

O “INDEVIDO PROCESSO LEGAL” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil entendeu advertir que um dos principais objetivos de seu texto seria a constitucionalização do processo, ou seja, estar-se-ia elaborando uma nova codificação processual em estreita sintonia com as normas da Constituição Federal de 1988.

Seguindo essa orientação técnica, após enfatizar “*que o processo civil constitucionalizou-se*”, referida Exposição de Motivos concluiu que, em razão disto, “*o processo há de ser examinado,*

estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais”.

Contudo, já que a perfeição não é deste mundo e que boas intenções, a todo momento, são constantemente apregoadas, mas deslembradas logo em seguida, principalmente no Brasil, o que se pode concluir, após o exame de alguns enunciados normativos do Código de Processo Civil de 2015, é que nem sempre o projetado na sua Exposição de Motivos restou concretizado no texto codificado.

Em consequência, são detectadas algumas inconstitucionalidades no texto normativo do vigente Código, as quais nele consagram espécie de *indevido processo legal*, objeto de análise no presente estudo.

¹ Advogado. Doutor em Direito Constitucional e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí. Professor Adjunto IV de Direito Processual Civil na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas Gerais. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Membro Titular do Instituto Panamericano

de Derecho Procesal. Membro Honorário da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto do Direito de Língua Portuguesa, com sede em Lisboa. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul. Ex-Advogado Chefe Adjunto da Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil S. A., em Minas Gerais. Autor do livro *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

1. Normas fundamentais do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, em sua Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I, tem início com a recomendação enfática de que o processo civil deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição (artigo 1º.).

Em seguida, nos enunciados normativos dos artigos 3º., 4º., 6º., 7º., 8º., 9º., 10 e 11, o Código reproduz preceitos da Constituição Federal que estabelecem normas (regras e princípios) consagradoras das garantias de regência do processo, quais sejam, as garantias fundamentais da inafastabilidade da jurisdição prestada pelo Estado, quando provocado por qualquer pessoa natural ou jurídica, ao exercer seu direito constitucional de ação, da razoável duração do processo, do respeito à dignidade da pessoa

² Sobre o vigente Código de Processo Civil e o processo constitucional, ver BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 225-240. Sobre o processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, ver BRÊTAS. *As*

humana, da observância do efetivo contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da publicidade, da eficiência e da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Em verdade, essas consideradas normas fundamentais, extraídas do texto da vigente Constituição Federal, formatam o processo constitucional ou modelo constitucional do processo, metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais,² cuja viga-mestra é o devido processo legal.

2. Devido processo legal: norma processual fundamental

Acompanhando vetustas lições do saudoso e talentoso processualista mineiro Ronaldo Cunha Campos, que as tenho por atuais, e, também, a partir do preceito normativo do artigo 5º., inciso LIV, da Constituição Federal,³ tenho sustentado que o conjunto de normas destinadas à regência ordenada do processo

Novas Fronteiras do Direito, p. 91-106. Também, BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 103, p. 321-333.

³ Eis sua íntegra: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

assenta-se em uma norma jurídica que pode ser denominada *norma processual fundamental*, a qual se decompõe nos vários enunciados principiológicos que integram a garantia constitucional do devido processo legal. Em outras palavras, ainda na esteira dos ensinamentos do talentoso Cunha Campos, que madrugou no tempo em seus estudos, o direito processual repousa em uma norma – *norma processual fundamental* – contida no instituto⁴ do *devido processo legal*, cuja estrutura principiológica se projeta em todas as fases do procedimento.⁵

Pertinentes ao tema, as considerações do pranteado Ministro Adhemar Ferreira Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, quando escreveu: “*A Constituição de 1988 foi o primeiro de nossos Estatutos Políticos a utilizar-se, de modo expreso, da cláusula do ‘devido processo legal’*. É rara uma sessão do *Superior Tribuna de Justiça em que*

não se fale no ‘devido processo legal’. Isso, por si só, já denuncia sua importância. [...]. A *Constituição brasileira, no título referente aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’*, dispõe no inciso LIV do art. 5º. que *‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’*. Essa cláusula constitucional nos veio diretamente de duas *Emendas à Constituição federal americana, as quais [...] no dizer de Karl Loewenstein ‘são o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam’*. [...]. Diz a *Emenda V: [...] ‘ninguém será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’*. A *Emenda XIV [...] fala em sua Seção 1: ‘Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.’*”⁶

⁴ A expressão *instituto*, empregada no texto, na concepção de Rosemiro Pereira Leal, deve ser compreendida como “*agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal*” (LEAL. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 382).

⁵ Cf. CUNHA CAMPOS, Ronaldo. *Revista da AMAGIS (Associação dos Magistrados Mineiros)* v. V, p. 74-92. Ver, também, BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 227-228.

⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*, p. 229 e 232.

Portanto, em face dessas considerações, como já explanei em outros textos publicados, o devido processo legal, aqui qualificado *norma processual fundamental*, em decorrência de diversas prescrições normativas esparramadas nos vários incisos do artigo 5º. e do artigo 93 da Constituição Federal, adiante apontadas, vem a ser um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (sujeito constitucional do processo⁷), quando deduzem pretensão à tutela jurídica como partes nos processos, perante os órgãos jurisdicionais do Estado, quais sejam: (1) direito de ação, entendido como o direito incondicionado de qualquer pessoa do povo (parte) postular a jurisdição, atividade-dever do Estado, prestada de forma eficiente em processo legalmente instaurado, dentro de um tempo útil ou lapso de tempo razoável (artigo 5º., incisos XXXV e LXXVIII); (2) garantia do juízo natural ou juízo constitucional, que assegura às partes o direito de obter

decisão proferida por órgão jurisdicional previamente indicado no texto constitucional, vedado, assim, qualquer juízo de exceção (artigo 5º., incisos XXXVII e LIII); (3) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos que lhe são inerentes, compreendido o recurso como coextensão da ampla defesa, e incluídos nos meios de defesa o direito aos procedimentos de produção da prova e o direito de ser assistido por advogado ou defensor público (artigo 5º., inciso LV); (4) garantia do contraditório paritário e participativo, entendido como a possibilidade de as partes, em igualdade de condições, junto ao juiz, agente público decisor ao qual o Estado delega a função jurisdicional, influenciarem na construção da solução decisória do processo, assegurando-lhes o direito de ver seus argumentos e razões apreciados com atenção e isenção de ânimo no ato estatal do julgamento, estabelecendo-se, assim, estreita conexão entre a garantia do contraditório e a garantia de fundamentação das decisões

⁷ Sobre o povo como “sujeito constitucional do processo”, ver BRÊTAS. *Processo*

constitucional e Estado Democrático de Direito, p. 30, nota nº 50.

jurisdicionais (artigo 5º., inciso LV); (5) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, vale dizer, decisões proferidas com irrestrita obediência às normas integrantes do ordenamento jurídico vigente, sobretudo com foco nos princípios da supremacia da Constituição e da interpretação das referidas normas em conformidade com os direitos e as garantias fundamentais relacionadas em seu texto, características marcantes do Estado Democrático de Direito (artigo 5º., inciso II; artigo 93, inciso IX).⁸

3. Inconstitucionalidades do Código e indevido processo legal

Lembradas essas noções e diretrizes preliminares sobre o que sejam normas fundamentais do processo, passo a examinar situações normativas do vigente Código de Processo Civil, nas quais se observa afronta à norma processual fundamental, o *devido processo legal*.

A partir daí, ficam evidenciadas inconstitucionalidades em seu texto, as quais consagram, em sua estrutura normativa, por consequência, ao contrário do desejável, o *indevido processo legal*, como se percebe nos preceitos dos seus artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º.

3.1- Sentença de improcedência liminar do pedido sem contraditório

Início tal exame focalizando as normas do artigo 487, parágrafo único, e do artigo 332, § 1º., do Código, as quais recomendam julgamento do processo com resolução de mérito (sentença definitiva), declarada a improcedência liminar do pedido, quando, ao exame da petição inicial, o juízo reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição ou decadência.

Vê-se que o Código, nas referidas normas, exclui a

⁸ Cf. BRÊTAS. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, v. 92, p. 228-229. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado*

Democrático de Direito, p. 89-91, 114-115, 128, 158-159 e 172-173.

manifestação do autor sobre ditas questões, antes de proferida a sentença definitiva. Apontada exclusão significa suprimir o princípio-garantia do contraditório da estrutura do procedimento, contrariamente ao recomendado na norma do artigo 7º. Assim, o Código impede o autor de influir eficazmente na convicção do juiz a respeito das questões que serão decididas, antes de a sentença ser lavrada e publicada, ao contrário do que prescreve a norma do seu artigo 369. Não bastasse, o Código ainda autoriza a decisão surpresa vedada no artigo 10, tudo em lamentável descompasso com a garantia constitucional do devido processo legal, norma fundamental do processo.

3.2- Proibição de defesa e recurso em procedimento probatório

Outra situação de inconstitucionalidade no texto normativo do Código de Processo Civil, por violação ao devido processo legal, se escancara grosseiramente nas normas do seu artigo 382, § 4º., quando cria o

procedimento de produção antecipada da prova.

Conveniente a transcrição do texto normativo em exame, para melhor compreensão da crítica que lhe será feita: *“Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”*.

Cuida-se de verdadeira aberração inconstitucional, já que o transcrito texto normativo proíbe defesa ou recurso no procedimento ali criado, exceto no caso de decisão que indeferir totalmente a prova antecipada requerida, o que se revela grosseira agressão ao devido processo legal, frise-se, uma vez mais, norma processual fundamental.

Alguns exemplos permitirão compreender melhor a procedência da crítica. Primeiro exemplo, a produção antecipada da prova foi requerida. Porém, uma das partes (autor requerente ou réu requerido) não tem pertinência subjetiva com as questões de direito material relacionadas aos fatos, cuja prova se pretende obter antes do processo principal. Vale

dizer, no exemplo considerado, uma das partes não têm interesse ou legitimidade para figurar no procedimento. Pois bem, mesmo assim, a parte interessada está proibida de se defender, pleiteando a extinção do processo sem julgamento de mérito, e de recorrer, se houver decisão judicial que rejeite tal questão preliminar (Código de Processo Civil, artigos 17 e 485, VI). Outros exemplos. O juiz, no curso do procedimento ora considerado, relativo à prova pericial, (1) indefere quesitos apresentados por uma das partes ou (2) rejeita a arguição ou exceção de impedimento ou de suspeição do perito nomeado (artigo 467); ou (3) indefere requerimento para realização de uma segunda perícia (artigo 480); ou, ainda, (4) rejeita postulação para substituição do perito nomeado, em razão de seu escasso conhecimento científico ou nenhuma qualificação técnica para a realização da perícia deferida (artigo 468, I). A parte requerente prejudicada, proibida estará de recorrer das referidas e hipotéticas decisões judiciais.

Os exemplos colacionados, hauridos da realidade forense, multiplicar-se-iam ao infinito, mas é perceptível que, se devidamente considerados, permitem compreender que as normas do artigo 382, § 4º, do vigente Código de Processo Civil, menosprezam o devido processo legal como norma fundamental do processo, assim não podendo ser aplicadas pelos juízes, incumbindo às partes arguirem sua inconstitucionalidade nos arrazoados e recursos manifestados naqueles processos nos quais referidas questões forem discutidas (ver item 4, adiante).

3.3- Decisão segundo o prudente arbítrio do juiz

Outra inconstitucionalidade do vigente Código de Processo Civil, por afronta ao devido processo legal, a merecer crítica exasperada, é a que se encontra posta em seu artigo 404, inciso V, relativa à normatização do procedimento probatório de exibição de documento ou coisa.

Apontada norma prevê que, se a parte ou terceiro recusar-se à exibição ordenada judicialmente do documento

ou coisa, as questões daí decorrentes, se subsistirem “*motivos graves*” justificadores da recusa à exibição, poderão ser decididas “*segundo o prudente arbítrio do juiz.*”

O tema relativo às decisões proferidas “*segundo o prudente arbítrio do juiz*”, seguramente, não é de hoje. Ressalvada melhor pesquisa, surgiu cogitado na literatura especializada e nos textos jurídicos brasileiros, a partir de considerações feitas por Carlos Maximiliano, por volta de 1924, na primeira edição de seu livro *Hermenêutica e aplicação do Direito*, ano em que foi lançada, quando em vigor a primeira Constituição Republicana, de 1891, obra que logrou enorme aceitação e prestígio entre os autores brasileiros ao longo de grande parte do Século XX. A partir de então – e nas edições que se sucederam – o autor sustentou a possibilidade de casos concretos serem decididos “*segundo o critério pessoal do julgador*”. Inspirando-se no Código Civil alemão, elaborado no

Século XIX, e em doutrinadores da primeira década do Século XX, por exemplo, François Geny e Marcel Planiol, Carlos Maximiliano defendeu sob exuberante retórica “*a liberdade de exegese atribuída aos magistrados*”, “*fortemente impulsionada pelo movimento progressista e inovador*” baseado no “*sopro de modernismo saudável*”, que “*da cátedra dimanava até o pretório*”, com inclinação “*para um Direito [...] seguro, menos abstrato e mais verdadeiramente humano*”, a fim de justificar decisões segundo “*o prudente arbítrio do juiz*”.⁹

Porém, essas ideias e justificativas de antanho não podem mais ser aceitas, desde o surgimento do Estado Democrático de Direito, construído política e institucionalmente pela Constituição Federal de 1988. Por primeiro, se contrapõem frontalmente à garantia fundamental da reserva legal ou garantia de prevalência da lei,

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 62-63. Neste trabalho, cito a 9ª. edição da obra, lançada em 1979, quando em vigor a Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda n. 1, de 1969. A observação é necessária, eis que,

à época, o regime político então implantado no Estado brasileiro muito distante estava do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, institucionalizado pela vigente Constituição de 1988.

componente do devido processo legal, consagrada na fórmula normativa gravada no inciso II, do art. 5º., da referida Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Impõe-se compreender que a expressão *lei*, encontrada no transcrito enunciado normativo, tem o significado técnico jurídico de *ordenamento jurídico*,¹⁰ na sua total extensão, vale dizer, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, integrado

por normas-disposições ou normas-preceitos (regras jurídicas) e por normas-princípios (princípios de direito), ambas com igual força vinculativa, às quais o Estado-juiz se vincula permanentemente, no ato processual do julgamento.¹¹ Em segundo lugar, a juridicamente infeliz expressão “*prudente arbítrio do juiz*”, com a qual tenho enormes restrições de ordem constitucional há muito tempo,¹² pois norteadora de decisões judiciais estapafúrdias, encerra ideias lógicas e juridicamente antitéticas, ou seja, expostas em

¹⁰ A expressão consta do artigo 140 do vigente Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Deve ser feita distinção técnica entre *lei* – texto legislativo – e *ordenamento jurídico* – conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, abrangendo regras e princípios – porque a lei pode ser omissa, todavia, não sendo o ordenamento jurídico lacunoso (cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 148-149, nota nº 5).

¹¹ Ver BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 88 e 165-166.

¹² No ano de 2004, publiquei livro estruturado em minha tese de doutorado defendida e aprovada na Universidade Federal de Minas Gerais, orientada pelo Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, de saudosa memória, com o título *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Ao me referir “à fórmula hermenêutica tradicional do ‘prudente arbítrio do juiz’ (ou ‘moderado arbítrio do juiz’)”, a critiquei veementemente, com os

seguintes argumentos: “além de agredir qualquer consciência jurídica democraticamente bem formada, seu acatamento ainda resulta em menoscabo do princípio da prevalência da lei. De fato, arbítrio judicial, ao nosso entendimento, configura, a um só tempo, a tirania da vontade única do juiz calcada em subjetividades ou critérios pessoais, o capricho despótico e ilegal do agente público decisor, a atividade discricionária do órgão jurisdicional, o excesso ou abuso de poder no ato estatal de julgar. À evidência, são situações incompatíveis com o princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Ademais, sob tal ótica, onde houver arbítrio, este jamais poderá ser prudente ou moderado, aflorando da expressão sob exame ideias lógicas e juridicamente antitéticas, sendo certo que os três inimigos figadais do arbítrio judicial são o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.” (BRÊTAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 140).

antítese, eis que, se houver arbítrio, exercício de poder pelo juiz conforme ditames da própria vontade, sem anteparo no ordenamento jurídico vigente, tal “*arbítrio*” nunca poderá ser “*prudente*”.

No Estado Democrático de Direito, os três inimigos figadais do arbítrio judicial são os princípios-garantias da reserva legal, do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais, todos integrantes da cláusula constitucional do devido processo legal, norma fundamental do processo (ver item 2, *retro*).

Como já assinalei em outro texto publicado, autorizar o juiz a decidir segundo seu “*prudente arbítrio*” significa conceder-lhe permissivo para proferir decisões fundadas em suas próprias concepções de vida, subjetividades, crenças e critérios pessoais ou nos seus particulares e predestinados sentimentos de justiça,¹³ o que não se coaduna com o atual modelo constitucional de processo.

Neste século XXI, esses ultrapassados parâmetros são colidentes com o cenário sistêmico do Estado Democrático de Direito, que desautoriza decisões jurisdicionais desvinculadas do ordenamento jurídico vigente, no Título II da Constituição Federal, quando dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais do povo (artigo 5º.), proibindo atividade judicial de manufaturação arbitrária do direito, em outras palavras, não permitindo ao juiz fabricar direitos à margem da reserva legal, garantia componente do devido processo legal. Somente é direito o que como tal for produzido pelos órgãos legislativos do Estado, compostos de representantes eleitos pelo povo, tudo sob expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto constitucionalmente (devido processo constitucional legislativo), sendo esta a estrutura de legitimação democrática do Estado de Direito, não podendo o órgão jurisdicional ignorá-la.¹⁴

¹³ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 169.

¹⁴ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 170-171.

Assim o é, posto que, se todo o poder emana do povo, sujeito constitucional do processo, em nome de quem os órgãos jurisdicionais do Estado o exercem, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado solenemente no pórtico da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º., parágrafo único), exige-se dos juízes e tribunais brasileiros decisões lavradas conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico estatal, a fim de permitir que sejam, tais decisões, proferidas em nome do povo, sujeito constitucional do processo.¹⁵

3.4- Decisão judicial por equidade

Mais uma inconstitucionalidade desponta no vigente Código de Processo Civil, quando se examina o teor do conteúdo normativo de seu artigo 723, parágrafo único, que, nos atos decisórios dos procedimentos de jurisdição voluntária, desobriga o juiz de observar “*critério de legalidade estrita*”, o autorizando a “*adotar em*

cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

Ao que se percebe, pelas referidas normas, examinadas em conjunto com as normas do artigo 140, parágrafo único, do mesmo Código, sob interpretação lógico-sistemática, o juiz está autorizado a julgar por equidade (a *equity*, do *common law*), o que se revela manifestamente inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, pelas mesmas razões enumeradas no tópico anterior, pouco importando se sistemas jurídicos de outros Estados admitem julgamentos de tal jaez.

A princípio, noções sobre o que seja equidade precisam ser trazidas à colação. A tanto, outra vez, louvo-me nas lições de Carlos Maximiliano, em obra já referida neste estudo, a qual, no passado, ao longo de boa parte do Século XX, muito influenciou o pensamento jurídico brasileiro.

Segundo o referido autor, escorado nos pensamentos de Luigi Miraglia, François Geny e Konrad Hellwig, destacados juristas do início do Século XX, equidade é “*o justo*

¹⁵ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 165.

melhor, diverso do justo legal e corretivo do mesmo”, “*é o direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana, isto é, inclinada à benevolência*”. Dissertou Carlos Maximiliano que a equidade é “*fruto de condições especiais de cultura, noção de justiça generalizada na coletividade, ideia comum do bem, predominante no seio de um povo em dado momento da vida social*”. Em suma, para o mencionado autor, equidade “*é um sentimento subjetivo e progressivo, porém não individual, nem arbitrário, representa o sentir do maior número*”. Considerou Carlos Maximiliano que o juiz, pela equidade, “*embora empenhado em realizar a justiça dentro dos moldes traçados pelos Códigos e pelos costumes, sofra o ascendente [...] das suas preferências teóricas*”. Assim, guiado por tais ideias, concluiu Carlos Maximiliano que o juiz, entre duas soluções que lhe parecessem possíveis, se inclinaria para aquela que melhor se coadunasse com seus pendores morais, benevolências e

critérios de justiça, no ato processual de julgar.¹⁶

À evidência, na esteira das recomendações normativas postas na vigente Constituição Federal, manifestamente comprometida com a observância da garantia fundamental da reserva legal ou de prevalência da lei (artigo 5º., inciso II), que integra a “*garantia-matriz*” posta no “*enunciado-síntese*” do devido processo legal referido no artigo 5º., inciso LIV, norma processual fundamental, não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas nas enumeradas concepções vagas e fluídas informadoras da *equidade*, tais como: o *justo melhor*, o *direito benigno moderado*, a *noção de justiça generalizada na coletividade*, a *justiça natural*, a *ideia comum do bem* ou o *sentir social do juiz*. Assim o é, posto que todas estas juridicamente enigmáticas fórmulas de decidir significam portas escancaradas para a prevalência de toda a sorte de subjetividades, crenças e critérios pessoais de julgamento nas decisões judiciais,

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 172-173.

descambando de forma degenerada para o indevido processo legal.

Nesse sentido, bem disserta José Miguel Garcia Medina, em comentários às normas do artigo 140, do Código de Processo Civil:

“A complexidade da criação da solução jurídica através do processo [...] impõe que se afaste qualquer interpretação do dispositivo que permita ao juiz, p. ex., afastar-se da lei ou da Constituição a pretexto de aplicar, a cada caso, solução que lhe pareceria ‘mais justa’. Tal modo de pensar seria, evidentemente, contrário à Constituição. A respeito do princípio da legalidade, cf. o que escrevemos em Constituição Federal comentada [...], comentário ao art. 5º., II, e, sobre fundamentação da decisão judicial, na mesma obra, comentário ao art. 93, IX.”¹⁷

Impõe-se compreender que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, as justificativas da decisão judicial só podem ser feitas dentro de um processo com estrutura (princípio, meio e fim) regida pelo conteúdo principiológico do devido processo

legal, norma processual fundamental, em forma tal que o juiz lhe dê fundamentação racional sob a prevalência inafastável das normas (regras e princípios) componentes do ordenamento jurídico vigente (garantia da reserva legal), vedadas as interferências das convicções pessoais, dos critérios salomônicos ou dos sentimentos particulares ou magnânimos de justiça do agente público julgador.

Enfim, como bem disserta Eduardo José da Fonseca Costa, *“para que o Brasil se constitua em pleno Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º.), é preciso que juízes e Tribunais adotem uma ortodoxia institucional e legal antidiscricionária, o que já seria bastante, por exemplo, para expulsar do sistema o ‘julgamento por equidade’, que não passa de um resto inconstitucional de detrito medieval”*.¹⁸

3.5- Prova técnica simplificada sem contraditório

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 270.

¹⁸ *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 106, p. 360.

Finalmente, última situação de arranhões ao devido processo legal se descortina, quando o vigente Código de Processo Civil dispõe sobre a produção do que chama prova técnica simplificada, na redação de seu artigo 464, §§ 2º. e 3º., assunto que já abordei em outro sítio doutrinário.¹⁹

Referidas normas cuidam de um procedimento simplificado para a prova pericial, quando a questão fática controvertida, embora de menor complexidade, exigir o esclarecimento técnico de especialistas. Substitui a prova pericial tradicional e é determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes. Consiste na inquirição pelo juiz de especialista que convocará, com formação acadêmica específica na área, objeto das informações técnicas sobre os fatos controvertidos no processo, as quais prestará em audiência designada a tal fim.

Embora o texto do Código, nos referidos artigos, recomende que o procedimento consistirá, apenas - vale dizer, tão somente - na inquirição

pelo juiz de especialista sobre questão fática do processo que exija conhecimento científico ou técnico, é óbvio que as partes, por seus advogados, também poderão fazê-lo, e não somente o juiz, como parece restringir o texto legal. Não pode ficar afastada de qualquer procedimento, sobretudo procedimento probatório, a prevalência das garantias constitucionais da ampla defesa e do efetivo contraditório, componentes do devido processo legal (Constituição, artigo 5º, inciso LV; Código de Processo Civil, artigo 7º.).

Demais disso, ainda sob a égide das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, entendo que as partes também poderão: (1) impugnar o grau de conhecimento atribuído pelo juiz ao considerado especialista, requerendo, a tanto, a exibição de sua formação curricular, conforme o Código de Processo Civil, artigos 464, § 4º, 465, § 2º, inciso II, e 468, inciso I; (2) apresentar pareceres técnicos ou textos científicos de outros tantos e

¹⁹ Cf. BRÊTAS. *Direito probatório: temas atuais*, p. 118.

considerados especialistas nas questões fáticas debatidas, adicionando esclarecimentos, complementações ou retificações ao procedimento, nos termos do mesmo Código, artigo 472.

4. Arguição de inconstitucionalidade

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais obedece a um sistema misto complexo, exercido (1º.) por meio da jurisdição difusa (controle difuso da constitucionalidade) e (2º.) por meio da jurisdição concentrada (controle concentrado da constitucionalidade). Em tais casos, tem-se especificamente a chamada jurisdição constitucional, atividade prestada pelo Estado, destinada (1) a tutelar o princípio da supremacia da Constituição e (2) a proteger os direitos e garantias fundamentais, das pessoas do povo, por ela contemplados. Em suma, a jurisdição constitucional visa a preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos levados à apreciação

do Estado por meio do processo, com isto, obtendo os interessados a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias, na ordem legislativa hierárquica que a própria Constituição vigente estabelece, em seu artigo 59.²⁰

Assim, por meio da jurisdição difusa, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas postas em vigor é feito de forma concreta e incidental, por qualquer órgão jurisdicional. Significa dizer que, na jurisdição difusa, a questão constitucional é conhecida e apreciada de ofício ou sob arguição das partes (exceção) em qualquer processo que estas iniciarem e estiver em curso, limitado tal controle ao caso específico em julgamento, no qual a norma considerada inconstitucional deixará de ser aplicada pelo juízo. Na jurisdição concentrada, o mesmo controle de constitucionalidade é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102), provocado pelo

²⁰ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 51.

reduzido elenco das pessoas legitimadas a tanto, enumeradas no texto da Constituição (Constituição Federal, artigo 103), em processo próprio, originado pelo ajuizamento de ação com pretensão declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da norma jurídica ou ato normativo em vigor, cujo julgamento se insere no âmbito da sua competência original. Ao analisar a pretensão declaratória, julgando tal processo, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma jurídica ou do ato normativo questionado, sob apreciação em tese, de modo que a declaração decisória tenha eficácia para todos (Constituição Federal, artigo 102, inciso I, alínea *a*).²¹

A coexistência simultânea, tradicional e democrática dos mencionados procedimentos, no sistema constitucional brasileiro, em sede difusa e em sede concentrada, leva à conclusão de que, no Estado brasileiro, toda jurisdição é

constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar as questões constitucionais suscitadas pelas partes, em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento.²²

Sendo assim, as normas dos artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º., do Código de Processo Civil, deverão ter suas inconstitucionalidades arguidas, por violação ao devido processo legal (norma processual fundamental) pela parte interessada, naqueles processos em curso nos quais suas incidências forem consideradas ou aceitas pelo juízo, como questão de ordem constitucional (questão de mérito), em sede de controle difuso de constitucionalidade. Esta arguição (ou exceção²³) de inconstitucionalidade poderá e deverá ser feita de ofício ou em qualquer manifestação processual da parte que

²¹ Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 54.

²² Cf. BRÊTAS. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 55.

²³ *Exceção* é qualquer forma de defesa utilizada no processo (cf. BRÊTAS *et alii*.

Estudo sistemático do NCPC, p. 125. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 252-253).

nela tenha interesse, na petição inicial, na contestação, na reconvenção, na réplica, nas alegações finais ou nos arrazoados recursais, sempre observado o efetivo contraditório.

Porém, quando o incidente de arguição de inconstitucionalidade estiver sendo discutido ou renovado ou suscitado em recurso, seu julgamento deverá observar o procedimento previsto nos artigos 948 a 949, do Código de Processo Civil, respeitada a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 125 da vigente Constituição Federal, segundo a qual a inconstitucionalidade arguida somente poderá ser declarada com os votos da maioria absoluta dos integrantes do Tribunal ou de seu órgão especial competente para o julgamento do recurso, assim indicado no Regimento Interno dos Tribunais, nunca pelo seu órgão fracionário.²⁴

Considerações conclusivas

O texto do vigente Código de Processo Civil, a partir da sua Exposição de Motivos, revelou acentuada preocupação com sua constitucionalização, ao recomendar destacadamente a interpretação e aplicação de suas normas segundo a Constituição Federal, de forma a proporcionar o melhor rendimento possível às normas processuais fundamentais (artigo 1º.).

Essas normas processuais fundamentais, enumeradas no texto da Constituição, vivificadas no texto do Código de Processo Civil (artigos 3º., 4º., 6º, 7º., 8º., 9º. 10 e 11), formatam o processo constitucional ou modelo constitucional de processo, cuja vigagemestra é a “garantia-matriz” do devido processo legal (Constituição, artigo 5º., inciso LIV).

Assim, há de se compreender que o conjunto de normas destinadas à disciplina do processo assenta-se em uma norma jurídica que pode ser denominada *norma processual fundamental*, decomposta nos enunciados principiológicos que integram a garantia constitucional

²⁴ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 454-455.

processual matriz do devido processo legal.

Entretanto, o que foi projetado desde a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 e o que está recomendado na norma de seu artigo 1º. não foram bem concretizados em seu texto, notando-se inconstitucionalidades em alguns de seus preceitos normativos, ali se consagrando, em consequência, ao contrário do desejável, espécie de *indevido processo legal*, é o que se nota em seus artigos 487, parágrafo único, e 332, § 1º.; 382, § 4º.; 404, inciso V; 723, parágrafo único, e 140, parágrafo único; e 464, §§ 2º. e 3º.

Essas inconstitucionalidades podem e devem ser arguidas pelas partes, em qualquer processo em curso, de forma concreta e incidental, em sede do chamado controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das normas jurídicas e atos normativos, a fim de que a norma acoimada inconstitucional não seja aplicada pelo juízo no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 92, p. 225-240, out./dez. 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Aspectos técnicos e teóricos da prova no Novo Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii* (Orgs.). *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. *Estudo sistemático do NCPC*. 2ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito [livro eletrônico]. In: Alexandra Vilela *et alii* (Orgs.). *As Novas Fronteiras do Direito*. Porto: Universidade Lusófona do Porto/Edições Universitárias Lusófonas, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4ª. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. The constitutional process in the construction of the Law Democratic State. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 103, p. 321-333, jul./set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e aristocracia. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 106, p. 351-363, abr./jun. 2019.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. Garantias constitucionais e processo. *Revista da AMAGIS (Associação Brasileira dos Magistrados)*, Belo Horizonte, v. V, p. 74-92, 1985.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14^a. ed. rev. atual. aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5^a. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil* [Teoria geral do processo]. 16^a. ed. reform. ampl. de acordo novo CPC. São Paulo: RT, 2016, v. 1.