do réu falar nos autos diante da prática do atentado). Qualquer crítica ao dispositivo por violação ao princípio do contraditório deve ser afastada pela possibilidade de relevação da pena aplicada ao réu a depender tão-somente de seu comportamento (p. 125-126).

(i) Art. 519 (intimação para que o apelante realizasse o preparo recursal após o transcurso do prazo para o apelado apresentar suas contra-razões. A regra ficou superada pela Lei n. 8.950/1994, que passou a exigir o preparo imediato com a apresentação do recurso); art. 534 (abertura de vista para contra-razões dos embargos infringentes por despacho da secretaria) e art. 543 (abertura de vista para contra-razões do recurso extraordinário por despacho da secretaria). A crítica à constitucionalidade dos três dispositivos destacados, por agressão ao contraditório, estaria na ausência (ao menos expressa) da necessidade de intimação do recorrido para apresentar contra-razões diante da interposição de recurso *adesivo*. Afasta-a, contudo, a Professora Ada Pellegrini Grinover, dando interpretação ampla aos termos “apelado”, “embargado” e “recorrido” referido nos precitados dispositivos, para englobar também as hipóteses em que houver recurso adesivo (p. 127-130).

O segundo grupo compreende regras legais merecedoras de uma interpretação correta “... para impedir que cheguem sequer a suscitar-se problemas de inconstitucionalidade” (p. 159). A referência é feita aos seguintes dispositivos:

(a) Art. 20 (responsabilização pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios pela sentença). O dispositivo merecia interpretação em consonância com o princípio da igualdade “... para assegurar ao vencedor, na execução por título extrajudicial, o recebimento dos honorários advocatícios...” (p. 71-72). A questão restou superada pelo art. 652-A, introduzido pela Lei n. 11.382/2006, que foi ao encontro do entendimento defendido pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

(b) Art. 319 (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da não-contestação do réu); art. 322 (fluência dos prazos do revel independentemente de intimação; regra modificada pela Lei n. 11.280/2006, que passou a discernir os casos em que o réu tem procurador constituído nos autos do processo) e art. 330, II (julgamento antecipado da lide diante da revelia). Todas estas regras, para não colidir com o princípio do contraditório, precisam ser interpretadas no sentido de não haver necessária vinculação entre a revelia e o acolhimento do pedido pelo autor, dando ênfase ao necessário exame, pelo magistrado, do contexto probatório. Também para interpretar, com o saudoso Professor Calmon de Passos, o

art. 322 na sua redação original, no sentido de ser necessária a intimação *peçoal* do réu revel da sentença em seu desfavor, viabilizando-lhe a apresentação dos recursos cabíveis (p. 98-107).

(c) Art. 653 (arresto dos bens do executado não encontrado para citação pelo oficial de justiça). A tese é a de que a constitucionalidade do dispositivo, afastando-o da violação ao princípio do contraditório, depende da intimação do executado por edital somente quando presentes os mesmos pressupostos dos incisos I e II do art. 231 (p. 96-97).

(d) Art. 278 (citação do réu para apresentar defesa no então procedimento sumaríssimo, depositando em cartório o rol das testemunhas quarenta e oito horas antes da audiência). Consoante as peculiaridades do caso, o dispositivo poderia comprometer a higidez do princípio do contraditório, inviabilizando o exercício da ampla defesa pelo réu dada a exigüidade do prazo reservado pela lei, cabendo ao magistrado designar “... a audiência em prazo que permita ao réu desempenhar amplamente seus direitos processuais” (p. 112). O dispositivo merecia também interpretação cautelosa por não disciplinar a postura do autor diante das defesas apresentadas pelo réu, sugerindo-se a suspensão da audiência para permitir, ao autor, que se manifestasse validamente sobre tanto (p. 109-112). A regra, alterada pela Lei n. 9.245/1995, concentrou toda a defesa do réu na própria audiência, inclusive a apresentação do rol de testemunhas, tornando, na perspectiva da Professora Ada Pellegrini Grinover, ainda mais agudos os problemas por ela então levantados.

(e) Art. 435 (requisição de esclarecimento dos peritos e assistentes com a apresentação, desde logo, das perguntas, e antecedência mínima de cinco dias). A regra merece ser interpretada para viabilizar que, na própria audiência, os advogados pleiteiem novos esclarecimentos ao perito e aos assistentes técnicos (p. 114-116).

(f) Art. 885 (prisão civil daquele que, intimado, não devolve o título apresentado para aceite ou pagamento). O dispositivo merece interpretação restritiva, limitando-os aos casos de infidelidade do depósito, forte nas únicas hipóteses expressamente autorizadas da prisão civil pela Constituição anterior (art. 153, § 17), assimilável ao atual art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988 (p. 116-118).

(g) Arts. 5º, 109, 325 e 470 (previsão da “ação declaratória incidental”). Os dispositivos merecem interpretação no sentido de ser possível à parte contrária manifestar-se sobre o pedido da outra, instaurando-se o contraditório e seguindo-se “todo o arco do procedimento, após o ajuizamento da declaratória incidental” (p. 126-127).

(h) Art. 155, parágrafo único (restrição da consulta dos autos e de pedir certidões às partes e a seus procuradores e ao terceiro que demonstre interesse jurídico). O dispositivo deve ser interpretado restritivamente, limitando sua incidência aos casos que tramitam em segredo de justiça, sob pena de comprometer o princípio da publicidade (p. 133-136).

(i) Art. 515, §§ 1º e 2º (efeito devolutivo da apelação). As regras não autorizam o Tribunal, ao julgar apelação interposta de sentença terminativa, a proferir decisão meritória desde logo sob pena de violar o princípio do duplo grau de jurisdição (p. 149-153). A orientação acabou sendo superada pelo § 3º do art. 515, introduzido pela Lei n. 10.352/2001.

(j) Arts. 488, I e 494 (superação do *iudicium rescidens* e análise do *iudicium rescissorium*). A realização do novo julgamento da causa depois de rescindida a sentença de mérito só pode se dar quando não houver comprometimento do princípio do duplo grau de jurisdição. Neste sentido, a própria autorização legal, que permite a cumulação de pedidos, deve ser aplicada com parcimônia (p. 154-158).

O terceiro grupo de regras do Código de Processo Civil contém regras que, na opinião da Professora Ada Pellegrini Grinover, "... parecem configurar realmente inadequação da lei à constituição. Quanto a estes, compete aos nossos tribunais colher as lições da jurisprudência constitucional de outros países, com a finalidade de zelar pela observância dos princípios constitucionais do processo" (p. 159-160). São os seguintes os artigos e as conclusões apresentadas pela autora:

(a) Art. 188 (prazos em quádruplo para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contestarem e em dobro para recorrer). A regra viola o princípio da isonomia por reservar uma desproporcional vantagem aos entes públicos (p. 31-37 e 54-55).

(b) Art. 20, § 4º, que ao prever a fixação do valor dos honorários advocatícios por equidade quando vencida a Fazenda Pública (regra mantida, no ponto, pela Lei n. 8.952/1994), viola o princípio da isonomia porque seu objetivo "... simplesmente, é privar a parte contrária de parcela de honorários que receberia, se seu adversário, sucumbente, não fosse o órgão estatal" (p. 41).

(c) Art. 475, II e III, que hoje correspondem aos incisos I e II do mesmo art. 475, considerando que a Lei n. 10.352/2001 extinguiu o reexame necessário para as sentenças anulatórias de casamento. A regra viola o princípio da isonomia por não se justificar o usual argumento, na linha do Professor Alfredo Buzaid, de que os "representantes do poder público podem agir com incúria" (...) "cuja inexecução no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular" (p. 44).

(d) Art. 296, §§ 2º e 3º (intimação do réu, na pessoa de seu procurador, quando do provimento do recurso interposto do indeferimento liminar da inicial) A regra violava os princípios da igualdade real e da ampla defesa nos casos em que o réu revel não tivesse constituído procurador nos autos (p. 72-73). A nova disciplina dada para a hipótese pela Lei n. 8.952/1994 interfere na crítica feita pela Professora Ada Pellegrini Grinover, embora a tramitação do recurso se dê, em nome de uma maior celeridade do processo, sem a participação do réu.

(e) O art. 599, II (ato atentatório à dignidade da justiça pelo *executado*). A regra viola o princípio da isonomia por não haver previsão similar para os casos em que o *exequirente* aja indevidamente (p. 84-86).

(f) O art. 740, parágrafo único (julgamento antecipado dos embargos à execução; regra mantida, no essencial, no *caput* do dispositivo pela Lei n. 11.382/2006). O dispositivo agride o princípio da isonomia por não haver previsão legislativa para o julgamento antecipado da lide

na ausência de contestação dos embargos, prestigiando apenas o exequente em detrimento do executado (p. 86-89).

(g) Art. 278, § 2º (necessidade de o réu apresentar rol de testemunhas em cartório quarenta e oito horas antes da audiência no então procedimento sumaríssimo). A regra violava o princípio do contraditório e da isonomia em detrimento do autor porque o réu teria ciência prévia das testemunhas do autor, não o contrário (p. 113-114). A nova feição dada pela Lei n. 9.245/1995 ao procedimento *sumário*, torna ainda mais certa a crítica feita pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

(h) Art. 601 (proibição de o executado falar nos autos enquanto não relevada a pena aplicada por ato atentatório à dignidade da justiça). A regra violava o princípio do contraditório (p. 118-124). A questão foi superada pela Lei n. 8.953/1994, que prevê, para a hipótese, a aplicação de multa de 20% do valor atualizado do débito.

(i) Art. 835 (caução pelas custas e honorários advocatícios pelo não-residente e que não tenha bens imóveis no Brasil) e art. 488, II (depósito prévio para ajuizamento da “ação rescisória”). As regras merecem o que a doutrina e a jurisprudência mais recente chamam de “interpretação conforme” para estender a elas o disposto no art. 3º da Lei n. 1.060/1950, a “lei da assistência judiciária gratuita” (p. 61-68) sob pena de “levar a um cerceamento desarrazoado do direito de ação garantido pelo artigo 153, § 4º, e a um tratamento desigual das partes no processo” (p. 63-64). Destaca a autora, a propósito, a jurisprudência constitucional italiana no sentido de reputar inconstitucional a *cautio pro expensis*, similar à regra do nosso art. 835.

Como se pode constatar dos artigos mencionados e das conclusões apresentadas para cada um deles, é imediata a percepção de que a iniciativa e a técnica de análise são muito pouco empregadas pela nossa doutrina e, ainda menos, pela nossa jurisprudência até os dias de hoje. O que se viu e se vê desde então, bem diferentemente da postura assumida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, foi e é a consolidação de uma jurisprudência muito rígida, sobretudo do Supremo Tribunal Federal acerca, das questões tais quais levantadas, ao entender, quase que invariavelmente, que eventuais inconstitucionalidades como as suscitadas no trabalho em exame são, na maior parte das vezes, *reflexas* ou *obíquas* e, portanto, indignas de serem discutidas, com ânimo de definitividade, por aquela Corte em *recursos extraordinários*. É certo que, com a Constituição de 1988, o exame derradeiro da interpretação de toda lei federal, dentre elas o Código de Processo Civil e suas diversas e profundas alterações, passou a competir ao Superior Tribunal de Justiça. A questão, contudo, como já alertava a Professora Ada Pellegrini Grinover, há trinta e cinco anos atrás, não se põe, única e exclusivamente, do ponto de vista da interpretação da *lei* mas, superiormente, na sua conformação aos princípios *constitucionais*.

É esta a razão pela qual a autora escreve no fecho de seu trabalho, verdadeiramente adiantando ensinamentos que, só mais recentemente, têm se mostrado mais frequentes nas nossas letras jurídicas, que “A verdade é que as lições que a jurisprudência estrangeira vem dando na interpretação da tutela constitucional do processo não foram ainda incorporadas pela jurisprudência brasileira, que se debate no conformismo legislativo. Fazemos votos, no entanto,

que à argúcia dos juízes brasileiros não passe despercebida, por mais tempo, a importância daquela interpretação-atuação, acentuadamente evolutiva, a ser efetuada quanto à norma constitucional. Somente o processo pode servir de instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do ‘mero derecho declarado’ em ‘derecho garantizado’.” (p. 160).

Se é certo que, como exposto, não parece ter sido este o rumo que a nossa jurisprudência *constitucional* tomou desde então, não há razões para duvidar, com a evolução dos próprios estudos do direito processual sob o (necessário) viés constitucional, que a nossa doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais, todos eles, aprendam com as lições da Professora Ada Pellegrini Grinover. É ler sua fundamental obra, bem ilustrada no trabalho em foco, para bem aplicar o direito vigente, contrastando incansavelmente a vontade do legislador tal qual externada com a vontade do constituinte.