

**O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS NOVOS CAMINHOS DOS
CÓDIGOS PROCESSUAIS BRASILEIROS**

Mary Mansoldo¹
Dezembro/2011

RESUMO

Objetiva-se, com este artigo, uma análise dos novos caminhos da normatização processual brasileira em consonância com os conceitos fundamentais da teoria do processo constitucional. A contribuição didática em assunto tão relevante, fundamenta-se pelo momento inédito que visa mudanças macroestruturais nos códigos de processo civil e processo penal.

Palavras-chave: processo constitucional. Processo penal. Processo civil.

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 foram muitas as alterações no Código de Processo Civil Brasileiro.

Por estudo de levantamento (BRÊTAS, 2007, p. 221), em 32 anos (de 1973 a 2005) foram realizadas 350 alterações legislativas no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, isto por meio de 43 leis.

Tais alterações fragmentaram o código, ocasionando a perda da sistemática processual. Além do mais, conforme pontuação feita pelo professor Brêtas (2007, p. 224), as referidas alterações visavam, na maioria delas, a celeridade processual em detrimento de princípios fundamentais do devido processo legal. Assim, princípios constitucionais foram violados, o que leva ao esforço hermenêutico dos operadores de direito na interpretação normativa a partir da Constituição Federal de 1988.

Por estas consequências, doutrinadores afirmam que o pensar da reforma processual deve ocorrer a partir da Constituição Federal e de sua efetivação (BARROS; MORAIS, 2010).

Pelo momento atual inédito, onde se planeja uma reforma processual macroestrutural, é exigido um procedimento complexo que deve ser fundamentado na visão e na efetivação do processo constitucional (BARROS; MORAIS, 2010).

Em 1984, incentivado com os estudos desenvolvidos pelo mexicano *Hector Fix-Zamudio*, o professor José Alfredo de Oliveira *Baracho*, por sua obra bibliográfica “Processo Constitucional” com 408 páginas, introduziu no Brasil a teoria de uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais, ou seja, o processo constitucional. Posteriormente, *Andalina e Vignera (1997)* estruturaram a teoria do modelo constitucional do Processo.

A teoria do processo constitucional se distancia e se contrapõe ao modelo instrumentalista, onde o processo é apenas um meio (instrumento) pelo qual o juiz aplica a justiça social.²

Neste sentido, observa-se o alerta do professor Aroldo Plínio (1992, p. 171) que ensina que a técnica procedimental não pode ser confundida com a teoria instrumentalista.

A teoria do processo constitucional, também, diferencia-se da teoria fazzalariana. A melhor expressão seria dizer que àquela amplia esta, pois, a aplicação principiológica constitucional na teoria do processo constitucional é efetivada de uma maneira mais dinâmica. Ou seja, como entende o professor Rosemiro Pereira Leal (LEAL apud BRÊTAS, 2010), na teoria do processo como espécie de procedimento realizado em contraditório (*Elio Fazzalari*) a questão primordial é o princípio do contraditório, já na teoria do processo constitucional todos os princípios norteadores do devido processo Legal são fundamentais, portanto, primordiais.

E, ainda, como ensina o mestre Brêtas (2010, p. 92), a viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, que se efetiva no contraditório, na ampla defesa, no juízo natural, nas decisões fundamentadas em consonância com o princípio da reserva legal, na razoável duração do processo (o que se entende por: *sem tempos mortos, inúteis*), na paridade das armas, entre outros princípios e garantias que fundamentam o devido processo constitucional que, por fim, representa o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Assim, como já dito, pelo momento inédito onde se vislumbra uma reforma geral, tanto no processo civil como no penal, pode-se concluir (previamente) que sem as devidas observações criteriosas aos princípios do devido processo constitucional, conforme ensinamentos de Barros e Moraes (2010), poder-se-á perder esta valiosa oportunidade de efetivação da democratização e da constitucionalização.

2 AS FASES PREPARATÓRIAS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO

Em 2009 foi apresentado por comissão de processualistas renomados o anteprojeto do Código de Processo Penal, posteriormente, tramitando no senado sob o nº. 156/2009.

Em 2010 o mesmo procedimento ocorreu em relação ao anteprojeto do Código de Processo Civil, que posteriormente, tramitou sob o nº. 166/2010.

Pelas análises dos doutrinadores, ambos os anteprojetos não foram preparados de forma correta, ou seja, não seguiram os ditames do devido processo constitucional. Isto porque o devido processo constitucional é aplicável não apenas ao processo judicial, mas, também, ao processo administrativo e legislativo.

Para os professores Dierle Nunes e Flaviane Barros (BARROS; MORAIS, 2010) existem três fases preparatórias no processo constitucional legislativo (que deveriam ter sido observadas e aplicadas nos casos dos anteprojetos citados), sendo elas:

- a) fase do levantamento prévio da problemática e da crise da atual legislação processual;
- b) fase da formação da comissão de juristas;
- c) fase da participação cidadã, da sociedade civil (representada pelas associações de classes, pelas instituições de pesquisas, programas de pós-graduação e pelas audiências públicas).

Somente após as aplicações das referidas fases preparatórias, os anteprojetos estariam aptos a serem averiguados pelos parlamentares e posterior sanção presidencial.

Ainda, os professores citados apresentam a fase da *vacatio legis* como um período fundamental de preparação e adequação dos operadores de direito para as novas regras processuais.

E, por fim, alertam para a necessidade da fase final de monitoração da reforma que se efetiva após o período da *vacatio legis*.

Porém, apesar de toda esta estruturação de procedimentos e de fases preparatórias e finais, entende-se que a mera reforma da legislação processual não será suficiente para a efetivação de resultados satisfatórios e produtivos, necessário se faz que a estrutura, tanto do legislativo como do judiciário, seja atualizada, bem como, que ocorra o aperfeiçoamento profissional dos servidores.

2.1 Apontamentos sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010

Em relação aos apontamentos específicos sobre o projeto de Lei do Senado nº. 166/2010 (que na atualidade já possui outra numeração), professor Brêtas (BARROS; MORAIS, 2010 - capítulo II) fez considerações relevantes.

O mestre alerta para o fato de que o anteprojeto foi feito às pressas, o que ocasionou uma série de deficiências em sua estrutura sistemática, como em seus conteúdos normativos.

Em relação aos erros de estrutura sistemática, o professor fez os seguintes apontamentos:

- a) no livro II – processo do conhecimento – nos procedimentos especiais a comissão errou ao utilizar a expressão “da ação” ao invés de utilizar a expressão “do procedimento”;
- b) no livro III – processo de execução – houve omissão por não haver previsão de procedimento de execução de quantia certa contra devedor insolvente;
- c) no livro III – processo de execução – houve erro ao ser proibido, ao réu que não embargou a execução, a possibilidade de propor ação autônoma contra o credor;
- d) no livro IV – Tribunais Superiores e recursos – houve erro na retirada do juízo de admissibilidade recursal do juízo *a quo*, mantendo-o, apenas, ao juízo *ad quem* e, ainda, na possibilidade do livre arbítrio do relator de conceder ou não o efeito suspensivo ao recurso de apelação.

Em relação aos erros de conteúdo normativo, o mestre fez os seguintes apontamentos:

- a) art. 108 – referente à lacuna da lei. Sugestão: atualização do conteúdo do dispositivo, pois, pela doutrina moderna, a norma judicial é o gênero das espécies de princípios e regras; comentários: não há lacuna no ordenamento jurídico e no Estado Democrático Brasileiro o sistema é *civil Law*, ou seja, não admite a decisão judicial baseada no costume;
- b) art. 109 – referente à equidade. Comentário: no sistema *civil Law* não é permitido à decisão pela equidade. O agente público julgador sempre atuará em consonância com o Princípio da Reserva Legal;
- c) art. 112, parágrafo único – referente à repetição probatória. Comentário: no caso de substituição do juiz, havendo necessidade de repetição de provas, esta deve ser mediante fundamentação, impugnável pelo agravo de instrumento, com efeito suspensivo;

- d) art. 314 – referente à possibilidade de editar a causa de pedir e o pedido. Sugestão: somente até a fase de saneamento;
- e) art. 795, parágrafo único – referente à ausência de contraditório. Comentário: não pode haver ausência de contraditório nos casos de avaliação de penhora;
- f) art. 837, § 1º - referente à ausência de contraditório. Comentário: não pode haver ausência de contraditório nos casos de levantamento de depósito.

3 COMENTÁRIOS FINAIS

O desenvolvimento histórico do direito processual brasileiro apresenta uma série de teorias que buscam o esclarecimento sobre o instituto processual. O processo constitucional representa uma consequência de toda esta evolução, como toda atualidade representa a construção e o resultado de um passado histórico.

O professor Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 64) relembra de forma esclarecedora esta evolução teórica, iniciando pela teoria do processo como contrato (POTHIER, 1800) e finalizando na teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2011). Em relação à teoria constitucionalista do processo o mestre apresenta o processo-procedimento como direito-garantia fundamental que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.

Professor Brêtas (2010, p. 167) relaciona à importância do processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, concluindo que (2010, p. 170) o exercício da jurisdição pelo Estado, segundo a dimensão principiológica da Constituição Federal de 1988, exige a observância do princípio do juízo natural, do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, do princípio do devido processo constitucional, do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e do princípio da eficiência.

Por todas estas conclusões principiológicas, observa-se que, neste momento inédito de mudança macroestrutural, ocorre uma oportunidade de democratização e constitucionalização nas normas processuais brasileiras. E pela importância de tal momento é fundamental uma atenção especial aos novos caminhos que serão normatizados.

A busca pela celeridade e efetividade processual deverá atuar de forma harmônica com os princípios que regem o devido processo constitucional (legislativo, administrativo e judiciário). Não deve haver o detrimento de princípios fundamentais para que existam processos rápidos. Lembrando que todo o processo possui o seu tempo “necessário”, assim, respeitando-se a razoável duração do processo.

Além do mais, é salutar a ressalva de que as meras mudanças normativas não irão transformar órgãos estatais em eficientes. Para tanto, deverá haver reestruturação em dependências físicas, bem como, uma reeducação e profissionalização com o servidor público (como também com os diversos operadores do direito). Ou seja, conceitos, dogmas e paradigmas devem ser atualizados (ou excluídos), modernizados em consonância com a democratização constitucional.

O processo constitucional representa uma evolução ao caminho do efetivo Estado Democrático de Direito. Um processo realizado sem subjetivismos de julgadores e que se efetiva por uma sentença construída pelas partes de forma igualitária e na conformidade da lei, em respeito ao princípio da reserva legal.

Concluindo, as diversas mudanças apresentadas pelos anteprojetos dos códigos processuais podem ser bem-vindas, desde que sejam estruturadas de forma que os princípios constitucionais sejam respeitados, pois, somente desta forma, o Estado Democrático de Direito Brasileiro deixará de ser apenas uma formalidade para ser verdadeiramente efetivo na vida de todos os brasileiros.

NOTAS

1 Advogada. Graduada pelo Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/MINAS. Mestranda em Direito Processual pela PUC/MINAS. Professora Universitária de Direito Processual. Integrante da equipe do Escritório Junqueira Sampaio Advogados.

2 Nota: Tendo como inspiração a Teoria da Relação Jurídica, mais precisamente os estudos de Liebman, é também no paradigma do Estado Social que surge a Teoria Instrumentalista do Processo, criada por Cândido Rangel Dinamarco e seguida por doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Humberto Theodoro Júnior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, I.; VIGNERA, G. ***I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano***. 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1997. 275 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408 p.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (coords. e co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 292 p.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. **Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 204 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (coords.). **Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 305 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. 220 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 293 p.