

LUIZ GUILHERME  
**MARINONI**

INGO WOLFGANG  
**SARLET**

Coordenadores

# PROCESSO CONSTITUCIONAL

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE  
DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

CLEVERTON CREMONESE

PAULA PESSOA

*Organizadores*

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*

JULIANA MAYUMI ONO

*Gerente de Conteúdo*

MILISA CRISTINE ROMERA

*Editorial:* Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

*Direitos Autorais:* Viviane M. C. Carmezim

*Assistente Editorial:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena

*Estagiárias:* Camilla Sampaio Silva e Camilla Dantara Ventura

*Produção Editorial*

*Coordenação*

IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Larissa Gonçalves de Moura

*Analistas de Operações Editoriais:* Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Leonardo Rocha

*Estagiárias:* Beatriz Fialho e Diene Ellen

*Capa:* Linotec

*Controle de Qualidade da Diagramação:* Carla Lemos

*Equipe de Conteúdo Digital*

*Coordenação*

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

*Analistas:* Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

*Administrativo e Produção Gráfica*

*Coordenação*

MAURICIO ALVES MONTE

*Analista de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Processo constitucional / Paula Pessoa, Cleverton Cremonese organizadores ; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. Acima do título: "Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional."

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-348-1

1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Brasil 3. Direito processual 4. Direito processual - Brasil I. Pessoa, Paula. II. Cremonese, Cleverton. III. Marinoni, Luiz Guilherme. IV. Sarlet, Ingo Wolfgang.

19-24348

CDU-342:347.9(81)

---

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Processo constitucional : Direito 342:347.9(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

## SUPREMO E CONTRADITÓRIO: A NECESSÁRIA REVISÃO DO TEMA 424 DA REPERCUSSÃO GERAL E O PRECEDENTE ARE 639.228

MARÇAL JUSTEN FILHO

---

Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC-SP. Foi Professor Titular da UFPR entre 1986 e 2006. Foi *Visiting Fellow* no Instituto Universitário Europeu (Itália) e *Research Scholar* na Yale Law School. Advogado sócio do Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados Associados.

MIGUEL GUALANO DE GODOY

---

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFPR com períodos como pesquisador visitante na Harvard Law School e na Universidade de Buenos Aires. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da USP. Ex-Assessor de ministro do STF. Advogado.

SUMÁRIO: 1. A Constituição de 1988; 2. A centralidade do Supremo Tribunal Federal; 3. A Constituição de 1988, o direito fundamental ao contraditório e o Supremo Tribunal Federal; 4. O precedente ARE 639.228 – Tema 424 da Repercussão Geral (Rel. Min. Cezar Peluso); 5. A necessária revisão do Tema 424 da Repercussão Geral – precedente ARE 639.228; 6. A consequência prática da orientação do STF no Tema 424 da Repercussão Geral – precedente ARE 639.228; 7. Como mudar, mas ao mesmo tempo evitar a proliferação de recursos e a ordinização da jurisdição constitucional do STF? 8. Considerações finais.

### 1. A Constituição de 1988<sup>1</sup>

No Brasil, até 1988, o Poder Judiciário não tinha um papel preponderante na interpretação e aplicação da Constituição. Antes de 1988, as constituições brasileiras eram tomadas por seus intérpretes e aplicadores apenas e tão somente

---

1. Parte das reflexões apresentadas no início deste trabalho sobre a Constituição de 1988 foi previamente desenvolvida e apresentada em outra obra (*Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*”, Ed. Fórum, 2017) e uma versão preliminar de alguns argumentos aqui apresentados sobre o Tema 424 da

como organização do Estado e repartição de competências, e não como norma a ser seguida, obedecida e cumprida. Cada uma das constituições anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 – as duas últimas estabelecidas pela Ditadura Militar instalada no País a partir de 1964) tinham características particulares que influenciavam a organização do Estado e o funcionamento das instituições. No entanto, todas elas tinham como ponto comum a atuação preponderante do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e não do Poder Judiciário, para se fazerem concretas. Vale dizer, até a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário não exercia um papel protagonista na aplicação da Constituição<sup>2</sup>.

O processo de redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição da República de 1988 inauguraram uma nova ordem político-jurídica no Brasil, na qual a Constituição passou a ser compreendida não mais como documento meramente definidor da organização do Estado e da repartição de competências, mas principalmente como um projeto de construção nacional, definindo os princípios e objetivos da República, estabelecendo os direitos e as garantias fundamentais, a organização do Estado e dos Poderes, da ordem econômica, social e tributária. A questão central, a partir de 1988, deixou de ser “o que é uma constituição”, e passou a ser “o que uma constituição constitui”. A resposta a essa nova questão central é que a Constituição de 1988 inaugura uma ordem política e normativa nova porque ela deixa de ser entendida como mero documento organizador do poder do Estado e passa a ser compreendida como o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais<sup>3</sup>. É a partir desse giro que a teoria e a dogmática constitucionais brasileiras também se transformaram.

No processo de transição do governo da Ditadura de 1964 para a democracia, com a Constituição de 1988, desenvolveu-se a então chamada doutrina da efetividade, com juristas como Luís Roberto Barroso<sup>4</sup> e Clèmerson Merlin

---

Repercussão Geral foi publicada no portal JOTA [[www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-contraditorio-e-ampla-defesa-27112017](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-contraditorio-e-ampla-defesa-27112017)].

2. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2008; PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
3. NETO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19-20.
4. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional*

Clève? Segundo Barroso, essa doutrina tinha por objetivo (i) atribuir normatividade plena à Constituição, dando-lhe aplicabilidade direta e imediata; (ii) reconhecer objeto próprio e autônomo ao direito constitucional; e (iii) contribuir para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando a ele um papel destacado na concretização dos valores e direitos constitucionais<sup>6</sup>. É daí que surge o chamado constitucionalismo brasileiro da efetividade<sup>7</sup>.

É nesse contexto e movimento que se estabeleceram as condições políticas, institucionais e interpretativas para o Poder Judiciário expandir sua atuação na concretização da Constituição<sup>8</sup>. Essa nova forma de encarar a Constituição de 1988 e todo o direito constitucional no Brasil possibilitou a afirmação normativa da Constituição, reconhecida como norma e, portanto, passível de concretização pelo juiz mediante o processo de interpretação e aplicação.

*Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26-29; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 134.

5. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.* Belo Horizonte: Fórum, 2011; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 53-70/85-105; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas.* São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 34-53.
6. BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28-29; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224.
7. NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Vide também: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 133.
8. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 72-88. Vide também: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo.* Curitiba: Juruá, 2012. p. 29-33.

A Constituição de 1988 estabeleceu, assim, uma nova forma de vivenciar o direito constitucional, a interpretação e aplicação das normas constitucionais, especialmente a partir do seu caráter programático, de sua caracterização normativa e da centralidade dos direitos fundamentais. A partir dessa nova perspectiva sobre a Constituição e o direito constitucional, o papel do juiz e do Supremo Tribunal Federal também ganhou destaque. Para aplicar os princípios e as regras estabelecidos pela Constituição, o Poder Judiciário não necessita da intermediação do legislador. Assim, toda discussão sobre interpretação e concretização da constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a teoria da constituição, bem como suas formas de aplicação<sup>9</sup>.

## 2. A centralidade do Supremo Tribunal Federal

Essa tendência crescente da normatização da Constituição, associada aos déficits e deficiências do sistema representativo político-partidário, fez com que o papel preponderante da política e dos partidos políticos fosse assumido pela Corte constitucional e pela discussão sobre o controle de constitucionalidade.

Esse fenômeno de transferência de poder das instituições representativas do povo para os juízes e às cortes a partir da segunda metade do século XX foi chamado por Ran Hirschl de “juristocracia” (*juristocracy*)<sup>10</sup> e, no Brasil, denominado por Oscar Vilhena Vieira de “supremocracia”<sup>11</sup>. Ambos concordam no diagnóstico, mas não compartilham um entendimento uniforme quanto às suas causas.

Para Hirschl, um dos fundamentos desse processo é o interesse das elites em isolar certas questões da política democrática a fim de garantir a preservação de certos interesses hegemônicos que não teriam sustentação popular<sup>12</sup>. Sem

9. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

10. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Vide também: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 326. Vide também: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

11. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito FGV*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 04, n. 2, p. 444-445, 2008.

12. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1-5/11-12/38-49/149-168/211-223. “The expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants, and/or the populace has not only become globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made police-making through constitutional rights jurisprudence and judicial

prejuízo dos argumentos apresentados por Hirschl, os quais podem, em alguma medida, mostrarem-se válidos para o Brasil, Oscar Vilhena Vieira aponta que o termo empregado por ele – supremocracia – tem por objetivo traduzir a recente autoridade adquirida pelo Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1988 de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil – especialmente após as Emendas 03/1993 e 45/2005, bem como as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 – e também a sua expansão em detrimento dos demais Poderes<sup>13</sup>. Isso se deve à inserção de diversos temas e relações na Constituição de 1988. Constitucionalizando-se diversos temas, diminui-se a liberdade do legislador e do gestor público. Como resultado, qualquer medida controversa tomada por esses outros atores comporta disputa judicial e o resultado é a judicialização da política<sup>14</sup>. Somem-se a isso as amplas competências cumuladas pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a de corte constitucional destinada a julgar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a de foro judicial especializado e ainda a de último grau recursal<sup>15</sup>.

Como corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de julgar as leis e atos normativos federais e estaduais por via de ação direta. A Constituição de 1988 ampliou largamente, em seu art. 103, o rol de legitimados à propositura das ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. O STF também realiza o controle judicial de constitucionalidade de emendas à

---

redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed “judicial activism” has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing throughout world” (p. 222); BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 326.

13. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito FGV*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 04, n. 2, 2008. p. 445.
14. BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39-40/241-246; BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 04-08, 2012; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 17; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 30-31; SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Nova York: Oxford University Press, 2000. p. 35-36/130; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito FGV*. v. 04, n. 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 447.
15. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito FGV*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 04, n. 2, p. 448-450, 2008.

Constituição que firmam as cláusulas pétreas estabelecidas pelo art. 60, § 4º, da Constituição. Também foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das omissões inconstitucionais do Congresso Nacional e do Poder Executivo por meio do Mandado de Injunção e a efetivação imediata dos direitos fundamentais violados.

Como foro judicial especializado, ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar diversas autoridades da república, além de apreciar originariamente diversos atos do Congresso Nacional ou do Poder Executivo.

E como última instância recursal, o Supremo Tribunal Federal ainda julga em grau de recurso diversos casos resolvidos pelos tribunais inferiores. A criação de filtros processuais como a repercussão geral, a súmula vinculante e o efeito *erga omnes* de suas decisões têm ajudado a reduzir o número de processos submetidos à apreciação do Supremo. No entanto, essas soluções concentram ainda mais poderes no Supremo Tribunal Federal e dão origem a novos problemas.

É sobre um desses novos problemas, incidente no processo constitucional e na repercussão geral, que iremos tratar adiante.

### 3. A Constituição de 1988, o direito fundamental ao contraditório e o Supremo Tribunal Federal

O Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, CRFB) pressupõe e se constitui no respeito e igualdade de todos perante a lei.

O devido processo legal, compreendido como processo justo, encontra previsão expressa no art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República e se constitui, assim, em elemento identitário e corolário do próprio Estado democrático de direito.

O devido processo legal, um processo justo, é o modelo mínimo de atuação processual do Estado e dos particulares para a resolução de controvérsias. Esse modelo exige a prestação de tutela jurisdicional adequada (art. 5º, XXXV, CRFB), igualdade entre as partes e paridade de armas (art. 5º, I, CRFB), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), com direito à prova (art. 5º, LVI, CRFB).

Um processo devido, justo, pressupõe e exige a observância desses seus elementos estruturantes sob pena de desnaturação do próprio Estado democrático de direito erigido pela Constituição de 1988.

### 4. O precedente ARE 639.228 – Tema 424 da Repercussão Geral (Rel. Min. Cezar Peluso)

Em 16.06.2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal analisou, sob a sistemática da repercussão geral, o ARE 639.228 (Tema 424 – indeferimento de prova no âmbito de processo judicial), de relatoria do Ministro Cezar Peluso.



Nessa ocasião, o STF entendeu não haver repercussão geral na temática trazida à lume, conforme se verifica da Ementa:

Recurso. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. *Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional.* (ARE 639.228 RG, Rel. Min. Ministro Presidente, j. 16.06.2011, DJe-167 divulg. 30.08.2011, public. 31.08.2011 ement. Vol.-02577-02 PP-00222, g.n.).

Esse caso conduziu o STF a consolidar o entendimento de que recurso extraordinário, fundado no direito ao contraditório e à ampla defesa, que impugna indeferimento de produção de prova em processo judicial, não possui repercussão geral quando a matéria que lhe é subjacente é infraconstitucional.

Isso porque, nesses casos, conforme voto do Ministro Relator Cezar Peluso, ofensa à Constituição seria reflexa ou indireta. Observe-se que a fundamentação adotada pelo Relator no ARE 639.228 insistia na diferenciação de temas constitucionais e infraconstitucionais, segundo a clássica orientação do descabimento do exame via reflexa. Mas, em momento algum, a decisão afirmava que toda e qualquer controvérsia relacionada com o contraditório e a ampla defesa seria desvirtuada de relevo constitucional. No entanto, e a partir desse precedente, passou a ser adotado o entendimento de que nunca as controvérsias sobre contraditório e ampla defesa apresentariam dimensão constitucional.

Confira-se: ARE 1.017.291 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06.10.2017, DJe 26-10-2017; AI 667.177 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27.05.2014, DJe 20.06.2014; ARE 748.371 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06.06.2013, DJe 31.07.2013; RE 718.332 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19.03.2013, DJe 10.04.2013; ARE 731.219 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 19.03.2013, DJe 10.04.2013.

Ocorre que essa interpretação retira a dimensão constitucional de direitos fundamentais que dão identidade ao próprio Estado Democrático de Direito brasileiro. É, assim, interpretação que exige revisão.

### 5. A necessária revisão do Tema 424 da Repercussão Geral – precedente ARE 639.228

Os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa são expressamente previstos no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Sendo direitos fundamentais, eles formam a base da ordem constitucional objetiva e ao mesmo tempo conferem aos seus titulares a possibilidade jurídica de exigir o cumprimento de obrigações a cargo do Estado (e de particulares).

No âmbito do processo judicial, há um dever do Estado-juiz de oportunizar a defesa da parte acusada (contraditório) e possibilitar a ela a utilização de todos os meios de defesa em lei admitidos (ampla defesa). Essa defesa e disposição de meios de defesa, em processo judicial, se dão principalmente por meio da produção de prova. No âmbito cível, as formas de defesa e os meios de defesa possíveis são previstos e regrados pelo Código de Processo Civil.

No entanto, pouco importa qual é o tema subjacente ao processo – se de índole constitucional ou não. O direito ao contraditório e à ampla defesa são direitos fundamentais e não sempre de ser respeitados, seja sob a ótica da aplicação direta e imediata do art. 5º, LV, da Constituição, seja sob a ótica regradada das formas e possibilidades de prova previstas no Código de Processo Civil, pois esse é desdobramento daquela previsão constitucional.

Ou seja, a impossibilidade de uma parte produzir prova capaz de lhe inocular ou de evidenciar o seu direito sempre ofenderá diretamente à Constituição (art. 5º, LV).

Em qualquer caso, independentemente da natureza da controvérsia, caso não seja facultada à parte a produção de provas capazes de infirmar a alegação e provas contrárias, haverá ofensa direta e imediata ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Destaque-se, isso não significa que o juízo não possa restringir ou mesmo negar a produção probatória. Evidentemente, a produção de prova em processo judicial pode ser restringida. O seu indeferimento não configura automática e necessária ofensa ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Pense-se, por exemplo, no indeferimento pelo juízo de provas inúteis ou meramente protelatórias. Nesses casos, não haverá qualquer violação ao contraditório e à ampla defesa. Porém, o ônus argumentativo do indeferimento nesses casos, todavia, é do órgão julgador.

O critério de julgamento deve ser sempre a garantia de contraditório e ampla defesa capazes de infirmar a alegação e prova em contrários. Ou seja, ter a parte a possibilidade de responder e desconstituir a argumentação e provas contrárias.

O entendimento de que o tema do recurso extraordinário nunca apresenta dimensão constitucional equivale a negar um conteúdo mínimo para os direitos fundamentais expressamente previstos e protegidos constitucionalmente.

Aliás, o enfoque contemplado no Tema 424 é potencialmente aplicável a todos os demais direitos fundamentais que tivessem sido disciplinados por lei ordinária. A existência de regulamentação infraconstitucional conduziria à eliminação da

dimensão constitucional do direito fundamental. Poder-se-ia argumentar que nem mesmo a negativa da existência do direito fundamental comportaria revisão pelo STF, sendo aplicável o entendimento de que a discussão envolveria a disciplina da lei ordinária.

Assim, por exemplo, a denegação ao proprietário do pagamento de indenização em virtude de desapropriação não comportaria recurso extraordinário, sob o fundamento de que a lei ordinária dispõe sobre a referida indenização. Como os critérios para apuração e fixação da justa indenização constam de lei ordinária, deixaria de existir pertinência constitucional e não caberia mais ao STF apreciar a matéria.

Sob o enfoque do Tema 424, somente existiria competência do Supremo para controlar decisão judicial que aplicasse de modo exclusivo e direto a Constituição. Se uma norma infraconstitucional tivesse disciplinado a matéria, somente poderia existir uma "ofensa indireta" à Constituição.

Ora, há situações processuais diversas e inconfundíveis. Uma disputa sobre os critérios de indenização ao expropriado pode não apresentar dimensão constitucional, por se tratar apenas de disputa sobre a lei ordinária. Não está em jogo, nesses casos, o direito fundamental à propriedade. É necessário verificar, então, se incide no caso concreto uma garantia constitucional ou não. Trata-se de determinar se a disputa envolve apenas o sentido e a extensão da norma infraconstitucional ou se há uma controvérsia sobre o próprio direito fundamental, transcendendo a dimensão infraconstitucional do tema.

Observe-se que o próprio STF reconhece a necessidade de diferenciar hipóteses distintas no âmbito, por exemplo, da desapropriação. Por isso, o STF tem conhecido e decidido recursos extraordinários relativamente a juros em desapropriação, sob o fundamento de que o conceito de justa indenização não apresenta uma dimensão infraconstitucional. Embora caiba à lei disciplinar a temática dos juros na desapropriação, existe um núcleo do direito fundamental à propriedade que se sobrepõe à dimensão infraconstitucional.

Considere-se outro exemplo, envolvendo o direito fundamental à saúde. Admita-se que uma lei ordinária disponha sobre o acesso ao atendimento médico. Imagine-se uma decisão judicial que, a propósito do tema, adote interpretação incompatível com a dignidade humana. A prevalecer o enfoque consagrado no Tema 424, ter-se-ia de convir com a ausência de dimensão constitucional na controvérsia, eis que o juiz estaria aplicando a lei ordinária. Então, o STF não disporia de competência para intervir mesmo que a decisão adotada correspondesse a uma negativa quanto ao núcleo essencial do direito fundamental à vida.

Todos os direitos fundamentais, quando disciplinados por lei ordinária, envolvem uma problemática idêntica. O núcleo essencial de um direito fundamental é um tema constitucional e a decisão que conhece esse aspecto nuclear somente pode ser proferida, em última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não pode ser diferente em relação à questão do devido processo legal. O prevailecimento da tese de que nunca o tema apresentará dimensão constitucional possibilita a corrosão do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, como casos concretos de decisões judiciais injustas por completa violação ao direito fundamental consagrado constitucionalmente.

Assim, o precedente estabelecido no ARE 639.228 – Tema 424 da Repercussão Geral, possibilitou cenários de corrosão do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, como também abriu espaço para casos concretos de decisões injustas por completa ausência de defesa.

Diante desse exame lógico-argumentativo, o precedente estabelecido no ARE 639.228 – Tema 424 da Repercussão Geral, merece ser revisto.

## **6. A consequência prática da orientação do STF no Tema 424 da Repercussão Geral – precedente ARE 639.228**

O entendimento de que o direito fundamental ao devido processo legal não apresenta dimensão constitucional tem produzido efeitos muito negativos, no âmbito das instâncias inferiores.

A vedação ao acesso ao STF se constitui em incentivo à simplificação da atividade jurisdicional. Começam a proliferar decisões que ignoram o modelo constitucional e invocam a autonomia ilimitada do magistrado para controlar a produção das provas. Em muitos casos, a decisão sobre a produção das provas é predeterminada pela formação de convencimento subjetivo (e arbitrário) do julgador sobre a procedência da pretensão. Então, o juiz nega a prova porque já decidiu que a parte requerente não tem razão. Aqueles que são prejudicados por esse tipo de prejulgamento e decisão violadora do contraditório não dispõem de acesso à instância titular da competência para apreciar as questões constitucionais. Essas práticas destroem o conceito nuclear de devido processo legal, que pressupõe decisões resultantes da atividade das partes, especialmente da produção de provas em contraditório e segundo a ampla defesa.

## **7. Como mudar, mas ao mesmo tempo evitar a proliferação de recursos e a ordinarização da jurisdição constitucional do STF?**

A revisão do Tema 424 da Repercussão Geral e a mudança de paradigma que aqui se propõem não acarretariam a ascensão de milhares de REs e a ordinarização da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Para evitar que todo RE versando sobre esses temas devesse ser obrigatoriamente admitido, a solução de contenção seria a exigência rigorosa de demonstração da repercussão geral do caso (art. 102, § 3º, CRFB; art. 1.035, CPC).

Assim, o STF estabeleceria novo entendimento, dando concretude ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, e evitaria ter de conhecer todo

RE sob o fundamento de inexistência de repercussão geral. Tal como ocorre hoje, aliás. Mas não mais para dizer que a denegação de produção de prova não ofende a Constituição, e sim para afirmar, por exemplo, que é vedado o julgamento antecipado da lide baseado em prova unilateral produzida fora do processo quando houver pedido expresso da parte contrária para produzir prova capaz de desconstituir a única prova existente. Ou seja, para examinar a dimensão constitucional do conceito de “devido processo legal”, de “contraditório” e de “ampla defesa”.

Hoje o atual entendimento faz com que o STF negue seguimento aos REs, por meio de decisões monocráticas de seus Ministros, sob o fundamento de que a invocação de ofensa ao contraditório e à ampla defesa por impossibilidade de produção de prova é tema que já foi decidido em repercussão geral em 2011 e não merece análise do STF por haver mera ofensa reflexa.

Com a mudança de compreensão aqui apresentada, o STJ e o STF passariam a cassar as decisões em sentido contrário por ofensa a entendimento definido em repercussão geral (art. 1.030, II, CPC; art. 21, § 1º, RISTF). Os Ministros passariam então a também proferir decisões monocráticas (como já ocorre hoje), mas para cassar as decisões que não estivessem de acordo com sua nova orientação.

As decisões continuariam sendo monocráticas, mas agora para prover direta e imediatamente os eventuais REs fundados nessa repercussão geral e que buscassem a garantia de produção de prova quando absolutamente necessária para assegurar o direito fundamental.

O resultado de médio e longo prazo, inclusive, seria até mais efetivo e satisfatório, em vista da tendência a reconduzir as decisões da jurisdição ordinária aos limites da própria legislação ordinária.

Aliás, anote-se que a parte impedida de produzir prova para comprovar sua razão ou atestar sua inocência experimenta um sentimento de injustiça que a motiva a manter o processo até a última instância. Ou seja, até que o STF negue seguimento ao seu RE ou ao seu ARE.

Apesar da compreensão estabelecida em 2011 no ARE 639.228 (Tema 424), os recursos e os REs versando sobre violação ao direito fundamental ao devido processo não tendem a diminuir ou desaparecer, pois quem precisa produzir prova para provar seu direito, sua inocência, irá recorrer até que isso não lhe seja mais permitido. O volume e acúmulo de trabalho do STF, portanto, permanecem apesar de seu atual entendimento. As recentes decisões monocráticas colacionadas supra, desde 2011 até hoje, comprovam tal afirmação.

Por outro lado, a alteração do atual entendimento professado pelo STF produzirá um desincentivo às decisões negando a produção de prova em hipóteses em que tal seja inerente à garantia do devido processo legal.

Diante disso, estabelecer tese mais explícita e aprofundada daquela ora vigente seria definir como parâmetro mínimo o respeito e a garantia do contraditório e da ampla defesa, sob pena de violação direta ao art. 5º, LIV e LV, CRFB.

Essa nova compreensão aqui proposta (i) não derroga a anterior em todas as suas dimensões, mas preserva a competência do STF para analisar a questão constitucional envolvida; (ii) evolui na defesa e garantia do direito fundamental ao contraditório e da ampla defesa; e (iii) também estabelece parâmetro mínimo de proteção: o de que a produção de prova em processo judicial deve ser ao menos garantida quando a prova requerida puder infirmar a prova contrária trazida aos autos. Isso impediria, por exemplo e como já se ilustrou aqui, o julgamento antecipado da lide baseado em prova unilateral produzida fora do processo.

## 8. Considerações finais

É indispensável modificar a orientação até aqui existente no Supremo Tribunal Federal para que o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CRFB), especialmente no que diz respeito à produção de prova em processo judicial, sejam respeitados e garantidos.

É possível e desejável que haja outro precedente paradigma do STF apto a garantir, em qualquer caso, independentemente da sua natureza, o direito ao contraditório e à ampla defesa no que diz respeito à produção de provas em processo judicial.

É possível porque compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda precípua da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB). É competência constitucional do STF garantir que qualquer pessoa possa se defender (contraditório) e possa lançar mão de meios de defesa, incluídos aí a produção de prova (ampla defesa). Ademais, a via do Recurso Extraordinário com repercussão geral possibilita ao STF a revisão de seus próprios entendimentos, a evolução na interpretação da Constituição e a fixação de parâmetros para os demais casos.

É desejável porque é necessário que os processos judiciais possibilitem às partes a produção de prova em juízo, especialmente quando elas forem imprescindíveis à comprovação de suas alegações. Se assim não for, será possível haver o caso teratológico em que um sujeito é condenado com base em prova unilateral produzida fora do processo e sem que lhe tenha sido ofertada a possibilidade de contraditar a referida prova.

Dá a necessidade de revisão e evolução do atual entendimento prevalente.

O paradigma precisa ser outro – um que garanta o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB) e, assim, à produção de provas, especialmente em processo judicial –, mas sem que tal mudança de entendimento transforme o STF em corte meramente recursal ou revisional.

Os argumentos pela evolução de entendimento do STF estão postos e os instrumentos à sua disposição.