

1ª edição - 2016

© Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grinover, Ada Pellegrini

Ensaio sobre a processualidade : fundamentos para uma nova teoria geral do processo / Ada Pellegrini Grinover. -- Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

Bibliografia.

ISBN 978-85-67426-44-0

1. Acesso à justiça 2. Procedimento (Direito) 3. Processo (Direito) 4. Processo (Direito) - Brasil 5. Solução de conflitos 6. Tutela processual I. Título.

16-06489

CDU-347.9

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer forma ou meio, inclusive eletrônico. Sanções previstas nos artigos 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais - Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998 e no artigo 184 do Código Penal - Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS PELA

GAZETA JURÍDICA EDITORA E LIVRARIA LTDA ME

SCLS 111, Bloco C, Loja 22, Asa Sul

Brasília - DF - CEP: 70374-530

Diretora: ADRIANA BELTRAME

Presidente do Conselho Editorial: PETRONIO CALMON

IMPRESSO NO BRASIL / printed in Brazil

Ada Pellegrini Grinover

Ensaio sobre a processualidade

Fundamentos para uma nova
teoria geral do processo



Brasília
2016

1. O ordenamento jurídico

São fundamentalmente três as concepções de ordenamento jurídico. A *teoria normativa*, encabeçada por H. Kelsen, que o define como um complexo ou sistema de normas jurídicas positivas gerais (leis formais) ou individuais (atos administrativos e sentenças), coordenadas de acordo com a norma fundamental. A *teoria institucional*, cujo maior expoente é Santi Romano, que o identifica com a instituição, ou seja, com um ente ou corpo social real e efetivo (*ubi societas ibi ius*). E finalmente a *teoria da relação*, exposta por A. Levi, que o considera como sistema de relações jurídicas.

Essas concepções não se excluem reciprocamente mas se integram, cada uma contendo algum elemento necessário para identificar o conceito de ordenamento jurídico. Assim, para a existência do ordenamento jurídico são necessários: a) uma coletividade (ente ou corpo social que reconhece uma autoridade (princípio da legitimidade do poder) à qual é confiada a disciplina das relações intersubjetivas; b) a condição de igualdade jurídica entre

os membros da coletividade, no sentido de que a todos se reconheça capacidade de direito; c) uma diversidade de interesses entre os membros da coletividade, que determina conflitos de interesses para cuja solução atua a autoridade – na qual o poder soberano se manifesta por intermédio da emanção de comandos jurídicos, seja pela via preventiva (leis) seja pela sucessiva (sentenças ou atos administrativos). Assim, o direito objetivo, como complexo de normas escritas ou consuetudinárias, não esgota o conceito de ordenamento jurídico, o qual compreende, além das normas, o princípio de autoridade do qual as normas provêm.

No âmbito do ordenamento jurídico, o fenômeno interpretativo das normas destina-se a vivificar seu efetivo alcance por intermédio do processo de integração da própria norma com os princípios de justiça. Portanto, as normas jurídicas (direito objetivo) não se identificam com o ordenamento jurídico, constituindo antes um instrumento de que o ordenamento se serve para a solução de conflitos de interesses e a atribuição da certeza do direito assegurado aos membros da coletividade. Sem prejuízo de outros instrumentos, como a jurisprudência consolidada.

Assim, quando uma coletividade organizada em torno de um poder universalmente reconhecido (Poder Judiciário) chama-o para solucionar conflitos concretos de interesses, surge o direito jurisprudencial típico do *ius praetorium*, e este se torna fonte do direito. As normas jurídicas estão calcadas na racionalidade dedutiva (codificação), enquanto a jurisprudência, de caráter empírico, surge das exigências sociais contingentes. O

primeiro reflete o direito das majorias (porquanto promana de poderes majoritários) e o segundo representa o direito das minorias.

O *ius praetorium* está, assim, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado das leis, justificando o caráter vinculante de sua jurisprudência, previsto agora também pelo novo Código de processo Civil (ver capítulo VIII).

2. A unidade, plenitude e coerência do ordenamento jurídico: a interpretação uniforme das leis federais e da Constituição Federal

Assim conceituado o ordenamento jurídico, como compreensivo das normas e da jurisprudência (e até mesmo da doutrina, desde que observado o requisito do reconhecimento da autoridade por parte da comunidade jurídica), é preciso falar de suas características: a unidade, a integralidade e a coerência, realçadas por Norberto Bobbio.

A unidade é baseada na norma fundamental.

A norma fundamental é a uma norma posta pelo poder fundante da ordem jurídica e seu traço é sua imposição pelo poder legítimo e constituinte. Nesse sentido, é possível admitir a norma fundamental como a primeira de uma ordem hierárquica, constituindo o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento. Portanto, não só a exigência de unidade do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento exige postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente,

o fundamento de validade e o princípio unificador das normas e jurisprudência de um ordenamento.

A plenitude é decorrência do princípio de que o ordenamento não oferece lacunas, pois sempre haverá nele, ainda que latente e implícita, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito. Diversamente ocorre com a norma porque, por mais previdente e imaginativo que seja o legislador, jamais poderá cobrir todas as hipóteses que a multifária vida em sociedade oferece. Nesse caso, deverá se aplicar a técnica da integração da norma, preenchendo as lacunas de acordo com a analogia e os princípios gerais do direito.

A coerência consiste em evitar situações de contradição no ordenamento jurídico. E essa coerência deve ser observada entre as normas, entre as normas e a jurisprudência e entre as diversas decisões que compõem a jurisprudência.

3. Consequência: função criadora da jurisprudência

Fica assim justificada a função criadora da jurisprudência (*ius praetorium*).

Não é de hoje a afirmação de que no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos (Nelson de Sousa Sampaio). E Kelsen afirmou que a função criadora do

direito pelos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.

O que, a nosso ver, é altamente positivo.

Conclusões

Pode-se afirmar, portanto, que o ordenamento jurídico contempla não só as normas, mas também a jurisprudência e até a doutrina – desde que a autoridade das quais provém seja reconhecida pela coletividade.

Essa visão integrativa cumpre a função de assegurar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, informado pelas exigências históricas de justiça que nascem do corpo social. A jurisprudência consolidada torna-se fonte do direito, ao lado da norma, vivificando-a por sua adaptação às circunstâncias sociais do momento. E assim se justifica sua função criadora (ver capítulo VIII).

das decisões; o segundo é de índole política, indicando o indispensável controle sobre o exercício do poder.

O princípio do controle das decisões judiciais, inerente ao Estado Democrático de Direito, é princípio constitucional implícito (tanto quanto a proporcionalidade) enquanto o princípio do duplo grau é instrumental.

A Constituição pode restringir o direito ao duplo grau, pois é ela própria que o estabelece, mas não pode restringir a garantia política do controle das decisões judiciais.

A Convenção Americana sobre Direitos do Homem; em relação ao acusado, assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, mas a expressão juiz ou tribunal superior pode não indicar exclusivamente juiz ou tribunal de nível hierárquico superior, mas superior por sua composição.

Para além da Convenção Americana, entendemos que o princípio da revisão das decisões judiciais, insito no Estado Democrático de Direito, se aplica a qualquer decisão, inclusive não penal, constituindo instrumento de controle do exercício do Poder por intermédio de recurso.

Diante disto, países que, como o Brasil, contemplam a competência originária de Tribunais Superiores, para julgarem em grau único causas de qualquer espécie, em que haja ou não acusados, devem atribuir essa função a órgãos fracionários, prevendo recurso para as Cortes Especiais ou Tribunais Plenos.

Capítulo VI

INTERPRETAÇÃO DA NORMA - INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

1. Os métodos da interpretação

Pedimos vênia para reproduzir aqui o que dissemos em todas as edições de nossa Teoria Geral do Processo.

Interpretar a norma consiste em determinar o seu significado e fixar o seu alcance. Compreendendo diversos momentos e aspectos, a tarefa interpretativa apresenta, contudo, um tal caráter unitário, que não atinge seu objetivo senão na sua inteireza e complexidade. A esses diversos aspectos da atividade do intérprete, que mutuamente se completam e se exigem, alude-se tradicionalmente com o nome de *métodos de interpretação*.

Como as leis se expressam por meio de palavras, o intérprete deve analisá-las, tanto individualmente como em sua sintaxe: é o *método gramatical ou filológico*.

De outro lado, os dispositivos legais não têm existência isolada mas inserem-se organicamente em um sistema, que é o *ordenamento jurídico*, em recíproca dependência com as demais regras de direito que o integram. Desse modo, para serem entendidos devem ser

examinados em suas relações com as demais normas que compõem o ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam: é o *método lógico-sistemático*.

Além disso, considerando que o direito é um fenômeno histórico-cultural, é claro que a norma jurídica somente se revela por inteiro quando colocada a lei em sua perspectiva histórica, com o estudo das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que corresponde: é o *método histórico*.

E como a sociedade evolui, a norma tem que ser interpretada não só à luz da análise das razões que inspiraram seu surgimento em determinado momento histórico (para o que é extremamente importante examinar as Exposições de Motivos que as embasaram), mas ter em mente que a norma deve ser adaptada às circunstâncias supervenientes, para que seu sentido seja moldado à luz das circunstâncias atuais. É o *método evolutivo*.

Sob outro ângulo, não se pode olvidar que os ordenamentos jurídicos, além de enfrentarem problemas idênticos ou análogos, avizinham-se e se influenciam mutuamente: parte-se, portanto, para o *método comparativo*.

A combinação indivisível de todas essas pesquisas, aliada à consciência do conteúdo finalístico e valorativo do direito (*método teleológico*) completa a atividade de interpretação da norma.

2. Interpretação estática e dinâmica

Observamos agora que esses métodos, embora convivam, podem ser de natureza *estática* ou *dinâmica*. A

interpretação gramatical é por natureza estática, assim como o pode ser a interpretação histórica (voltada ao passado). O método comparativo pode ser utilizado de maneira estática ou dinâmica. São essencialmente dinâmicos os métodos evolutivo, sistemático e teleológico. E, como o direito é dinâmico, embora seja necessário não dispensar os métodos gramatical e histórico, é importante ter sempre em mente que o método gramatical mostra apenas o sentido filológico correspondente à época em que a norma foi elaborada, ou seja a "*mens legislatoris*" (que, na verdade é praticamente irrelevante, pois derivou de situação social que pode ter se modificado totalmente à época em que a norma é lida); e os métodos histórico e o comparado podem ser tratados de modo a ter sempre presentes as grandes linhas evolutivas que informaram e informam os preceitos.

Enfim, entendemos que, a visão evolutiva da interpretação das normas deve sempre iluminar os demais métodos, numa visão dinâmica do direito.

3. O método histórico-evolutivo

A literatura jurídica costuma falar em método histórico-evolutivo, em conjunto, voltando-se porém mais ao passado do que ao presente. Ou seja, estruda-se a gênese e evolução de determinado fenômeno jurídico que a norma fixa, até o momento de sua emanção. Mas se descuida da análise de como aquela norma deve ser interpretada, para adequar-se às circunstâncias presentes. Por isso, é de extrema relevância utilizar o método histórico, para examinar também as circunstâncias que ocorreram desde a

produção do preceito até o presente e valer-se do método evolutivo, de modo a fazer com que a interpretação do direito encaminhe a sua atualização.

Embora a interpretação não se confunda com a produção do direito, o método evolutivo pode antecipar sua transformação, sendo mais um elemento que compõe o ordenamento jurídico, na ampla visão apresentada em outro trecho desta obra (capítulo IV).

4. Interpretação evolutiva

Método pouco ressaltado e pouco utilizado (ao menos com essa denominação) para a interpretação da norma, é o evolutivo.

A interpretação evolutiva se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve examinar o enunciado do texto no contexto histórico presente (não no contexto da redação do texto). Todo texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Está comprovada a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à "vontade do legislador". A realidade social é o presente; o presente é vida — e vida é movimento. O direito não é uma entidade estática.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente (Eros Grau).

5. Interpretação evolutiva da norma processual constitucional: exemplos

Um dos exemplos mais significativo de interpretação evolutiva de regra constitucional-processual é a que se aplicou ao art. 5º, inc. XXXV da Constituição, que assegura que "A lei não retirará da apreciação do Poder Judiciário a defesa de qualquer interesse ou direito".

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é oriundo da Constituição de 1946, quando sua relevância se expandiu não só para além do direito de acesso aos tribunais (cobrindo o direito à tutela jurisdicional), mas também para assegurar a todo e qualquer processo as garantias do "devido processo legal" englobadas no exercício da ação e da defesa. E aqui já se tratou de uma interpretação evolutiva, de caráter extensivo, que possibilitou a visão de um acesso à ordem jurídica justa e ao exercício da jurisdição, legitimado pela observância de diversos princípios constitucionais (expressos ou implícitos).

Todavia, na época em que a fórmula constitucional foi forjada, ainda se acreditava no monopólio da Justiça pelo Poder Judiciário. Os meios ditos alternativos de solução de conflitos (como a arbitragem e os métodos consensuais) eram inexistentes ou incipientes e, mesmo na Constituição de 1988 (que ampliou ligeiramente a fórmula, já preocupada com os interesses ou direitos coletivos) a distribuição da Justiça ainda era precipuamente reservada ao Poder Judiciário. Historicamente, porém, os meios alternativos de solução de conflitos foram se afirmando

cada vez mais na sociedade. E, primeiramente, foram superadas as vicissitudes pelas quais passou a arbitragem (em que a atuação do Poder Judiciário é substituído por tribunais arbitrais, de natureza privada) e, mais tarde, pela Resolução n. 125/2001, do Conselho Superior da Magistratura, cujo Preâmbulo afirma, com todas as letras, que o acesso ao Poder Judiciário pode ser substituído pelo acesso a outros meios adequados de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

No nosso entender, ainda falta dar um passo na interpretação evolutiva do dispositivo: os interesses ou direitos tutelados pela norma podem ser individuais ou coletivos. A realidade mostra, porém, a subutilização dos processos coletivos e a proliferação de demandas individuais, que poderiam ser substituídas por um único processo coletivo, em homenagem à coerência do ordenamento jurídico, à uniformidade das decisões e à economia processual. Bastaria, para tanto, ler o termo “defesa” como “defesa adequada”, para que se impusesse a escolha entre a defesa dos direitos subjetivos, pelo processo individual, ou dos direitos metaindividuais, pelo processo coletivo. Conforme o conflito subjacente, um processo pode ser mais adequado do que outro. Ações individuais, com efeitos coletivos, devem ser tratadas como processo coletivo e frequentemente ações coletivas, para a defesa de direitos individuais homogêneos – em que falta a homogeneidade – seriam melhor tratadas em processos individuais. Por outro lado, a experiência mostra que frequentemente os legitimados ajuízam ações pseudocoletivas, em que a demanda é proposta como coletiva, mas em benefício de uma única pessoa. É impossível que essas demandas sejam

tratadas como coletivas, pois a coisa julgada, nesses casos, só pode atuar *inter partes*.

Outro exemplo de interpretação evolutiva é a que deu novo sentido ao princípio da legalidade, que determina que somente a lei pode obrigar a fazer ou não fazer alguma coisa. Aqui, a disposição tem origem mais antiga, estando presente na Constituição de 1934. Nessa época, ainda imperava a ideia do Estado Legal de Direito, com a supremacia da lei. A lei era sinônimo de segurança jurídica e a intenção do constituinte foi a de evitar que diplomas normativos de hierarquia inferior (como decretos, portarias, resoluções, etc.) pudessem impor direitos e obrigações. Mesmo assim, jamais se duvidou que a ordem pudesse provir de um provimento jurisdicional (até porque a coisa julgada também constitui princípio constitucional) e que os tribunais pudessem impor obrigações de fazer ou não fazer, conforme ocorreu com uma alteração do Código de Processo Civil de 1973, reproduzida pelo novo Código. E hoje se chega a admitir, abertamente, a função criadora da jurisprudência e o precedente vinculante (ver capítulo VIII).

E, finalmente, um exemplo ainda mais vistoso de interpretação evolutiva de norma constitucional-processual. A presunção de inocência, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” foi interpretada durante muito tempo como proibição de aplicação antecipada da pena, impedindo-se a execução provisória até o julgamento do último recurso do réu. Doutrina e jurisprudência eram extremamente rigorosos a esse respeito.

Mas o pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, mudou sua jurisprudência, para admitir a execução da sentença condenatória, quando confirmada pelos tribunais de segundo grau (HC 126.929-SP). A decisão produziu críticas contundentes, manifestos e conclamações: o STF teria vulnerado a Constituição, suprimindo uma garantia consignada em denominada “cláusula pétrea”.

Mas, à época da Constituição de 1988 – a “Constituição Cidadã” – era estritamente necessário assegurar de modo contundente e rigoroso direitos e garantias, até em face do momento histórico brasileiro, que encerrava definitivamente regimes de exceção. Hoje, a realidade social é outra: a multiplicidade de recursos, muitos de evidente natureza protelatória, a morosidade do sistema judiciário brasileiro, assoberbado por uma excessiva judicialização da qual não dá conta, a demora de decênios de espera pelo trânsito em julgado de uma sentença condenatória, o risco de prescrições intercorrentes, a gerarem impunidade num país em que os escândalos e a malversação de dinheiro público constituem um fenômeno preocupante, a mudança, enfim, da situação em que vive a sociedade brasileira, entendendo terem justificado a interpretação evolutiva do STF.

O voto do relator, Teori Zavaski não se referiu a esse método de interpretação, empregando só o princípio da proporcionalidade e o método comparativo, enquanto o voto do Ministro Barroso utiliza o método histórico-evolutivo, dando ênfase a este último.

Conclusões

A combinação indivisível de todos os métodos de interpretação completa a atividade de interpretação da norma.

A literatura jurídica costuma falar em método histórico-evolutivo, como conjunto, mas se volta mais ao passado do que ao presente. Estuda-se a gênese e evolução de determinado fenômeno jurídico que a norma fixa, até o momento de sua emanção.

O método evolutivo, ao contrário, cuida da análise de como a norma deve ser interpretada, para adequar-se às circunstâncias presentes.

Todo texto legal deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.

Está comprovada a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à “vontade do Legislador”.

A interpretação dinâmica deve iluminar os outros métodos, podendo anteciper a transformação do direito.

Embora a interpretação não se confunda com a produção do direito, o método evolutivo faz da interpretação mais um elemento que compõe o ordenamento jurídico, na ampla visão apresentada em outro trecho desta obra (ver capítulo IV).