



UFPE

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O DIREITO À AMPLA DEFESA E O ABUSO DO DIREITO DA
DEFESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

ALDONEY QUEIROZ DE ARAÚJO

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
DIREITO**

**Recife
2003**

ALDONEY QUEIROZ DE ARAÚJO

**O DIREITO À AMPLA DEFESA E O ABUSO DO DIREITO DA DEFESA NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Edílson Pereira Nobre Júnior.

**Recife
2003**

Título e texto amparado pela Lei n.5.988 de 14 de dezembro de 1983.

Revisão do autor

FICHA CATALOGRÁFICA

Araújo Aldoney Queiroz de.
A687d O direito à ampla defesa e o abuso do direito da
Defesa no Estado democrático de direito / Aldoney
Queiroz de Araújo.
Universidade Federal de Pernambuco; 2004, 130p.

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito.

1. Brasil – Constituição Federal. 2. Constitucional.
I. Araújo, Aldoney Queiroz de. II. Título.

CDU: 343.131.5:347.926

Ata da Sessão de Arguição da Dissertação Final do Mestrando, *Aldoney Queiroz de Araújo* do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos três (03) dias do mês de julho do ano de dois mil e três às dezesseis horas (16:00) na sala de aula dos Cursos de Pós-Graduação desta Faculdade, reuniu-se a Comissão designada pelo Colegiado dos Cursos de Pós-Graduação e aprovada pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação para exame da dissertação final do mestrando *Aldoney Queiroz de Araújo*, sob o título "*O Direito da Ampla Defesa e o Abuso do Direito da Defesa no Estado Democrático de Direito*". Presentes os Professores Doutores: Raymundo Juliano do Rego Feitosa, Paulo César Santos Bezerra e Manoel Severo Neto, integrantes da Banca Examinadora, estudantes da Pós-Graduação e demais presentes. Dando início aos trabalhos, o Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, ajudou os presentes em seguida fez a leitura do Parecer do Orientador Professor Doutor Edilson Pereira Nobre Junior, que encontra-se ausente, habilitando o candidato para defesa oral. Feito isso o Presidente da Banca passou a palavra ao candidato estabelecendo o prazo máximo de vinte (20) minutos para que fizesse a sua exposição. Logo após foi dada a palavra ao Professor Doutor Paulo César Santos Bezerra, primeiro examinador, para proceder a sua arguição no igual prazo de tempo, o candidato respondeu as objeções. Em seguida o senhor presidente passou a palavra ao segundo examinador, ao Professor Doutor Manoel Severo Neto, lembrando do mesmo prazo de tempo para sua arguição. Feito pelo mesmo prazo de tempo foi respondido pelo candidato. A seguir o Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, Presidente da Banca, passou a fazer as suas considerações durante o pré-estabelecido vinte (20) minutos, arguiu o candidato, que por sua vez apresentou as suas objeções. Encerrando os trabalhos, a Comissão Examinadora reuniu-se em secreto para deliberar as menções. Reabrindo os trabalhos, o Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, Presidente da Banca, comunicou aos presentes, que, em face ao resultado e de acordo com o artigo cinquenta e quatro (54) do Regimento Interno destes Cursos de Pós-Graduação desta Universidade foi o candidato *Aldoney Queiroz de Araújo*, APROVADO com as seguintes menções: Professor Doutor Paulo César Santos Bezerra: APROVADO, Professor Doutor Manoel Severo Neto: APROVADO e Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, APROVADO. Menção Geral: APROVADO. Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente Ata, assinada por mim Josina de Sá Leitão, Secretária dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, pela Banca Examinadora e pelo candidato, Recife, 03 de julho de 2003.

Presidente:

1º Examinador

2º Examinador

Candidato:

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos, aos colegas, professores e funcionários que participaram do convênio interinstitucional entre a UEFS e UFPE que, de uma forma ou de outra, me prestaram ajuda no preparo desta obra. Agradeço, especialmente, a ARÃO, HANNA, CINDY e GEISA, filhos e mulher, que ajudaram, toleraram e testemunharam a angústia desse período.

RESUMO

Araújo, Aldoney. O direito à ampla defesa e o abuso do direito da defesa no estado democrático de direito. 2005, 122. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A proposta do trabalho é examinar o confronto entre o direito de defesa e o abuso do direito de defesa, precisamente, a ampla defesa prevista no inciso LV do art. 5º da Constituição brasileira, e o abuso do direito de defesa, como consta no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil. O palco do confronto é o Estado democrático de direito, pois é o único local possível de sobrevivência do instituto de defesa, merecendo, por isso, uma análise de sua evolução histórica desde a antiguidade até a atualidade. Analisa-se a ampla defesa, na sua forma concreta, como um dos princípios que compõem o devido processo legal, sem se perderem de vista os institutos afins, na sua forma abstrata, através da evolução histórica. A abordagem sobre a teoria do abuso do direito é feita desde o seu surgimento, passando pelo conceito e sua aplicação em diversos ramos do Direito, inclusive o Direito Processual. Finalmente, o encontro do direito de defesa com o abuso de direito de defesa e, mesmo ressaltando que inexistente direito absoluto, este último, por ser qualificado não pode merecer a limitação do abuso.

Palavras-Chave: DIREITO, ESTADO, DEFESA.

RÉSUMÉ

Araújo, Aldoney. Le droit de ample défense et l'abus le droit de défense em état démocratique de le droit. 2005, 122. DEA – Diplôme d'études approfondie – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

La proposition de ce travail est d'étudier la confrontation entre le droit de défense et l'abus de droit de défense, plus précisément, défense sans restriction prévue dans l'incise LV de l'article 5 de la Constitution brésilienne, et l'abus du droit de défense, tel qu'il est spécifié dans l'incise II de l'article 273 du Code de Procédure Civile. La scène de la confrontation est l'État démocratique de droit, puisque c'est le seul lieu possible de survie de l'institut de défense, c'est pourquoi il a mérité une analyse de son évolution historique depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours. Nous analysons défense sans restriction dans sa forme concrète, comme un des principes qui composent la procédure légale, sans perdre de vue les instituts affins; dans sa forme abstraite, à travers l'évolution historique. L'approche sur la théorie de l'abus de droit est faite depuis son apparition, en passant par le concept et son application dans diverses branches du droit, y compris le droit processif. Finalement, la rencontre du droit de défense avec l'abus de droit de défense et, même en défendant qu'il n'existe pas de droit absolu, ce premier-là, pour être qualifié, ne peut pas souffrir de restriction.

Mot-clefs: DROIT, ÉTAT, DÉFENSE.

SUMÁRIO

1	<u>INTRODUÇÃO</u>	9
1. 1	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1. 1.1	Etimologia e significação	12
1. 1.2	Teorias Sobre a origem do Estado	15
1. 1.3	Evolução Histórica do Estado	18
1.1. 4	O Estado Oriental	19
1.1. 5	O Estado Grego	20
1.1. 6	O Estado Romano	20
1.1. 7	O Estado Medieval	22
1. 1.8	O Estado Moderno	24
1. 1.9	O Estado Absolutista	26
1. 1.10	O Estado de Direito	26
1. 1.11	O Estado Democrático de Direito	29
2	<u>DA DEFESA</u>	31
2.1	Evolução histórica	32
2.1.1	Evolução histórica da defesa no Brasil	45
2.2	DEFESA NO PROCESSO	48
2.3	DEFESA NO PROCESSO CIVIL	52
2.3.1	Da contestação	54
2.3.2	Da exceção	56
2.3.3	Da reconvenção	57
2.3.4	Dos embargos	57
2.3.5	Recursos	64

2.3.6	Defesa concreta e abstrata	70
2.4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PROCESSUAL	71
2.5	DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – DISTINÇÃO	74
2.6	DO CONTRADITÓRIO	77
2.6.1	Direito de ação	80
2.7	DA AMPLA DEFESA	83
3	<u>DO ABUSO DO DIREITO</u>	87
3.1	ORIGEM DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	88
3.1.1	Conceito	91
3.1.2	Da Denominação	91
3.2	DA DÚVIDA SOBRE A EXISTÊNCIA	93
3.3	DA ACEITAÇÃO	94
4	<u>DO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA</u>	95
4.1	DO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E DA AMPLA DEFESA	99
4.2	DO CONTEÚDO DA AMPLA DEFESA	101
5	<u>CONCLUSÕES</u>	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

O tema Direito de Defesa é instigante, controvertido e sempre atual. A preocupação com a **ampla defesa** aflora a todo instante; seja com as modificações processuais em que se elegeu a figura do **abuso do direito de defesa** como requisito alternativo para a concessão da tutela antecipatória do direito; seja com as restrições ao próprio instituto, com as involuções ocorridas nos Estados Unidos, após o 11 de setembro de 2001, no tocante às liberdades individuais.

A pretensão, pois, é centrar exame sobre e ao derredor do referido instituto processual e constitucional da ampla defesa. No âmbito do direito constitucional, a intenção é examinar a sua natureza jurídica, o conceito e a dimensão de sua amplitude.

E a oportunidade é precisa, não só para o exame da validade e da eficácia das normas correlatas ao tema, como para a análise do instituto do abuso de direito, mais especificadamente, do abuso do direito de defesa, em confronto com a ampla defesa.

Necessário se torna situar essa análise. É inimaginável outro lugar para o exercício pleno do direito de defesa, senão no Estado democrático, pois é difícil pensar na convivência desse instituto com o sistema monárquico ou com o Estado ditatorial.

Ressai o Estado democrático, como o único lugar compatível com a dinâmica do Instituto de direito de defesa que, por outro lado, de maneira simbiótica, é uma das condições de sua existência.

A Constituição é o invólucro do direito de defesa e, para que seja de um

Estado democrático, esta deve conter, pelo menos: a separação de Poderes, um rol mínimo de direitos e garantias individuais e sociais, com a submissão de todas as leis, e Jurisdição com Juízes com as prerrogativas de independência funcional e orgânica.

Justamente por isso, o estado democrático de direito reclama uma análise histórica.

O assunto está inserto no conteúdo temático do direito processual constitucional e significa, no dizer de NERY JUNIOR, ***“um conjunto de normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal...”***

Cumpre, ainda no campo do direito constitucional, verificar, na atual Carta Magna, e nas constituições brasileiras anteriores, o tratamento conferido a essa garantia e sua extensão no processo civil.

No processo civil, mister se faz estudar a sua evolução histórica, seu conceito atual e suas conseqüências.

Na parte dogmática, a ampla defesa deve ser analisada, sob as vestes de direito de defesa, centrando exame, também, através de suas formas de exercício: **contestação, reconvenção, exceção, embargos de devedor, embargos de terceiro, ação declaratória incidental, memoriais, etc.**

Em que medida o instituto da ampla defesa e seu exercício satisfazem as exigências do estado democrático de direito?. E mais: É possível a convivência simultânea da ampla defesa com o abuso de direito de defesa?.

A busca de satisfazer as indagações é o móvel da análise sobre os institutos da **defesa**, da **ampla defesa**, do **estado democrático de direito**, do **abuso de direito**, do **abuso de direito de defesa** e a intersecção entre eles. Para consecução do objetivo, usar-se-ão como instrumento de consulta,

a Constituição Atual; as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 (?), bem como os comentários respectivos, notadamente, os textos correlatos ao tema e, principalmente, os artigos e publicações atuais, inclusive e, destacadamente, as monografias.

A análise central, no entanto, e de onde fluirão as ilações, será o confronto entre a ampla defesa e o abuso do direito de defesa.

CAPÍTULO I

1. 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A tema no aguardo de uma análise diz respeito ao estado; ao estado de direito e ao estado democrático de direito. Trata-se de uma tentativa de compreensão do Estado moderno, desde sua formação histórica primitiva, até o seu mais recente e acabado conceito de estado democrático de direito.

O estado democrático de direito não nasceu democrático, nem sempre foi de direito. A sua evolução foi um processo gradual e comutativo, de sorte a permitir uma análise a partir de sua história.

A evolução parte das associações pré-estatais, onde se incluem o clã e a tribo, assim concebidas por não terem organização formal de poder, mas de interesse histórico e sociológico, pois nelas se vislumbram os germes do Estado.

1. 1.1 Etimologia e significação

O vocábulo Estado deriva do latim “*status*” e significa condição em geral. Usava-se o termo para designar “*status familiae*”, “*status libertatis*”.

Registra-se em Ulpiano, segundo SAMPAIO¹(1960, p.254) o uso do “*status reipublicae*” em lugar de “*res publica*” e houve quem identificasse a expressão “*status romanus*” como se fosse estado romano.

Há quem vislumbre em PLATÃO² (1964, p.44-51), a afirmativa de que o Estado se origina de várias profissões econômicas.

Bem verdade, no Livro II da República, por ocasião de um diálogo com Adimanto acerca da dimensão da justiça, Sócrates, com seu método questionativo, constrói um fictício Estado, nos moldes da “*polis*”, a partir das profissões econômicas.

Neste particular, as dúvidas terminológicas são acentuadas. Na Grécia antiga, não havia distinção entre cidade e Estado, mas uma justaposição dos termos, pois, na prática, cada cidade era um Estado. Nos diálogos de Sócrates e Adimanto, descritos por Platão, no Livro II da República, alguns tradutores se referem à cidade, em vez de ao Estado.

Na antiguidade, ainda ARISTÓTELES³ (1986, p.14) concebia o Estado como uma reunião de famílias.

Na idade média, empregava-se a palavra “Estado” para designar as camadas do reino: 1º Estado (clero), 2º Estado (nobreza) e o 3º Estado (burguesia), cuja reunião formava os Estados Gerais. Nesse período histórico, no entanto, para designar unidades políticas, usavam-se as expressões, como cidade (*città* em Italiano), terra (*terre*, em francês, *laude*, em alemão) e império.

No sentido moderno, segundo Jacob Burckhardt, discorre Sampaio⁴, a palavra começou a ser usada na Itália, afirmativa que motivou a discordância de Jellinek sob o argumento de que o termo usado correspondia à antiga acepção de “*status*” e que, no século XIV, na Inglaterra, o termo “*status*” era empregado com o significado de estado. Hoje os italianos dispõem de dois termos.

A inscrição do termo na ciência política, porém, veio com MAQUIAVEL

(1996, p.33) Consta logo no início do seu “O Príncipe⁵”.

Ainda hoje, o termo é empregado com significados diversos na Ciência Política. Emprega-se a palavra para significar os chamados estados soberanos, como também os chamados estados semi-soberanos e os federados.

Conquanto tenha consagrado o termo no âmbito da Ciência Política, Maquiavel não nos legou uma definição razoável, pois encerra um conceito amplo e tautológico.

Afirma CANOTILHO⁶ (1989, p.83) que o Estado é uma singular e histórica organização de poder, dotada de qualidades, onde se destaca a soberania, que se traduz pelo monopólio da edição do direito positivo e sua execução, no plano interno e no externo, que alguns chamam de Independência, e que significa a igualdade com outros Estados.

Jorge MIRANDA⁷, por seu turno, situa o Estado a partir de uma indagação: O Estado é político, mas todo político é estatal⁸? E prossegue dizendo que a primeira corrente de orientação é afirmativa ao aceitar a identidade entre estado concebido como um “fenômeno humano permanente e Universal” e a sociedade política. Para a segunda, o estado é apenas uma espécie da sociedade política, e a terceira considera irrelevante o problema.

Elege a segunda como de sua preferência, a de que o Estado é uma das várias espécies da sociedade política, com a ilação de que se identifica pela existência de povo, território e soberania podendo-se considerar como tal, na verdade, tão somente aquele, nacional e soberano, que teve origem na Europa e se diversificou mundo afora.

Definir algo importa em dificuldade, e os perigos se acentuam quando o

termo é também usado para entes derivados. É o caso dos estados não soberanos. Assim, podem-se encontrar os conceitos amplo e restrito de Estado. A primeira concepção abrange as unidades políticas soberanas, semi soberanas e as federadas. O conceito estrito exclui as unidades federadas.

Surge no entanto a idéia de ordem, ordenar e organização.

1. 1.2 Teorias sobre a origem do Estado

Antecipou-se que o estado é o único habitat possível para a existência e convivência dos direitos fundamentais, notadamente, a ampla defesa. Restou escrito, também, que sua evolução é paulatina e continuada, mas um processo ainda em desenvolvimento, situação que impõe a perquirição de sua origem e de sua evolução histórica.

Inexiste consenso sobre a origem do Estado. Várias são as teorias filosóficas para explicar a sua gênese.

As primeiras teorias sobre a origem do Estado se baseiam em tradições e mitos. Em geral, sustentam que o Estado se originou da família. Atualmente, essas correntes familiares são pouco aceitas, sob a crítica de que confundem a origem do Estado com a origem da humanidade, e a sociedade humana, com a sociedade política.

Os contratualistas também explicam a origem do Estado.

Muito antes, porém, na antiguidade, tanto Aristóteles como Epícuro concebiam a gênese da sociedade política como uma convenção entre os membros da sociedade humana. Mesmo sem atribuir relevância, a idéia foi aceita pela escolástica, inclusive, e principalmente, por São Tomás de Aquino.

O assunto foi tratado com especial relevância por Hobbes, Spinoza,

Grotius, Pufendorf, Tomasius, Locke e Rousseau.

O ponto comum entre eles foi o contrato social. Divergiram na forma, no modo, na concepção e na formação da avença.

Afirmou HOBBS⁹ que o homem vivia em estado de natureza e, diante da sangrenta anarquia, à mingua de outra solução, abdicou de seus direitos ilimitados para um homem ou uma assembléia, fundando assim o Leviatã.

Sobre Spinoza, Pufendorf, Tomasius, Gumplowicz e Lester Ward recorre-se a DEL VECCHIO¹⁰.(1979, p. 94-244)

Spinoza concorda que o homem viveu em estado de natureza, mas que, ao final desse período, movido pelo instinto de conservação e, por temer o uso ilimitado da força, por cada indivíduo, firmou um acordo recíproco, criando o Estado, depositando nele todos os seus direitos, menos o de pensar, falar e escrever.

Sobre Pufendorf, afirma que, em seus escritos, há confusão sobre o conceito de “estado de natureza”, mas que, nesse período, os homens eram livres e iguais. A ausência de garantia dos direitos, entretanto, abriu flanco para as vicissitudes, razão pela qual tiveram de se submeter a um soberano, criando o Estado. Atribui, como motivação do contrato, o receio dos homens maus, por parte dos homens bons.

Credita-se a Tomásio o mérito de enfrentar o problema da distinção entre o direito e a moral. No que concerne à origem do Estado, aceita o ponto de vista de Locke, acrescentando que a causa do contrato foi o “amor nacional”.

Hugo Grotius, segundo MACEDO¹¹ (1997, p. 62), concebia o pacto como uma verdade histórica, através do qual, voluntariamente a simpatia recíproca entre os homens motivou a criação do Estado.

Spinoza também concordou que o homem viveu em “estado de natureza” e que a única saída foi um contrato, criando o estado e depositando nele todos os seus direitos, menos o de pensar, de falar e de escrever.

Acreditava que a simpatia recíproca entre os homens foi o móvel da criação do Estado, através de um pacto voluntário.

LOCKE¹² (1973) vislumbrou o contrato como fruto do consentimento de todos, no sentido de criar um órgão capaz de fazer justiça e manter a paz. Aceita um estado de natureza, mas, ao contrário de Hobbes, que foi seu contemporâneo, concebe, nessa época primitiva, a ordem e a razão.

ROUSSEAU¹³ admitiu, de modo explícito, o “estado de natureza”, mas como uma época em que o homem vivia feliz e livre. A felicidade do “Estado de natureza” chegou ao ocaso devido ao progresso da civilização, à divisão do trabalho, à propriedade privada, alargando, como consequência a distância entre ricos e pobres, poderosos e fracos.

Para manter a ordem e evitar maiores desigualdades, os homens fizeram um contrato que ele entendeu ter sido geral, unânime e baseado na igualdade.

BODIN¹⁴ (1973, p. 22) acreditava que o Estado nasceu da convenção ou da violência dos mais fortes.

Mas as doutrinas da origem violenta do Estado ganharam força no pensamento político contemporâneo. Os sociólogos, inspirados nas idéias evolucionistas de Darwin, enxergaram na sociedade política, o produto da luta pela vida, nos governantes, a vitória dos mais aptos, e na estrutura jurídica do Estado, a organização da concorrência.

GUMLOWICZ¹⁰ (p. 285) realizou estudos sobre organizações sociais

primitivas e concluiu que elas resultaram de lutas travadas entre os indivíduos, e que o poder é o meio de regulamentar a dominação dos vencedores e a submissão dos vencidos.

LESTER WARD ¹⁰ (p. 244) sustenta que o Estado nasceu da conquista de um grupo pelo outro e, em vez da destruição do vencido, organizou-se a ordem política a mercê dos interesses econômicos do vencedor e da resignação do vencido.

Finalmente, para os marxistas, o Estado surgiu no meio da luta de classe e da necessidade e a ela pôr fim.

Há ainda os que defendem a formação natural do Estado, os que sustentam sua formação histórica, e outros, sua formação jurídica.

1. 1.3 Evolução histórica do Estado

Na feição que hoje se conhece, o que se convencionou chamar de estado moderno apareceu no século XIII, com o enfraquecimento do feudalismo e o fortalecimento do poder central.

Em relação histórica com o atual, JELLINEK, apud MIRANDA¹⁵ (2002., p.19), aponta 5 tipos fundamentais de Estado, a saber: o estado oriental, o grego, o romano, o medieval e o moderno.

1. 1.4 O Estado Oriental

Os orientais não tiveram uma concepção definida de Estado. O bramanismo Indiano dividiu a sociedade em castas, sendo os privilegiados os Bramanes.

Na Pérsia, o governo, segundo acreditavam, foi estabelecido pelo próprio ORMUZ de forma que os Reis eram seus descendentes e cuja missão precípua seria praticar o bem.

Encontram-se, na China, inúmeros preceitos sobre a arte de governar e sobre os deveres dos governantes, sobretudo nas obras de Kong-Fu-Tseu (o Confúcio) e Meng-Tseu (Mêncio), que consideravam a política uma parte, ou aplicação da moral. Consideravam o príncipe o “filho do céu”, mas não um deus; o poder não era um direito, mas um dever, de sorte que o não cumprimento do deste ensejava destituição do poder.

No Egito, o poder era de origem divina, e exercido pelo Faraó que era descendente dos Deuses. Com o tempo, a onipotência dos Faraós foi abrandada pela criação de outros deuses que exerciam a divindade sobre certa atividade ou assunto.

Destacam-se como traços comuns dos estados orientais: a teocracia; a forma monárquica, combinada com a teocracia; a ordem desigualitária e hierárquica da sociedade; reduzidas garantias jurídicas do indivíduo, grande território, e aspiração por construir um império universal.

Os Hebreus também viviam sob a égide de uma teocracia, mas destoavam desta característica pois, pautados pelo monoteísmo, recusavam a natureza divina dos soberanos, adotando o princípio da submissão da vontade deste às leis ditadas por Deus, sendo limitado pelos preceitos dos livros sagrados e pela fiscalização das doze tribos.

1. 1. 5 O Estado Grego

A idéia que os gregos faziam do estado era bem diferente da atual. A política era confundida com a moral. A bem da verdade, os gregos não tinham uma unidade política fora da “*polis*”, de sorte que não se pode falar em Estado Grego, mas Estados Gregos.

De qualquer forma, é possível unificar traços comuns da “*polis*” do estado, na Grécia, quais sejam: o predomínio do fator pessoal, pois o estado

é do cidadão, com a exclusão dos metecos e escravos; o culto aos antepassados era fator de união dos cidadãos, muito embora as autoridades não tivessem natureza divina; tampouco havia predomínio da casta sacerdotal; pouca ou quase nenhuma liberdade individual, que se restringia à participação no governo; diversidade de forma de governo de uma cidade para outra.

A contribuição mais preciosa para o pensamento político foi, sem dúvida, a democracia ateniense. Bem verdade, diferente da democracia atual, pois era outra a concepção de liberdade, havendo, ainda, a desigualdade causada pela predominância dos cidadãos.

1. 1. 6 O Estado Romano

Nos primeiros séculos, Roma era semelhante aos gregos. Eram grandes as semelhanças entre Roma e as cidades gregas. O seu surgimento se deu com o agrupamento das famílias e das “*gentes*” e, embora tenha organizado um dos maiores impérios de que se teve notícia, continuou, paradoxalmente, por um bom tempo, a ser um Estado com base municipal.

Com o passar dos tempos, e à proporção que novas conquistas de terras e populações se efetuavam, Roma se transformou em verdadeiro estado. Ao contrário de muitos, Roma não aniquilava seus adversários, mas os conquistava e, conquanto tivesse um culto oficial, ainda assim, anexava ao seu o dos deuses dos povos conquistados. Houve um momento em que todos os deuses conhecidos de então, poderiam ser adorados em Roma.

Com o alargamento de suas fronteiras, em virtude de suas conquistas e do contato com povos e civilizações diferentes, o Estado Romano se diversificou e se tornou cosmopolita.

Os romanos conseguiram separar o direito da moral, mas, não, a lei do direito. Quando a idéia da personalidade moral do Estado conseguiu fluir,

este passou a ser personificado pelo imperador, regredindo juntamente com a ciência política.

Havia consciência da separação entre o poder público e o poder privado e, em consequência, a distinção entre direito público e direito privado. Registra, aliás, GOMES¹⁶ (1974, p.22) que essa divisão foi difundida por Ulpiano.

Os direitos básicos do cidadão romano não consistiam apenas nos de se eleger e de ter acesso às magistraturas, mas também de realizar casamentos, de começar e celebrar atos jurídicos. Alguns dos direitos foram, progressivamente, estendidos aos estrangeiros, dando ensejo à formação do “jus gentium”.

Vale a lembrança de que foi dentro dos domínios romanos, precisamente na província da Palestina, que surgiu o Cristianismo, trazendo a pregação inovadora de novos conceitos, principalmente sobre o Ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus, com igual dignidade.

Foi de Jesus Cristo, também, a profunda revolução do conceito de Estado até então elaborada, ao resignar-se, paradoxalmente, de modo ativo, perante o fisco Romano: ***“Dai pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”*** BÍBLIA SAGRADA (1990, Mateus. 12:15)¹⁷.

Trata-se de uma lapidar separação entre os poderes temporal e espiritual. Ao tempo em que reconhecia o poder do estado, limitava e declarava a independência da consciência humana.

1. 1. 7 O Estado Medieval

Na idade média, os dois primeiros séculos foram de tremenda convulsão social, com a fragmentação do Império Romano. A noção do estado quase

desapareceu, restringindo-se, apenas, à figura do Príncipe que era o chefe das diversas tribos bárbaras. Alguns autores não se referem ao estado medieval, mas ao pretenso estado medieval, a exemplo de MIRANDA¹⁸.(2002, p.29-30)

A partir do século VI, os monges e bispos, munidos de obras primas do pensamento greco-romano, começaram a elaborar as primeiras noções do mundo medieval, culminando por legar grandes sistemas filosóficos, um dos quais da lavra de S.Tomás de Aquino.

No que concerne ao estado, concebiam a existência do direito natural divino, ao qual toda atividade humana estava subordinada. Concebiam, por outro lado, o direito positivo emergente do Estado, harmonizado com o direito natural. O estado deveria ser dirigido por um príncipe ou uma assembléia que deviam realizar o bem público, até porque tinham contas a prestar a Deus e, em certa medida, também aos homens.

Essas idéias oriundas dos conventos, representadas pelos sistemas medievais, não se coadunavam com a realidade. Vivia-se em pleno período feudal em que os senhores não eram soberanos, tampouco os feudos eram Estados.

A ausência do Estado no sistema político medieval tem como causas, tanto a força dos vínculos feudais que fracionavam o poder central, quanto as relações de subordinações entre os dominantes.

Nesse período, o ocidente se apresenta como uma unidade social de civilização, de fé e de política, representando o que se denominou “República Christiana”, lembrando o Império Romano. A unidade tinha como móvel psicológico a ameaça do avanço do Islã ao sul e a leste da Europa.

No entanto, era notória a fraqueza do sistema. A vida social era local, precárias eram as estruturas econômicas e rara era a tutela aos direitos

individuais. Acresçam-se a esse quadro, as lutas constantes entre o poder temporal e o poder espiritual, cujo resultado foi o enfraquecimento de ambos.

Difícil situar o momento da passagem do feudalismo para o estado moderno, mas essa transição ocorreu em momentos diversos em várias partes da Europa.

A história registra essa passagem na Península Ibérica, onde as lutas da reconquista cristã facilitaram a unidade de comando e a formação de diversos reinos, culminando, ao fim do século XV, com Portugal e Espanha.

Antes, o fenômeno ocorreu na Sicília e na Inglaterra, devido ao regime burocrático militar dos normandos, o que explica, também, até certo ponto, a primazia dos ingleses no trato dos direitos e garantias fundamentais.

Os franceses formataram unidade ao longo do século XIV e XV, pela união da coroa com terras e direitos de grandes feudos. Fundamental para isso, foi a guerra dos cem anos que acendeu a consciência de nacionalidade.

A centralização do poder nos países nórdicos ocorreu nos séculos XVI e XVII, concomitantemente à reforma protestante, situação de que se aproveitaram os soberanos para a criação de igrejas nacionais e, em consequência, aumentar e solidificar o poder.

Na Itália e na Alemanha, a transição ocorreu de forma prolongada, pois fragmentadas em inúmeros principados e repúblicas, somente em 1870, se constituíram em Estados nacionais, através de Piemonte e Prússia, respectivamente.

O Epílogo do processo de formação do Estado Moderno tem marco no tratado de Vestfália, onde se formalizou a ruptura religiosa e, conseqüentemente, o fim da supremacia política do Papa. A Europa se dividiu em diversos Estados independentes, nos limites de suas precisas

fronteiras que, no entanto, avançavam ou recuavam com as guerras.

1. 1. 8 O Estado Moderno

A luta do poder temporal e espiritual, paralela ao surgimento e consolidação do novo estado, culminou com o aparecimento das monarquias absolutas que se justificavam, aproveitando as teorias do direito divino, para acrescentar que Deus, não somente criou o Estado, o poder, mas também designa a pessoa que deve exercê-lo, extraíndo a conclusão de que “se os reis são reis por vontade de Deus, só a Deus devem prestar contas”.

Com o advento da Revolução Francesa, foram abolidas todas as associações entre o estado e o indivíduo, suprimindo-se os resquícios do feudalismo, abrindo flanco para o liberalismo que veio caracterizar o estado até o fim do Século XIX.

Pressionado, com o advento da industrialização, pela tecnologia, pelas formas avançadas de transportes e comunicações, e pela própria complexidade da vida social, ao surgirem novos problemas e novas soluções, os estados modernos foram, paulatinamente, absorvendo o indivíduo, envolvendo-o em sua vasta engrenagem. Conquanto as constituições atuais engrossem a lista dos direitos do homem, o estado tornou-se presente na vida de todos. Essa ingerência não se deu por obra de ninguém, mas pelas necessidades que surgiam e pela incapacidade do indivíduo de resolvê-las sozinho. Assim, de forma paradoxal, o Estado hipertrofiou, para atender, justamente, o indivíduo.

A chegada da idade contemporânea, cujos marcos são as revoluções francesa e americana, coincidiu, não por acaso, com as mudanças radicais no poder político.

A principal delas diz respeito ao comportamento dos que exerciam o poder político, os quais, não só impunham as normas, como passaram, também, a obedecer-lhes, inclusive àquelas que tinham o cunho específico de limitar o poder. O poder político continuou a prevalecer sobre o indivíduo, que obediência a suas normas, submetendo-se ao seu julgamento e pagando tributos, mas, em contrapartida, concedeu-lhe o direito de organizar o estado e controlar o seu poder.

Fizeram-se eleições parlamentares e normatizou-se a regular cobrança de tributos, tribunais galgaram maiores poderes, e maior foi o acesso ao judiciário, inclusive contra o poder.

Essas mudanças de comportamento político concorreram para o aparecimento do Estado de direito, cujas atividades são realizadas sob a ordem jurídica, sepultando o estado policial, onde o poder político era exercido sem limitações.

1. 1. 9 O Estado Absolutista

A centralização do poder em torno do monarca, na Idade Moderna, fez surgir o estado de um poder soberano, sujeitando todos, dentro de seu território.

Mesmo exercendo o papel de criador das normas jurídicas, que eram dirigidas apenas aos súditos, o estado absolutista a elas não se submetia, sendo, por conseguinte, irresponsável juridicamente.

O soberano, por seu turno, também era inquestionável e açambarcava todos os poderes de legislar, julgar e administrar.

Exercia, ainda, o estado, em relação aos indivíduos, o poder da Polícia, o que o leva a ser referenciado como Estado de Polícia.

Em suma, o estado absolutista, o estado iluminista ou, ainda, o estado de Polícia, tinha como traços fundamentais: a idéia de soberania concentrada no monarca, cujos poderes transbordavam para o âmbito religioso; a adoção do mercantilismo no segmento econômico, e a felicidade dos súditos, no teleológico.

1. 1. 10 O Estado de Direito

O sentido literal da expressão antecipa que o estado de direito é aquele que se subordina às normas jurídicas, respeitando os limites de sua atividade e a esfera da liberdade individual.

O seu principal traço diferencial é a vinculação com a lei, por ser aquele gerado e regulado por uma constituição, atuando com três funções distintas: legislar, administrar e julgar.

Reconhece-se o estado de direito pelas seguintes características: supremacia da constituição; separação dos poderes; superioridade da lei e garantia dos direitos individuais.

A idéia da supremacia da constituição passa pela rigidez constitucional, pois a flexibilidade anula, com a possibilidade de reforma, a distância entre as normas ordinárias.

O ordenamento jurídico tem a forma gráfica piramidal, onde a constituição, apoiada na norma fundamental, ocupa o seu ápice, fundamentando, por sua vez, as outras normas elencadas de maneira hierárquica, de modo que as superiores fundamentam as inferiores até a base. É a ordem jurídica idealizada por KELSEN¹⁹, (1997, p. 161- 233) considerada como uma de suas grandes contribuições para o Direito.

A divisão do exercício dos poderes do estado é pressuposto para o

respeito à constituição e à efetividade dos direitos individuais.

Cada poder corresponde a uma atividade do estado e exerce, com independência em relação aos demais, sua função correlata. Ao poder legislativo compete a elaboração das leis; ao poder executivo a função de administrar e ao judiciário a de julgar, sob provocação do interessado.

Distingue-se o estado de direito pela sua submissão à lei. A lei é a expressão da vontade geral, controlando e condicionando os atos administrativos, limitando, por outro lado, o exercício dos direitos individuais.

A garantia dos direitos individuais permite que o indivíduo oponha seus direitos ao próprio Estado. Para não serem supressos posteriormente, mister se torna que se apresentem sob a forma constitucional. Dessa garantia, surge a noção do direito subjetivo público, como aquele que o indivíduo titulariza contra o próprio estado.

A concretização do Estado de Direito se efetivou através de três formas, todas com mecanismo para justificar a Juridicidade estatal, a saber: Rechtsstaat, Rule of law, Etat legal.

A fórmula “the rule of law” sofreu variação de interpretação, mas é possível identificar alguns de seus aspectos básicos: uma seqüência da Carta Magna de 1215, principalmente na observância do devido processo legal; a prevalência das Leis e costumes perante a discricionariedade do soberano; a sujeição do executivo à soberania do parlamento e, finalmente, a igualdade de acesso aos tribunais para que os cidadãos defendam seus direitos.

“L’ État Legal” – No constitucionalismo Francês, a idéia de Estado de Direito se fundou na construção de uma ordem jurídica hierárquica em que o ápice da pirâmide era ocupado pela declaração de 26 de Agosto de 1789. Essa declaração servia, ao mesmo tempo, de supra e pré-constituição,

fundamentando-a, enquanto esta fundamentava as leis e outras normas situadas na base. A bem da verdade, nesse sistema, a declaração e, formalmente, a própria Constituição. Este sistema serve de parâmetro aos estados constitucionais da atualidade.

Pelo sistema Alemão, o “Rechtsstaat” se caracteriza como Estado liberal de direito. É antagônico ao Estado da Polícia. Limita-se à defesa da ordem e da segurança. Os aspectos sociais e econômicos são tratados na órbita das liberdades individuais e de concorrência, de modo que os direitos fundamentais decorram do respeito a essa esfera.

O Estado também é limitado pelo direito, limitação que alcança o próprio soberano, transformando-o em órgão do próprio Estado.

1. 1.11 Estado Democrático de Direito

No que concerne ao acréscimo do adjetivo “democrático”, a estado de direito, Miguel Reale indaga da razão de tal acréscimo.

Após discordar dos que consideram sinônimos os termos “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito”, o jurisfilósofo se vale da Constituição pátria para uma releitura da soberania e destacar os outros elementos diferenciados do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Restou escrito que o estado de Direito é aquele regulado por uma Constituição que estabelece a divisão do exercício do poder e os direitos individuais.

O estado de direito foi incorporando instrumentos democráticos, com o fito de proporcionar ao povo o exercício do poder.

No estado democrático de direito que, além de ser criado e regulado

por uma constituição, adota a divisão de poderes, o poder político é exercido, em parte, direta e indiretamente pelo povo, através de órgãos estatais independentes e harmônicos que controlam uns aos outros e mais: os agentes públicos principais são eleitos e renovados, temporariamente, pelo povo e respondem pelo cumprimento das suas obrigações.

Na dimensão abstrata, CANOTILHO²⁰ (1998, p. 91-92) partilha desse mesmo entendimento, acrescentando que o estado constitucional não se restringe ao estado de direito. Se este serve como divisa entre os Estados que têm e os que não têm Constituição, isto implica em que o estado constitucional se estende a um estado de direito democrático, que significa uma ordem legitimada pelo povo, pois o princípio da soberania popular é uma de suas frases mestras. O estado de direito é o da legalidade. Ao estado democrático de direito, acresce-se a legitimidade.

Através desse percurso histórico, chegou-se ao estado democrático e ao democrático de direito, com o objetivo de se construir um cenário para apresentação do instituto da defesa. Não há outro lugar imaginável para recepcionar tal instituto, pelo que fica convencionado que, com referencia a defesa e ampla defesa, tais institutos têm como sedes o estado democrático e o estado democrático de direito.

CAPÍTULO II

DA DEFESA

A existência de uma ação, qualquer que seja, desencadeia necessariamente uma reação. A reação é ínsita à ação, com resposta. O fenômeno é observado de modo abrangente em variadas atividades e em todos os campos do saber.

Foi no choque de dois corpos que se observou, de maneira empírica, a existência física da reação. Deve-se, portanto, a Newton a primeira sistematização sobre a defesa. É o princípio da ação e reação ou a 3ª Lei de Newton, segundo a qual “toda ação corresponde a uma reação, com a mesma intensidade e sentidos contrários”²¹.

O homem, conquanto racional, não escapa de ser produto da natureza e, também, reage a uma ação.

A defesa, pois, é uma resposta a um ataque. É a reação em consequência do estímulo do ataque.

Essa noção na psicologia não é completa, pois pressupõe seja um ato instintivo.

Se um objeto se precipita em direção aos olhos de uma pessoa, estes, instintivamente, se fecham. É uma atitude de defesa instintiva. É um ato reflexo. Mas, se na luta de boxe, um dos contendores “se esquivava de uma cruzada”, essa defesa é um ato do intelecto. É justamente essa defesa, fundada na intencionalidade, o objeto de nossa análise.

A defesa, tema de nossa ocupação, é a reação ao estímulo ataque que, por seu turno, se traduz por acusação, obra pelo intelecto.

No campo do saber Jurídico, o fenômeno dialético não é muito diferente. A relação é muito mais complexa: de um lado, o direito de ação; do outro, a formação do contraditório com a informação do teor da acusação por parte do acionado e o conseqüente direito de defesa.

2. 1 Evolução histórica

O direito processual de defesa não experimentou uma evolução histórica uniforme em todos os lugares. E não poderia ser de outra maneira, pois os diversos povos da antiguidade alcançaram níveis ou graus de civilização em épocas e patamares diferentes. Além do mais, a evolução do processo e, conseqüentemente, dos seus institutos, inclusive a defesa, não foi linear, mas, marcada por avanços e retrocessos, tornando-se quase impossível fazer-se uma análise cronológica do instituto da defesa. Acresce dizer que não há um estudo histórico puro e individual da defesa, mas dos institutos processuais, de modo que os mais apurados apresentam, no mínimo, a defesa juntamente com o direito de ação.

Nas civilizações mais remotas de que se tem notícia, não havia qualquer estrutura organizacional. A punição era uma atividade do ofendido ou do seu

grupo, família ou tribo. A defesa, de igual modo, se manifestava como um ato pessoal. Nessas sociedades primitivas, operava-se a vingança privada, e o ofendido era autorizado a proceder uma reação contra o ofensor. Inexistiam regras sobre a acusação, tampouco de como se desenvolver a defesa. Tudo ficava a mercê da força física e da sorte das pessoas ou dos grupos incumbidos da ação e da reação.

Em conseqüência deste modo de compor os litígios, as tribos viviam em constantes disputas e guerras e, ante o risco de dizimação, os homens começaram a se estruturar socialmente. Admite-se o poder central superior do chefe da tribo, que assume o direito de reprimir os atos que atentam contra a estabilidade do grupo, de acordo com sua gravidade. Ainda não havia distinção entre o ilícito penal e ilícito civil e, muitas vezes, a resolução da contenda ocorria com a reparação do dano ou pela sanção imposta pela própria vítima. Neste procedimento, a possibilidade de defesa era mínima.

À medida que as estruturas sociais se organizam e, por conseguinte, o direito e as formas processuais se aperfeiçoam, o direito de defesa, ou, pelo menos, o direito de ser ouvido, atravessa, de maneira paulatina, um longo percurso temporal, até os dias de hoje.

Voltando ao curso da narrativa, a primeira manifestação de garantia do direito de defesa, segundo FERNANDES apud. AZEVEDO (p. 49/50), é encontrado na Bíblia, quando Deus julga Adão.

A propósito, os hebreus tinham normas de garantias contra abusos e proporcionavam ao acusado, guardadas as devidas proporções, meios de defesa: a hipótese da prisão em flagrante, o acusado só seria preso após ser levado ao tribunal para se defender. Não havia interrogatório oculto; a condenação não podia ser apenas baseada na confissão, e a instrução e os debates eram públicos. Esse procedimento foi observado no julgamento de Jesus Cristo em que houve oportunidade para a defesa e procedeu-se a uma instrução pública.

Os gregos distinguiram crimes públicos de crimes privados. Concebiam como crimes públicos aqueles que ofendiam a comunidade. Neste caso, a acusação era confiada aos “Tesmotetas” ou cidadãos indicados para acusar. Nesta modalidade de crime, as penas eram coletivas, aplicadas aos membros da família do criminoso.

Os crimes privados eram aqueles que atingiam, tão somente, o particular, que poderia, se desejasse, proceder à acusação. Nesta espécie, as penas eram individuais, pois ensejavam a punição apenas do autor, o que hoje se denomina responsabilidade individual.

Havia um procedimento padrão em que o acusado era notificado para comparecer, pessoalmente, perante o magistrado para se defender através de exceções, escusas ou, mesmo, reclamar o prazo para sua defesa. Antes de proceder ao julgamento oral e público, fazia-se uma avaliação da seriedade do acusado que podia efetuar a defesa, falando depois da acusação, apresentar provas e valer-se dos logógrafos. Sobre esse procedimento, vale o registro de GODOY (1999, p. 254):

“Os litigantes usavam a palavra e aqueles que não confiavam em seus talentos oratórios valiam-se da redação de profissionais (logógrafos) que preparavam os discursos. Os logógrafos recebiam por suas peças. Havia também o socorro da redação de amigos (synégoros). Réu e autor podiam pedir ao tribunal que os ajudasse na escolha de amigos com melhor facilidade de expressão. A autoridade era raramente recusada, exigindo-se apenas (no caso de advogado amigo), que ele não cobrasse pelos serviços. Essa é a origem dos synégoros, também chamados de súndikos.

É o caso da famosa defesa por Demóstenes, em

prol de Ctesifonte, que propusera ao conselho uma moção em favor de uma coroa de ouro para Demóstenes. Ctesifonte foi processado por Esquines, e Demóstenes teve de defende-lo. O interessante é que a defesa de Demóstenes torna-se sua própria defesa. Afinal, defendendo Ctesifonte, Demóstenes tinha que justificar suas próprias virtudes.

A defesa própria era muito comum e o exemplo de Sócrates é o mais recorrente. Também Psístrato foi citado para um processo de homicídio, apresentando-se pessoalmente para defesa, e o denunciante, amedrontado, foi revel”.

No direito romano, não havia acusação, no período “cognitio”, mas um procedimento investigatório, feito pelo magistrado que, ao finalizar, poderia decidir sobre a pena, ou admitir a defesa, realizando o interrogatório. Admitiu-se, posteriormente, preservando-se os poderes inquisitórios do juiz, que homens e cidadãos postulassem pela anulação da sentença, dando oportunidade para a defesa, no procedimento denominado “anquisitio”. Com o tempo, a evolução chegou a um novo sistema, o da “accusatio” em que a acusação era feita por qualquer cidadão ou, mesmo, pelo ofendido e, após um juízo simplificado de admissibilidade, procedia-se o julgamento pelos “*Judices Jurati*” e presidido pelo “quoesitar”. O acusador apresentava uma minuta em que declarava o nome do acusado, o crime e as questões do processo. O acusado, por sua vez, deveria tomar ciência das acusações, tendo o direito de fiscalizar as diligências, assistir a ouvida das testemunhas, interrogá-las e formular contradita, como, também, poderia se defender pessoalmente, ou através de procurador.

Na última fase da evolução histórica, houve regressão. O magistrado ganhou mais poderes, que foram subtraídos do réu.

O processo germânico não conhecia a distinção entre infração civil e penal. A acusação era feita pela família da vítima, de forma privada e perante a assembléia.

O procedimento previa o contraditório, não a defesa, mas apenas um direito de resposta para admitir ou não a acusação. Admitida a acusação, a consequência era a condenação. Em caso de negativa, havia a produção de provas, todas de conotações religiosas, onde se destacavam as ordálias, o juízo de Deus e os juramentos. Esta última modalidade, sob a afirmativa de que não cometera o crime, confirmado pelos juizes, poderia levar o acusado à absolvição, pois acreditavam que ao proferir juramento falso, não escapava, seu autor, do castigo de Deus. As ordálias consistiam em provas penosas, perigosas e mortais, sob a presunção de que os inocentes saíam ilesos, pois teriam a seu favor, a graça e a intervenção divinas.

Sob a influência direta do direito canônico e com o fortalecimento das monarquias, instalou-se na Europa Continental, a inquisição com seu processo inquisitivo.

Neste procedimento, era ínfima a possibilidade de defesa. O Juiz exercia também a função de acusador. A tortura era meio de se obter confissão, que tinha validade e eficácia de uma robusta prova de culpa. Diante desse clima, não sobrava outra alternativa para as testemunhas senão confirmar a acusação, pois temiam pela própria sorte. O exercício efetivo da defesa era quase impossível.

O procedimento, bem verdade, era bifásico. A primeira, “*a inquisitio generalis*”, não tinha formalidades rigorosas, e a finalidade era a coleta de provas. Na segunda, “*a inquisitio specialis*”, instaurava-se um procedimento formal minucioso contra o acusado.

No tocante à defesa, no procedimento inquisitório, a possibilidade era bastante limitada.

Formalmente, a defesa era admitida, e o acusado era ouvido, podendo negar o fato, o que não era aconselhável, diante do sofrimento que adviria pela possibilidade da tortura, para ser obtida a confissão.

Na Inglaterra, porém, o procedimento previa uma acusação em que se solicitava a detenção do acusado. O processo era submetido a uma avaliação prévia do juiz que, se considerasse a acusação fundada e séria, emitia decisão admitindo-a e mandava expedir um “*Warrant*” contra o acusado. Em seguida, havia uma segunda apreciação feita pelo grande júri que, se considerasse procedente a acusação, remetia-a para o pequeno júri. Nesta terceira fase, indagava-se se o acusado era culpado ou inocente. Admitida a culpa, era condenado. Com a negativa, ou afirmação da inocência, seqüenciava-se com a produção de provas a realização de debates, culminando com o veredito dos jurados.

No sistema continental, pouca coisa mudou, com exceção quanto a função do acusador, em que o juiz foi substituído pelo Ministério Público. Tal situação se deve ao fortalecimento da monarquia no período inquisitorial, pois o membro do Ministério Público era agente do rei, com a incumbência de defender os interesses da Coroa e, aos poucos, foi assumindo o papel de acusador público.

O sistema inquisitorial despertou reação de ardorosas vozes, com especial destaque para a obra de Cesare Beccaria, de 1764, titulada de: *dos delitos e das penas*, que se insurge contra o sistema processual vigente; condena a maneira como se considerava a defesa, com a idéia de que se trata de um direito natural; sustenta que o réu deve ser visto como um sujeito de direito e, não, como um objeto de apuração do crime, e centra crítica contra a aplicação da pena que não deve ser desmedida, mas proporcional ao delito, com natureza retributiva e preventiva, como se apura de sua conclusão.

Com o advento da Revolução Francesa, e a legislação que se seguiu, as infrações penais foram divididas em crimes, delitos e contravenções, para serem julgados em tribunais diversos. O Tribunal Municipal julgava os delitos; o Tribunal Correcional, as contravenções e o Tribunal Criminal, os crimes. Os procedimentos também eram distintos. Com base no sistema Inglês, foi introduzido o júri, inclusive com o grande e pequeno júri. O grande júri, com a atribuição do Juízo de admissibilidade, enquanto o pequeno, com competência para o julgamento. Depois, esse sistema foi alterado para permitir que os jurados decidissem sobre o fato e sobre a aplicação da pena. Com a codificação, o code d' instruction criminelle de, 1808, mantém a tripartição das infrações, bem como os três tribunais distintos para julgá-los, ou seja, os tribunais correcionais para os delitos, os tribunais de polícia para as contravenções e cortes de "assises" para os crimes. Institui-se um sistema misto de três fases: investigatória, instrutória e de julgamento. Na fase instrutória, que era escrita, secreta e presidida por um Juiz, não se admitia a participação da defesa, bem vinda na fase de julgamento. A denominação de sistema misto se deve a existência de uma fase secreta presidida por um Juiz, sem a participação da defesa e outra pública, com admissão do contraditório e a intervenção defensiva. Houve grande influência desse sistema na maioria dos países da Europa e suas colônias.

No século XX, ocorreram progressos para o direito de defesa, através de constantes concessões. Primeiro, com a faculdade de o acusado possuir defensor e, posteriormente, manter contato com este. Permitiu-se ao defensor fazer observações e perguntas. Essas garantias foram positivadas pelos códigos da Áustria de 1873, da Alemanha de 1877, da Noruega de 1877, da Hungria de 1873, da Espanha de 1882, da Itália de 1913, além da França, através da lei Constans, de 8 de dezembro de 1897.

Com o advento das guerras de 1914 e 1939, e a volta dos sistemas ditatoriais, houve uma involução para prevalecer a idéia da supremacia do Estado sobre o indivíduo. Antigas restrições ao direito de defesa, que se presumiam sepultadas, reapareciam, limitando esse direito. Retrocesso

marcante ocorreu na Itália fascista com o código de Rocco, de 1931, com a exclusão da presença do defensor na fase instrutória. A exceção ocorreu na França, onde leis garantiam a assistência durante determinados atos da instrução preparatória.

A proteção aos direitos humanos foi, recentemente, fonte de preocupação de vários movimentos e organizações não governamentais que visam à garantia do indivíduo contra os abusos dos órgãos públicos.

A resposta legislativa foi positiva e ocorreram várias alterações no sentido de ampliar a garantia de defesa. Registra-se, na Itália, o dispositivo, contido na constituição republicana, de que a *“defesa é um direito inviolável em todo o estado e grave de procedimento”*. Conquanto na França, o sistema misto permaneça, ocorrerem reformas legislativas, no sentido de restringir os poderes do juiz instrutor e oferecer mais proteção ao suspeito. No Brasil, a constituição de 1988²⁵ reconheceu, expressamente, não só o direito de defesa, mas o direito da “ampla defesa”, extensivo ao processo civil e administrativo.

No entanto, a tendência, infelizmente, é o retrocesso no que concerne ao instituto da defesa, e a senha foi o atentado terrorista às torres gêmeas:

Quando, naquela manhã de 11 de setembro, o mundo assistiu perplexo, pela televisão, a dois aviões, de maneira consecutiva, se chocarem com as duas torres do World Trade Center, fazendo-as desabar, consumou-se o maior atentado terrorista já ocorrido e, sem dúvida, um marco de divisa na história da humanidade.

O resultado daquela terça-feira de terror foi de perda para todos: vidas humanas foram ceifadas; as bolsas de valores despencaram junto com as torres; o preço do petróleo disparou no primeiro momento e caiu vertiginosamente em seguida. A recessão era a previsão de todos. Essas consequências econômicas atingiram, ou atingirão, via cascata, toda a

economia do mundo conhecido.

A consequência militar foi a guerra empreendida pela maior potência da terra, a qual exercitou e experimentou suas máquinas bélicas sobre uma região cujo povo convive com a guerra, desde Alexandre, até os generais da extinta União Soviética.

Essas consequências – tanto as econômicas quanto as militares – visíveis e imediatas se esvaíram com o tempo, adentrando a história.

As jurídicas, sociais e filosóficas são apenas lembradas por poucos, nem sempre com precisão, mas permanecerão interferindo ao longo do tempo, na vida de todos.

Registrou-se, logo após o atentado, que 997 pessoas foram presas, por simples suspeita, nos Estados Unidos, no período de 11 de Setembro a 28 de Outubro do corrente ano.

O fato poderia ser de somenos importância, se ocorresse em outro País. Causa preocupação, todavia, que essa involução ocorra em uma nação que foi forjada à luz da liberdade e com a participação popular.

Bem verdade que a decantada participação popular não ocorreu, como estampam os documentos legais, notadamente a Constituição, como bem revela BARROSO²⁶.(2001, p.59)

É curioso lembrar, por outro lado, que muito embora o atentado tenha ocorrido em solo americano, a reação inglesa foi tão intensa e imediata quanto a do país agredido, como se um pai já adulto, partisse em defesa de seu musculoso e jovem filho.

Seria ingenuidade reconhecer que só houve reações sentimentais, ou mesmo, que o sentimentalismo fosse o móvel principal da atitude. Tais

razões, entretanto, paradoxalmente, são as mesmas que originaram e nortearam a defesa das liberdades públicas.

Foi, justamente, a Inglaterra, o palco das primeiras manifestações pela liberdade política e igualdade civil, como condições imprescindíveis à vida social.

O documento que positivou estas conquistas foi a Magna Carta de 1215, contendo 63 parágrafos, onde se destacam o 12º e o 39º²⁷, escritos todos em latim, os quais estabeleciam as garantias exigidas, bem como as limitações à autoridade real.

Conquanto não contemplasse a tolerância religiosa e outros direitos individuais que o mundo moderno veio a conhecer posteriormente, a Magna Carta lançou os primeiros fundamentos da liberdade política e da liberdade civil.

Outros documentos, porém, vieram saciar essa expectativa, a exemplo do “bill of rights”, no Século XVII e a Lei do estabelecimento, em 1701.

De maneira continuada, o parlamento foi limitando ainda mais a autoridade do rei, abrindo flanco para as liberdades. Nesta sucessão, estabeleceu-se que o rei não podia revogar as leis oriundas do parlamento, tampouco dispensar ninguém do seu cumprimento; concedeu-se o direito de petição; vedou-se ao rei organizar exército em tempo de paz, sem consentimento do parlamento, e aos parlamentares, serem presos ou responsabilizados por seus votos, bem como imporem-se multas pesadas ou penas cruéis aos criminosos.

No que concerne aos Estados Unidos, suas origens remontam aos dissidentes religiosos que saíram da Inglaterra no navio May Flower, fugindo das perseguições.

Por todos esses envolvimento e circunstâncias, foi o estado moderno que melhor assimilou o culto aos direitos individuais e até avançou, por óbvios motivos, em relação à liberdade religiosa, reconhecida pela Constituição de Rhode Island em 1663.

A bem da verdade, a Constituição norte-americana, em sua forma inicial, não continha uma declaração de direitos, mas, em 1789, foi apresentada a primeira emenda, com a declaração dos direitos individuais.

Discute-se sobre as bases filosóficas dos direitos individuais. Alguns ressaltam a influência da declaração da Virgínia sobre a Assembléia Constituinte Francesa, por lhe ser anterior, no que concerne à adoção da declaração dos direitos do homem e do cidadão. Outros reconhecem que houve apenas o uso da técnica da declaração americana, já que os revolucionários franceses vinham preparando o advento do estado liberal ao longo de todo século XVII. O certo é que as fontes filosóficas e ideológicas das declarações, tanto francesa como americana, foram de pensadores de correntes filosóficas humanitárias, cujo objetivo precípua era libertar os homens das amarras do absolutismo, destacando-se, dentre eles, Rousseau, Locke e Montesquieu.

O traço comum entre eles, principalmente entre Rousseau e Locke está no contrato social e na priorização da liberdade, ao contrário de Hobbes que também admitia o estado de natureza, o contrato social, mas, em contraposição, preconizava a hipertrofia do estado, e o absolutismo.

De sorte que a luta, autoridade versus liberdade, travada no campo das idéias, é bem mais visível entre os contratualistas.

Os que optaram, ao longo da história, pela liberdade, pelos direitos fundamentais, pela democracia, seguiram as idéias de Rousseau, Locke e

outros. Os que preconizam o absolutismo do poder e a hipertrofia do estado têm, principalmente, Hobbes, como fonte de inspiração.

O Estado norte-americano contemporâneo se apresenta, ou pelo menos tentava se apresentar, como o guardião da democracia, da liberdade e dos direitos do homem.

Nasceram de união e independência de 13 colônias, fizeram uma guerra interna, participaram decisivamente de 2 guerras mundiais e lutaram ou interferiram em mais de uma dezena de outras, sempre sob a bandeira da democracia, da liberdade e dos direitos individuais.

Paralelo a isso, não só o Estado, mas a Nação e o povo Norte Americanos, conseguiram inegáveis desenvolvimento e riqueza, sem paralelo, na história da humanidade.

A ocorrência do atentado inverteu toda tendência e o que se verifica é a priorização da segurança.

Tudo isso leva a reviver o dilema maniqueísta da história política, entre a liberdade e a autoridade, esta última sempre justificada com a segurança.

Hoje, o de que se tem notícia acerca do respeito a liberdades individuais nos Estados Unidos é preocupante.

Freqüente é o noticiário de que pessoas com nome árabe ou que guardem qualquer característica fisionômica desse povo, são presas e interrogadas. Digno de registro é o exemplo ocorrido com o técnico de futebol e atual supervisor técnico da seleção brasileira, Mário Jorge Lobo Zagalo, ou simplesmente Zagalo, como é bastante conhecido, em sua última estada no território norte-americano. Conquanto guarde consigo a façanha ímpar de ter ganhado 4 copas do mundo, uma delas no próprio solo norte-americano, ocupando o mesmo cargo que hoje exerce, a polícia norte-americana não lhe

poupou o constrangimento de levá-lo a uma unidade policial para ser interrogado, tão somente porque seu passaporte registrava uma passagem pelo mundo árabe.

O governo Norte Americano, após o atentado, fez uma opção clara pela segurança. O congresso já aprovou uma série de leis penais e processuais penais mitigando direitos individuais, e a tendência, nessa cega luta, é esquecer todos as lições de Rousseau e Locke. Mesmo sem direção e intenção, acabará por bandear-se para Hobbes e, se essa tendência se confirmar, desgraçadamente, surgirá, após 324 anos da passagem do filósofo inglês sobre a terra, a mais perfeita e acabada encarnação do seu monstro.

2. 1. 1 Evolução histórica da defesa no Brasil

As primeiras leis gerais para o processo criminal foram produzidas no reinado de D. Afonso IV. Eram leis rigorosas, pois elaboradas em pleno período inquisitorial.

As ordenações afonsinas de 1446, já no reinado de Afonso V, reservava o Livro V para o processo criminal. O início do processo se dava com a querela, a denúncia ou, em caso de devassa, após o encerramento da inquirição. A querela era efetuada por pessoa certa. A denúncia era secreta e a inquirição era de ofício. O acusado era citado e interrogado, ocasião em que poderia confessar o crime ou contestar a acusação. Permitia-se, também, requerer que as testemunhas da devassa se tornassem Judiciais o que importava em nova ouvida, desta feita, perante o Juiz e na presença do acusado. Após esse procedimento, o acusado tinha oportunidade de realizar a defesa, antes do julgamento.

Nas ordenações manuelinas, que contavam com a presença do promotor de justiça, o processo se iniciava com o sumário da querela ou após

a devassa. Após a instrução, havia também decisão de pronúncia.

Nas ordenações filipinas, há também a decisão de pronúncia que sucedia a um procedimento variado, de acordo com os crimes públicos, particulares ou os casos de devassa. Nos crimes particulares: a querela, a inquirição sumária, o corpo de delito e a pronúncia; nos crimes públicos: a querela ou a denúncia, o caução de custas, emenda e satisfação, o corpo de delito e a pronúncia; no caso de devassa, após esse procedimento oficial do juiz, seguia-se uma instrução e pronúncia e, sempre que o réu estivesse preso, deveria ser interrogado.

Iniciava-se, após a pronúncia, uma nova fase que se finaliza com o julgamento. Havia dois procedimentos: o ordinário e o sumário. No procedimento ordinário, o réu era citado seguindo-se os atos de Libelo, exceções, contestações, contrariedade, réplica, tríplica, provas, publicações, alegações de defesa e sentença. O procedimento sumário era reservado para crimes leves, bem como para os casos capitais. Nos crimes leves, não havia solenidade mas seguia o procedimento com a citação, defesa e recurso, tudo com brevidade. Nos crimes graves, não se procedia a citação e as testemunhas da 1ª fase não eram requeridas, tornando-se, por conseguinte, judiciais. Admitia-se, apenas, uma breve defesa.

Durante o período que se transcorreu entre a volta de D. João VI para Portugal e a Independência, foram produzidas várias medidas legislativas em matéria processual penal visando à proteção do acusado concernente à prisão. Passou-se a exigir a prévia formação de culpa para que alguém pudesse ser preso. Aboliram-se, também, as devassas.

Quanto ao exercício de defesa, especificadamente, nada foi alterado, mas as normas visavam evitar investigações indiscriminadas, acusações injustas e prisões em excesso.

Acresce dizer que o Júri foi criado em 18 de junho de 1822, com

competência para os delitos de Imprensa.

Após a Constituição de 25 de março de 1824, até o advento do código criminal do Império em 1831, juízes de paz tinham a incumbência de realizar investigações e proceder a interrogatórios de pessoas presas, ouvir testemunhas e determinar outras provas, até a pronúncia, julgando inclusive, crimes de menor relevância. Antes do código criminal, na lei de 23 de setembro de 1828, havia disposição específica, tornando necessária que a acusação fosse escrita, possibilitando-se ao réu, contestação como forma de defesa, e a produção de prova, sem a qual não se admitia sentença definitiva.

Com o advento do código de processo criminal, a competência do júri foi estendida aos crimes com pena suprema a seis meses, ou punidos com o degredo. Confirmou-se a abolição das devassas e foram-se aperfeiçoando os meios de instauração do processo. Atos processuais foram renominados: as querelas passaram a se denominar queixas; denúncia, antes usada para indicar a notícia do crime feito por qualquer pessoa do povo, toma o sentido que conserva até hoje, qual seja, a acusação feita pelo Ministério Público.

Ao juiz foi atribuído o papel de instrutor e julgador. Como Juiz Criminal, declarava, após a formação de culpa procedente ou não, a queixa ou denúncia. Procedente, encaminhava o processo ao júri de acusação. Refutada a queixa ou a denúncia, a decisão comportava recursos para o júri de acusação.

No processo civil, a história da garantia da defesa, no Brasil, passa a ser contada a partir da Constituição de 1988, pois, nas Constituições anteriores, se restringia às áreas penal e tributária. Em comentário à Constituição de 46, Pontes de Miranda foi enfático, citando, inclusive, Jurisprudência:

“A defesa que alude o § 25, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal ou em

processo fiscal-penal. O princípio nada tem com o processo civil, onde há réus sem direito a defesa antes da condenação. Assim, a antiga Corte Suprema, no Agravo de Petição nº 6.717, a 22 de julho de 1936, que, a propósito de arguição de inconstitucionalidade de regra de processo Civil, em face do art. 113, 24 da Constituição de 1934, que assegurava aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a essa, disse (voto do relator: “O invocado preceito, enquadrado entre os incisos 21 a 31), de 1934, que todos consagram garantias a réus em processos criminais, ou acusados de crimes, propriamente ditos, não cogita estabelecer nenhuma norma fundamental para o processo civil. Correspondia ele ao § 16 do art. 72 da Constituição de 1891 (texto da Reforma de 1926), suprimidas, apenas, as palavras *desde a nota de culpa...* supressão esta que se explicava pelo fato de haver o legislador constituinte de 1934 substituído a garantia da nota de culpa pela obrigação imposta à autoridade de comunicar imediatamente ao juiz competente a prisão efetuada, que o Juiz deverá relaxar, se for ilegal”

2. 2 DEFESA NO PROCESSO

A instituição e a regulação do direito de resposta, na legislação infraconstitucional, ocorrem em atenção ao princípio do devido processo legal, mais precisamente, dos sub princípios do contraditório e da ampla defesa.

É inadmissível o processo sem as garantias essenciais do direito de defesa, compondo com outra garantia o devido processo legal.

No processo brasileiro, era uma das salvaguardas do processo criminal. Com a evolução, as garantias expandiram para vários ramos do direito, culminando com a constituição de 88, que o estendeu para todos os ramos.

A bem da verdade, a constituição atual foi promulgada em data posterior ao código de Processo Civil. O referido código de ritos, no entanto, foi recepcionado, e no particular, justamente, por convergir com o princípio do devido processo legal. Fosse outra orientação, a norma, naturalmente, não teria sido acolhida, e seria automaticamente repudiada pelo sistema jurídico. Constituição e lei ordinária se situam em diferentes patamares: Constituição não desce para revogar lei; lei não sobe para enfrentar a Constituição. As normas convergentes subsistem; as conflitantes são descartadas de maneira tácita, pelo efeito ab-rogativo da constituição. É o fenômeno da recepção da ordem normativa, bem abordada por MARIA HELENA DINIZ²⁸ (1998, p. 67) por ocasião dos comentários à lei de Introdução ao código civil.

O código de processo penal é mais antigo, e muitas de suas normas não foram recepcionadas. No que concerne ao tema presente, não há divergências, posto que as garantias insertas no princípio do devido processo legal centravam foco em direção a esse ramo do direito, em quase todas as constituições anteriores.

No processo penal, não ocorre a possibilidade reconvenicional como no processo civil. O autor será sempre o Ministério Público, nos crimes de ação pública, e o querelado, nos crimes de ação privada.

A propósito, a ação penal, pode ser pública ou privada. Concebe-se que o crime é uma ofensa à sociedade e o estado, como seu representante, tem o “jus accusatium”. O direito de ação é, pois, do estado que o exerce mediante o órgão do Ministério Público, através da peça processual da denúncia. Em regra, a ação penal é pública, assim reconhece se a lei silencia sobre quem deve tornar a iniciativa de provocar a atividade jurisdicional penal. Os crimes de ação pública podem, ainda, ser

condicionados a uma atividade do ofendido ou seu representante. É crime de ação pública condicionada. Nos crimes de ação privada, a iniciativa compete ao ofendido que procede mediante queixa.

Reconhecem-se o crime de ação pública condicionada e o crime de ação privada, quando a lei estipular, expressamente, que “só procede mediante representação do ofendido ou “mediante queixa”, respectivamente.

A peça inicial de defesa nas ações penais é a alegação preliminar, ou defesa prévia, seguida das alegações finais, e no júri, seguem-se as defesas em plenário.

No processo penal, a defesa tem que ser qualificada. Não basta qualquer defesa. Necessário que ela tenha probabilidade de pertinência e razoabilidade. Mecanismos contidos na lei processual penal garantem a eficácia da exigência. A primeira é a necessidade do defensor e a obrigatoriedade de se ofertar a defesa, ainda que o réu esteja ausente, pois não se trata, segundo essa linha de pensamento, de uma simples faculdade, mas um direito indisponível, fruto de uma indeclinável injunção legal²⁹.

Ainda que ocorra a revelia, a defesa deve ser garantida, pois esta não induz à exclusão da garantia constitucional.

Há um episódio na história da advocacia criminal brasileira que ilustra a necessidade do advogado no processo penal.

O fato, cujos protagonistas são Evaristo de Moraes e Ruy Barbosa, ocorreu no princípio do século passado, precisamente no ano de 1911.

O primeiro, que aceitara patrocinar a defesa criminal do Dr. José Mendes Tavares, inimigo político de ambos, elaborou consulta a Ruy, através de carta, sobre a possibilidade de desistir ou continuar a laborar em tal defesa.

A resposta de Ruy Barbosa, também através de uma erudita missiva, discorre sobre a defesa, com incursões no direito comparado, e com a conclusão de que, por mais infamante seja o crime, não há como julgar o acusado, sem defensor³⁰.

No âmbito tributário, herdamos o código³¹ do início dos governos militares, instrumento legal que normalizou o direito substantivo. No processo tributário, entretanto, há uma dicotomia procedimental: No processo cognitivo observa-se o código de processo civil, mas na execução, o rito é o da Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980, de modo que a defesa direta através da contestação, segue as mesmas regras do C.P.C., mas toda matéria de defesa na execução, além dos embargos, o rito aplicado é da referida lei de execução fiscal.

O procedimento administrativo obedece, em regra, ao código de processo civil. Na maioria das vezes no entanto, o procedimento vem inserto em leis especiais.

Significativas, neste setor do saber jurídico, são as normas que tratam das garantias individuais e coletivas, inclusive as que possibilitam o exercício de direito subjetivo ou regulam os remédios constitucionais, v.g. mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, habeas data, pois trazem ínsitas ao procedimento especial. Lembra-se v.g., a necessidade de citação (notificação) da pessoa que se beneficiou do ato impugnado para se defender, na qualidade de litisconsorte.

Maior diversidade possui a defesa no processo trabalhista. Nos processos de conhecimento, tanto no procedimento ordinário, quanto no sumaríssimo, segue-se a C.L.T., com a aplicação subsidiária da Lei do C.P.C. No processo de execução, o procedimento geral é o previsto na C.L.T., com aplicação subsidiária às regras atinentes à matéria, na Lei 8.636/80 e C.P.C. (art. 889 da CLT).

2. 3 DEFESA NO PROCESSO CIVIL

No estudo do processo civil, os institutos fundamentais examinados eram a ação, a jurisdição e o processo.

Acrescentou-se, recentemente, a essa trilogia, o instituto da defesa. É deste modo, com a inclusão da defesa, que DINAMARCO (1986, p. 72) discorre sobre os institutos fundamentais do direito processual³².

O direito de defesa, no processo civil, pode ser exercido através da defesa de mérito, que pode ser direta ou indireta, bem como através da defesa processual, que pode ser própria ou peremptória, e imprópria ou dilatória.

Na defesa de mérito, o réu visa resistir ao pedido do autor, ferindo o fato. Em outras palavras, o objetivo do réu é demonstrar falência da razão do autor na sua postulação.

Quando o réu nega a ocorrência dos fatos, ou afirma que eles ocorriam de modo diferente ou, ainda, os aceita, mas, não, suas conseqüências jurídicas, é a defesa de mérito direta.

A defesa de mérito indireta se caracteriza pela admissão dos fatos apresentados pelo autor, com a contraposição de outros, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito por ele apresentados. O objetivo não consiste em negar os fatos, nem suas conseqüências, mas trazer a lume fatos novos capazes de alterar as ilações e o resultado da demanda.

A defesa processual visa atingir a relação adjetiva. A finalidade não é a relação material, mas impedir a decisão de mérito ou retardá-la. Como já se antecipou, a defesa processual pode ser própria ou peremptória quando o escopo é excluir, extinguir a relação processual antes que chegue ao mérito;

ou imprópria ou dilatória, quando o desiderato é a regularização do processo, podendo, inclusive, ocorrer a paralisação para que seja sanado o vício.

O nosso código de processo civil elenca como instrumentos de resposta: a contestação, a exceção e a reconvenção.

Em todas as modalidades de resposta acima grafadas, o prazo é de 15 dias. As exceções ocorrem em casos de litisconsortes que tenham diferentes advogados, hipótese em que o prazo é dobrado³³ ou, ainda, quando envolver, como parte, o Ministério Público ou a Fazenda Pública, situação em que o prazo para contestar é quadruplicado, e dobrado para recorrer³⁴.

2.3.1 Da Contestação

A contestação é peça formal pela qual se exercita o direito de defesa no processo civil.

No procedimento ordinário, a contestação deve ser escrita, regra que se estende à exceção e à reconvenção. Admite-se seja oral no procedimento sumário, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

Os requisitos formais da peça contestatória são semelhantes aos da petição inicial, com menos rigor e mais flexibilidade. Os demais requisitos estão ínsitos na própria defesa e dizem respeito aos fatos, aos fundamentos jurídicos da impugnação, à especificação de provas, ao requerimento da improcedência do pedido, ou da exclusão do processo, sem julgamento do mérito.

É atribuição do réu, no processo civil, o exercício da defesa. A

contestação é o recipiente de toda matéria de defesa. Uma vez apresentada, não há mais como se deduzirem novas alegações, salvo as concernentes a direito superveniente e às matérias que podem ser conhecidas de ofício. É o princípio da concentração da defesa.

A regra da concentração da defesa deve ser obedecida, sob pena de preclusão. As alegações podem ter caráter alternativo e, ainda que sejam sucessivas e incompatíveis, a regra prepondera, pois vige o princípio da eventualidade.

A contestação é uma resposta. É a concretização do direito de defesa de se contrapor ao direito de provocar a jurisdição através da ação.

Emerge dessa situação que, no plano processual, o réu deve impugnar especificadamente todas as matérias constantes da petição inicial. Não se admite defesa genérica. Os fatos não impugnados geram presunção “juris tantum” de veracidade. É o que se denomina princípio da impugnação específica.

A petição deve ser redigida no idioma nacional, assinada por advogado legalmente habilitado e dirigida ao juiz da causa.

Incumbe ao réu articular todos os argumentos em seu favor, sejam eles de natureza material ou processual, bem como as defesas direta ou indireta, pois é o momento processual próprio para enfrentar as alegações dos autos expostos na petição inicial.

Antes de enfrentar as questões de fundo, pode o réu se valer da defesa indireta ou das preliminares processuais.

Nosso código de processo civil elenca onze matérias que podem ser argüidas em defesa indireta, ou em preliminares processuais. Pela própria denominação, pode-se antecipar que devem ser alegadas antes do mérito. O

elenco consta no art. 301 do C.P.C. e envolve os pressupostos processuais e condições, a saber:

Art. 301 do C.P.C.:

Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I – Inexistência ou nulidade da citação;

II - Incompetência absoluta;

III – Inépcia da petição inicial;

IV – Perempção;

V – Litispendência;

VI – Coisa Julgada;

VII – Conexão;

VIII – Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX – Convenção de arbitragem;

X – Carência de ação;

XI – Falta de caução ou de outra prestação, que a Lei exige como preliminar.

Há que se destacar, desse elenco, a incompetência absoluta, pois a relativa é argüida através de exceção.

A matéria enumerada no art. 301 do C.P.C., à exceção do compromisso arbitral, pode ser conhecida de ofício, o que importa em dizer que poderá ser alegada em outra oportunidade após o prazo de contestação, sujeitando-se o réu ao pagamento das despesas ocasionadas pelo retardamento.

Decorrido o prazo legal de 15 dias, sem que o réu ofereça a contestação, ocorre a revelia, cujo efeito principal é a presunção da

veracidade dos fatos afirmadas pelo autor e mais a desnecessidade da sua intimação nos demais atos processuais.

2.3.2 Da Exceção

É a modalidade de resposta do sujeito passivo para alegar incompetência relativa ou suspeição.

Pode ser argüida em qualquer tempo ou grau de Jurisdição, dentro do prazo de 15 dias, a contar do momento em que tomou conhecimento do fato gerador.

Deve ser apresentada através de petição escrita dirigida ao Juiz da causa. Quando se trata de exceção de incompetência, a petição deve apresentar os fundamentos do pedido e indicar o Juízo para o qual se declina. Quando for de impedimento ou suspeição, necessário especificar os motivos da recusa e instruí-la com documentos.

O oferecimento da exceção gera, como primeira consequência, a suspensão do processo. A exceção deve ser autuada em apartado.

2.3.3 Da Reconvenção

O instituto tem sua gênese no direito romano nas denominadas “actiones duplicia” ou “indicia duplicia”, em que as partes eram ao mesmo tempo, autores e réus. A reconvenção é um contra-ataque e, por conseguinte, ultrapassa a fronteira da presente análise, cujo objeto é a defesa.

2.3.4 Dos Embargos

Reservou-se ao processo de execução a tarefa de cumprir a norma de maneira coercitiva. No direito romano, vedava-se tal prática de modo que, na “actio indicati”, a ação se renovava sempre que o devedor se negava a adimplir a obrigação. Na idade média, porém, chegou-se ao meio termo, graças ao imediatismo do direito germano e a sentença ganhou eficácia e autonomia para derivar uma execução, sem necessidade de renovar a ação. Para abrigar o direito de defesa, surgiram os embargos à execução.

Conquanto os embargos tenham o escopo de albergar a defesa, suas características processuais são de ação, de sorte que suas garantias são as mesmas do direito de ação.

A observação vale para os embargos de terceiro e, guardadas as devidas proporções, para a ação declaratória incidental. O que ocorre, entretanto, de peculiar nos embargos de devedor é que, conquanto reafirmada sua natureza jurídica de ação, a admissão fica condicionada a segurança do Juízo, através da penhora ou depósito³⁵.

A doutrina moderna tem contornado essa vedação com a teoria da exceção da pré-executividade que consiste em permitir ao devedor, em casos de vícios geradores de nulidade, ou de inadmissibilidade da execução, arguir nos próprios autos, independentemente de embargos.

O assunto não é novidade. Como bem revela GUERRA³⁶ (1995, p.149):

***“A admissão da exceção de pré-executividade”
como meio de atacar a execução antes e
independentemente de se por embargos do devedor, já
na vigência do atual diploma legal, havia sido
sustentada por Pontes de Miranda”.***

Em 1984 v.g., no exercício da advocacia, o autor da presente fez uso

do instituto em sede, de processo de execução. O pleito foi rejeitado através de uma decisão interlocutória, motivando a interposição do agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. O recurso foi provido, conforme acórdão abaixo transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO

EM PRINCÍPIO O MEIO PRÓPRIO DE OPOR-SE A EXECUÇÃO SÃO OS EMBARGOS. ENTRETANTO, SE EXISTE NO PROCESSO DEFICIÊNCIA CAPAZ DE COMPROMETER O DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR, DEVE O JUIZ CONHECÊ-LA, PORQUE NÃO SOMENTE AS PARTES, MAS TAMBÉM AO ESTADO INTERESSA QUE O PROCEDIMENTO FLUA NORMALMENTE SUBSUMIDO ÀS PRESCRIÇÕES LEGAIS. É O QUE NOS ENSINA A DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 229/84, da Comarca de Feira de Santana, Estado da Bahia, em que é agravante, Antonio Fernando do Nascimento e agravada SERVI – Industria de Seringas e Vidros Ltda.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma Julgadora, DA Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em dar provimento ao agravo para que o ilustre juiz receba o petitório de fls. 09 e decida como de direito.

No processo de execução que lhe moveu SERVI –

Industria de Seringas e Vidros Ltda., no juízo da 3ª Vara Cível de Feira de Santana, Antonio Fernando do Nascimento ingressou com petição alegando que os poderes outorgados ao advogado do exeqüente não lhe facultava propor ação executiva, aludida, porque eram específicos para recebimento de determinados cheques que nominou.

O a quo rejeitou o petitório sob alegação de que somente por meio de embargos do devedor pode o executado opor-se à execução sendo-lhe vedado ingressar nos autos a destempo.

Inconformado, recorreu o peticionário Antonio Fernando do Nascimento, por agravo de instrumento alegando que os embargos constituem meio de defesa strictu sensu, de ataque ao título executivo, não lhe sendo proibido acompanhar o prosseguimento da execução, velando pela sua regularidade processual. Invoca como exemplo disposições processuais, como o de nomeação de bens à penhora ou de sua substituição, intervenção na avaliação etc. No caso, diz, buscando sanar irregularidade processual, o defeito de representação, assiste-lhe direito de intervir no processo, mesmo sem embargá-lo. Invocou sobre o assunto doutrina e jurisprudência. Juntou a petição recusada, e procuração outorgada ao seu advogado.

Intimada, a agravada juntou procuração e pediu traslado de peças diversas do processo no que foi atendido.

Formado o instrumento foram apresentadas contra-

razões onde ressaltou a agravada que a irregularidade do instrumento procuratório que instruiu a execução é sanável, e foi sanada estando as partes legitimamente representadas não havendo porque prosperar o agravo interposto.

Contados e preparados, o a quo manteve o seu despacho e determinou a remessa dos autos a esta superior instância.

Assiste razão ao agravante. É verdade que o meio próprio de opor-se o devedor à execução são os embargos. Nada obstante, se existe no processo deficiência capaz de comprometer o seu desenvolvimento válido e regular, deve o juiz conhecê-la, porque não somente às partes, mas também ao Estado interessa que o procedimento flua normalmente subsumido às prescrições legais. São neste sentido efetivamente as lições invocadas de HUMBERTO TEODORO JUNIOR E TEOTÔNIO NEGRÃO, máxime quando este, invocando o art. 475, III, do Código, sublinha caso de decisão que julga improcedente a execução:

“Note-se que o art. 475, III, fala em sentença que julgar improcedente a execução, e não que acolher à execução, para determinar a remessa necessária do feito ao Tribunal. Logo, a menos que haja um indesculpável defeito de técnica no texto citado, deve ser proferida a sentença julgando procedente ou improcedente a execução, se não forem opostos embargos a esta”.

E indubitavelmente poderá o juiz decretar a nulidade da execução, ainda que não seguro o juiz, ou não apresentado os embargos, bem como ordenar que se corrija a petição inicial, sob pena de seu indeferimento, conforme se deduz das normas constantes dos arts. 614, 616 e 618 do Código de Processo Civil.

Dá-se provimento ao recurso.

Sala da sessões, dezembro de 1984.

ABELARDO ROGRIGUES SANTOS – Presidente

MÁRIO ALBIANI - Relator

Bem verdade, tal argüição é bem conhecida da boa doutrina, sob o “nomem iuris” de exceção da pré-executividade e teve sua gênese, segundo GUERRA (1995, P. 149),³⁷ no parecer de Pontes Miranda sobre o caso da Companhia Siderúrgica Mannesmann, hoje compilado sob o nº 95, da obra “Dez anos de pareceres”.

O pretório, por seu turno, além de admitir a pertinência da exceção da pré-executividade, tem avançado em admitir a possibilidade do ajuizamento dos próprios embargos, sem a exigência da segurança do Juízo, com base nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como se confere na recente decisão, abaixo transcrita:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

**EMBARGOS DO DEVEDOR – PENHORA –
SEGURANÇA DO JUÍZO – INEXISTÊNCIA DE BENS
PASSÍVEIS DE PENHORA – PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO**

**CONTRADITÓRIO E SEREM EXERCIDOS ATRAVÉS DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV DA CF) –
RECEBIMENTO DOS EMBARGOS
INDEPENDENTEMENTE DA PENHORA –
POSSIBILIDADE.**

A questão referente à alegada excessividade da multa constante da CDA é a própria matéria de fundo dos embargos do devedor e, como tal, não pode ser conhecida em sede deste Agravo de Instrumento, que foi manejado contra a decisão que condicionou o recebimento daquela incidental à efetivação da penhora sobre bens do devedor.

A regra legal, cogente, no sentido de que os embargos do devedor só podem ser admitidos uma vez seguro o juízo pela penhora (arts. 737, I, do CPC e 16, § 1º, da LEF) deve ser flexibilizada em situações excepcionais, como, por exemplo, naquela em que o devedor, comprovadamente, não possua bens passíveis de penhora. Caso contrário, ter-se-ia evidente e indevida violação a princípio constitucional – por isso mesmo de hierarquia preponderante à lei ordinária – que assegura, através do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) – a defesa no processo de execução só se dá por intermédio dos embargos, excetuadas aquelas hipóteses excepcionalíssimas de cabimento da exceção de pré-executividade -, a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CF). Viabilidade, em situações que tais, de admissibilidade dos embargos do devedor sem que o juízo esteja seguro pela penhora, com o que se preserva íntegro o princípio constitucional inserto no art. 5º, LIV e LV, da Carta Política.

**TJRS – AI 70004032694 – 1ª C. – Rel. Des. Henrique
Osvaldo Poeta Roenick – DOERS 04.09.2002.**

2.3.5 Recursos

A legitimidade para interpor recurso decorre da sucumbência. Importa em dizer que o recurso pode ser usado, tanto pelo autor, que antes utilizara o direito de ação, quanto pelo réu, que exerceu o direito de defesa.

Convém lembrar que a presente abordagem é do ponto de vista da defesa, justamente, por isso, não se centrou análise sobre a reconvenção.

O recurso, ao contrário da reconvenção - que é um instituto posto à disposição de réu, mas com natureza jurídica de ação -, pode ser utilizado como sustentação dos argumentos da defesa. É sobre essa ótica que será analisado.

Trata-se de um direito da parte vencida, terceiro prejudicado ou o ministério público, o de provocar o reexame, junto à mesma autoridade ou de outra hierarquia superior, com o fito de reformar ou modificar. É ainda um dever do juiz, em hipótese de recurso necessário, interpor, neste caso, sempre para autoridade superior.

A interposição dos recursos exige a capacidade processual e a legitimação para recorrer. São os pressupostos subjetivos.

Os pressupostos objetivos são: a recorribilidade, tempestividade, singularidade e adequabilidade. Verifica-se, em primeiro momento, se a decisão é passível de recurso. Examina-se, ainda, se o recurso foi interposto no prazo legal. Pela singularidade, permite-se, apenas, um recurso para cada decisão, sendo a adequabilidade o exame da adequação do recurso em relação à decisão enfrentada.

Os recursos podem ter efeito devolutivo e suspensivo. O efeito devolutivo remete ao juízo a que se recorre, o conhecimento de toda a matéria; enquanto o efeito suspensivo tem o condão de suspender os efeitos da decisão.

Os recursos se classificam, quanto ao objetivo tutelado, em ordinários e extraordinários, cabendo aos primeiros, a discussão dos direitos objetivo e subjetivo, enquanto ao segundo, apenas o direito objetivo. Quanto ao fundamento ao Juiz recorrido, são retratativos ou não retratativos e quanto a extensão: total e parcial.

No processo civil, o código contempla os recursos de apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

O recurso de apelação compete à parte vencida e, se ambas forem vencidas, qualquer das partes poderá interpor o recurso adesivo no prazo de 10 dias, o qual será subordinado ao recurso principal.

A apelação pode ser interposta no prazo de 15 dias contra a sentença, e comporta os efeitos suspensivo e devolutivo.

O recurso deve ser dirigido ao juízo “a quo” em petição escrita, constando o nome e qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão. Recebida, o Juiz “a quo” observará a comprovação do preparo, declarará os efeitos e ordenará a intimação da parte recorrida, ordenando, após, a remessa ao Tribunal de Justiça.

O recurso de agravo é o meio de enfrentamento de decisão interlocutória. Há duas modalidades procedimentais: o agravo retido e o agravo de instrumento. O primeiro, dirigido diretamente ao Juiz prolator da

decisão impugnada de modo escrito ou verbal, inclusive em audiência, e, não havendo retratação, a peça ficará retida nos autos à espera de interposição de outro recurso, quando o juízo “ad quem” deve conhecer, como preliminar, contanto que o recorrente requeira expressamente.

Na modalidade agravo de instrumento, o agravante se dirigirá diretamente ao juízo “ad quem”, através de petição escrita, contendo a exposição dos fatos e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão, o nome e o endereço completo dos advogados que funcionaram no processo, juntamente com as peças obrigatórias e mais a imprescindível certidão da intimação da decisão impugnada, e o recibo de pagamento das despesas judiciais do ato, além dos documentos que o agravante julgar úteis.

Após a interposição, no prazo de 3 dias, o agravante deverá apresentar, ao Juízo agravado, a cópia da peça recursal, o comprovante da interposição e a relação dos documentos que instruíram o recurso.

No tribunal, o recurso será distribuído para o relator, que poderá negar o seguimento, convertê-lo em agravo retido, deferir o efeito suspensivo ou requisitar informações ao juiz da causa. Recebido o agravo, concedida, ou não, a liminar, ordenará a intimação do advogado do agravado e, no prazo de 30 dias da referida intimação, pedirá dia para julgamento.

Esse procedimento adveio com a reforma processual, em especial a lei 9.139 de 30.11.95. No sistema anterior, a interposição se fazia perante o Juízo “a quo” e o procedimento previa a extração de peças para a formação do instrumento, a contraminuta, a sustentação ou reforma da decisão e a remessa do instrumento ou tribunal.

O cabimento dos embargos infringentes se restringe a enfrentar decisões não unânimes, proferidas por tribunais, precisamente contra acórdão resultante de apelação que reformou sentença de mérito ou que tenha julgado procedente ação rescisória. Em caso de desacordo parcial, o

recurso se circunscreve à órbita da divergência.

Antes da lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, admitia-se contra apelação resultante de qualquer sentença, bem como não se distinguia o resultado da ação rescisória. Exigia-se apenas que a decisão não fosse unânime.

O procedimento, no entanto, foi modificado com a sistemática introduzida pela lei supra que prevê a abertura de vistas ao recorrido para contra-razões, antes da apreciação da admissibilidade.

Se a decisão for negativa, caberá agravo dentro do prazo de 5 dias. Admitido o recurso, será processado e julgado, de acordo com o regimento interno de cada tribunal, que se determinar a escolha de novo relator, deve recair sobre um desembargador que não participou do julgamento anterior.

O prazo de interposição é de 15 dias. Há efeito devolutivo e limitado à divergência. Teoricamente, comporta efeito suspensivo, pois o C.P.C. indica, expressamente, aquele recurso que não comporta efeito suspensivo, mas é silencioso quanto aos embargos infringentes. Na prática, porém, esse efeito fica subordinado aos efeitos atribuídos na apelação (art. 520). A realização prática ocorre quanto à ação rescisória, pois julgada procedente, por maioria, os embargos infringentes suspendem a eficácia do acórdão, obstando que ele produza qualquer efeito, até a decisão.

Os embargos de declaração têm pertinência quando existir, na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição ou omissão.

Antes da reforma processual de 94, havia, também, a “dúvida” como motivo de oposição.

A contradição que autoriza o uso de embargo deve ocorrer entre as preposições da decisão.

A omissão deve ser sobre o ponto sobre o qual o juiz deveria se pronunciar e não o fez.

Não há preparo, tão pouco audiência da parte contrária, exceto quando há possibilidade de efeito modificativo. Há efeito interruptivo, em relação aos demais recursos.

Bem verdade, os embargos de declaração sempre foram uma via procrastinatória bastante percorrida, o que ensejou reiteradas aplicações da pena reservada aos litigantes de má-fé, inclusive, de maneira, indistinta. O assunto, de tanto chegar ao crivo dos tribunais superiores, foi objeto da súmula: 98 do S.T.J., com o seguinte teor:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTADOS COM NOTÓRIO PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO NÃO TÊM CARÁTER PROTELATÓRIO”.

Os recursos extraordinários são interpostos para os Tribunais Superiores e se bifurcam em recurso extraordinário (scrito sensu) e o recurso especial. O primeiro deve ser interposto perante o Supremo Tribunal Federal e versa sobre matéria constitucional (art. 102, III da C.F.), enquanto o recurso especial, a discussão é sobre matéria infraconstitucional (art. 105, III da C.F.).

Os recursos extraordinários e especiais comportam apenas o efeito devolutivo e são interpostos no prazo de 15 dias, perante o Tribunal recorrido, que exerce o Juízo de admissibilidade.

Admitidos, os autos são remetidos para o S.T.F. ou S.T.J. respectivamente. Denegados, ensejam a interposição de agravo.

Os recursos ordinários são interpostos para o Supremo Tribunal Federal ou Supremo Tribunal de Justiça.

Compete ao STF, em sede de recurso ordinário, julgar o habeas corpus e o mandado de injunção, decididos, em única instância, pelos Tribunais Superiores, em caso de decisão denegatória, além do crime político.

Ao S.T.J., reserva-se o julgamento do R.O., os habeas-corpus, cuja decisão denegatória ocorreu em única, ou última instância, oriundos dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e territórios; dos mandados de segurança, cuja decisão denegatória ocorreu em única instância, oriunda dos Tribunais de Justiça Estaduais, do Distrito Federal e territórios, e mais das causas em que forem partes o estado estrangeiro ou organismo internacional, litigando com o município ou pessoa residente, ou domiciliado no país.

No processo penal, os recursos podem ser voluntários ou interpostos de ofício pelo Juiz, em casos especiais da sentença que concede habeas-corpus ou que absolve, de logo, o réu sob o motivo de inexistência de circunstância excludente de criminalidade ou o isente de pena. Os voluntários podem ser interpostos por petição ou por termo; de um lado, pela acusação, através do promotor, pelo querelante e, em casos especiais, pelo assistente do Ministério Público; pela defesa, pessoalmente pelo réu, pelo seu defensor, ou procurador. O código de processo penal elenca como voluntários: recurso em sentido estrito que comporta, em casos específicos, pelo art. 581, o de apelação, interposto da sentença definitiva ou tribunal do júri, os embargos e a revisão criminal, além dos recursos extraordinário e especial.

No âmbito trabalhista, são admissíveis os embargos, o recurso ordinário, o recurso de revista e o agravo, todos com prazo de interposição de 8 dias.

Os embargos de pleno foram eliminados pela lei 7.701/88, restando os infringentes, cabíveis contra decisão não unânime em processo de dissídio coletivo de sua competência originária, exceto se a decisão impugnada

estiver coerente com precedente jurisprudencial do T.S.T. ou da súmula; e os embargos de divergência, que servem de enfrentamento às decisões divergentes das Turmas, ou destas com decisão da Seção de dissídios individuais, ou com enunciado da súmula, bem como as que violarem literalmente preceito de lei federal ou da constituição.

Os recursos ordinários são interpostos das decisões definitivas dos Juizes do Trabalho, dos Juizes de direito e dos Tribunais Regionais em processo de sua competência originária. O procedimento é simplificado nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo.

O recurso de revista é cabível das decisões do recurso ordinário e discute apenas o direito objetivo, quer por dissídio pretoriano para uniformizar a jurisprudência, quer para restabelecer a norma violada.

Os agravos podem ser de petição, cabíveis das decisões do juiz trabalhista nas execuções e o de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de outro recurso.

2.3.6 Defesa Concreta e Abstrata

A defesa pode ser encarada, no caso concreto, na visão individualista, como a possibilidade de reação a uma pretensão de outros direitos.

Em face do direito público, e de forma abstrata, se apresenta como uma garantia indispensável, não somente ao acusado ou à sociedade, mas ao exercício da função jurisdicional e, em última análise, ao estado de direito.

Nesta forma, assume a qualidade de princípio constitucional do direito processual.

2. 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PROCESSUAL

A palavra princípio induz à idéia de começo, de início. Não é esse, entretanto, o significado do objeto, tarefa desta exposição. A idéia que se pretende desenvolver é a de uma base que sustenta. É o que ocorre com os *princípios constitucionais do direito processual*.

É importante, para localizar o tema, a distinção proposta por Nery Junior, entre *Direito Constitucional processual* e *Direito Processual Constitucional*, sendo este último composto pelas normas reguladoras da Jurisdição Constitucional, enquanto o primeiro, o conjunto de normas de direito processual, insertas na constituição; inclusive os princípios, nosso objeto de análise.

Antes de ser empregado no direito, o termo princípio foi usado na geometria, onde significava a verdade primeira.

Os princípios, valores básicos da sociedade, antes de positivados, tinham como habitat, o direito natural. Para São Tomás de Aquino, um direito divino. Para Groccio, continuava um direito natural, sem a presença de Deus, mas advindo da razão. É o que sustenta o professor CARVALHO³⁸ (1997, p.19-29).

O primeiro documento que gravou a positivação de alguns desses princípios foi a Magna Carta de 1215, imposta pela nobreza inglesa ao rei João Sem Terra, que ocupava o trono em lugar de Ricardo Coração de Leão, em expedição na África, onde ficou preso.

Os nobres aproveitaram o momento e outorgaram o documento que, longe de ser uma carta de direitos universais, tinha como escopo proteger um pequeno grupo de pessoas: a própria nobreza.

Após a Magna Carta, surgiram alguns documentos declarando princípios, notadamente as declarações americanas, culminando com a declaração francesa de 1789. A bem da verdade, a declaração francesa foi o primeiro documento universal, pois visava ao cidadão, e os princípios não se cingiam a um grupo limitado de pessoas, mas ao homem em geral. Essa pretensão, em parte, foi atingida, pois as idéias se refletiram nas constituições liberais daqueles que se opuseram ao absolutismo.

As constituições sociais, v.g. a Constituição Mexicana de 1914 e a Constituição de Weimar de 1919, acolheram esses princípios e acrescentaram outros, cuja fusão serviu de modelo às Constituições contemporâneas dos países civilizados.

Ainda que insertos nas cartas constitucionais, os princípios, encerrados em normas programáticas, esbarravam na recusa de aplicabilidade pela doutrina da época, pois consideravam como meras recomendações o agir do Estado, sem força cogente.

Deve-se, pois, a Crisafulli, jurista italiano, a elaboração de um estudo demonstrando que também as normas Constitucionais programáticas têm eficácia e força de revogar a legislação anterior, bem como sinalizar o legislador quando da feitura de lei nova e quanto ao administrador, para o seu cumprimento. Informa SILVA³⁹ (1982, p.137) que Crisafulli estudou, amiúde, as normas programáticas, deduzindo seu conceito, com base na Constituição Italiana, de que se trata de normas com as quais o estado assume um programa de ação e que, em lugar de regular, de modo direto e imediato, um determinado assunto, estabelece as linhas de um comportamento público, prescrevendo aquilo que os governos devem, ou não, fazer.

Colhe-se, de NERY JUNIOR⁴⁰ (1995, p.25), que grande parte da doutrina secciona os princípios, em informativos e fundamentais. Os primeiros são axiomáticos e, por conseguinte, dispensam demonstrações.

São os princípios lógicos, jurídicos, políticos e econômicos.

Os princípios fundamentais, ou gerais, são aqueles em que o ordenamento Jurídico pode fazer opção, de acordo com os aspectos políticos ou ideológicos.

Segundo CANOTILHO⁴¹, (1998, p. 1034) a teoria da metodologia tradicional fazia distinção ainda entre NORMAS e PRINCÍPIOS. Acrescenta, no entanto, que tal distinção não faz sentido. A distinção deve ser feita entre regras e princípios que são espécie de normas.

BOBBIO⁴² (1999, p.158), por sua vez, simplifica o assunto, sustentando que os princípios são normas gerais como todos os outros, acrescentando que esse é o mesmo pensamento de Crisafulli. Justifica ainda, o jurisfilósofo italiano, com dois argumentos: o primeiro, de que, se o ente gerador dos princípios são normas, os princípios também são; de que as funções exercidas pelos princípios são as mesmas das normas.

Antes de apontar as diferenças, mister se faz destacar a identidade. Princípios e regras são espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica.

Quanto às distinções, a maior reside no fato de que os princípios se destacam pela sua qualidade de expressão primeira dos valores fundamentais.

Há que se destacar, ainda, já em sede de distinção formal, que os princípios são dotados de elevado grau de abstração e, por conseguinte, de baixa densidade, ao passo que as demais normas possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade.

Dentre os princípios constitucionais do direito processual, o devido processo legal se apresenta como fundamental. De sorte que os outros

princípios são derivados e, dentre eles, o contraditório e a ampla defesa, este último alvo precípua da presente análise.

2. 5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - DISTINÇÃO

É comum encontrar, na literatura Jurídica, a menção do contraditório e da ampla defesa como se fossem um único instituto. Assim, são tratados nos principais comentários à constituição.

Há evidente identidade e muita semelhança entre eles.

Discorrendo sobre o tema, BUENO FILHO⁴³ (1994, p.47) registra tamanho entrelaçamento que não consegue imaginar a existência de um sem a do outro.

Com base no texto constitucional pátrio, NERY JUNIOR⁴⁴, (1995, p.122) sustenta que tanto o direito de ação, quanto o de defesa, constituem manifestações do princípio do contraditório. Mas não aponta distinção entre contraditório e ampla defesa. Na sua monografia Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, reserva uma seção para tratar do princípio do direito de ação, onde afirma que qualquer expediente gerado de óbice ao exercício de defesa, atenta contra o princípio da ação⁴⁵.

Não há como concordar com o pensamento de que O obstáculo ao exercício da ampla defesa atenta contra o princípio de ação. A ampla defesa é reservada ao réu que sofre o ataque da ação. O direito do autor está consubstanciado no direito de ação que, também, é instrumentalizado pelo contraditório. O fundamento do registro é encontrado em CAMBI⁴⁶ (2001, p.123) que afirma, textualmente que o direito de defesa é do réu e o direito de ação é do autor, acrescentando que a defesa, além de ser um direito, é também um ônus processual.

Acaso vislumbrasse distinção entre o contraditório e a ampla defesa, veria que o direito de ação importa em provocar a jurisdição e estimular a reação através do direito de defesa, formando o contraditório. De sorte que o óbice ao exercício de sua defesa atenta contra a “ampla defesa” e não contra o direito de ação.

Mesmo em situação limite, é possível vislumbrar essa lógica. Quem sustenta o embargante é o direito de ação, embora se diga que os embargos se consubstanciam em defesa. De igual modo com a reconvenção. O direito de defesa na execução é exercido pela fiscalização contra os excessos procedimentais.

Nos comentários ao art. 297 do Código de Processo Civil, FIGUEIRA JR. (2000, p.194) faz distinção entre a ampla defesa e o contraditório, concebendo-os como subprincípios do devido processo legal, este oriundo da expressão inglesa “*due process of law*”⁴⁷.

O direito de ação, como tese, e o direito de defesa, como antítese, se fundem no contraditório e outros princípios, caracterizando o devido processo legal.

Grande parte da doutrina concebe o contraditório e a ampla defesa como institutos distintos.

GRACO FILHO⁴⁸ (1996, p. 56-58) afirma que a ampla defesa consiste no oferecimento de condições com possibilidade de o réu contrariar, dentro das previsões legais, a acusação, enquanto o contraditório é o meio de efetivação da ampla defesa.

De igual modo é o entendimento de Alexandre de MORAIS⁴⁹.(1997, p.101)

A ampla defesa consiste em assegurar ao réu a possibilidade de trazer ao processo todos os elementos para o esclarecimento da verdade, que inclui a omissão. O contraditório ressaí como a exteriorização da ampla defesa.

O constituinte de 1988 distinguiu cada um das garantias aqui enfocadas com uma moradia no art. 5º.

O princípio geral do devido processo legal fixa residência no inciso LIV onde é expressamente mencionado, mas tem vida em todos os outros subprincípios⁵⁰.

O direito de ação está devidamente agasalhado no inciso XXXV⁵¹.

O contraditório e a ampla defesa residem juntos, no inciso LV, mas devidamente intercalados pelo conectivo “e” que indica idéia de distinção.

Prefere-se, por tudo isso, o entendimento de que se tratam de institutos distintos, porém intimamente ligados, pois, muito embora tenham conceitos definidos, há entre eles relação de interdependência e intersecção nos fins limites e alcance.

Bem verdade, o direito de defesa faz parte do processo dialético do qual resulta o contraditório.

Esse, aliás, é a pensamento de GRINOVER⁵².(1975, p.5) Mas isso não significa que tudo se reduz ao contraditório. O contraditório é a consequência dinâmica do encontro entre ação e defesa.

Os princípios enfocados têm existência distinta, embora intimamente relacionados, e assim serão tratados.

2.6 DO CONTRADITÓRIO

O contraditório resulta da dinâmica própria do conflito entre a ação e a defesa. Há uma sucessão ordinária entre eles: Primeiro, o direito de ação. O seu exercício reclama pelo direito de defesa e, por fim, o contraditório.

Discorrendo sobre o tema, DINAMARCO⁵³ (1987, p. 93) apresenta a conceituação dada pelo professor Joaquim Mendes de Almeida, como sendo: “a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contraria-los”.

Traz a lume, também, as idéias de Giuseppe La China em que o conceito se biparte: de um lado, a indispensável informação que as partes devem ter dos atos do processo, e do outro, a possibilidade de reação contra os atos desfavoráveis.

Qualquer que seja o ângulo de observação, o contraditório será visto sempre como a contraposição dialética entre a ação e a defesa.

Importa em dizer que não se trata de um ser estático mas, em constante movimento procedimental, como ressalta GRACO FILHO⁵⁴ (1996, p. 47) ao concebê-lo como uma técnica processual que impõe a bilateralidade do processo.

Quanto ao fundamento do instituto, grassa, ainda a controvérsia.

Afirma DINAMARCO⁵⁵ (1987, p. 92) que Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e José Frederico Marques entenderam que o contraditório deriva da igualdade entre as partes no processo que, por sua vez, se funda no princípio constitucional de igualdade.

Após dizer que a idéia foi difundida na Itália através de um livro de Nicoló Trocker, sobre o Processo Civil e constituições, o próprio Candido Dinamarco, na mesma obra, discorda dessa linha de pensamento, sob a justificativa de que não há coincidência entre isonomia e contraditório. Aduz que a igualdade se prende a tudo que se refere aos direitos e deveres das partes no processo. Para justificar que o contraditório e a igualdade são diferentes, traz a lume o exemplo do poder de recorrer, que é uma expressão do contraditório, mas argumenta que a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazos maiores do que as outras partes, arrematando: *isso poderia significar que há igualdade entre as partes violadas e, no entanto, há o princípio do contraditório.*

A importância do Instituto é ressaltada por GRINOVER⁵⁶ (1975, p. 94) quando lembra, no processo moderno, sua influência na definição atual de parte, acrescentando que a qualidade de parte, no entender de Leibman, “é a condição dos que participam do contraditório instituído pelo juiz”.

A doutrina distingue o princípio da bilateralidade da audiência do princípio do contraditório, sob o fundamento de que este é mais amplo e, por conseguinte abrangia o primeiro. É o que anota José Dias Figueira Jr.⁵⁷ (2001, p. 194).

Há quem faça a distinção, também, entre contraditório e contestação. A distinção tem endereço voltado para negar a evidência de que a garantia abrange o processo civil. CRETELLA JUNIOR⁵⁸ (1989, p. 33), mesmo após o advento da Constituição de 88, insiste em dizer que o contraditório é peculiar ao processo legal e a contestação, ao processo civil.

O texto Constitucional atual, ao contrário das anteriores, é expresso em abranger, no processo judicial, sem distinções, as garantias do contraditório e da ampla defesa. O tema será abordado, por ocasião da análise da ampla

defesa, ponto nuclear deste trabalho.

2. 6. 1 Direito de Ação

A proibição da tutela privada, ou justiça de mão própria, ensejou ao estado assumir o monopólio da jurisdição. Há relação simbiótica entre ação e jurisdição.

De um lado, o estado assume o “manus” de distribuidor da justiça, de prestar tutela jurisdicional e, do outro, o direito subjetivo da pessoa a uma decisão.

A Constituição Federal, precisamente no inciso XXXV do art. 5º prescreve:

“A Lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O referido dispositivo é a consagração, na esfera constitucional, do direito fundamental da ação. O sentido e direção da norma constitucional não visam apenas ao legislador ou ao poder público, mas a todos quantos ousem frustrar sua efetividade.

Não há matéria que escape dessa previsão constitucional, à exceção prevista nas hipóteses dos incisos I e II da própria Constituição que outorga competência privativa ao senado para processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade e dos Ministros, bem como os Ministros do Supremo Tribunal, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União.

Ainda assim, neste caso, há quem não vislumbre uma exceção, pois, neste momento, o Senado, de maneira distorcida para com a teoria da

separação de Poder, se transforma em poder judiciário.

Cumpre lembrar que a exceção é feita pela própria constituição, dada a excepcionalidade das pessoas.

No passado, todavia, de triste recordação, havia exclusão do exame do poder judiciário, dos atos praticados com base nos atos institucionais⁵⁹.

Inexiste também exigência de esgotamento de instâncias administrativas, com exceção ao tratamento das questões esportivas que precisam ser dirimidas pelos tribunais desportivos.

O texto constitucional abre as portas da justiça não somente para os que se consideram lesionados, mas também aos que se sentirem ameaçados, situação que autoriza a tutela antecipatória e cautelar.

A ação, entretanto, nunca foi um tema pacífico, seu conteúdo ontológico foi discutido ao longo da história, através de várias teorias.

Até meados do século passado, a ação era considerada um aspecto do direito material ou um direito gerado de sua violação. Ação e processo não eram dissociados do direito material.

Entre os anos 1856 a 1857, foi travada a famosa polêmica entre os professores Bernardo Windscheid, catedrático de Greifswald e Theodoro Muther de Könisberga, cujo tema era a “actio” romana.

A divergência acadêmica entre Windscheid e Muther abriu caminho para que outros juristas visualizassem a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do estado, situação que levou, mais tarde, ao conceito moderno de ação, até então confundida com o direito material.

Deve-se, entretanto, a Oskar Von Bülow, diz SIQUEIRA⁶⁰ (1995, p.27) com a publicação em 1868, da obra *Die Lehra Von Den Prosseinreden Und Die Processvor Aussentzungen*, a demonstração da autonomia entre a realização processual e material, o que faz, inclusive, confessadamente, por inspiração da obra de Bethmann-Hullweg.

Melhores são as palavras de DINAMARCO (1987, p. 13):

“A obra de Von Bülow foi uma revolução. Dava-se então excessivo peso ao sentido etimológico da palavra “processo” e a observação (meramente formal) daquilo que o processo tem de mais visível, ou seja, o seu caráter evolutivo como mero procedimento, como caminhada avante, ao longo do arco que vai de um ato de iniciativa a um ato final. Von Bülow abriu os olhos dos estudiosos para o outro lado do instituto, mostrando que há entre o Juiz e as partes uma relação, progressiva sim, mas verdadeira relação jurídica; por força da qual, de um lado, o Juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em Juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum; era uma relação jurídica de direito público, diversa da relação substancial litigiosa em seus sujeitos, em seu objeto e em seus requisitos constitutivos (pressupostos processuais). Era enfim, a relação jurídica processual”.

A obra revolucionária de Bülow inaugura a fase de autonomia do processo, sepultando a teoria imanentista com a concepção da ação como direito autônomo e, posteriormente, como direito autônomo e concreto; como direito autônomo e abstrato, e, finalmente, como direito subjetivo de caráter instrumental.

O certo é que o processo ganhou autonomia, com a evolução da técnica para ciência, com a distinção de processo e procedimento, e, no caso presente sobra o conceito de ação com a exclusão de todo atraso científico contido na teoria imanentista para considerá-la como um direito autônomo, distinto do direito material.

2. 7 DA AMPLA DEFESA

É um princípio decorrente do devido processo legal. Consiste no direito subjetivo do cidadão de exigir do estado que escute e aprecie suas manifestações de defesa em qualquer litígio, seja civil, penal ou administrativo.

A primeira constituição republicana foi, também, a primeira a consagrar o princípio. Dispunha no § 16 do art. 72, da Constituição de 1891, a garantia aos acusados da mais plena defesa⁶¹.

A constituição de 1934, no § 24 do art. 113⁶², também assegurava a ampla defesa e os meios e recursos essenciais.

A constituição de 1937 não mencionava o princípio de “ampla defesa”, mas, após as “necessárias garantias de defesa” no item II do art. 122⁶³.

A constituição de 1946 manteve, em seu art. 141 § 25⁶⁴, o princípio consagrado nas constituições de 1891 e 1937, substituindo apenas a locução “ampla defesa”.

A carta de 1967, voltou a grafar “ampla defesa”, como consta no seu art. 150, § 15⁶⁵.

A emenda constitucional de 1969 não modificou o dispositivo.

Com o advento da Constituição de 1988, a garantia que era assegurada aos acusados foi estendida aos litigantes em processo judicial ou administrativo⁶⁶, como consta no inciso LV do art. 5º.

As constituições anteriores se referiam sempre “aos acusados”, justamente por isso MIRANDA⁶⁷(1960, p. 317) anotou que o princípio nada tem a ver com o processo civil.

Há ainda quem sustente essa tese mesmo após a Constituição de 1988. É o caso de CRETELLA JUNIOR.⁶⁸(1989, p. 33)

Há que se esclarecer que os comentários de Cretella Junior centraram foco sobre o contraditório, pois suas justificativas consistem em estabelecer distinção entre contestação e contraditório e, não diretamente, sobre a ampla defesa.

Para enfrentar a discussão, recorre-se a MAXIMINIANO⁶⁹ (1979, p. 310-314), quando trata da exegese do texto Constitucional e indica o processo sistemático, assim como aconselha a se valer do elemento histórico como auxílio.

O processo sistemático, segundo o próprio MAXIMINIANO⁷⁰ (1979, p.314)

“consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referente ao mesmo objeto.

Seguindo essa orientação sistemática, volve-se à Constituição para se refletir sobre o inciso XXXVIII, do mesmo art. 5º, precisamente no item “a” que assegura a “plenitude de defesa”. Neste particular, o legislador fez a diferença ao explicitar a garantia da defesa plena, mas omite o contraditório,

pois a instituição do Júri é a própria expressão do contraditório.

No entanto, no inciso anterior, veda a existência de tribunais de exceção, o que importa na reiteração do contraditório, desacompanhado da ampla defesa.

O mesmo fenômeno se observa com a análise das constituições anteriores.

A constituição de 1891 fala na “mais plena defesa”; a de 1934, em “ampla defesa”; a Constituição outorgada de 1937, em necessárias garantias de defesa; a constituição de 1946 deixa dúvidas ao distinguir a ampla defesa e o contraditório. No § 25 do art. 141, assegura aos acusados a plena defesa e, mais adiante, diz que “a instrução criminal será contraditória”.

A constituição de 1967, de igual modo, assegura a ampla defesa no § 15 do art. 150, e o contraditório, no parágrafo seguinte do mesmo artigo. A emenda constitucional de 1969 modificou a numeração do artigo e conservou a distinção entre ampla defesa e contraditório, nos respectivos parágrafos 15 e 16 do art. 153.

CAPÍTULO III

DO ABUSO DO DIREITO

A revolução francesa trouxe, como uma de suas conseqüências filosóficas, a idéia de que os direitos fundamentais, representados pela liberdade, honra, propriedade e vida, eram inalienáveis, imprescritíveis e fontes de restrição à organização do poder.

A legislação que se seguiu, apoiada pelos exegetas, trouxe à baila a concepção individualista e construiu um sistema de direitos absolutos, de tal forma, que o exercício desse direito, por mais desastroso fosse para a coletividade, era protegido e jamais poderia configurar abuso.

O direito era um aliado na luta contra o absolutismo, daí a importância de suas instituições, por isso era necessário salvaguardarem-se a autonomia da vontade e a liberdade dos contratos, excluindo o estado, tanto quanto possível, das relações entre as partes.

Com a industrialização e os novos problemas surgidos com a complexidade da relação entre capital e trabalho, tornava-se premente que se visualizasse algo além do horizonte individualista.

As noções de direito e abuso ainda eram inconciliáveis.

No final do século XIX, começou a reação ao absolutismos dos direitos individuais, sob o argumento de que, não somente o poder estatal é relativo, mas também os direitos conferidos ao homem esbarram no convívio social,

no bem-estar e na justiça social.

Acontecimentos no mundo ocidental contribuíram para o avanço da idéia de que certos atos, ainda que, aparentemente, conformes à lei, são contrários à moral e aos princípios gerais do direito.

3. 1 DA ORIGEM DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

Estudiosos do direito romano afirmam a existência da noção do abuso do direito e sua aplicação no direito de propriedade.

MARTINS⁷¹(1997, p.11) converge com esse entendimento, justificando que há vestígios no direito romano de reprovação do exercício abusivo dos direitos.

OLIMPIO FILHO⁷²(1960, p.21) também partilha desse posicionamento aduzindo que, após a aplicação desta teoria ao direito de propriedade, esta se estendeu para o direito das obrigações, influenciando até no contrato, quando predominava o princípio de que este fazia lei entre as partes. Também adentrou o direito do trabalho onde serviu de inspiração para normatização de greves, e o direito administrativo, no tocante ao exercício do poder. Conclui que é figura conhecida até no direito internacional.

SÁ ⁷³(1977, p.49), sustenta que a teoria surgiu no contexto histórico do liberalismo capitalista como uma reação aos códigos de direito privado e as contradições entre os princípios e a prática das relações, e que foi obra da Jurisprudência Francesa.

Dias⁷⁴ (1994, p. 455), em sede de análise sobre responsabilidade civil, emite opinião convergente:

“Parece que em matéria de abuso de direito o excesso de palavras tem feito muito mal à exata compreensão do problema. Talvez seja, em compensação, ingênuo simplismo pretender que a questão se esclareça em fórmulas sumárias. É preciso, não obstante, correr o risco.

Os romanos estabelecem um princípio, nemine laedit qui jure suo utitur, consagrador do exercício irrestrito do direito, pelo menos no parecer dos juristas menos entusiasmados pela sabedoria dos textos latinos.

Nossa impressão é que ali não se estabelecia a ilimitabilidade do exercício do direito. Há sinais positivos no sentido de mostrar que o princípio não sancionava o absolutismo dos direitos.”

E em apoio a essa posição, acrescenta, em nota de rodapé:

“Esses textos de Gaio e de Paulo não poderiam significar outra coisa senão o conhecimento pelos romanos do abuso de direito e sua reprovação ao absolutismo dos direitos: Male enim nostro jure uti non debemus; non omne, quod licet honestum est.

Roberto Goldschmidt, por sua vez, desengana os que consideram novidade a doutrina do abuso de direito, a que nega qualquer caráter revolucionário. Recorda que os germes da teoria moderna podem ser identificados com a absoluta precisão no direito romano, nas Partidas, na doutrina dos atos ad

emulationem do direito medieval e no Código Civil prussiano de 1794. O que ocorreu foi a evolução das idéias culturais reinantes. Esse mesmo escritor responde com felicidade às objeções à doutrina do abuso do direito formuladas no suposto interesse da segurança da ordem jurídica. Essa tendência revela injustificada desconfiança contra os juizes e sua capacidade para aplicar fórmulas elásticas. De um lado, é leviana: esquece que maior inconveniente do que esse é o da subsistência de soluções contrárias às concepções culturais dominantes; de outro, é contraditória: subestima a habilidade do juiz e exagera a do legislador, supondo-o capaz de impedir, mediante normas mais ou menos minuciosas, todo e qualquer abuso (La teoria del abuso del derecho, no Boletim de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, julho-agosto de 1942, os. 370 e segs.).”

Com apoio em JOSSERAND, GOMES ⁷⁵ (1974, p. 151), afirma que se trata de uma construção doutrinária moderna e que existe apenas semelhança com os brocados do direito romano⁷⁶.

3. 1. 1 Conceito

A teoria do abuso do direito não se apresenta configurada de maneira uniforme. Grassa a divergência, inclusive em seu próprio conceito.

Para os subjetivistas, o abuso consiste no exercício do direito, com o fito de causar dano a outrem. Para os objetivistas, no desvio do seu exercício.

Na justificativa do conceito, as divergências se aprofundam. Os subjetivistas se dividem em dois critérios: o econômico e o teleológico.

Pelo critério econômico, o abuso se concretiza quando o direito é exercido sem o legítimo interesse. Pelo critério teleológico, quando não se exerce conforme sua distinção econômica e social.

Os subjetivistas se bipartem nos critérios: Intencional, que pressupõe o “animus” de prejudicar, e o técnico, pelo exercício culposos.

3. 1. 2 Da Denominação

Indaga-se sobre a denominação da teoria: abuso de direito ou abuso do direito.

Segundo MIRANDA ⁷⁷.(1995, p.356) “a expressão abuso de direito é incorreta. Existe estado de fato e estado de direito; porém não abuso de fato ou abuso de direito. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem”.

A lição encontra convergência em NUNES ⁷⁸ (1999, p.144) para que a expressão corrente é também Abuso do Direito, sob a justificativa de que se abusa de certo direito que se tem.

RIPERT ⁷⁹ (2000, p. 168) usa ainda a expressão “abuso dum direito”, aduzindo que a incerteza do instituto é realizada logo na sua denominação, como se depreende do texto abaixo:

“Na realidade, nada é mais duvidoso do que o sentido profundo e o alcance da aplicação desta teoria. Esta incerteza revela-se pela sua própria denominação. Deverá dizer-se abuso do direito ou abuso dum direito? Trata-se de certos direitos determinados e definidos ou de todas as faculdades? Que diferença se deverá fazer entre o uso e o abuso? São perguntas a que se não

pode dar uma resposta bem nítida.

Esta incerteza da doutrina provém em parte, pelo menos, da flutuação das idéias modernas sobre o fundamento da responsabilidade civil. Os partidários da teoria do risco reivindicaram como uma das manifestações desta teoria a jurisprudência que se formou nesta matéria do abuso do direito. Tomar partido pelo abuso de direito, é, para certos autores, condenar a teoria da culpa.”

Parece-me que a melhor denominação é abuso do direito, pois se refere ao exercício.

3. 2 DA DÚVIDA SOBRE A EXISTÊNCIA

Pairam sobre a teoria do abuso do direito dúvidas sobre sua própria existência. São variadas as posições que negam a ocorrência do abuso do direito.

A primeira corrente negativista é representada pelos anti-subjetivistas que, antes, negam o conceito de direito subjetivo, pois o que se considera como tal nada mais é do que um meio posto à disposição do homem para que possa desincumbir-se de seus deveres. A negativa do abuso do direito flui de modo lógico, pois não se pode abusar do que não existe.

A segunda corrente concebe o abuso do direito como fato sociológico, fora do mundo jurídico, por absoluta incompatibilidade.

A terceira é a mais difundida corrente, prega a absolutividade do direito subjetivo. Não há meio termo, ou se atua ao lado, ou contra o direito, com

falta e com excesso.

De sorte que é impossível o abuso do direito, pois um ato não pode ser, ao mesmo tempo, convergente e contrário ao direito.

É bastante conhecido o argumento de Marcal Planiol, reproduzido por RIPERT⁸⁰ (2000, p.170-171) de que *“o direito cessa onde o abuso começa (...) e não se pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito”*.

3. 3 DA ACEITAÇÃO

O certo é que a teoria do abuso do direito, em que pesem as dúvidas ontológicas e as incertezas conceituais, adentrou e exerce influência em quase todos os ramos do direito.

No direito processual, deu azo ao abuso do direito de ação e, de outro lado, ao abuso do direito de defesa, tema de ocupação do capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV

DO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E O PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA NO DIREITO BRASILEIRO

O legado deixado pelos portugueses sobre o direito processual, e que vigorou no Brasil no período do Império e no início da república, não trazia uma sistematização sobre o abuso do direito. Entretanto, existiam, de modo fragmentado, alguns dispositivos que puniam, em circunstâncias específicas, atos temerários dos litigantes, principalmente no Regulamento 737, de 1850 e o Decreto 3.084, de 1898.

Com o advento do código civil de 1916, hoje revogado, a teoria do abuso do direito foi acolhida como fonte de responsabilidade civil, restando consagrado o entendimento originário do direito privado e transportado para o direito processual, repudiando o exercício anormal de qualquer direito, em coerência com os componentes éticos que norteiam o direito moderno e que devem prevalecer sobre o egoísmo. Chegou-se, pois, desta maneira, ao conceito do ato ilícito como o exercício irregular de um direito.

O código de processo civil de 1939 tratou o instituto do abuso do direito de forma ampla e genérica, dando-lhe conceituação e repressão específica, em destaque para os artigos 3º e 63, abaixo transcritos:

***Art. 3º. Responderá por perdas e danos a parte que
intentar demanda por espírito de emulação, mero
capricho, ou erro grosseiro.***

Parágrafo Único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa quando o réu opuser maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários de advogado.

§ 1º. Quando, não obstante vencedora, a parte tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condena-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado à causa.

§ 2º. Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º. Se a temeridade ou malícia foi imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho Local da ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Nota-se que o abuso do direito processual, segundo o código de processo de 39, guarda traços comuns com o abuso do direito material, mas acrescenta, como modalidade de abuso em relação ao processo civil: o dolo, a temeridade, a fraude sob as formas de processo aparente e simulado; a emulação; o capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação do feito, a falta ao dever de dizer a verdade e o anormal uso do poder de disposição do

processo.

O código de processo civil em vigor não seguiu a nomenclatura dos vícios do direito civil. Deu ênfase, no entanto, ao dever de veracidade, estendendo, subjetivamente, para a conduta, não só das partes, mas de todos os que intervêm no processo, ampliando o dever de probidade com a definição de vários atos cuja prática é proibida às partes.

A valorização do princípio da probidade e a definição de várias condutas vetadas às partes, em lugar de usar conceitos do direito civil, seguiram a tendência traçada pelos Códigos europeus, notadamente o austríaco, o alemão, o italiano e o português.

Na legislação pátria, o código civil revogado não especificou o abuso do direito. Há quem vislumbre a positivação do instituto no art. 160 I, deste código,⁸¹ assim como no inciso 5º da lei de Introdução ao código civil.

Sob o relatório do Min. Moreira Alves, o S.T.J. decidiu que:

“O Abuso do Direito como ato ilícito, resulta, no campo do direito civil, da interpretação a contrario sensu, do disposto no art. 160 do Código Civil”.

Isto na vigência do código civil antigo.

O novo código civil adere à teoria subjetiva do abuso do direito como se depreende abaixo:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No direito comercial, predomina o entendimento, no que concerne a protesto de títulos de créditos, de que há motivo para sustação quando efetuado de modo abusivo, é o que sustenta HOFF ⁸² (1985, p.24).

O código de defesa do consumidor faz um elenco das práticas abusivas, (art. 39), vedando seu uso, por se tratar de atos ilícitos.

No art. 51, concebe como cláusulas abusivas, uma série de atos enumerados como eivados de nulidade.

No plano processual, penaliza o litigante de má-fé, na mesma forma do Código revogado de 1939.

Apesar de prever a tutela ampla e a específica, em nenhum momento, subordina a sua concessão ao abuso de direito, nos moldes do art. 273 do C.P.C.

A Constituição Federal alude ao abuso, precisamente no art. 9º § 2º, quando prevê sanção pelos abusos ao direito de greve⁸³.

No direito processual, o abuso do direito aparece de maneira explícita no art. 273, do Código de Processo Civil, sob o rótulo de abuso do direito de defesa.

A inserção da expressão se deu com a nova redação do art. 273 do Estatuto Processual, quando da positivação da tutela antecipatória que consiste na antecipação da tutela satisfativa, como resposta à realização de pressupostos ou requisitos e entre os primeiros, se inclui o abuso do direito de defesa.

A novidade foi bem recebida pela doutrina. Inclui-se no elenco dos aplaudidores, os professores FRIEDE⁸⁴ (1996, p. 90-91), SCHIMIOT

JÚNIOR⁸⁵ (1995, p. 54-55), MACEDO⁸⁶ (1995, p. 272-273), TEODORO JÚNIOR⁸⁷ (1995, p. 13-14), DINAMARCO⁸⁸ (1995, p. 146), BERMUDEZ⁸⁹ (1996, p. 30), PASSOS⁹⁰ (1996, p. 18) e outros.

4. 1 DO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E DA AMPLA DEFESA.

O ideal de justiça é ínsito ao ser humano. Todas as variadas formas de sistematização de regras de conduta têm como escopo alcançar a justiça. Desde os pré-socráticos, que confundiam direito e justiça, passando por Sócrates, Platão e Aristóteles - o primeiro a fazer a diferença -, pelo pensamento cristão, pela escola clássica do direito natural e mesmo adentrando o positivismo, todos foram fiéis à idéia. Mesmo Kelsen que, em nome da coerência, afastou esse ente de sua teoria, jamais deixou de se preocupar com a justiça, tanto que se deslocou para a filosofia e, neste campo do saber, se ocupou em analisar o tema, construindo uma vasta e valiosa obra.

No direito processual, a preocupação é bem maior, justamente porque, neste campo, ocorre a dinâmica do direito. Um dos meios de propiciar a realização da justiça é a garantia da defesa.

Outro meio é a efetividade do processo. O melhor seria a conciliação entre os dois princípios, como pondera GONÇALVES⁹¹ (1992, p. 124-125):

“A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As

propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo.

A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença.”

MARINONI⁹² (1999, p. 135) interpreta, como exagerada, a preocupação com o direito de defesa, sob a justificativa de que se trata de uma visão comprometida com o liberalismo clássico.

Aduz, ainda, que o tempo sempre prejudica o autor, beneficiando o réu. Deste modo, justifica o abuso do direito de defesa, reconhecendo, no entanto, que a noção de abuso do direito de defesa é aberta. Eis o texto:

“Como a noção de “abuso de direito de defesa” é aberta, necessitando de preenchimento pela doutrina e pela jurisprudência, parece que o conteúdo de tal conceito deve ser buscado na relação entre a evidência do direito alegado pelo autor e a fragilidade da defesa do réu, de modo que o tempo do processo possa ser distribuído com base nesta relação”.

O interessante é que, quando se trata do tempo, a motivação é sempre

voltada para o princípio da ação que é outra face do direito da defesa.

A ampla defesa contida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal é uma garantia representativa do direito de defesa que responde dialeticamente o direito de ação, desta feita de forma ampla.

4. 2 DO CONTEÚDO DA AMPLA DEFESA

O instituto sob análise não é somente o direito de defesa, mas o amplo e pleno direito de defesa.

O que é amplo não comporta limites, redução ou restrições. Segundo os filólogos⁹³, amplo significa, dentre outras idéias, o ilimitado.

O assunto, entretanto, deve ser tratado com cautela, pois a aceitação da ausência de limitações para defesa, importa em considerá-la um direito absoluto.

A doutrina clássica classifica os direitos subjetivos quanto à eficácia em absolutos e relativos.

Melhor, no particular, a opinião de GOMES⁹⁴ (1974, p.132):

“Os direitos subjetivos admitem diversas classificações, algumas registradas por todos os escritores.

Quanto à eficácia, dividem-se em absolutos e relativos. Quanto ao conteúdo, em públicas e privadas.

Dizem-se absolutos os direitos com eficácia universal, que devem ser respeitados por todos. O

titular pode opô-los a qualquer pessoa. Incluem-se na categoria os direitos individuais do homem, personalíssimos, os de família e os direitos reais. Exerceu-se “*erga omnes*”.

Relativos, os direitos com eficácia circunscrita a determinadas pessoas. Correspondem a uma obrigação particular do sujeito passivo da relação jurídica. São relativos os direitos de crédito, *in personam*.”

Não há como se fechar os olhos para a relativização dos direitos subjetivos, inclusive os fundamentais, até porque a própria teoria do abuso de direito foi erigida levando em conta a relatividade do direito.

E não é esse o propósito de tornar a defesa um direito absoluto. Há limites para o exercício da defesa e, por certo, no próprio encontro de outra garantia ou direito fundamental.

A convenção de direitos civis e políticos de 1966, da ONU, admite expressamente que haja limites para os direitos humanos.

No caso da defesa, seus limites, tanto os horizontais quanto os verticais, são maiores do que se escreve ou se comenta. A propósito, o legislador constitucional, quando limita um direito fundamental, o faz expressamente. É o caso da propriedade limitada pela sua função social e a locomoção cujo limite é a guerra.

Pode-se objetar que o limite da defesa esteja no direito de ação. Ação e defesa não se limitam, sustenta CAMBI⁹⁵ (2001, p. 123), recorrendo sobre tema probatório:

“As garantias da ação e da defesa não se limitam, pois, a assegurar os meios, mas também os

resultados, já que, sendo poderes processuais mínimos consagram a adequada possibilidade de obter, por seu meio, um mínimo de formas de tutela efetiva. E, em contrapartida, mesmo a parte que ao final do processo não venha a obter a tutela jurisdicional, ao menos teve assegurado todos os instrumentos processuais necessários para demonstrar a existência da proteção jurídica do interesse deduzido.”

Não se pode olvidar esse detalhe. Há situação em que o limite do direito de defesa chega ao extremo de se confrontar e subsistir a outros direitos fundamentais. É o caso da legítima defesa em que o confronto é com a vida.

Há situações em que esses limites se encontram. É o que se convencionou chamar de conflitos entre normas.

Segundo CANOTILHO⁹⁶ (1991, p.135), as normas constitucionais podem se conflitar em sentido amplo ou restrito. Há colisão em sentido estrito, quando ocorrem entre dois ou mais direitos fundamentais, sejam eles de caráter idêntico ou diverso.

No conflito em sentido amplo, a colisão ocorre entre um direito fundamental, de um lado, e um princípio, ou valor constitucional, de outro.

Com o óbvio hiato na Constituição de 34, foi justamente essa idéia do amplo limite que o legislador constituinte, desde a primeira Constituição Republicana, reservou para a defesa.

Bem verdade que a direção desse mandamento era apontada para o direito penal e para o direito processual penal.

Com o advento da constituição de 88, essa plenitude de defesa que

focalizava tão somente o acusado, se estendeu a todos os litigantes, em processo judicial e administrativo.

Antes de estender o abrigo da plenitude da defesa a todos os litigantes, não havia vozes para limitar o instituto.

No direito comparado, o exemplo é a Itália, cuja doutrina, inegavelmente, é fonte de inspiração para grande parte da nossa doutrina.

Também na Itália, o princípio é consagrado, não sob a forma de “ampla defesa”, mas tão somente “defesa”, como se confere no art. 24 da Constituição Italiana.

“Art. 24. Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento.

São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários⁹⁷”. (Tradução livre do autor)

Quanto ao direito de defesa, salta aos olhos que a nossa instituição tem um “plus” em relação à constituição italiana.

Volvendo do abuso do direito, teoria marcada pela imprecisão conceitual e mitigada pela incerteza, chega através do art. 273 do C.P.C., para limitar a “ampla defesa”, in verbis:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461 – A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

O inciso II supra é um dos pressupostos alternativos para concessão da tutela antecipada do direito e se refere à concretização do abuso do direito. Por essa vertente, a tutela não pode ser concedida sem a defesa, pois é necessário esperar pelo “abuso”.

Para realização da referida hipótese legal, mister o abuso que deve vir como subproduto da defesa. Nos termos prepostos, na concreção portanto, não há como imaginar, em face da norma constitucional da ampla defesa, o tão esperado abuso, pois é bem possível, dada intensa subjetividade que grassa o tema, que nessa plenitude defensiva pode conter, de forma latente, submergido no preconceito, na falibilidade humana, a gota necessária do direito e a possibilidade única de realização da Justiça, justamente na parte que, “a priori”, se concebe como abusiva.

5 CONCLUSÕES

Ao cabo da análise acerca do Estado Democrático de Direito; do Instituto da ampla defesa e institutos análogos; do abuso de direito e, por conseguinte, do abuso do direito de defesa, é possível extrair as seguintes ilações:

O Estado Democrático de Direito é fruto da evolução do Estado Moderno, forjado por idéias e lutas em favor da liberdade individual e política e se constitui como o único “habitat” possível para os princípios fundamentais, inclusive e principalmente para o devido processo legal e, conseqüentemente, para a ampla defesa;

Em contrapartida, uma das exigências para a caracterização do Estado Democrático de direito é a existência e a permanência dos princípios fundamentais, inclusive, e principalmente, do devido processo legal;

O contraditório e ampla defesa são subprincípios do devido processo legal;

O direito de ação e o direito de defesa fazem parte de processo dialético, cujo resultado é o contraditório;

O contraditório e a ampla defesa são institutos conexos, mas distintos;

O Direito de ação é sempre do autor. Ao réu é reservado o direito de defesa. Ambos se encontram e se fundem no contraditório;

Após o advento da constituição de 1988, a garantia da ampla defesa, antes voltada para o acusado, matéria penal, foi estendida para todos os litigantes em processo judicial ou administrativo;

O abuso do direito é uma teoria mitigada pelas incertezas conceituais e ontológicas, mas, em contrapartida, tem eficácia e aplicação em quase todos os ramos de direito;

A ampla defesa contida na constituição tem um “plus” em relação à garantia prevista na Constituição Italiana que grafa apenas “a defesa”;

Em que pese ter a doutrina clássica estabelecida distinção entre direitos absolutos e relativos, aceita-se a relatividade dos direitos subjetivos, inclusive direito de defesa.

O abuso do direito à reação defensiva, deve ser cercada de muita cautela pois no ordenamento jurídico pátrio, após o advento da constituição de 1988, o instituto de defesa é qualificado;

O direito de defesa, qualificado na Constituição Federal, como direito da ampla defesa pode sofrer limitação, mas não a contida no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de: Nestor Silveira Duarte. 3. ed. São Paulo: Atena Editora, 1986.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Ruy. **O dever do advogado**: carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA MARTINS, Pedro. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Húmus, 1974.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução de João Ferreira de Almeida, Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O Conceito de sociedade civil**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução e Notas de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues: São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Tradução de: Pedro Bravo Madrid: Aguilar, 1973.

BERMUDES, S. **A reforma do código de processo civil**. 7. ed. São Paulo :Saraiva, 1996.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual cível**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1-3

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituição do processo cível**. Campinas: Servanda, 1999. v. 1-3

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual cível**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1 - 4

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: 4. ed. Almedina, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição do direito processual cível**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1-3

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição do direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1-3

CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a constitucional de 1946**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1977.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINAMARCO, R. Cândido. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1986.

DINAMARCO, R. Cândido. **A reforma da reforma**. 3. ed. rev. atual.

São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Rosana Josefa Martins. **Proteção ao processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Leis de introdução ao código civil brasileiro interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOCA, Ricardo. **Tópicos de física**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Pesquisa em direito e redação de monografia jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar, a Luz da denominada reforma do Código de Processo Civil**. *Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.*

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Copola, 1999.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A publicação imediata dos direitos e garantidas individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRACO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. Brasília, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1

GRAND ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Novo Editor Cultural. 1998

GRINOVER, Alda Pellegrini. **Novas Tendências de Direito Processual**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

GUERRA, M. L. **Execução forçada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de: Rosina D'Angina. São Paulo: Icone, 1979.

HOFF, L. A . **Teoria e pratica da sustação de protesto**. 3. ed. Rio: Aide, 1985.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudo sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOCKE, Johon. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores)

MACEDO, A .C. da C. **A reforma do Processo Civil Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabis, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARTINS, P. B. **O Abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de: Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural:, 1996. (Coleção Os Pensadores)

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

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e a efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MIRANDA, Pontes. **Comentários da constituição de 1949**. 3^a. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MIRANDA, Jorge, **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NUNES, L. A .R. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIMPIO FILHO, **Abuso do direito no processo civil**. *Rio de Janeiro: Forense, 1960.*

OLIVEIRA LIMA, Maria Rosynete. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

PASSOS, J. J. C. de. **“Democracia, participação e processo”**, São Paulo, Ed. RT, 1988.

PASSOS, J. J. C. de. **A reforma do Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLATÃO. **A república**. Tradução de: Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1964.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIPERT, Georges. **Regra moral nas obrigações civil**. Tradução de: Osório Oliveira, Campinas: Bookseller, 399 p, 2000.

RORIZ, Liliane. **Conflitos entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ROUSSEAU, Jean-jacques. Obras de Jean-Jacques Rousseau: do contrato social ... Tradução de: Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro: 1962. v. 2.

SÁ, F. A . C. de. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina, 1977.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Prólogo a teoria do estado**. São Paulo: Forense, 1960.

SCHIMIOT JÚNIOR, R. E. **O novo processo civil**. Curitiba: Editora Juruá, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Da sentença liminar a nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

TEODORO JÚNIOR, H. **As inovações no Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz; e AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Del. VECCHIO, **Lições de filosofia de direito**. Tradução de: Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. 643 p.

ARTIGOS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma Novidade: O Código de Processo Civil Inglês. **Revista de Processo**, São Paulo, n.99, p.74.

BORBA FRANCO, Fernão. A Fórmula do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, n. 94, p.81.

CALMON DE PASSOS, J.J.. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.07, p.05.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “Principialização” da

Jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, n. 98, p.83.

CARVALHO, L. G. G. C. **Revista Ciência Jurídica**, n. 23, p. 19-29, Janeiro de 1997..

DELGADO, José Augusto. Princípios da Instrumentalidade, do Contraditório, da Ampla Defesa e Modernização do Processo Civil. **Revista Jurídica**, n. 285, p. 1.

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre a garantia Constitucional do acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n.108, p.23-31, out/dez. 2002.

GODOY, Armando Moraes. Notas Sobre Direito Processual na Grécia Antiga. **Revista de Processo**, São Paulo, n.96, p.250-259. out/dez 1999.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. Teoria da Defesa no Processo Civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 252, p.18.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. Antecipação da Tutela Legal em Face da Defesa Abusiva e manifesto propósito protelatório na Teoria do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.09, p.48.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de Los Derechos Procesales en América Latina. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 95, p.152.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Japonês de 1966 - Um Processo para o próximo século. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 99, p.5.

LEGISLAÇÃO:

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Brasil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1973.

Brasil. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Organizado pelo Dês. Manoel Augusto Vieira Neto. 34. ed. São Paulo: 1984.

De Nova, Giorogio. **Códice civile e leggi collegate 1994/95**. Milano: Zanichelli, 1994. 1135 p. Costituzione Trattati U. E. e C. E.

ALDONEY QUEIROZ DE ARAÚJO

O DIREITO DA AMPLA DEFESA E O ABUSO DO DIREITO DA
DEFESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Universidade Federal de Pernambuco

Universidade Federal de Pernambuco

Universidade Federal de Pernambuco
PARECER DO ORIENTADOR
Prof. Dr. Edílson Pereira Nobre Júnior

[illegible]