

OS IMPACTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE IMPACTS OF NEOCONSTITUTIONALISM ON THE CIVIL PROCESS:
AN ANALYSIS OF JUDGMENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Isadora Cavalcanti Moreira¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar os possíveis impactos do neoconstitucionalismo no Direito Processual Civil. A metodologia é qualitativa, com revisão bibliográfica e a amostra se restringe a análise de um acórdão. Após as análises, conclui-se que o neoconstitucionalismo traz instabilidade jurídica ao flexibilizar as regras procedimentais, e pode assim prejudicar o acesso a direitos

Palavras-chave: Constituição. Formalismo. Neoconstitucionalismo. Princípios. Processo.

ABSTRACT: This research aims to analyze the possible impacts of neoconstitutionalism on Civil Procedural Law. The methodology is qualitative, with literature review and the sample is restricted to the analysis of an accord. After the analyses, it is concluded that neoconstitutionalism brings legal instability by making the procedural rules more flexible, and may thus hinder access to rights.

Keywords: Constitution. Formalism. Neoconstitutionalism. Principles. Process.

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas atuais em debate no direito é o neoconstitucionalismo e os seus impactos no direito processual civil. Fredie Didier (2018) em seu texto “A Reconstrução da Teoria Geral do processo” analisa e agrega importância a algumas mudanças ocorridas no pensamento jurídico. Uma das principais mudanças por ele analisada é a do Direito Constitucional, que faz parte do objetivo desse trabalho, mudança essa que acarretou o reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão e consagração dos direitos fundamentais e expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional. Tais mudanças são de importante análise pois em decorrência delas, há a constitucionalização do direito processual, em que as normas infraconstitucionais passam a ser examinadas como concretizadoras das disposições constitucionais.

Assim, o objetivo desse trabalho é analisar os possíveis impactos do neoconstitucionalismo no direito

processual civil, por meio de revisão bibliográfica com exposição de diferentes posicionamentos, trazendo também a análise de acórdãos demonstrando os impactos reais da influência neoconstitucional no direito processual civil.

O direito brasileiro teve como tradição o formalismo processual até os anos 2000, sendo até então consensual que todos eram formalistas, mas nos últimos tempos têm surgido novos entendimentos acerca da predominância ou não desse formalismo e até onde ele ainda rege o direito no Brasil. Assim, a justificativa do presente trabalho é demonstrar como o crescimento do neoconstitucionalismo tem influenciado nessas mudanças, uma vez que, o neoconstitucionalismo traz uma interpretação extensiva dos princípios aplicados ao direito vigente, tendo o potencial de prejudicar direitos e criar instabilidade jurídica.

Ainda, a metodologia do presente trabalho se faz por revisão bibliográfica e análise de jurisprudência e acórdão.

Estando o presente, organizado em partes: definição de formalismo e neoconstitucionalismo, com uma análise crítica do neoconstitucionalismo, exposição de exemplos dos impactos no direito processual civil como análise de jurisprudência e acórdão, o percurso metodológico, breve análise dos resultados da pesquisa e, por fim, a conclusão do presente trabalho.

2 FORMALISMO

No livro “Introdução ao Estudo do Direito”, Venosa (2010) afirma que se costuma situar no século XIX a época positivista por excelência, em que as duas características principais do positivismo para o direito seriam o formalismo e o imperativismo. O autor afirma ainda que houve uma reação contra esse formalismo, por John Dewel, trazendo o direito com uma concepção histórica e sociológica. Paralelamente a essa reação, o mundo jurídico do direito europeu foi atingido pelo positivismo de Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

A ideia do Formalismo Jurídico surgiu com Kelsen (2006) em suas diversas obras, nas quais ao analisar o direito o classificou como um sistema de normas que regulam o comportamento humano, sendo a norma para ele não somente capaz de comandar, mas também de permitir. Completando essa ideia, Venosa (2010, p.56) afirma que “quando os positivistas afirmam que a norma jurídica é apenas a norma válida, conseguem isolar o fenômeno jurídico da Moral, dos valores e da política e do poder”.

No presente trabalho é importante a compreensão do significado de formalismo jurídico, Bobbio (2016) em seu texto “Jusnaturalismo e positivismo jurídico” examina quatro significados de Formalismo Jurídico. A primeira teoria abordada é que por formalismo jurídico entende-se a concepção legalista da justiça em que o ato justo é aquele conforme a lei. A segunda teoria aborda o formalismo jurídico definindo o direito como forma de regulamentação mediante o exercício do poder coativo. A terceira interpretação traz a concepção de uma ciência jurídica como ciência formal, ou seja, forma de saber com qualificações normativas de fatos. E por fim, o quarto

significado, que é o mais importante na análise do presente trabalho, diz respeito à teoria da interpretação jurídica, em que estão presentes os métodos de interpretar e aplicar a lei, bem como a função atribuída ao interprete na aplicação dessa lei.

A interpretação, que é de suma importância no formalismo, também tem suas peculiaridades. Shecaira e Struchiner (2016) fazem uma interpretação sobre o texto legal, analisando que interpretar envolve discernir, e discernir “sugere que o sentido dos textos legais existe antes mesmo que o intérprete se ponha a ler os textos e interpreta-los” (p. 70), o que remete a concepção de formalismo como o método “que toma e aplica os textos legais literalmente” no qual “não há possibilidade de recurso a considerações de natureza extralinguística, muito menos considerações de natureza moral, política, econômica (enfim, substantiva)” (p. 75). Continuando, Kennedy (2011, p.16) complementa afirmando que “O formalismo jurídico se constitui na habitual preferência pelas normas jurídicas em detrimento de valores morais”.

Ainda, Frederick Schauer (2011), no texto “Formalismo”, analisa outras facetas do formalismo e sua relação com a interpretação. Na primeira análise o autor percebe o formalismo como negação de escolha, em que existe o risco da utilização do termo formalismo para justificar a escolha mascarada pelo vocabulário da inexorabilidade, ou seja, bloqueia indagações de como foi tomada ou poderia ter sido tomada a decisão e nega a ocorrência de uma escolha dentre as inúmeras premissas. A segunda análise é o formalismo como limitação de escolha, criando dois elementos, a dedutibilidade mecânica e a existência de um sistema fechado, em que as normas escritas limitam os fatores de considerações. Na análise como fator limitador, o autor levanta o questionamento sobre a possibilidade dos agentes seguirem a interpretação literal, respondendo o questionamento no direcionamento que é possível mas provavelmente não desejável, por não direcionar ao resultado esperado. O autor conclui ainda que “tomada de decisões com base em regras é inerentemente

estabilizadora, ela é inerentemente conservadora, em um sentido não político da palavra” (2011, p.108).

Adentrando mais especificamente ao tema do presente trabalho, é geral o entendimento de o formalismo processual é o conjunto de normas que organizam o processo judicial visando a decisão final, aprofundando esse conceito Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006) define o formalismo como:

à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. (OLIVEIRA, 2006, p.60).

Concordando com a linha de pensamento de Oliveira (2006), Fredie Didier (2017) em sua obra “Curso de Direito Processual Civil”, afirma que como existe um conjunto de regras que disciplinam a atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no estudo de processo, uma vez que, segundo Schauer (2011), é a tomada de decisão de acordo com regras, que, segundo Aragão (2001), precisa do mínimo de organização, sendo impossível informaliza-lo como um todo.

Sendo o oposto do formalismo, o informalismo é a ausência de regras, delimitações, poderes e deveres, assim, a informalidade gera o risco da ocorrência de arbitrariedade, uma vez que, nela não existem regras a serem seguidas. Desta forma, o informalismo abarca tudo que não é o formalismo, e por não possuir uma ordem procedimental pode gerar certa instabilidade.

Continuando a referida ideia, Oliveira (2006, p.60) aborda os riscos da ausência de formalismo no processo, quando afirma que “se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembarcaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias às partes”, e continua “implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito”. O risco de não ter o formalismo, é sintetizado pela concepção trazida por Didier (2001) que ressalta como aquilo que rege como funciona o processo e qual o seu regulamento.

Assim, há a necessidade de se enumerar as vantagens trazidas pelo formalismo ao direito processual civil, quais sejam: segurança, previsibilidade, uniformização da aplicação do direito material, limitação ao exercício dos poderes do juiz, celeridade, racionalidade, garantia de deveres e direitos das partes, da produção de provas, legitimidade da decisão final, entre outros. Em contrapartida, também possui como desvantagens, a demora no resultado da pretensão, rigidez, inviabilidade do exercício do direito material, prejuízo a legitimidade, encobrimento das desigualdades reais entre as partes, gera desigualdades de serviços legais, entre outros.

Embora seja possível fazer a contraposição entre vantagens e desvantagens do formalismo, Oliveira (2006) entende que o formalismo constitui o elemento fundador da efetividade e da segurança do processo, pois possui poder organizador, ordenador e disciplinador. E através dessa análise se adentra a conceituação de formalismo-valorativo, pois o processo não se encontra in res natura, e por isso Oliveira afirma que:

o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social. (OLIVEIRA, 2006, p.64)

Assim, se faz necessário a diferenciação entre formalismo e formalismo-valorativo. Enquanto o formalismo está diretamente relacionado a organização do processo, com uma ordem procedimental e regras a serem seguidas, o formalismo-valorativo é orientado por valores, sendo utilizado na interpretação, mas não sendo aplicado diretamente.

O formalismo processual, segundo Oliveira (2006), tem como função, por exemplo, impor uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes e reclamar o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício de poderes pelo outro, enquanto o formalismo valorativo vai impor a análise dos valores mais importantes para o processo.

O formalismo-valorativo ao se pautar em valores, e afirmar que esses influenciam no conteúdo das normas processuais, na interpretação dessas normas e na ética

profissional levanta um conflito sobre a prevalência da efetividade ou da segurança, em que segundo o autor, em uma relação proporcional, quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. O autor (2006, p.67) adverte que “o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do statu quo”.

Ainda sobre efetividade e segurança, Oliveira (2006) aduz que vários fatores vêm determinando a prevalência de um sobre o outro, como a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário e a própria adoção dos princípios e sua constitucionalização, o que também gera uma alteração em que a segurança jurídica passa de um estado estático para um estado dinâmico.

Continuando a análise do formalismo e do formalismo-valorativo, o referido autor adentra em uma perspectiva acerca do formalismo excessivo e o seu combate. Em sua percepção ele afirma que o formalismo pode no lugar de realizar o direito, aniquila-lo ou retardar a solução do litígio, e por isso o jurista tem que impedir tal desvio, tendo que “atentar as particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma” (p.72), ressaltando que “o juiz não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão”.

Para Oliveira (2006), a solução está dentro do próprio sistema, no domínio do direito processual, com a necessidade de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”, não podendo se concentrar apenas no rito, pois “influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com elemento de justiça” (p. 74). Corroborando a ideia, o autor afirma que “verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário” (p. 75).

Ademais, em conclusão as ideias expostas, o autor afirma que “o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo a suas reais metas” (p. 85), bastando uma mudança de mentalidade, em que “o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso”(p. 85), o que

será analisado novamente na crítica ao neoconstitucionalismo.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS CRÍTICOS

Fredie Didier (2018), como visto na Introdução, analisa e agrega a importância de algumas mudanças ocorridas no pensamento jurídico. Dentre elas as mudanças no Direito Constitucional, com a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, fazendo com que as normas infraconstitucionais passem a ser concretizadoras das disposições constitucionais.

Em relação a outras mudanças, merecem destaque, também, no âmbito da hermenêutica jurídica “o caráter criativo da interpretação: quem interpreta atribui sentido já existente” (Fredie Didier, 2018, p.166), e a Teoria das Fontes, ou “o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos” (Fredie Didier, 2018, p. 166). Ao longo da análise, chega-se à conclusão que as presentes mudanças destacadas constituem o neoconstitucionalismo, também chamado pelo autor de neopositivismo.

Ao sintetizar os “abusos e incompreensões” do neoconstitucionalismo, Didier faz referência as ideias expostas por Humberto Ávila:

a)Supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervalorizam-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; c) supervaloriza-se a ponderação em detrimento da subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra”. (DIDIER,2018, p.169)

Para o autor, o único consenso a que se chega é que “houve profundas transformações no pensamento jurídico” (p. 169). No que concerne a aplicação de normas e princípios, é de suma importância a observância de que:

A decisão judicial, além da norma jurídica no caso concreto, produz norma jurídica geral a ser aplicada a casos semelhantes. O aspecto normativo da decisão judicial, antes restrito ao seu dispositivo, revela-se também na sua fundamentação, de onde se extrai o precedente, que, a depender do caso, pode ter eficácia vinculativa. (DIDIER,2018, p.171)

Assim, com o crescimento da força da interpretação constitucional, surge em contrapartida ao formalismo, o

neoconstitucionalismo, a respeito do qual de acordo com o ministro Luís Roberto Barroso (2005), em seu texto “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, oferece consolo e esperança para a crise e incerteza do direito, o que pode ser associado ao marco histórico que é o constitucionalismo pós-guerra na Europa e redemocratização no Brasil. No texto é evidente a flexibilização, em oposição ao formalismo, quando o autor afirma que “Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços” (p. 4).

Importante se faz a diferenciação entre neoconstitucionalismo e informalismo, pois mesmo os dois sendo comparados ao formalismo, não devem ser analisados da mesma forma. Enquanto o neoconstitucionalismo se contrapõe ao formalismo por flexibilizar as regras por força da interpretação constitucional, o informalismo não possui nenhum tipo de regra ou parâmetro.

Assim, com a força normativa atribuída a Constituição, em que a norma constitucional passa a ter status de norma jurídica, a interpretação constitucional se torna uma modalidade de interpretação jurídica, mas de acordo com Barroso (2005, p.22), as normas constitucionais possuem um elenco próprio de princípios aplicáveis. Ressalta-se que, a partir desse momento ocorre uma filtragem constitucional, que “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”.

Em vista disso, a partir do momento em que as normas e princípios constitucionais passam a ser aplicados em todos os ramos do direito, surge a análise da praticabilidade dessa aplicação, que segundo o referido autor a realidade brasileira é de aplicabilidade direta e imediata, em que alguns elementos são analisados para a ponderação:

Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g. se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador

humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (c.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais). (BARROSO,2005, p.28)

Por fim, Barroso (2005, p.42) em seu texto conclui que “a constituionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”. Mas enquanto Barroso considera positivo o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, muitos autores o criticam, como é o caso de Humberto Ávila e Jose Carlos Baptista Puoli.

Humberto Ávila (2009) em seu texto “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência” traz ideias que vão de encontro ao defendido pelo neoconstitucionalismo. Para ele, embora a Constituição contenha no título 1, princípios, todo o restante é composto por regras, o que leva a crer, que ao contrário do neoconstitucionalismo “não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico [...] pode-se, apenas afirmar [...] funções eficaciais complementares e diferentes” (2009, p.6).

Em relação a prevalência de princípios trazida pelo neoconstitucionalismo, que defende o paradigma da ponderação como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, Ávila (2009) destaca os problemas que decorreriam dessa aplicação: todas as relações hierárquicas cederiam a um só nível, aniquilando-se as regras e o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa, o que conduziria a um subjetivismo.

Outra crítica trazida por Ávila (2009), ainda baseado no modelo de ponderação de princípios, é a preponderância da justiça individual em vez da justiça geral.

Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as

circunstâncias do caso concreto, desprezando a justiça geral em favor da justiça particular. (ÁVILA,2009, p. 15)

Ainda baseando-se no modelo da ponderação, haveria maior participação do Poder Judiciário, pois exigiria uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais, o que já iniciaria violando a divisão dos poderes, sendo esse ponto disposto por Ávila (2009) que:

O Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e arbitrariedade decorrente de sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário. (ÁVILA,2009, p. 16)

José Carlos Baptista Puoli (2016), completando as ideias já expostas e fazendo uma crítica diretamente relacionada ao processo civil, em seu texto “Processo e Constituição: Alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo” vai dispor sobre o direito processual constitucional, em que há um estudo da ordem processual a partir dos princípios da Constituição, analisando assim a densidade normativa dos princípios e suas dificuldades praticas.

A maioria dos princípios constitucionais não contém elementos concretos que permitam sua prévia compreensão como norma eu efetiva e concretamente esclareça ser determinada conduta permitida ou vetada. (...) Verifica-se que, quando da aplicação concreta de um princípio de texto genérico, o juiz acaba por “conferir” ao texto um conteúdo próprio, que é trazido “à luz” no bojo da própria decisão judicial elaborada para o caso concreto, ou seja a solução “normativa” é estabelecida depois do fato ter ocorrido e por força da atividade do juiz. (PUOLI,2016, p. 119)

Pelo exposto, o autor conclui que “os princípios iluminam nosso sistema, mas não são dotados de densidade necessária a garantir que haja segurança jurídica” (PUOLI, 2016, p.125), assim, os princípios têm alcance amplo, mas esse não é ilimitado.

4 EXEMPLOS DE IMPACTOS NO PROCESSO CIVIL

A luz do debate sobre neoconstitucionalismo e formalismo, cabe identificar alguns exemplos de impactos no direito processual civil. No texto “Processo e Constituição: Alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo”, Puoli (2016) traz em seu texto um exemplo de impacto.

O exemplo trazido por Puoli (2016) diz respeito ao debate sobre se no caso de processo eletrônico, seria ou não aplicável a norma do artigo 191 do Código de Processo Civil de 1973, com base em julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O referido artigo preconiza a possibilidade de os prazos processuais serem contados em dobro em caso de litisconsortes com diferentes advogados, porém, nos julgados de alguns tribunais o referido prazo em dobro seria afastado nos processos eletrônicos tendo em vista que esses processos estariam acessíveis simultaneamente a todos os litisconsortes. O autor analisando a decisão do Agravo de Instrumento nº 5003563-11.2013.404.000 do TRF da 4ª Região, narra que na referida decisão não há de forma expressa a utilização do princípio do devido processo legal e/ou da finalização do processo em prazo razoável de tempo, mas que esses postulados apareceram de forma implícita, não podendo ser identificado de forma expressa mas tendo influenciado no entendimento, uma vez que uma das justificativas seria o uso injustificado de tempo à luz da novas possibilidades do processo eletrônico.

Diante da utilização de princípios, mesmo que de forma implícita, Puoli chega à conclusão que a partir do momento em que o CPC não trata da referida exceção judicialmente, a utilização do raciocínio presente do exemplo se torna elemento de surpresa e de insegurança. Por tais motivos, ele afirma que “não se pode querer aplicar na solução de casos do cotidiano, princípios constitucionais de baixa densidade normativa, notadamente em se tratando de caso já regulado por lei” (PUOLI, 2016, p.124).

Consultando o site do STJ é possível identificar outros exemplos em que pode ser observada a influência do neoconstitucionalismo. O primeiro exemplo trazido se iniciou a partir de um recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Em primeira instância no Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo o processo da 7ª Vara Cível de Sorocaba, considerou a data da juntada do mandado de citação como

termo inicial para contagem do prazo do recurso de Agravo de Instrumento.

Em suma, a referida decisão agravada deferiu o pleito da demandante para que fosse oficiada ao cartório de registro de imóveis a averbação de existência da ação originária na matrícula do imóvel da demandada, e esse Agravo de Instrumento foi considerado intempestivo, sob a alegação de que o termo inicial do prazo recursal deveria ocorrer da juntada do mandado de citação efetivamente cumprido, por se tratar de autos digitais, motivo pelo qual seria inequívoca a ciência do ato.

A parte recorrente se sentiu prejudicada e recorreu alegando que não foi efetivamente notificada e/ou notificada acerca daquela específica decisão agravada, uma vez que foi proferida após a expedição do mandado de citação, e mesmo que tivesse acessado os autos não dispunha de capacidade postulativa para dela recorrer. Ainda, fundamentando o recurso o recorrente aponta violação dos artigos 236, 237, 242 e 535,II do Código de Processo Civil.

RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ANTERIOR. CITAÇÃO. TEORIA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA. INTIMAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. ART. 245 DO CPC/1973 (ART. 278 DO CPC/2015).1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, porém em sentido diverso ao pretendido pela parte.3. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de dispositivos apontados como violados no recurso especial, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ.4. Segundo a teoria da ciência inequívoca, em observância do princípio da instrumentalidade das formas, considera-se comunicado o ato processual, independentemente da sua publicação, quando a parte ou seu representante tenha, por outro meio, tomado conhecimento do processado no feito.5. Na espécie, o Tribunal local considerou que a parte teve ciência inequívoca da decisão agravada, porque proferida anteriormente à sua citação e por se cuidar de autos eletrônicos.6. A nulidade dos atos processuais deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, nos termos do art. 245, caput, do Código de Processo Civil de 1972 (reproduzido no art. 278, caput, do Código de Processo Civil de 2015).7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.(STJ – RE: 1.656.403 –SP 2016/0287055-3, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data da publicação: DJ 26/02/2019, 3ª Turma).

No esboço fático em questão, houve decisão para citação, seguida de mandado de citação, mas antes do cumprimento do mesmo, houve uma decisão

interlocutória, ocorrendo a efetiva citação posteriormente, sendo essa tendo seus efeitos estendidos também para a decisão interlocutória por ter ocorrido em data posterior a essa. Estando a controvérsia presente sobre qual seria o prazo para recorrer da decisão interlocutória, por ter sido proferida após a expedição do mandado de citação da parte demandada, mas antes do seu efetivo cumprimento. Assim, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou intempestivo um recurso contra decisão proferida após a expedição do mandado de citação, mas que teve prazo recursal contado a partir da juntada do mandado aos autos, considerando que a parte teve acesso aos autos digitais para elaboração da contestação, e tendo assim ciência inequívoca de todos os atos processados até aquele momento. A parte alegou que o prazo deveria ser contado a partir da intimação de nova decisão judicial, com base nos artigos do Código de Processo Civil de 1973 que o recorrente alega que foram violados. Porém, o relator do recurso entendeu que de acordo com a Teoria da Ciência Inequívoca, em que se considera comunicado o ato processual independentemente de sua publicação, quando a parte ou seu representante tenha tomado conhecimento dos atos, a parte teve ciência inequívoca dos atos do processo.

Ademais, para o ministro, eventual nulidade decorrente da falta de intimação deveria ter sido apontada na primeira oportunidade em que os patronos da recorrente tiveram para se pronunciar nos autos, com fundamento no artigo 245 do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, no momento em que a parte apresentou contestação. Operou-se assim, no seu entendimento, a preclusão do alegado vício na intimação, fundamentada no artigo 278 do Código de Processo Civil de 2015. Concluiu-se na presente decisão, na certidão de julgamento da terceira turma, que por unanimidade se conheceu em parte o recurso especial e, nesta parte, negou-lhe provimento.

No que concerne a alegação de nulidade que gerou a preclusão, o ministro teve um posicionamento formalista, pois seguiu estritamente o disposto no art. 278 do Código de Processo Civil de 2015 que dispõe que “Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira

oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.” Mas no que concerne a contagem do prazo, se fosse se seguir o mesmo raciocínio formalista, esse deveria ter como início da contagem do prazo o da intimação da nova decisão judicial e não da juntada do mandado de citação, com base também no Código de Processo Civil de 1973, que era o vigente a época do fato:

Art. 241. Começa a correr o prazo: (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento; (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido; (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido; (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida; (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993)

Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

Assim, ao adotar a Teoria da Ciência Inequívoca ao invés de seguir o disposto no Código de Processo Civil, no que concerne a contagem do prazo para interposição do recurso o ministro teve um posicionamento neoconstitucionalista, em que houve confronto entre uma interpretação principiológica e uma norma, gerando assim insegurança jurídica.

Durante toda a análise para julgamento os julgadores afirmaram que o argumento de que o acórdão atacado teria incorrido em negativa de prestação jurisdicional é improcedente, pois o tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, afirmando-se que, não há como se falar em prestação jurisdicional lacunosa ou deficitária apenas pelo fato de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte. Ao adotarem esse posicionamento, resta claro que para eles a fundamentação deve expor os motivos que levaram a decisão, e não necessariamente, estar em acordo com a lei, como no presente caso, que foi regido de forma implícita por uma teoria e princípios.

Importante analisar ainda, que mesmo a adoção da Teoria da Ciência Inequívoca trazendo instabilidade no que se refere a aplicação da letra da lei, e assim ferindo o princípio da legalidade, nem tudo é negativo, por mais que ainda se defenda que deve ser afastado, pois a adoção dessa teoria traz a solução para uma outra situação que ocorre no processo, que é a “artimanha” do advogado deixar de informar a nulidade, “guardando-a o no bolso” para apenas utiliza-la em caso de decisão desfavorável, deixando assim de alegar a nulidade dos atos processuais na primeira oportunidade.

Outro exemplo trazido tem como esboço fático um recurso especial interposto por Amazonas Distribuidora de Energia S.A em face de acórdão que entendeu que interposição de petição gerou ciência de sentença mesmo sem publicação oficial, com a argumentação de que existe a possibilidade de peticionar sem consultar os autos.

No presente caso foi alegada violação dos artigos 236, 242 e 463 do Código de Processo Civil de 1973 que correspondem aos artigos 272, 494 e 1.003 do CPC de 2015, apontando a nulidade absoluta decorrente de ausência de publicação de sentença, e requerendo, conseqüentemente, restituição de prazo para manifestação acerca da sentença.

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

No tribunal de origem foi considerado que o prévio acesso aos autos não é condição necessária para o peticionamento, mas que houve o prévio acesso pois houve menções a documentos anteriores a sentença, e que ocorreu ciência inequívoca, motivo pelo qual não houve a restituição do prazo para manifestação.

Adentrando ao julgamento do Recurso Especial, a relatora Ministra Maria Isabel Gallott, inicia aplicando ao caso o artigo 9º, §1º da Lei nº 11.419/2006, que dispõe “As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente

serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais”, concluindo que a hipótese não se aplica ao preceito normativo. Em seguida analisa a possibilidade da ciência inequívoca em que se dispensa a intimação formal. É observado pela ministra que na petição protocolada após a sentença não há indicação de conhecimento da sentença, e, portanto, afirma que “não se pode basear em meros indícios e avaliações subjetivas do julgador, sob pena de comprometer a objetividade da disciplina processual de contagem de prazos processuais” (trecho do inteiro teor).

Assim, foi decidido pela 4ª Turma Recursal, no Resp 1739201 que a presunção de ciência inequívoca não afasta a necessidade de regular intimação acerca das decisões:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ELETRÔNICO. LEI 11.419/2006. INTIMAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE ACESSO AOS AUTOS. PETICIONAMENTO ESPONTANEO SEM RELAÇÃO COM O ATO DECISÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO LEGAL DE ACESSO AO PROCESSO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA NÃO COMPROVADA. 1. A necessidade de regular intimação da parte acerca das decisões constitui princípio basilar do processo civil (CPC/73, arts. 236 e 242 e CPC/2015, arts. 272 e 1003), em nada enfraquecido ou mitigado pela Lei 11.419/2006. 2. A lei do processo eletrônico substituiu a carga do processo físico, a partir da qual o advogado tomava ciência pessoal do conteúdo dos autos, pela ciência pessoal em decorrência do acesso aos autos eletrônicos, ensejado pelas "citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente". 3. Havendo intimação formal, a possibilidade de acesso do advogado implica sua ciência pessoal presumida de todo o conteúdo do processo, nos termos do art. 9º, §1º, da Lei 11.419/2006. Trata-se de presunção legal aplicável apenas em caso de intimação formal. 4. Não tendo havido intimação formal, o que é incontroverso no caso em exame, não houve acesso e conhecimento presumidos, nos termos da lei de regência. 5. O peticionamento espontâneo, sem comprovado acesso aos autos, não precedido de intimação formal, somente poderia ensejar a conclusão de ciência inequívoca da parte se o conteúdo da petição deixasse claro, indene de dúvidas, o conhecimento a propósito do ato judicial não publicado. Precedentes do STJ. 6. Hipótese em que o conteúdo da petição apresentada espontaneamente pela parte não faz presumir a existência de sentença; ao contrário, é incoerente com o conhecimento da sentença, conforme destacado pela decisão que concedera efeito suspensivo ao agravo, na origem. 7. Recurso especial provido. (STJ - Acórdão Resp 1739201 / Am, Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 04/12/2018, data de publicação: 10/12/2018, 4ª Turma).

Acerca da decisão trazida, pode-se analisar ainda que a Lei 11.419/2006 teria sido aplicada no caso de ter havido alguma intimação formal ou comprovação de acesso aos autos após a juntada da sentença, ato processual ensejador do prejuízo da parte, sendo assim uma decisão de cunho mais formalista.

Comparando as duas decisões trazidas do site do STJ, verifica-se que ainda não existe uma uniformização de

entendimento, pois enquanto a primeira no que concerne ao prazo teve um direcionamento principiológico, neoconstitucionalista, com confronto a norma, na segunda decisão se verifica um posicionamento da relatora mais formal, com cumprimento estrito da lei.

Ressalta-se que, embora sejam acórdãos de turmas do mesmo tribunal, Superior Tribunal de Justiça, tratam-se de órgãos diferentes, sendo eles a 3ª e 4ª Turmas Recursais, que possuem assim entendimentos diversos quanto a aplicação de princípios.

Pelo exposto, são verificadas mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo, com a incorporação da jurisdição constitucional, o caráter criativo de interpretação com base no caso em concreto e o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos.

Por fim, depois de demonstrada a insegurança trazida pelas decisões que têm preponderância de princípios e interpretações, ao invés da letra da lei o que foi demonstrado nas primeiras decisões trazidas a título de exemplo, cabe analisar os impactos no que concerne à segurança jurídica. As decisões do Superior Tribunal de Justiça, a rigor, têm influência em face do grau de jurisdição inferior, ficando assim os tribunais quase sempre vinculados a seguirem o entendimento do STJ. Na primeira decisão do STJ em específico, o fato de ser considerado o início do prazo a juntada do mandado de citação e não do seu cumprimento, abre a possibilidade de os tribunais inferiores seguirem o mesmo padrão e assim não se saber mais, qual o entendimento acerca da contagem do prazo, uma vez que não estaria mais sendo seguido o previsto em lei. Sendo a temática de contagem de prazo também analisada na segunda decisão, que discute a necessidade de intimação formal, ou não, tendo em vista o acesso aos autos eletrônicos.

5 BREVE DISCUSSÃO SOBRE OS RESULTADOS DA PESQUISA

No presente trabalho há uma contraposição entre Formalismo e Neoconstitucionalismo, mas embora possam ser considerados correntes diversas, há ainda aqueles que

entendem o Neoconstitucionalismo como uma evolução do Formalismo Jurídico.

O contraste pode ser percebido nas críticas de autores ao Neoconstituiconalismo, em que todos tendem a ter uma concepção Formalista e por isso preferir o estrito cumprimento legal a interpretação extensiva á luz de princípios constitucionais.

A hipótese de que o neoconstitucionalismo traz instabilidade jurídica ao flexibilizar as regras procedimentais foi parcialmente confirmada, como pode ser visto nas análises jurisprudenciais. Na primeira análise o Tribunal considerou a data da juntada do mandado de citação como termo inicial para contagem do prazo do recurso, o que prejudica a parte que seguia a contagem de prazo prevista em lei em que ocorreria a contagem do prazo da juntada do mandado de intimação da decisão efetivamente cumprido. E na segunda análise o Tribunal entendeu que a interposição de petição gerou ciência de sentença, mesmo sem publicação oficial, o que também fere o estabelecido por lei e assim a segurança jurídica.

Assim, chega-se à conclusão que a hipótese levantada para o presente trabalho foi parcialmente confirmada ao longo das pesquisas e análises.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa foi iniciada com uma discussão teórica, com o entendimento de diversos juristas e doutrinadores acerca do formalismo jurídico e neoconstitucionalismo, levando em conta o impacto das interpretações constitucionais no Direito Processual Civil.

O presente trabalho não esgota a pesquisa acerca da aplicação e impactos das mudanças no Código de Processo Civil e na aplicação do formalismo jurídico e neoconstitucionalismo, assim como, nos pontos em que são opostos e se contradizem. Demonstrando apenas, que no nível em que se encontra, está ocorrendo uma instabilidade de entendimentos em que há a variação de acordo com o caso concreto do seguimento da letra da lei ou de uma interpretação mais expansiva.

Partindo dessas constatações, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo coloca em risco a segurança

jurídica e a estabilidade alcançada até agora, mas ela não deve ser descartada, pois o formalismo jurídico em excesso também afeta as peculiaridades do caso concreto em que seriam necessárias maiores interpretações. Com isso, se deve buscar um equilíbrio em que as interpretações principiológicas constitucionais tragam certa flexibilização ao entendimento formalista da aplicação de normas, mas sem causar inseguranças e instabilidade quanto aos entendimentos e decisões, para que essas tenham entendimentos mais sólidos com uma previsibilidade do direito. Assim, como afirmado por Schauer (2011) o formalismo deve “ser visto como um instrumento a ser utilizado em algumas partes do sistema jurídico, mas não em outras” (p. 115), isso porque mesmo que a aplicação do Neoconstitucionalismo não seja tão positiva no Direito Processual Civil, que é em sua maioria regido por regras procedimentais, pode ser em outras áreas do direito. Um exemplo de como a interpretação neoconstitucionalista pode ser relevante em outras áreas, é a legalização do casamento de pessoas do mesmo sexo que antes não era possível quando se fazia a leitura restrita do artigo 1.514 do Código Civil em que se casavam apenas homens com mulheres, mudança que ocorreu com decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, demonstrando assim que a interpretação com base em princípios constitucionais pode também garantir alcance a direitos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Procedimento: formalismo e burocracia**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)** - Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em junho de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em julho de 2019.

BOBBIO, Norberto, **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**, tradução Jaime A. Clasen, revisão técnica Marcelo Granato, 1ª ed., São Paulo: Editora Unesp, Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973. **O Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em agosto de 2019.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **O Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em junho de 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**, 5ª ed., Salvador: Juspodvim, 2018.

_____, Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: Adequação e Adaptabilidade do Procedimento**. Revista Gênese de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

_____, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª Ed., Salvador: Ed. Jus Podvim, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado, 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KENNEDY, Ducan. **Formalismo Jurídico**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. A justificação do Formalismo Jurídico: Textos em debate, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 26, 2006. Disponível em: <seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em julho de 2019.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo**. Direito processual constitucional, 1ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica Editora e Livraria LTDA, 2016.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do Formalismo Jurídico: Textos em debate**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SHECAIRA, Fábio P., STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. PIC-Rio: Contraponto, 2016.

STJ, RECURSO ESPECIAL: **Resp 1.656.403**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 26/02/2019. STJ, 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.MIN.%29+E+%28%22T ERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1656403&data=%40DTDE+%3E%3D+20190101+E+%40DTDE+%3C%3D+20190227&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em julho de 2019.

STJ, RECURSO ESPECIAL: **Resp 1739201**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ: 04/12/2018. OABJuris, 2018. Disponível em: <<https://oabjuris.legalabs.com.br/process/b3dde571ce7b873a01ba88330f466deb6d7a1b3ad4c2519940dfde5203db860c>>. Acesso em setembro de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

Recebido em: 15 de julho de 2019
Avaliado em: 20 de agosto de 2019
Aceito em: 25 de agosto de 2019

1 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Petrolina (FACAPE),
 E-mail: isadoramoreiraadv@gmail.com