

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

José Carlos BARBOSA MOREIRA*

1. As Constituições brasileiras anteriores a 1988 ocupavam-se relativamente pouco do processo. Em geral, davam menor atenção ao processo civil que ao penal, em relação ao qual tratavam de assegurar certas garantias à defesa. Alguns institutos jurídicos previstos no texto constitucional, como o mandado de segurança, a ação popular e o recurso extraordinário, sem dúvida se aplicavam no campo civil. Não se ia, contudo, muito além disso.

Modificou-se o panorama com o advento da carta política del 5 de outubro de 1988. Nesta, são bem mais abundantes as disposições relativas a ambos os setores do direito processual. É o que chama logo a atenção quando se lêem os diversos incisos do artigo 5o., constante do capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) do título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”). Em considerável número deles —e noutros dispositivos— consagram-se princípios e regras atinentes ao processo.

Uma conseqüência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais do que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo —tanto civil quanto penal— à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais a que se passou a dar maior peso na interpretação dos textos processuais.

2. Princípio básico do ordenamento, com repercussão direta no mundo do processo, é o do inciso XXXV, *verbis* “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo assinala

* Professor da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro; presidente honorário do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

a tendência à *universalização* do exercício da função jurisdicional: onde quer que alguém se sinta lesado ou ameaçado em direito seu, poderá valer-se do recurso à justiça, e fica vedada a respectiva denegação.

Notam-se duas importantes diferenças na redação desse texto, quando confrontado com os correspondentes nas Constituições anteriores. A primeira consiste no acréscimo da referência à “ameaça”. Agora, não é só contra a *lesão*, mas contra a simples *ameaça*, que se trata de proteger o jurisdicionado. Alguma forma de proteção desse tipo há de existir no ordenamento processual.

De modo compreensível, não desce a Constituição a minúcias no particular. Compete ao legislador ordinário escolher e regular as espécies de proteção dispensada a quem se julga *ameaçado* de lesão a direito. Achem espaço aqui a tutela cautelar, a preventiva, a chamada “antecipação da tutela”. Empregando esta terceira modalidade, poderá o juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pleiteada no pedido inicial, desde que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e exista “prova inequívoca” suscetível de convencê-lo da verossimilhança da alegação do autor. O instituto foi disciplinado pela Lei núm. 8.952, del 13 de dezembro de 1994 (com modificações posteriores), e vem tendo freqüente aplicação na prática forense.

Cumprе assinalar que o ordenamento brasileiro conhecia de há muito outros instrumentos destinados à proteção de direitos ameaçados. A novidade consiste aqui em que a lei não pode doravante excluir a respectiva utilização, para somente permitir o recurso à justiça a quem se queixe de lesão já consumada.

A segunda diferença reside na eliminação do adjetivo “individual”, que qualificava a palavra “direito” nas Constituições precedentes. A carta atual impõe que se proteja lesão ou ameaça não só a direitos individuais, senão igualmente a direitos *coletivos*. Evidencia-o a própria rubrica, supratranscrita, do capítulo (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”). E., com efeito, o ordenamento brasileiro enriqueceu-se de instrumentos de tutela jurisdicional coletiva, com realce para a ação civil pública —aliás, criada antes da Constituição de 1988—, mas elevada por esta ao patamar constitucional (artigo 129, inciso III). Entre seus principais objetivos acham-se a proteção ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem urbanística e —segundo cláusula genérica— “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Refere-se também a Constituição de 1988:

- a) À ação popular, proponível por qualquer cidadão com o fito de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (artigo 5o., inciso LXXIII). Não se cuida aqui tampouco de uma inovação da Carta vigente: a ação popular já existia e fora regulamentada por uma lei de 1965;
- b) Ao mandado de segurança coletivo (artigo 5o., inciso LXX), que pode ser impetrado por “partido político com representação no Congresso Nacional” ou por “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Previsto pela primeira vez na atual Constituição, esse instituto não tem ainda, porém, regulamentação legal.

3. Outro princípio consagrado em termos expressos pelo legislador constituinte de 1988 foi o do chamado “juiz natural”. Ele inspira dois dos incisos do artigo 5o. o de número XXXVII e o de número LIII. De acordo com o primeiro, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, nos termos do segundo, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Da conjugação desses textos infere-se que é proibida a criação de órgãos judiciais *ad hoc*, instituídos com a finalidade precípua de julgar pleitos especificamente determinados.

Não significa isso, é evidente, que fique proibida a *especialização* de juízos, quer em razão da matéria, quer mesmo em razão da qualidade de alguma das partes (por exemplo: pessoa jurídica de direito público). O essencial é que se possa saber, *antes do início do processo*, e à luz de critérios *genéricos*, que órgão será competente para julgar; e que as normas atinentes à competência sejam uniformemente aplicadas a todos os casos que apresentarem as mesmas características.

O princípio em foco tem manifesta relação com o da igualdade perante a lei. Para quaisquer litigantes não de valer as regras gerais e abstratas de atribuição de competência, previamente editadas. Nenhum será submetido a julgamento por órgão diverso daquele a que o ordenamento atribui competência para os outros pleitos análogos. Da igualdade perante a lei deriva a igualdade *perante a justiça*.

Nisso não se esgota, entretanto, a garantia do “juiz natural”. Ela também protege os jurisdicionados na medida em que concorre para assegurar a independência e a imparcialidade dos juízes. Sabe cada um destes que não se lhe poderá subtrair pleito para o qual a lei o aponta como competente, nem submeter-lhe pleito estranho ao círculo de sua competência, tal como definida em lei. São pressupostos essenciais para o exercício independente e imparcial de suas funções.

4. Garantia fundamental é a prevista no inciso LV do artigo 5o., *verbis* “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório tem dupla significação: para as partes e para o juiz. Para as partes, ele significa em substância que elas devem ter, no processo, as mesmas oportunidades de pronunciar-se, a fim de expor as respectivas pretensões e razões, rebater as do adversário, produzir as provas de que disponham e falar sobre as produzidas pelo contendor ou por iniciativa *ex officio* do juiz. Assim também no tocante aos recursos: se a lei concede a uma das partes o poder de recorrer contra determinado ato do órgão judicial, há de entender-se, ainda no silêncio do texto, que a outra parte igualmente pode impugnar o ato por tal via.

Como bem se compreende, não há ofensa ao princípio do contraditório caso o litigante, devidamente cientificado, se omite, isto é, deixe de aproveitar a oportunidade que se lhe oferece de praticar algum ato. O essencial é que se lhe abra o ensejo de fazê-lo, em condições não menos favoráveis que as proporcionadas ao adversário. Mostra-se irrelevante a eventual omissão da parte, desde que só a ela mesma possa ser imputada a respectiva causa.

Cabe acrescentar que o princípio em foco, em certos casos, comporta atenuações e compressões, justificáveis pela necessidade de preservar outros valores. Sabe-se que o tempo conta muito no processo. Nem sempre é possível, sem expor ao sacrifício o direito de um dos litigantes, aguardar o pronunciamento do outro acerca de matéria revestida, por sua própria natureza, de extrema urgência. Mesmo em casos tais, porém, a garantia do contraditório não é eliminada, senão apenas amoldada às circunstâncias. Não há como deixar de reservar à parte interessada a possibilidade de manifestar-se depois da prática do ato e, mais do que isso, a de impugná-lo mediante recurso.

Para o juiz, o princípio do contraditório traduz-se em substância no dever de proporcionar aos litigantes a oportunidade —em termos equivalentes— de pronunciar-se a respeito da condução do processo. Nenhum ato do órgão judicial pode permanecer totalmente imune à crítica das partes. Em quantos comportarem a participação destas, é mister assegurar-lhes condições de participar de maneira efetiva. É o que ocorre com os atos de instrução, inclusive os que se realizem por iniciativa do próprio órgão judicial. Não se concebe, *v.gr.*, que o juiz proceda à inspeção de pessoa ou coisa sem que disso se dê aos litigantes prévio conhecimento e possibilidade efetiva de acompanhar a diligência. Menos ainda que ele utilize, para fundamentar sua decisão, de elementos colhidos sem satisfação de tais requisitos.

5. Tradicional no direito brasileiro é a publicidade dos atos processuais. Reza o artigo 5o., inciso LX, da Constituição de 1988 que ela só poderá ser restringida “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Por sua vez, estabelece o artigo 93, inciso IX, na cláusula inicial, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”. A obrigatoriedade abrange as deliberações dos órgãos colegiados, onde —ao contrário do que acontece noutros países— os debates se travam a portas abertas, e os votos são proferidos *coram populo*.

É bem de ver que o princípio não pode ser considerado absoluto. Há outros valores que às vezes se lhe opõem e também são dignos de preservação. Já se assinalou que o inciso LX do artigo 5o. ressalva as hipóteses de “defesa da intimidade” e de “interesse social”. Também o inciso IX do artigo 93 contém uma cláusula restritiva, segundo a qual pode a lei, “se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. São compatíveis com a Constituição de 1988, portanto, disposições como a da segunda alínea do artigo 155, consoante a qual certos processos correm “em segredo de justiça”. Entre eles se incluem processos relativos a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores (inciso II): entende a lei que, em casos tais, prepondera o interesse na proteção da intimidade familiar.

6. Outro princípio tradicional no ordenamento jurídico brasileiro é o da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais. A carta de 1988 conferiu-lhe dignidade constitucional e cominou em termos expressos a sanção de nulidade para os julgamentos que o infringirem (artigo 93, inciso IX). A ele se submetem todos os pronunciamentos de órgãos judi-

ciais, de quaisquer instâncias. Não ficam excluídas as decisões qualificáveis como discricionárias: é indispensável que se possa saber se o órgão exercitou bem sua discricção. Ainda quando a lei autorize o juiz a fundamentar a decisão “de modo conciso” (Código de Processo Civil, artigo 165, *fine*), como faz quanto às decisões interlocutórias, isso de maneira alguma importa dispensá-lo do dever de expor as razões, de fato e de direito, que lhe sustentam a conclusão: fundamentação concisa não é o mesmo que ausência de fundamentação.

Insista-se em que o princípio não deve ser compreendido e aplicado com simplismo formal. Não o satisfaz, por exemplo, decisão que se limite a indeferir requerimento dizendo que “não concorrem os pressupostos legais da providência requerida”. Precisa o juiz explicar por que lhe pareceu faltar qualquer desses pressupostos.

Por outro lado, conforme vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência, o dever de motivar a decisão não vai ao ponto de exigir que o órgão judicial analise minuciosamente todos os argumentos brandidos pelas partes, por mais irrelevantes que se afigurem. Ele tem de enfrentar os que realmente possam influir na conclusão; mas permite-se-lhe deixar de considerar os que nenhuma influência sejam capazes de exercer. Gastar tempo com estes —sobretudo à vista do grande volume de trabalho que em regra assoberba os guises— contrariaria a racionalização da atividade judicante. Como é natural, nem sempre se revela fácil traçar aí uma linha fronteira exata. A dúvida resolve-se em favor da necessidade da fundamentação: nessa matéria, é preferível pecar por excesso a pecar por omissão.

7. Tomando posição em terreno sulcado por controvérsias, no Brasil e noutros países, estatuiu a Constituição de 1988, no inciso LVI do artigo 5o., que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O texto deve ser conjugado com o do inciso XII, de acordo com o qual “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Quer isso dizer que, em linha de princípio, as decisões dos órgãos judiciais não podem fundamentar-se, por exemplo, em gravações clandestinas de comunicações telefônicas.

A solução adotada suscitou reações variáveis na doutrina. Pareceu a alguns que o legislador constituinte lançara a barra longe demais. Para estes, teria sido preferível deixar que o juiz, à vista das circunstâncias do caso concreto, procedesse a uma ponderação de valores, para fazer prevalecer aquele que se lhe afigurasse mais relevante, à luz do chamado “princípio da proporcionalidade”. Criticou-se, ademais, a limitação da possibilidade de ordem judicial para interceptação telefônica ao campo *penal*. Seja como for, ao longo dos quase 20 anos de vigência da atual carta política, chegaram a admitir-se certas atenuações ao rigor da norma, notadamente em obséquio ao princípio da ampla defesa, também de nível constitucional (artigo 5o., inciso LV, *fine*).

8. Nos termos do inciso LIV do artigo 5o., “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O dispositivo usa pela primeira vez a expressão, antes estranha à linguagem jurídica brasileira, “devido processo legal”.

Trata-se da óbvia tradução, para o português, da locução inglesa “*due process of law*”. Afirmam os estudiosos que esta remonta a uma lei inglesa de 1354, editada sob o reinado de Eduardo III. Daí passou, séculos mais tarde, à 5a. Emenda à Constituição norte-americana, de 1791. Como é notório, nos Estados Unidos a matéria foi objeto de grande atenção e repercutiu largamente na jurisprudência da Suprema Corte. A cláusula veio a ser invocada na solução de diferentes problemas, e não só na esfera puramente processual: com efeito, ao longo do tempo desenvolveu-se a teoria da chamada “*substantive due process*”, da qual se valeu a Corte em diversas ocasiões.

Todavia, esse desenvolvimento ocorreu primeiramente no plano do processo e, de modo particular, no do processo penal, onde a expressão assumiu, ao longo dos anos, o sentido genérico de uma garantia contra toda sorte de arbitrariedade, de desvio do curso “normal” de um pleito, isto é, daquele que se entendia apto para conduzi-lo a um desenlace conforme à justiça. Na falta de definição precisa, invocava-se a cláusula do “*due process of law*” a propósito de uma série de questões de natureza muito diversificada.

É interessante que entre nós se haja introduzido justamente em 1988 a referência ao “devido processo legal”. Vários dos aspectos de que se reveste o princípio foram consagrados *expressis verbis* pela carta política daquele ano —por ejemplo—, a garantia do contraditório e da ampla de-

fesa. O emprego de uma fórmula genérica pareceria mais necessário na ausência de disposições específicas que, entretanto, não faltam na Constituição atual.

O artigo 5o., inciso LIV, há de ser considerado como “norma de encerramento”. Será oportuno invocá-lo a propósito de questões não cobertas por outras disposições, quando se cuidar de exigência indispensável ao desenvolvimento correto do processo, capaz de levá-lo a resultado presumivelmente justo. Exemplo óbvio é a imparcialidade do juiz.

Nas alusões à “liberdade” e aos “bens”, por sua vez, não se deve encerrar limitação intransponível à incidência do princípio. Entendido como cumpre, o “devido processo legal” tem de ser observado em todo e qualquer pleito, não apenas naqueles que digam respeito, de modo específico, à liberdade e aos bens.

9. O fenômeno da constitucionalização do processo não se encerrou com o advento da Constituição de 1988: continua a manifestar-se em dias mais próximos. Exemplo recente é a inovação trazida pela emenda constitucional núm. 45, de 2004, atinente ao recurso extraordinário.

Trata-se de recurso interponível para o Supremo Tribunal Federal contra decisões proferidas em única ou última instância, que contrariarem dispositivo da própria Constituição, declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face dela, ou ainda julgarem válida lei local contestada em face de lei federal (Constituição, artigo 102, inciso III). Entendeu-se que a utilização do recurso, nos termos do texto constitucional originário, ultrapassava os lindes do razoável, forçando a mais alta Corte do país ao exame de questões de interesse puramente particular, sem relevância para a coletividade. Isso aumentava desmedidamente o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal e alongava sem necessidade a duração dos pleitos. Considerou-se preferível estabelecer um limite, que permitisse à Corte concentrar sua atenção em problemas de maior importância.

O veículo dessa transformação foi a emenda constitucional núm. 45, de 2004. Ela acrescentou um § 3 ao artigo 102, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. A Emenda foi, na matéria, regulamentada pela Lei núm. 11.418, del 19 de dezembro

de 2006, que inseriu dois dispositivos no Código de Processo Civil (artigos 543-A e 543-B), relativos ao assunto.

Sem descer a pormenores aqui descabidos, apontaremos os traços mais salientes dessa regulamentação. Estabelece o § 1 do novo artigo 543-A que, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, isto é, que não repercutam apenas na esfera individual das partes, mas se projetem sobre a coletividade. Caso o Tribunal negue a repercussão geral de determinada questão, “a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica” (§ 5). Na hipótese de multiplicidade de recursos extraordinários, com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos desta e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os restantes. Negada que seja a repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (artigo 543-B, §§ 1 e 2).

10. A elevação de garantias processuais ao patamar constitucional, em 1988, tem óbvia significação, à luz das circunstâncias históricas. O país emergia de longo período de governos arbitrários, durante os quais não se pode dizer que fossem elas fielmente observadas. Era compreensível o cuidado de impregnar a nova Constituição de valores inerentes ao Estado de direito que então se restaurava.

De alguma forma remanesceu nos espíritos a idéia de que reformas importantes do ordenamento processual merecem igual tratamento, sobretudo quando impliquem restrição ao uso de remédio como o recurso extraordinário —que não deixa de ser, também, uma garantia—. Se é a Constituição que prevê as garantias, é ela própria que pode limitá-las.

Sem dúvida, a introdução do requisito da “repercussão geral” inspirou-se em considerações referentes ao excessivo volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal e à conveniência de aliviá-lo em favor da maior rapidez na prestação jurisdicional. No silêncio do texto constitucional, julgou-se necessário emendá-lo para fazer pairar a mudança no mais alto nível de legitimação que se possa conceber. Resta esperar que os resultados práticos correspondam às esperanças dos promotores da reforma.