

## A lei processual

João Fernando Vieira da Silva\*

1- Usar o termo “lei” e não o termo “norma” Antes de maiores obtemperações sobre a lei processual, urge findar com uma confusão que lamentavelmente a grande maioria dos doutrinadores persiste em manter. Talvez por ausência de maior aprofundamento no estudo da Teoria Geral do Direito e da Hermenêutica, ainda hoje é muito comum que “lei” seja erroneamente designada como sinônimo de “norma”. Lei é ato emanado via de regra pelo Poder Legislativo, com o escopo de passar comandos genéricos e imperativos de conduta aos indivíduos. A lei é concretizada em textos legislativos, avanço que se deve à consolidação do Direito Positivo. Os textos legislativos são lançados em Códigos (ex: Código Civil, Código Penal, Código de Processo Civil, etc...) ou em legislações esparsas (ex: Lei do Mandado de Segurança; Lei dos Juizados Especiais; Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente, etc...). Os textos legislativos precisam ser decodificados, ou seja, é necessário extrair o sentido destes textos. Aí sim falamos em “normas”, elementos que existem justamente para obter o sentido dos textos legislativos. As normas se dividem em regras e princípios. Regras são comandos comportamentais, com escopo abarcante, ao passo que princípios são comandos que colimam um estado ideal das coisas, com nuance não abarcante. As regras nascem de um dissenso teórico e um consenso no caso concreto, ao passo que os princípios partem de consensos teóricos e dissídios no caso concreto.

2- A necessidade da lei A exigência de maior segurança nas relações jurídicas resultou na supremacia da lei sobre o Direito Natural, sobre o costume, enfim, sobre formas não positivadas de expressar direitos. A lei tem caracteres bem peculiares: a) Generalidade- Se dirige a todas as pessoas, indistintamente, ou ao menos a uma categoria jurídica. Seu comando é abstrato; b) Imperatividade- A lei impõe um padrão de conduta a todos os indivíduos. O seu desrespeito não é tolerado pelo ordenamento jurídico. Diferente do Direito Natural, o Direito Positivo é dotado de sanção; c) Autorizamento- Possibilidade da parte lesada por uma sanção de outrem à lei exigir o cumprimento da lei; d) Permanência-

A lei dura até ser revogada. As leis podem ser classificadas em: a) Cogentes- São de ordem pública. Se impõe de modo absoluto. Não podem ser derogadas pela vontade do particular; b) Não cogentes- Também chamadas de dispositivas. Não contém um comando absoluto. A imperatividade destas leis é relativa. Os particulares podem formular convenções diferentes destas leis se isto lhes for mais conveniente.

É importante destacar que a idéia inicial que o Positivismo Jurídico se iludiu no sentido de que os ordenamentos jurídicos eram completos e não possuíam lacunas não se confirmou com o tempo. O legislador não é capaz de antever todas as demandas sociais. Questões que hoje podem parecer irrelevantes amanhã podem gerar complicados conflitos sociais. Daí a necessidade de multiplicidade de fontes de Direito, uma vez que a lei, não obstante sua inegável importância, não dá conta de regular, sozinha, todos os conflitos sociais.

No campo mais específico da legislação, a primeira grande fonte da lei processual é a Constituição Federal de 1988, que poderia, em verdade, ser reputada como a “fonte das fontes”. Conforme já exposto em estudos anteriores, princípios do processo, ações judiciais e ditames da organização do Poder Judiciário estão expressos na Constituição Federal.

Também é interessante enveredar pela polêmica das medidas provisórias e seus reflexos em se tratando de leis processuais. A Emenda Constitucional 32 alterou a redação do art. 62 da CF/88, de maneira que ficou claro que não admite-se a edição de medida provisória no que concerne à matérias vinculadas ao Direito Processual Penal e Civil (art. 62, §1º, II).

Cumpram também observar, com certo esmero, a competência na edição de leis processuais, matéria diretamente tratada na CF/88.

Diz o art. 22, I, que compete à União legislar sobre Direito Processual e outros ramos do Direito. Todavia, o art. 24, IX, da CF/88, atribui competência concorrente à União e aos Estados Federados para legislar sobre procedimentos em matéria processual, sendo certo que a União editará leis de cunho mais generalista sobre procedimento, cabendo aos Estados competência suplementar para editar as de caráter não geral. Assim sendo, em matéria de procedimento, na ausência de lei federal, a lei estadual tem plena vigência.

Em regra, a disciplina do processo, no que concerne às legislações infraconstitucionais, é feita por lei federal ordinária. Um bom exemplo disto é o Código de Processo Civil (Lei 5869/73).

É primordial destacar que os princípios, ao contrário do que se pensou no passado, não são fontes meramente subsidiárias ou menores no Direito. Os princípios estão no topo da pirâmide jurídica, inspirando toda a legislação, encontrando-se até expressamente positivados na Constituição Federal e nas legislações de cunho infraconstitucional.

3- Fontes formais da lei processual Fontes formais podem ser definidas, de maneira bem simplista, como as formas pelas quais o Direito Positivo se manifesta. São consideradas fontes formais do Direito (LICC, art. 4º): a) A lei; b) A analogia; c) Os costumes ; d) Os princípios do Direito

O nosso sistema jurídico tem grande influência do sistema romano-germânico, no qual a lei codificada, geralmente editada pelo Poder Legislativo ocupa maior destaque. Contudo, há países de tradição anglo-saxã que adotam como paradigma o chamado common law, sistema no qual os precedentes judiciais assumem vital importância como fontes do Direito. Nestes sistemas, a jurisprudência nem poderia ser reputada essencialmente como fonte não formal.

Mesmo no sistema jurídico pátrio, mais ligado às determinações oriundas de comandos legais, a jurisprudência vem assumindo cada vez maior destaque. As Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos outros Tribunais Federais e Estaduais cada vez mais orientam o agir dos juízes de 1ª Instância. Mesmo no estudo acadêmico do Direito, a análise de casos, isto é, o detalhamento de certas decisões processuais em hard cases (casos difíceis) tem ganhado corpo. Todo este processo de elevação da jurisprudência como fonte do Direito ganhou ainda mais projeção com a Emenda Constitucional 45, que finalmente, a despeito das muitas críticas que tal criação gerou, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a súmula vinculante.

A doutrina também é uma fonte não formal do Direito em crescimento, tendo em vista o ditame constitucional que obriga juízes a motivarem suas decisões judiciais (o famoso “princípio da motivação das decisões judiciais”- CF/88, art. 93, IX). Desta maneira, cada vez mais percebe-se em decisões judiciais que os juízes recorrem ao saber de juristas de renome, capazes de maior aprofundamento na análise de certos institutos jurídicos.

04- Fontes não formais de Direito Nesta seara costuma-se destacar dois tipos de fontes: a) A jurisprudência; b) A doutrina

Feita esta primeira consideração, cabe aqui lançar em voga o disposto no art. 3º da LICC: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Esse dispositivo visa garantir a eficácia da ordem jurídica, que ficaria seriamente ameaçada se fosse admitida a alegação de ignorância como escusa.

Ficando claro, portanto, que a lei é primordial para a vitalidade do ordenamento jurídico e que não é possível alegar desconhecimento da lei como mecanismo de descumprimento, cabe, agora sim, tecer linhas mais exatas sobre a interpretação da lei processual.

Os textos legais contêm normas que precisam ser apreendidas e conhecidas pelo aplicador. É preciso que ele procure penetrar no significado do texto, buscando o verdadeiro sentido expresso na norma.

A interpretação antecede a aplicação da norma, uma vez que o agente apenas poderá aplicá-la entendido o seu conteúdo e abrangência.

Contudo, é importante frisar que, nesta tarefa de interpretar, o juiz deve partir do que consta no texto legal, mas não ficar restrito a ele. O juiz deve compreender cada texto legal à luz do ordenamento jurídico como um todo, tentando alcançar a finalidade com que a lei foi

editada e procurando adapta-la às exigências atuais. Thomas Jefferson já dizia que “os mortos não devem ditar a vontade dos filhos”, de maneira que textos legais arcaicos e defasados com a realidade, sob pena de não serem implementados e trazerem descrédito ao Direito, devem ser adaptados aos novos tempos.

Novamente recorrendo à LICC, urge trazer à colação dispositivo que bem expressa esta idéia: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Deve-se salientar que a atividade de interpretação é incessante. Antes, entendia-se que só os textos obscuros, com ambigüidades, controvérsias, paradoxos e lacunas deveriam ser interpretados. Hoje, a boa Hermenêutica recomenda que todos os textos legais, mesmo os aparentemente claros devem ser objeto de interpretação. Disso, certamente, pode resultar uma compreensão distinta da que resultaria da leitura isolada de seu conteúdo.

A ciência que se propõe a estudar a interpretação das leis é conhecida como Hermenêutica. Não obstante a Hermenêutica Clássica venha sofrendo muitas alterações, alguns apontamentos tradicionais não deixaram de vigor.

Quanto às fontes ou origens, a interpretação pode ser: a) Autêntica- Interpretação feita pelo próprio legislador. Quando dado texto legal gera dúvida, o legislador edita outra lei para explicar o sentido da anterior; b) Jurisprudencial- Interpretação feita pelos Tribunais nos casos concretos; c) Doutrinária- Interpretação feita pelos estudiosos e comentaristas do Direito.

Quanto aos meios, a interpretação pode ser: a) Gramatical ou literal- O texto legal sendo interpretado ao pé da letra, sob o prisma meramente lingüístico. Examina-se a forma como o texto foi redigido, o significado das palavras, a maneira como elas foram empregadas; b) Sistemático- Examina o texto legal em conjunto com outras leis e princípios que regem todo o ordenamento jurídico. Analisa-se o contexto da lei; c) Teleológico- Estudo dos objetivos e finalidades que se pretende alcançar por intermédio do texto legal; d) Histórico- Parte de um estudo dos antecedentes da lei, analisando até leis que precederam a lei em voga e todo o processo legislativo que gerou a lei em discussão.

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser: a) Declarativa- Há absoluta coincidência entre o que o legislador disse e o que pretendia dizer; b) Extensiva- Também reputada como ampliativa. O interprete conclui que o texto legal diz menos do que o legislador realmente quis dizer; c) Restritiva- O texto diz mais do que o verdadeiro alcance pretendido pelo legislador

Em verdade, é preciso dizer que, embora seja academicamente razoável a procura de um elenco de classificações em matéria de Hermenêutica, nenhum método de interpretação repele totalmente o outro. A atividade interpretativa é muito complexa, de maneira que o estudo conjunto de várias técnicas em conjunto pode ser muito útil em dados casos.

Em matéria de lei processual, a grande máxima é perceber que o processo nunca é um fim em si mesmo, de maneira que a norma processual sempre tem caráter instrumental, não podendo servir como obstáculo para a concretização do Direito Material.

05- Interpretação da lei processual Não obstante possa existir a idéia de um excessivo legalismo e uma prisão sem fuga ao Positivismo, ainda assim é fundamental valorizar a lei como fonte do Direito. Leigos, juristas de menor expressão e visões sociológicas reducionistas do Direito tentam, com visão de outsider, ou seja, daquele que não conhece, por inteiro, o ordenamento jurídico, diminuir a importância da lei como instrumento regulatório da convivência humana ou apenas exacerbar aspectos críticos em sua implementação. De fato, algumas promíscuas relações de poder contaminam a elaboração e aplicação de certas leis, algo que não macula todo o ordenamento jurídico, nem tampouco retira o impacto da lei como expressão do contrato social e fonte maior do Direito.

No ordenamento jurídico pátrio não é diferente. No Brasil, vigora a lei processual pátria, de maneira que, em matéria de lei processual no espaço, aqui vingou o princípio da territorialidade.

06- A lei processual no espaço Em regra, a idéia de soberania dos países determina que cada qual edite suas próprias leis processuais, aplicáveis aos processos que neles correm.

Exemplo destacável disto é o art. 1º do CPC: “ A jurisdição civil, contenciosa ou voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”.

O respeito ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF/88, art. 5º, XXXVI) impede que os processos findos sejam atingidos por nova lei processual.

A nova lei processual, a priori, só deve ser aplicada para os processos novos.

Grande dúvida reina quanto aos processos pendentes. Qual lei aplica-se: a velha ou a nova?

Três correntes estudam este caso: a) Unidade Processual- Segundo esta corrente, o processo deve ser considerado uno, de maneira que, durante todo o processo, só uma lei deve vigor. Assim sendo, geralmente só teria vigência a lei velha. Trata-se de uma corrente que pode gerar certos absurdos. Imaginemos um processo civil que é de 1972 ( pode parecer insanidade dizer isto, mas existem processos, poucos, mas existem, com esta “longevidade”...). O Código de Processo Civil é de 1973. Como imaginar um processo por mais de 30 anos em curso com a lei velha? b) Sistema das fases processuais- Segundo esta corrente, o processo deve ser dividido em 04 fases autônomas: postulatória (fase dos pedidos), probatória (fase da produção de provas), decisória (instante da decisão) e recursal (momento para recursos). Cada uma destas fases poderia ser disciplinada por uma lei processual diferente. O problema desta corrente é que esta divisão entre fases nem sempre é muito rígida. Provas já devem ser produzidas nos pedidos, decisões podem ser proferidas antes do real término do processo, assim como certos recursos são possíveis contra estas decisões anteriores à decisão final de um processo. As fases processuais não tem uma divisão tão nítida e organizada como propõe esta corrente, de maneira que sua aplicação

pode gerar dúvidas e confusões; c) Isolamento dos atos processuais- Segundo esta corrente, a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, mas se aplica àqueles a serem praticados, independentemente das fases processuais. É a teoria mais razoável e mais aceita pela doutrina.

Por fim, urge dizer que a retroatividade de uma lei processual não é muito tolerada, embora existam decisões judiciais com tendências simpáticas à retroatividade da lei processual penal sempre que for possível beneficiar o réu e o direito à liberdade.

07- A lei processual no tempo Um dispositivo constitucional deve inaugurar os estudos sobre este tópico.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Humberto. Teoria dos princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 2003

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2004.

\*João Fernando Vieira da Silva Professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Processo Civil I e II e Prática Jurídica nas Faculdades Doctum/Leopoldina- MG; Especialista em Direito Civil pela UNIPAC- Ubá- MG; Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC- Rio.

Disponível

em:

<http://www.doctum.com.br/unidades/leopoldina/graduacao/direito/artigos/4649>

Acesso em: 03 de setembro de 2007