

Revista Jurídica

Ano 49 - Julho de 2001 - Nº 285

Repositório Autorizado de Jurisprudência:

Supremo Tribunal Federal: 03/85

Superior Tribunal de Justiça: 09/90

Tribunais Regionais Federais 1ª e 4ª Regiões

FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquel

DIRETORES

Marco Antônio Coutinho Paixão

Luiz Antônio Duarte Aiquel

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Pasqualini (Coordenador) - Antônio Janyr Dall'Agnol Jr.

Araken de Assis - Cezar Roberto Bitencourt - Fábio Luiz Gomes

Luiz Edson Fachin - Ovídio Araújo Baptista da Silva

Paulo Luiz Netto Lôbo - Sérgio Gilberto Porto

COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel - Amir José Finocchiaro Sarti
Antonio de Pádua Ribeiro - Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense
Arnoldo Wald - Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos Alberto Goulart Ferreira
Carlos Ernani Constantino - Carlos M. S. Velloso - Cláudia Lima Marques - Cláudio Santos
Cristiano Paixão Araújo Pinto - Damásio E. de Jesus - Dilton Carlos Eduardo França
Eduardo de Oliveira Leite - Eliana Calmon - Elísio de Cresci Sobrinho - Elisio de Assis Costa
Eulámpio Rodrigues Filho - Felipe Moreira de Oliveira - Fenelon Teodoro Reis
Fernando da Costa Tourinho Filho - Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira
Geraldo Gonçalves da Costa - Gerson Fischmann - Gustavo Tepedino
Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Jr. - Ilmar Galvão
J. Nascimento Franco - Jader Marques - José Augusto Delgado - José Carlos Barbosa Moreira
José Maria Tesheiner - José Rogério Cruz e Tucci - Juarez Freitas - Luiz Felipe Salomão
Luiz Flávio Borges D'Urso - Luiz Paulo Sirvinskas - Luiz A. Soares Hentz - Luiz Vicente Cernicchiaro
Márcio Mello Casado - Miguel B. de Siqueira Filho - Ney Fayet - Osmar Correia Lima
Paulo César Salomão - Paulo César Scanavez - Paulo Roberto S. da Costa Leite
Paulo Sérgio Prata Rezende - Pedro dos Santos Barcellos - Raimundo Gomes da Cruz
Rerivaldo de Souza Marques - Rogério Lauria Tucci - Rolf Madaleno
Ronaldo Batista Pinto - S. O. Castro Filho
Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches
Teori Albino Zavascki - Theotônio Negrão - Tupinambá Miguel Castro do Nascimento
Wagner Guerreiro - Washington Epaminondas Nunes Barra



*P
R
v. 49 / m. 285 / ec. 2
2001*

PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL¹

José Augusto Delgado

Ministro do STJ

Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil)

Professor da UFRN (aposentado)

Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco

Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário

Sócio Benemérito do Instituto Nacional de Direito Público

Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem Integrante do Grupo

Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário

Sócio Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito

1 – INTRODUÇÃO

A ciência processual, em face do seu caráter instrumental, tem despertado no limiar deste século um inconteste interesse dos estudiosos do direito para encontrar um sistema que resulte na real eficácia e efetividade na aplicação das normas positivas que a regem, tudo associado ao fenômeno da celeridade que marca a época atual.

A pretensão das correntes doutrinárias é no sentido de apresentar sugestões que ajudem a amenizar a crise vivenciada pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

No cumprimento dessa tarefa, buscam-se analisar as mais modernas tendências da disciplina, "complementando seus aspectos técnicos com a visão crítica, de modo a conjugar e harmonizar o rigor da ciência processual, que edificou conceitualmente, ao longo de um século, categorias e institutos fundamentais, com preocupações sociopolíticas de um processo atento à sua instrumentalidade substancial e aderente à realidade sociopolítica em que atua, de modo a possibilitar o atingimento dos objetivos não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição", conforme entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER².

Os fenômenos processuais exaltados na era contemporânea surgiram da necessidade de a ciência que os estruturou apresentar, com urgência, soluções de efeitos concretos e geradores de segurança e confiabilidade para a cidadania, trabalhando fatores simbolizados pela "necessidade da coletivação da tutela jurisdicional numa sociedade de massa"; pela crise de legitimidade por que passa o Poder Judiciário e conseqüentes propostas de seu controle externo, pela "assimilação de institutos novos pela própria lei do processo (especialmente as técnicas de tutela coletiva, o

¹ Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito Processual (Civil, Penal, Trabalhista e Administrativo), promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Direito – IBED, Revista Jurídica Consulex, Instituto Italo-Brasileiro de Direito Laboral, *European Institute of Procedural Law*, Escola Nacional da Magistratura, Faculdade de Direito do Recife, Instituto Pernambucano de Direito do Trabalho e Academia Nacional de Direito do Trabalho, em data de 19 a 22 de maio de 1999, na cidade do Recife, Pernambuco.

² Trecho das palavras de abertura da Prof^a ADA PELLEGRINI GRINOVER, na II Jornada Brasileira de Processo Civil. In Revista de Processo, Ed. RT, ano 23, abril/junho, 1998, p. 9.

processo monitorio e as medidas urgentes de antecipação da tutela no processo cognitivo”, conforme lembrado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³.

Não se desconhece o sentimento vivenciado pelos estamentos sociais envolvidos com as lides jurídicas de que o processo, como via útil para concretizar a força da decisão judicial, impondo o direito nela contido, experimenta um desprestígio crescente, tudo em decorrência da forma burocrática e demorada como são aplicadas as suas regras.

A efetividade das normas processuais é um problema que está a desafiar a ciência que as agasalha, por representar, na atualidade, um dos principais anseios da cidadania.

A evolução doutrinária alcançada pelo direito processual, a partir da metade do Século XX, ocasião em que ocorreu a sua emancipação do direito material e fincou degraus científicos específicos, não se mostrou suficiente para determinar entidades jurídicas formais que valorizassem a influência do tempo no caminhar dos litígios e dotar de maior força executiva a decisão assumida no referente à solução das controvérsias das partes submetidas ao controle do Poder Judiciário.

A respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR anotou que:

“Superada a fase científico-dogmática, passou-se à determinação e valorização de seus verdadeiros e definitivos objetivos, para com estes proceder à adequação dos conceitos e princípios até então fixados e analisados estaticamente. Enfrentou-se, então, a dinâmica do processo, visto que, após um século de ciência a seu respeito, pouco ou nada a alterara quanto a sua eficiência prática em favor do titular do direito.”⁴

Essas manifestações buscam analisar o fenômeno processual além dos estudos sempre centrados sobre seus institutos mais nobres, como são os reguladores da jurisdição, da ação e do procedimento propriamente dito, visando a aproximá-los, em face dos seus objetivos científicos, das necessidades e dos anseios da cidadania, situações emocionais sempre crescentes neste final de Século XX, em face da descoberta que o homem fez da obrigação que tem o Estado, especialmente o que se desenvolve em regime democrático, de proteger os direitos subjetivos de qualquer categoria dos administrados.

A realidade decorrente do panorama determinado pela atuação do processo, por adotar sistema burocrático rigorosamente formal, com soluções demoradas e sem produzir efeitos satisfatórios quanto aos resultados sedimentados, em face da demora para tomá-los, construiu um inevitável choque com a estrutura científica que para ele foi criada, gerando perplexidade nos estudiosos de tais ocorrências e incitando o surgimento de novas idéias para modificar a sua fisionomia e o seu padrão de eficácia e efetividade.

LUIZ FUX, em trabalho sobre os Juizados Especiais, acompanhando o pensamento dos que estão voltados para refletir sobre a situação caótica acima descrita e vivida pelo direito formal, assinala, com propriedade, que:

“O fenômeno processual, conquanto reiteradamente estudado e analisado a partir de seus institutos fundamentais, tais como a jurisdição, a ação e o processo, bem como seus consectários, de décadas para cá tem desafiado os doutrinadores sob um novo enfoque, notadamente interdisciplinar.

³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em Conferência intitulada *Processo Civil Comparado*, apresentada na II Jornada Brasileira de Direito Processual Civil, realizada em Brasília, na data de 11.08.1998. Conferência publicada na Revista de Processo, Ed. RT, nº 90, ano 23, abril e junho de 1998, pp. 46/47.

⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em trecho de parecer apresentado para instruir litígio envolvendo as empresas Método Engenharia S.A. e Serra Azul Water Park S.A. de um lado, e o Ministério Público do Estado de S. Paulo, de outro. O parecer integral está em meus arquivos.

É que aqui e alhures, nos nossos matizes europeus, o processo, como instrumento de realização autoritário-judicial dos direitos, passou a experimentar um notável desprestígio por força da ineficiência das formas usuais de prestação de justiça.

O processo de conhecimento, com seu fim precípuo de 'definição de direitos', revelou-se insatisfatório porquanto prenhe de solenidades e ritualismos capazes de prolongar, acima do desejável, o momento da resposta judicial. Esta, por seu turno, encerrando na 'condenação' a sua suposta forma mais enérgica, não logrou arregimentar a necessária confiança do jurisdicionado na justiça, posto que a realidade da condenação não transpõe a mera 'exortação' a que o 'condenado' cumpra a decisão, sob pena – e que pena para o vencedor – de sofrer a execução da sentença, que se propõe a tornar realizável no plano fático o comando judicial. Sucede que, para tantos quantos militam no foro judicial-contencioso, a execução é a verdadeira *via crucis* por que passa o profissional do direito, haja vista que a tutela satisfativa é mais onerosa e decepcionante do que aquela 'definidora de direitos', própria do processo de cognição.

O ritualismo ditado pela tendência iluminista de engessamento do Judiciário foram responsáveis, até bem pouco tempo, pelo veto a que o juízo da cognição pudesse, na mesma relação jurídica processual, efetivar sua decisão, tornando-a uma realidade e não uma 'mera exortação' de cumprimento. *Nulla executio sine previa cognitio* preconizava a escolástica processual ortodoxa, que pretendia da magistratura apenas a sacralidade das palavras da lei aplicada ao caso concreto. O juiz, como um ditador – como o entrevia ROUSSEAU –, deveria ser aquilo que seu outro parceiro ideológico, MOSTESQUIEU, preconizava: apenas e tão-somente a 'boca da lei'.

Essa técnica foi responsável, durante quase um século, pelos níveis de insatisfação alcançados pelas formas usuais de tutela jurisdicional. A tão decantada 'morosidade da justiça' guardava íntima correlação com o cumprimento das solenidades processuais que imobilizavam o Judiciário a pretexto de garantir o réu contra os arbítrios da magistratura.

Cumpre observar que essa exacerbada preocupação com os demandados olvidava um aspecto axiológico fundamental: o de que a proteção excessiva dos réus desprezava a circunstância de que o processo também deve prover em favor dos autores, que se socorrem do Judiciário à mingua da possibilidade de engendram a justiça pelas próprias mãos.

Esses desvirtuamentos, causados pela bastardia das solenidades impostas, foram os responsáveis pela consagração da tão decantada 'falta de presteza' da jurisdição como um dos males contemporâneos do processo.

Conseqüência dessa centralização dos estudos acerca da inefetividade do processo foi o surgimento de um novo princípio informativo, o da 'Efetividade', voltado à observação quanto ao esmero no cumprimento dos designios da jurisdição através do processo; vale dizer: resposta judicial tempestiva, adequada e justa.⁵

Essas meditações e outras que foram e que estão sendo desenvolvidas sobre esse estado de insatisfação com referência aos resultados concretos do processo, quanto ao seu mister de ser veículo de entregar a prestação jurisdicional reivindicada pelas partes, alcança elevada repercussão quando identifica-se que "a Constituição brasileira de 1988 ampliou o conteúdo do termo 'cidadania', que não pode ser visto apenas em sua projeção política e jurídica clássica", conforme lembra o Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO⁶.

O envolvimento do Estado brasileiro, após a Constituição Federal de 1988, com essa valorização da cidadania, conduz o sistema processual a adotar uma postura compatível com tais

⁵ LUIZ FUX, em artigo intitulado *Juizado Especial – Um Sonho de Justiça*, publicado na Revista de Processo nº 90, ano 23, abril/junho de 1998, Ed. RT, pp. 151/152.

⁶ JOSÉ ALFREDO BARACHO, in *Teoria Geral à Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*, Saraiva, 1995, na apresentação da obra.

propósitos, a fim de que se torne real e fácil o acesso do cidadão à Justiça, com a consequência de se tornar efetiva e eficaz, no menor tempo possível, a entrega da prestação jurisdicional. Esta missão desenvolvida pelo Poder Judiciário, em um Estado Democrático, há de considerar o cidadão como portador de direito constitucional de natureza subjetiva à jurisdição, pelo que a sua exigência com relação a essa atividade estatal, a ser-lhe entregue pelo Poder Judiciário, pode alcançar nível de só aceitá-la com eficiência, garantia de confiabilidade e pronta efetividade e eficácia.

É sempre oportuno lembrar, quando o tema ora questionado é suscitado, o pensamento exposto por CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, no sentido de que:

“Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda falha. E falha exatamente porque tarda.

Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se a justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa.

A liberdade não pode esperar, porque, enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes a só ameaça que torna incertos todos os direitos.

Esta é a primeira abordagem que se faz presente quando se tecem observações sobre a eficiência da prestação jurisdicional: a melancólica lentidão que a tem marcado. A morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos, desacreditado o Poder Público, especialmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos.

As causas da lentidão da prestação jurisdicional, que desde o século passado têm sido objeto de reiteradas críticas da sociedade política, têm comportado paliativos, como bem assevera JEAN VICENT, que vão desde a diminuição do número de instâncias processuais até a aceleração dos julgamentos e a adoção de procedimentos urgentes. A ausência, contudo, de diagnósticos e prognósticos verdadeiros e definitivos sobre as causas materiais e formais da lentidão da prestação jurisdicional tem conduzido estas tentativas a resultados pouco diferentes daqueles que se têm na estrutura e organização dos serviços judiciários atuais. Entretanto, a resposta pronta e eficiente à demanda de jurisdição compõe o direito público subjetivo a este serviço público. Não se deseja, contudo, apenas a adoção de providências que tenham como única finalidade a prestação rápida da jurisdição, pois o que se pretende é torná-la consentânea com fins de resposta de direito e de realização de justiça a que se propõe, para o que a prontidão e eficiência da resposta jurisdicional não coalesce com o desprezo pela segurança dos direitos e pela correção da prestação estatal.

Para que os direitos sejam efetivamente assegurados, é mister que o Estado garanta a prestação jurisdicional, assegurando a todos o processo adequado e o procedimento eficiente.⁷

Integra o contexto para se aprimorar a onda atual desenvolvida na doutrina em busca de impor princípios e regras para uma real efetividade do processo, o propósito inserido no

⁷ CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/MG, Procuradora do Estado de Minas Gerais. Artigo intitulado “O Direito Constitucional à Jurisdição”, inserido na obra coletiva *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Saraiva, pp. 37/38.

Preâmbulo⁸ e nos artigos 1^º, 2^º¹⁰ e 3^º¹¹ da Carta Magna de 1988, onde se destacam as mensagens imperativas de ser a pretensão do povo brasileiro instituir um Estado Democrático de Direito com sublimação do estado de paz na ordem interna e na ordem externa, com solução pacífica dos conflitos.

A dicção constitucional exige, nos dias atuais, que os magistrados cumpram os desejos nela inseridos, fugindo, no que toca a imprimir celeridade à entrega da prestação jurisdicional, dos obstáculos formais impeditivos da lide ser apreciada em seu devido tempo, além de desconfigurar o fenômeno burocrático que insiste em permanecer presente na elaboração dos atos processuais.

Não se pode deixar sem meditação mais aprofundada a manifestação feita por ROBERTO ARMELIN e JOÃO ROBERTO EGIDIO PIZA FONTES, no corpo do trabalho que cuidou sobre a reforma do Poder Judiciário¹², quando assentaram que:

“Por outro, todavia – e o que é mais grave –, não é só a morosidade da máquina que afeta a eficácia social da prestação jurisdicional. O que mais gravemente tem falhado, ultimamente, é a prestação jurisdicional enquanto manifestação do Poder do Estado. Como expressão do Poder do Estado, cabe ao Judiciário o papel de efetivamente solucionar os conflitos de interesses intersubjetivos que lhe submetem os jurisdicionados. E quando se diz efetivamente, não se quer dizer com efetividade, expressão que tem sido utilizada como representação de celeridade da prestação jurisdicional; quando se alude a ela, efetivamente está-se referindo à aptidão concreta da tutela jurisdicional em solucionar a lide, substituindo a vontade das partes e restabelecendo a paz social. Opõe-se a esse desiderato teleológico do próprio Estado Democrático de Direito que, se infirmado, põe por terra os pilares sobre os quais se assentam esse Estado, um vírus que vem se alastrando nos órgãos componentes do Judiciário pátrio, contaminando seriamente a magistratura: o vírus da denegação de justiça. Tem sido pródigo o Judiciário em encontrar meios de denegação de justiça¹³, principalmente de cunho processual (melhor expressando: formalístico), que impedem o efetivo enfrentamento da questão de fundo, única forma de solucionar a lide, e exercer a função jurisdicional enquanto expressão de Poder do Estado. Diversamente, têm-se apegado os magistrados a obstáculos formais impeditivos de apreciação

⁸ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

⁹ Art. 1º da CF de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁰ Art. 2º da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹¹ Art. 3º da CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹² ARMELIN, Roberto; FONTES, João Roberto Egydio Piza. *A Reforma do Estado e o Judiciário: Em Busca da Eficácia Social da Prestação Jurisdicional*, in Revista de Processo, RT, nº 91, ano 23, julho/setembro de 1998, p. 180 e 181.

¹³ O autor referido, em nota de rodapé de nº 2, esclarece: “O fenômeno denominado denegação de justiça, cuja notícia nos foi trazida por NOBERTO BOBBIO (*O positivismo jurídico – Lições de filosofia de direito*, tradução e notas de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo : Icone, 1995, p. 73-74) foi previsto pelo artigo 4º do Código de Napoleão, que preconizava, *in verbis*: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

da lide, num exercício burocrático (no enfoque weberiano da definição de burocracia)¹⁴ da função de serviço público do Judiciário, em detrimento de sua nobre missão de zelar pela liberdade, pela cidadania, e pela democracia, enquanto expressões indissociáveis de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, nos moldes apregoados pelo art. 1º da vigente Lei Maior.

Várias, portanto, são as causas do problema assim como colocado. Uma de natureza social; outras de cunho estritamente técnico-jurídico (formalista); e, ainda, por incrível que pareça, muitas de caráter econômico-administrativo.”

A busca dessa eficácia e efetividade do processo tem um sentido muito maior do que imagina a corrente doutrinária que a tem visualizado com os seus efeitos concretos e imediatos. Ela abrange, também, a necessidade de ser cada vez mais incentivada, tanto pelos estudos doutrinários, como pelos pronunciamentos jurisprudenciais, o culto aos princípios da instrumentalidade, da ampla defesa e do contraditório, tudo visto, porém, com olhos de modernidade e em benefício do cidadão.

A sublimação de tais princípios e o manejo deles em perfeita harmonia com a valorização da cidadania contribuem, ao lado da efetividade desejada para o processo, para elevá-lo ao patamar contemporâneo que ele necessitar estar, isto é, de ser aceito plenamente pelos estamentos sociais como via segura de solução dos litígios.

2 – O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA

O princípio da instrumentalidade do processo é um dos que informam o sistema de nulidades adotado pelo nosso Direito Formal e que busca, também, impor segurança quando o ato processual é praticado.

Ele consiste no entendimento de que as formas, no ambiente processual, constituem-se de meios configuradores de segurança para atingir as finalidades pretendidas pelas partes e que só será alcançada pela via da sentença.

A força desse princípio há de ser concebida de modo que, desde não evidenciado prejuízo para a entrega da prestação jurisdicional trabalhada pelo processo, não se defenda absoluto apego ao formalismo dos atos processuais. Há de se investigar, na sua prática, se a segurança foi resguardada com alcance definitivo dos fins visados, sem agressão a qualquer direito fundamental dos litigantes.

A adoção pelo nosso sistema processual do princípio da instrumentalidade (era cultuado pelo Código de 1939 e foi adotado pelo Código de 1973) recebeu a influência da corrente filosófica denominada de instrumentalismo. Este, segundo a filosofia, é uma “modalidade de pragmatismo em que se pretende seja o conhecimento, a verdade, mero instrumento com que o homem fortalece a eficácia da sua ação para atingir seus fins”¹⁵.

¹⁴ O autor, em nota de rodapé, faz as seguintes anotações: “Cf. sobre o tema, MAX WEBER (*Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída*, tradução de MAURÍCIO TRAGTENBERG, coleção *Os pensadores*, São Paulo : Abril Cultural, 1974). Segundo o autor, ‘num estado moderno (...) a burocracia realmente governa, pois o poder não é exercido por discursos parlamentares nem por proclamações monárquicas, mas através da rotina da administração’. E o que é pior, nesses sistemas, consoante o diagnóstico do autor é que ‘o juiz, como no Estado burocrático com suas leis racionais, é um autômato cumpridor de parágrafos: os documentos legais, juntamente com as custas e emolumentos, são colocados na entrada na esperança de que a decisão emerge na saída juntamente com argumentos mais ou menos válidos, ou seja, trata-se de uma máquina, cujo funcionamento, de modo geral, é calculável ou prognosticado” (pp. 22 e 24).

¹⁵ Em Dicionário Maxi Michaelis Português – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, verbete “instrumentalismo”.

Informa, ainda, a doutrina filosófica que o instrumentalismo surgiu entre a Inglaterra e a Alemanha, tendo o Filósofo WILHELM DILTHEY como seu principal representante. O núcleo principal da referida corrente está no fato de considerar as idéias e as teorias como instrumentos necessários para a ação.

Observe-se que, no Direito Processual, o princípio da instrumentalidade, embora ligado ao vocábulo instrumento, não tem a significação com que, normalmente, é empregado – o termo instrumento – no Direito Processual Penal. Enquanto neste, “instrumento é todo móvel ou utensílio, aparelho ou arma, que sirva para a execução do crime”¹⁶, no Direito Processual, instrumento significa “o papel, em que, por escrito, se fixou o ato praticado”, exprimindo, assim, a materialização de todo fato ou ato processual “que se tenha cumprido ou realizado por escrito”¹⁷.

O princípio em questão, na visão do Direito Processual Civil Contemporâneo, deve ser compreendido como envolvendo o ato processual quando praticado de determinadas garantias que impliquem assegurar uma decisão judicial sustentada na verdade refletida nos autos.

Ao seu desenvolvimento, porém, já de ser atribuída função específica de constituir-se em mais um caminho para que o processo atinja a sua finalidade precípua, que é a de entregar, com presteza e segurança à estabilidade jurídica, a pretensão de fundo buscada pelo cidadão quando em estado de litígio.

Em face dessa característica fundamental, o princípio em referência impõe que o ato processual, mesmo praticado por forma diversa do estabelecido em lei, porém alcançando a finalidade para o qual foi elaborado, deve ser considerado existente, válido, eficaz e efetivo.

A filosofia presente no seu âmago é a de que a nulidade do ato só deve ser decretada quando for substancial o prejuízo para o direito das partes, em face de ter se realizado em descumprimento de forma essencial estabelecida em lei.

Consagra-se, ao se adotar esse posicionamento, a mensagem de CARNELUTTI, de que o processo serve ao direito (*Instituciones del proceso civil*, 1973, vol. 1, p. 22).

É de se acentuar que, embora se afirme que o processo civil brasileiro adota, na atualidade, uma postura demonstrativa de que está liberado do rigoroso formalismo antes empregado para a realização dos seus atos, tal não tem, contudo, contribuído para impor celeridade à entrega da prestação jurisdicional.

Certo é que o princípio da instrumentalidade aplicado com a roupagem moderna que hoje lhe veste conduz para que o juiz torne-se mais ativo na direção do processo. A atividade a desempenhar, não obstante vinculada a determinadas formas processuais, quando elas se apresentam como substanciais para a segurança e confiabilidade do ato processual, tem maior campo de liberdade para buscar a verdade, desvinculando-se das vontades e das ações exclusivas das partes.

Na atualidade, há de se conceber o princípio da instrumentalidade atuando de forma vinculada ao problema da efetividade do processo, especialmente no referente à presteza na solução da lide.

Em face dessa situação, tenho que o princípio em discussão deve ser considerado, na época contemporânea, com as características seguintes:

a) os traços formais e de fundo que as leis processuais recebem, pela sua própria natureza, não devem ser considerados como de imposição absoluta;

¹⁶ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Forense, p. 439.

¹⁷ *Idem*.

b) a função jurisdicional tem como destino único e exclusivo fazer justiça, pelo que a peculiaridade instrumental da lei formal não deve atuar como obstáculo para o alcance desse fim;

c) a validade constitucional das leis processuais está ligada ao respeito que elas apresentem aos propósitos da Carta Magna em garantir o acesso ao Poder Judiciário e a solução do litígio por um processo lógico, de forma adequada, célere, não dispendioso, para que possa alcançar o fim a que se destina;

d) a garantia das formalidades essenciais ao processo conduzem os sujeitos da relação jurídica, ao atuarem na via da administração pública da justiça, a exporem os fundamentos da lide e provarem os fatos que a compõem, com segurança e confiabilidade no proceder do Poder Judiciário;

e) há de se desenvolver a atuação processual, tanto pelo juiz, como pelas partes, entendendo-se, com absoluta convicção, que a estrutura criada para o ato processual que o faz existir, ser válido e eficaz só tem sentido jurídico quando produzir efeitos em perfeita sintonia com os interesses e os valores da justiça que busca aplicar;

f) embora seja impossível subtrair-se a lei processual dessa influência do princípio da instrumentalidade de formas, não deve, contudo, ser a violação a tal princípio, em todas as situações, determinadora de nulidade absoluta do ato praticado;

g) as normas jurídicas formais são reguladas pelo Direito Processual com destinação única de serem instrumentos hábeis e eficazes para solucionar os litígios apresentados ao Poder Judiciário;

h) a relevância formal do Direito Processual tem sua razão de existir no fato de que ela serve, pela segurança imprimida quando cumprida, para o direito material alcançar a sua executoriedade;

i) é impossível a concepção do processo sem atos formais, porém, tal não deve conduzir ao abuso do formalismo em prejuízo da essência da finalidade da ação final pretendida pela causa em juízo;

j) o “processo judicial é uma seqüência lógica, sucessiva e ordenada de pequenas e de grandes formas que vai desembocar na sentença definitiva, como o resultado prevalente e conscientemente querido pelos sujeitos da ação processual”¹⁸.

Ampliando o debate sobre a função do princípio da instrumentalidade na atualidade, é salutar contribuição para o clareamento das idéias revistar-se a compreensão que BENEDITO HESPANHA¹⁹ tem sobre o tema:

“O princípio de instrumentalidade de formas do processo nos conduz a uma dedução lógica: a lei processual, por ser uma norma jurídica geral de atuação instrumental da função jurisdicional, precisa ser interpretada. Por ora, firmemos alguns conceitos breves da interpretação da lei processual, mesmo porque na conclusão deste capítulo faremos um trabalho hermenêutico sobre a interpretação das normas jurídicas do Direito Processual.

O processo em sua cadeia lógica de pensamento, no fundo, do começo ao fim, não deixa de ser um raciocínio claro que se põe a serviço dos sujeitos da relação jurídica processual, com base nas leis formais do procedimento que devem observar e na base nas leis formais do procedimento que devem observar e na lei material que o órgão jurisdicional deve aplicar. O processo, até a entrega da prestação jurisdicional, é uma resposta racional, instrumentalmente coordenada ao litígio jurídico das partes, que sucessivamente vai sendo interpretada pelas partes

¹⁸ HESPANHA, Benedito. *In Tratado de Teoria do Processo*, Forense, vol. I, pg. 485.

¹⁹ HESPANHA, Benedito. *Idem*, vol. I., p. 220/221 e 486/487.

e pelo órgão aplicador. Esta é a razão pela qual o processo, pensado pelos sujeitos processuais, é uma atividade operacional de criação jurídica específica da função jurisdicional do Estado. É a jurisdição estatal que cria a norma jurídica individual do processo. Não se pode, portanto, imaginar o processo sem jurisdição e sem o trabalho intelectual de quem deve interpretar as normas jurídicas. Por isso, a jurisdição é contenciosa por natureza. Dela fazem parte integrante os sujeitos da relação processual. Falar em jurisdição ou processo contencioso é pleonasmismo jurídico, pois o litígio das partes é a causa que impulsiona as formas instrumentais e procedimentais do processo. O procedimento não é contencioso. É o meio-forma pelo qual se move o processo, a operação-fim.

Instaura-se o processo porque justamente se instalou o litígio em face do conflito de observância do ato coercitivo da sanção definido pela norma jurídica do Direito Material. Ao processo segue-se o procedimento adequado ao tipo da relação jurídica litigiosa. A observância das normas válidas, vigentes e eficazes do Direito Material seria frustrada no plano global da ordem jurídica, se o Direito Processual não se fizesse valer das leis que fixam e predeterminam o processo e o procedimento.

Percebe-se claramente que as leis processuais, regulando o processo e o procedimento, são instrumentos adequados à administração pública da justiça, no sentido de ser um meio preordenado a um fim básico da função estatal: restabelecer pela aplicação a observância insatisfeita de um lado e resistida do outro da lei jurídica do Direito Material.

Deste sentido teleológico das leis processuais, podemos com clareza distinguir três (3) caracteres fundamentais: 1) a aplicação da lei jurídica material; 2) a instrumentalidade da lei processual; e 3) a autonomia jurídica e científica da lei processual.²⁰

As afirmações acima identificadas feitas por BENEDITO HESPANHA²¹ são complementadas com o que, na mesma obra, ele afirmou mais adiante:

“Na aplicação do Direito Processual, sabe-se que a relevância das formas é fator fundamental para o correto *modus procedendi vel faciendi* dos atos processuais, uma vez que toda a infração imotivada da regra formal, regulada por lei, de natureza cominada ou não cominada, pode, em princípio, ser causa de nulidade absoluta ou de nulidade relativa. Ciente da validade que representa o ato processual para a administração da justiça, o Direito Positivo admite recurso de decisão que desrespeitou o conteúdo de forma considerado essencial para a prestação jurisdicional de mérito. É por esse motivo que o legislador cuidará de criar um sistema seguro de nulidade que garanta condições essenciais de forma às partes e à própria administração da justiça pública. Devido processo legal é aquele que atende a todas as reivindicações do processo em face do conteúdo de forma e do conteúdo de fundo. Quem pleiteia em juízo, é porque quer ter a segurança de seu Direito Material e de seu Direito Formal. Um direito, dentro do sistema positivo processual vigente, só pertence juridicamente a alguém quando este mesmo direito obedeceu a todas as formalidades legais para a sua aquisição. Uma norma jurídica individual, como qualquer norma jurídica geral, só é válida, vigente e eficaz depois que transitou em julgado e sobre ela não incide nenhum recurso de natureza de conteúdo de forma ou de conteúdo de fundo.

Dentro do contexto da validade ou da nulidade dos atos processuais, desponta o princípio da preclusão, como um freio necessário ao princípio da instrumentalidade e da legalidade de formas. Certamente, a ação processual das partes não pode ser ilimitada. Em regra, a lei processual domina formas especiais e fixa as condições temporais para a prática dos atos processuais, porque, no devido processo legal, a ninguém é lícito fazer o que quer, mas o que a lei determina. A cominação de formas e a fixação de prazos para a atuação dos atos processuais visam a atingir os fins do Direito Positivo no ato de fazer justiça, através da entrega da prestação

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

jurisdicional, e, por conseqüência, a não prejudicar os interesses das partes. Basicamente, a realização dos atos do processo deverá ser declarada válida, sempre que não tiver havido a ocorrência de prejuízo a qualquer das partes litigantes e tenha alcançado a finalidade da lei. Vigorando, como vigora no sistema processual, o princípio do prejuízo e da finalidade da lei, ele autoriza às partes e aos órgãos aplicadores a reputar válidos, vigentes e eficazes os atos processuais em que a observância ou a aplicação da lei, embora formalmente deficiente e falha, logrou os resultados queridos pelos sujeitos processuais e pela própria administração da justiça pública.

Ora, se não houve prejuízo e se a lei atingiu os seus fins básicos, urge ressaltar que o princípio da preclusão exerce um papel relevante, desde que tenha a decisão transitada em julgado. Neste aspecto, pensamos com MOACYR AMARAL SANTOS (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol., Ed Saraiva, pp. 261 e 262), que a preclusão é fenômeno processual estruturador de qualquer sistema de nulidades em que se comine a perda da faculdade ou do direito processual de propor ou de contestar atos praticados ou a serem praticados no processo por se haver esgotado ou por não ter sido exercido, dentro do prazo determinado por lei, o ato que lhe corresponde.²²

3 – O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ARTS. 13, CAPUT, 1ª PARTE, 154, 244, 250, 327, 1ª PARTE, E 616).

Em campo puramente legislativo processual civil, encontra-se o princípio da instrumentalidade das formas presente nos arts.13, *caput*, 1ª parte, 154, 244, 248, 250, 327, 1ª parte e 616 do CPC.

De forma resumida, examina-se a influência de cada um dos dispositivos acima indicados na aplicação do mencionado princípio.

3.1 O art. 13 do CPC, em sua redação atual, dispõe:

“Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II – ao réu, reputar-se-á revel;

III – ao terceiro, será excluído do processo.”

A primeira parte do *caput* presta homenagem ao princípio da instrumentalidade, no afirmar que o juiz, ao verificar qualquer incapacidade processual ou irregularidade na representação, marcará prazo razoável para a sanação do defeito, suspendendo o curso do processo.

Observe-se que o legislador, embora prestigiando a segurança das formas dos atos processuais, não exige atitude rigorosa e imediata por parte do juiz a seu respeito, por permitir que seja aberto prazo para que a parte regularize o ato em questão, a fim de adequá-lo às exigências formais da lei.

Há de se atentar que a capacidade das partes e a regularidade da sua representação judicial, por serem pressupostos essenciais para o desenvolvimento normal do processo, exigem que a presença de ambas na lide esteja revestida das formalidades postas pela norma positiva, por questões de segurança na definição dos sujeitos da relação processual, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC).

²² *Idem*, p. 486/487.

A suspensão do processo, todavia, não é feita de modo absoluto. Os atos urgentes poderão ser praticados. A caracterização de urgência deverá ser demonstrada de modo inequívoco pelas partes, sem que o juiz tenha campo de rejeitá-la quando realmente existir. Constitui-se, no particular, direito subjetivo processual das partes de ter a situação extravagante denunciada ao Poder Judiciário garantido por uma medida de cunho coercitivo, mesmo com o processo em estado de suspensão.

A investigação doutrinária e jurisprudencial sobre o princípio da instrumentalidade, em face do dispositivo supramencionado, enseja a formulação dos seguintes enunciados:

a) o prazo a ser concedido pelo juiz para a regularização do ato deve ser razoável, para o que deve considerar as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio;

b) o referido prazo é de natureza preclusiva, o que resulta, caso não seja cumprido na aplicação de uma das penas previstas nos incisos I, II e III do art. 13 (decretação de nulidade do processo; de imposição de revelia ao réu; de exclusão do processo do terceiro);

c) a decretação de revelia do réu, por não atender ao determinado pelo juiz para regularizar a incapacidade processual ou a sua representação será decretada até mesmo depois de a contestação já ter sido oferecida;

d) o assistente será excluído do processo caso não cumpra, no prazo fixado, a determinação do juiz para normalizar a sua capacidade processual ou a sua representação judicial;

e) aqueles que forem chamados ao processo, de conformidade com o art. 73 do CPC (o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização), se não regularizarem a ausência dos pressupostos processuais identificados pelo juiz, no prazo determinado, receberão a pena de revelia (CPC, art. 13, II);

f) recurso especial ou extraordinário assinado por advogado sem procuração nos autos não merece ter prazo aberto para regularização, devendo, imediatamente, não ser conhecido, por não se aplicar o art. 13 em tal fase do processo;

g) “a regra do art. 13 do CPC não cuida, apenas, da representação legal e da verificação da incapacidade processual, contém no fundo, também, a possibilidade de suprir omissão relativa à incapacidade postulatória” (REsp 93.516/DF, DJU de 03.08.87, p. 243)

h) o réu, sob pena de ficar sujeito ao determinado pelo art. 22 do CPC (“O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”), deverá, na constatação, alegar a incapacidade processual do autor ou sua representação irregular;

i) se a irregularidade da representação não for argüida na primeira oportunidade que a parte tem para falar nos autos, ela será considerada sanada;

j) a representação da pessoa jurídica não precisa ser provada, desde logo; a exigência de tal prova só deverá ser feita no caso de existir dúvida razoável a respeito;

l) o ônus da prova é de quem argüi a irregularidade da representação processual;

m) é abusiva do direito do autor de vir a juízo a decisão judicial que, desde logo, indefere a petição inicial por ilegitimidade de representação, sem concessão de prazo razoável para a sua regularização;

n) – se nenhum prejuízo acarretar para a normalidade do curso do processo, em situações excepcionais, pode se admitir a regularidade da representação processual mesmo após o prazo fixado pelo juiz;

o) – a representação processual de país estrangeiro é da responsabilidade do embaixador, nos termos da Convenção de Viena de 1961; o cônsul não pode, para tal fim, outorgar procuração *ad iudicia*.

3.2 O art. 154 do CPC é do teor que transcrevo:

“Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

Consagra-se, por via do referido dispositivo, posição já adotada pelo Código Civil (art. 129) de que a validade do ato não está vinculada, de modo absoluto, ao prescrito em lei, salvo se esta considerar tal exigência como de natureza essencial para a entrada do mesmo no mundo jurídico.

A prática do ato processual, mesmo que seja de outro modo determinado pela lei formal, sem contudo descaracterizar a sua finalidade e o resultado a ser alcançado, não deverá sofrer sanção de nulidade, nem ser anulado.

Vigora, portanto, em nosso sistema a influência do denominado princípio livre das formas como regra geral.

Esse modo de ser encarado a forma do ato processual não dispensa, contudo, a forma substancial quando ela for exigida, com força absoluta, pela lei.

ARRUDA ALVIM, a respeito de tal aspecto, doutrina que:

“Mas, a forma só prevalece quando a lei expressamente o exija, vigorando o princípio de liberdade, quando esta não fizer exigência de forma (art. 154 – regra geral – forma livre). A finalidade especial do ato, todavia, há sempre de ter sido atingida, para que o ato seja considerado válido, não tendo sido obedecida a forma estabelecida em lei, mesmo nos casos em que a lei o permite.

A relevância da forma pode ser máxima, quando erigida pelo legislador como essencial à validade de determinado ato, a qual, inobservada, acarreta a sua nulidade.

Outras vezes, contudo, vem prevista determinada forma, em lei, mas não se lhe segue, prescrita na própria legislação, a cominação de nulidade pela sua não-observância. O formalismo, nesse caso, será instrumental, pois o ato, tendo atingido seus fins, será considerado válido.

Deste modo, correlacionemos a forma dos atos processuais com os reflexos maiores ou menores, do descumprimento do formalismo, na validade ou invalidade do ato. Sintetizando, pois: 1º) em princípio, é livre a forma (princípio da liberdade das formas – art. 154 do CPC); 2º) em alguns casos, porém, o legislador estabelece uma determinada forma, sem, contudo, cominar expressamente a pena de nulidade para a sua não-observância (princípio da instrumentalidade das formas – art. 244 do CPC); 3º) finalmente, o legislador, noutras hipóteses (as mais raras), dada a suprema relevância do ato ou atos, determinada expressamente a forma de que se devem revestir e, não sendo obedecida, nega-lhes a produção de efeitos, isto é, aplica-lhes a pena de nulidade (arts. 243, 245, parágrafo único, 246, 247 e 248).²³

O CPC, em vários de seus artigos, determina que o ato processual deve seguir determinada forma, sem, contudo, explicitar, em alguns casos, que a não-observância acarretará, inequivocamente, a sua nulidade. Noutros, a pena de nulidade está expressa. São, por exemplo,

²³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. 1, RT, p. 398 e 399.

as situações ditas pelos arts. 202²⁴, 209, I,²⁵ 214²⁶, 227²⁷, 228²⁸, 232²⁹, 236, § 1³⁰ e 239³¹, parágrafo único.

As reflexões sobre o art. 154 do CPC permitem que a seu respeito sejam construídos os seguintes enunciados:

a) as nulidades sanáveis devem ser regularizadas, para que haja prestígio ao princípio de que os atos processuais devem ser aproveitados no máximo permitido pelo sistema;

b) os atos processuais referentes às crianças e aos adolescentes são sigilosos (arts. 143, 144 e 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente);

c) se houver disputa sobre propriedade intelectual vinculada a programas de computador, a ação civil respectiva deverá correr em segredo de justiça (Lei nº 7.646, de 18.12.87, art. 399, § 2º);

d) o direito à prestação jurisdicional, embora de cunho constitucional, não se sobrepõe à necessidade de os atos processuais serem formais, especialmente os que recebem tal exigência como sendo essenciais para a sua validade e eficácia;

²⁴ Art. 202 do CPC: “São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória: I – a indicação dos juizes de origem e de cumprimento do ato; II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III – a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; IV – o encerramento com a assinatura do juiz. § 1º O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas. § 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica”.

²⁵ Art. 209 do CPC: “O juiz recusará cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado: I – quando não estiver revestida dos requisitos legais; II – quando carecer de competência, em razão da matéria ou da hierarquia; III – quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade”.

²⁶ Art. 214 do CPC: “Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu. § 1º O comparecimento espontâneo do réu, supre, entretanto, a falta de citação. § 2º Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.

²⁷ Art. 227 do CPC: “Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, e não o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar”.

²⁸ Art. 228, CPC: “No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. § 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca. § 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome”.

²⁹ Art. 232 do CPC: “São requisitos da citação por edital: I – a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos nºs I e II do artigo antecedente; II – a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão; III – a publicação do edital no prazo máximo de quinze (15) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver; IV – a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre vinte (20) e sessenta (60) dias, correndo da data da primeira publicação; V – a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis. § 1º Juntar-se-á nos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o nº II deste artigo. § 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária”.

³⁰ Art. 236 do CPC: “No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. § 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. § 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente”.

³¹ Art. 239 do CPC: “Far-se-á intimação por meio de oficial de justiça quando frustrada a realização pelo correio. Parágrafo único. A certidão de intimação deve conter: I – a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de sua carteira de identidade e o órgão que a expediu; II – a declaração de entrega da contrafé; III – a nota do ciente ou certidão de que o interessado não a após no mandado”.

e) é de considerar-se a parte intimada da sentença se, antes da sua publicação, ela tomou inequivocamente conhecimento do seu conteúdo por outro meio qualquer, desde que tudo se encontre certificado nos autos;

f) em caso de contrato celebrado com a cláusula de valer sem instrumento público, este passa a ser elemento material de natureza substancial para a validade do ato (art. 133, do Código Civil);

g) os pactos antenupciais e os de adoções só terão validade e eficácia se forem celebrados por escritura pública (art. 134, I, do Código Civil);

h) os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 11,7798 OTNs³², com exceção do penhor agrícola e dos ajustes de financiamento imobiliário pelo Sistema Financeiro da Habitação, só terão validade e eficácia se forem celebrados por escritura pública.

3.3 O art. 244, do CPC, determina que:

“Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Expressa o referido dispositivo o princípio de que o sistema deve aproveitar ao máximo os atos processuais, abrindo sempre porta para possibilitar que sejam regularizados os não-obstaculizados para tal pela lei.

THEOTONIO NEGRÃO, em nota ao referido artigo, faz referência ao julgamento do STJ, cujo acórdão estão publicado na RT 683/183, onde consta que: “Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que ‘quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade’”.

Essa regra de conduta processual quanto aos aspectos formais do ato processual foi, também, recebida pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26.09.95) que, em seu art. 13, § 1º, dispõe: “Art. 1º Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta lei. § 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

O art. 2º da mencionada lei determina que: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Há, conseqüentemente, uma abertura de larga escala para que cada vez mais o princípio da instrumentalidade das formas, em nosso sistema processual, adeque-se aos interesses e

³² O valor em OTNs é exigido pelo § 6º do art. 134 do Código Civil, conforme redação da Lei nº 7.104, de 20.06.1983. A OTN, para fins de fixação de tal valor, deverá ser atualizada em cada mês de janeiro e vigorará por todo o ano. A OTN foi extinta em 16.01.89 pela Lei nº 7.730, de 31.01.89, art. 15, inc. I, passando a vigorar, em seu lugar, o BTN, que, por sua vez, foi extinto em 01.02.91, pelo art. 3º, I, da Lei nº 8.177, de 01.03.91. Atualmente, há dificuldades em se fixar qual o valor em referência, em face das constantes modificações introduzidas no sistema de correção monetária. O cálculo mais fácil, no meu entender, é o de se partir do valor de 11,7798 OTNs do mês de janeiro de 1989 (6.170,19 cruzados velhos) e se atualizar monetariamente de acordo com os seguintes índices: fevereiro de 89: 42,72%, conforme entende o STJ; março de 1989: 23,60% (IBGE); abril de 89 a março de 1991: IPC do IBGE; abril de 91 a julho de 94: INPC do IBGE; agosto de 94 a julho de 95: IPC-r do IBGE; agosto de 95 em diante: INPC do IBGE. A presente sugestão tomou por base a tabela de correção monetária exposta por THEOTONIO NEGRÃO, p. 1810, da sua obra *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 30ª ed., Ed. Saraiva.

direitos da cidadania de ter um rito processual seguro e célere, sem vinculação a formalidades que não expressem a essência do buscado perante o Poder Judiciário – uma decisão que, por não ser entregue tardiamente, represente verdadeiramente a solução do litígio.

3.4 A regra do art. 250 do CPC expressa o comando de que:

“O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.”

O erro de forma cuidado pelo legislador no dispositivo supra-indicado é, apenas, o erro de procedimento. Não se cuida de erro ocorrido no pedido ou na causa de pedir.

O sistema processual não está, ainda, desvinculado da obrigatoriedade de a parte e do juiz respeitar o procedimento fixado na lei. Considera essa posição como necessária para garantir a segurança da atividade processual, com influência em seu resultado.

Concentrada a doutrina, com apoio na jurisprudência, sobre o rigor da adoção do procedimento fixado pela lei, depara-se, na atualidade, com o quadro seguinte a respeito do art. 250 do CPC:

a) as partes não podem, por simples convenção, escolher o rito processual para solucionar o possível litígio que decorrer da relação jurídica formada;

b) o ingresso de qualquer parte no Juizado Especial, quando este é incompetente para apreciar a pretensão, deve conduzir a ação a ser extinta, pelo que não se permite o aproveitamento dos atos e a remessa para o Juiz competente (Lei dos Juizados Especiais, art. 51, II);

c) é da obrigação do Juiz determinar a conversão, em caso de ser possível, quando a parte escolhe um procedimento não previsto pela lei processual para a demanda interposta;

d) há de ser aplicada a pena de extinção do processo, quando o juiz determina que a parte emende a petição inicial para adequar o procedimento ao tipo exigido pela lei e, no prazo fixado, não há atendimento (caso, por exemplo, de converter o procedimento ordinário no sumário);

e) o autor, mesmo que a situação lhe pareça mais favorável para a apresentação das provas, não pode optar pelo procedimento ordinário, se previsto em lei o sumário para a solução da lide em que se envolveu, segundo uma corrente, enquanto outra defende a possibilidade;

f) a adaptação do processo ao rito estabelecido pela lei pode ser feita a qualquer tempo, aproveitando-se os atos já praticados;

g) o autor não pode se servir do processo de conhecimento, se, para o caso apresentado em juízo, a lei lhe outorga o direito de se servir do processo de execução;

h) se o autor promove ação de execução e esta não é cabível, nada impede que o juiz a transforme em procedimento ordinário;

i) as partes podem concordar, em caso de procedimento especial, em desenvolver a relação jurídica processual pelo rito ordinário; o contrário não é admitido;

j) em se tratando dos casos de obrigatoriedade da denunciação da lide em caso de responsabilidade de preponente, por ato de preposto, se o processo já foi julgado, não há de se anulá-lo por ter sido indeferida tal pretensão³³.

³³ A 1ª Seção do STJ, por maioria, recentemente, adotou posição contrária. A jurisprudência não está, ainda, sedimentada em tal sentido.

3.5 O conteúdo do art. 327 do CPC é no sentido de que:

“Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificada a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta (30) dias.”

O Código de Processo Civil, fiel ao sistema de não considerar absoluta a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, regula, no dispositivo supra-mencionado, a atuação do juiz no concernente às providências que deverá tomar para regularizar a atividade processual, evitando declarar nulidades sanáveis.

Não há, no artigo em questão, uma faculdade outorgada ao juiz. A mensagem legislativa tem um conteúdo de comando coercitivo que vincula o juiz ao seu cumprimento.

Abre-se, em face da regra supra, a oportunidade para que, na fase anterior ao saneamento definitivo do processo, seja, por exemplo, regularizada a representação processual das partes. Outrossim, qualquer outra deficiência presente no curso da relação formal não deve ser, de imediato, considerada para fins de nulificar o processo. É da própria essência da atividade processual jurisdicional, em tal situação, abrir oportunidade para que as partes supram as irregularidades detectadas, visando-se, assim, a impor tranqüilidade e confiança aos atos já realizado e aos que serão futuramente praticados.

3.6 Dita o art. 616, do CPC, que:

“Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de dez (10) dias, sob pena de ser indeferida.”

O referido dispositivo integra o Capítulo I do Título II do Processo de Execução, constituindo-se em uma das disposições gerais adotadas pelo legislador para a espécie.

É de ser lembrado que o art. 598 do CPC determina que: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.”

Com base nessa orientação legislativa, é dever do juiz, no processo de execução, no tocante ao princípio da instrumentalidade do processo, seguir as linhas específicas para ele adotado e as gerais que informam o processo de conhecimento.

A respeito do art. 616 do CPC, doutrina e jurisprudência entendem que:

- a) o despacho que determina a emenda da petição inicial da execução é irrecorrível;
- b) o recurso cabível da decisão que indefere liminarmente o pedido de execução é a apelação;
- c) se o executado apresentou embargos à execução, não é mais possível a parte exequente emendar a petição, salvo se houver o consentimento daquele;
- d) o indeferimento da petição inicial pode ocorrer mesmo depois de apresentados embargos à execução, desde que haja motivos suficientes e nobres para tal;
- e) é defeso ao juiz, ao examinar a petição de execução, excluir, desde logo, parcelas que ele considera indevidas, salvo as envolvidas pela decadência;
- f) não deve a petição inicial ser, desde logo, indeferida, caso não venha instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação de execução, em proveito da função instrumental do processo; em tal situação, deve o juiz abrir prazo razoável para que seja regularizada.

4 – O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A MODERNIDADE PROCESSUAL.

O conceito do princípio do contraditório sempre foi buscado pela doutrina como sendo de natureza constitucional, isto é, representando uma garantia a ser assegurada ao cidadão quando em juízo para a solução do litígio em que se envolveu.

JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, expoente da época clássica do Direito Processual Brasileiro, o configurou como “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”³⁴.

CÂNDIDO DINAMARCO³⁵, em estudo sobre o seu alcance, entende que a sua presença há de ser respeitada em qualquer processo, por força de determinação constitucional. Na Carta Magna de 1988, de forma expressa, está dito no inciso LV do art. 5º que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

ADA PELLEGRINI GRINOVER assinala a importância, na atualidade, do referido princípio, observando que:

“Tão importante se tornou o contraditório no processo moderno, que a definição mais atual de parte liga-se indissolavelmente a esse princípio: a qualidade de parte, na expressão de LIEBMAN, é a condição dos que participam do contraditório instituído pelo juiz”³⁶.

Uma investigação sobre o que a doutrina e a jurisprudência já construíram a respeito do mencionado princípio, considerando-se os pronunciamentos contemporâneos a seu respeito, bem como as linhas estruturais que o edificam no atual estágio do processo, quando busca aproximar-se dos anseios da cidadania, permite que, de forma resumida, sejam formulados os seguintes enunciados para a firmação de sua quase total compreensão: a) BARBOSA MOREIRA, ADA GRINOVER e JOSÉ FREDERICO MARQUES, conforme notícia CÂNDIDO DINAMARCO³⁷, afirmam que decorre, do princípio constitucional da igualdade, também a igualdade entre as partes no processo e conseqüentemente o princípio do contraditório.

b) entende diferentemente, porém, CÂNDIDO DINAMARCO, ao assinalar que não existe perfeita coincidência entre isonomia e contraditório; este decorre, de modo autônomo, da força da própria Constituição, consubstanciando-o como uma garantia implícita nas Cartas anteriores e explícita na atual;

c) o contraditório é um princípio inerente ao Estado Democrático, onde valores como a informação, a liberdade de informação e o direito de participação são consagrados como de natureza subjetiva em relação ao cidadão (Ver CÂNDIDO DINAMARCO sobre o assunto, *ob. citada*);

d) o fato de o ordenamento jurídico, por interesses maiores do que os específicos das partes, impor determinadas restrições ao princípio do contraditório, não conduz ao patamar de descaracterizá-lo ou de fazê-lo perder a sua expressiva eficiência e necessidade de ser respeitado;

e) as limitações impostas ao princípio são as seguintes: a possibilidade do juiz conceder mandado liminar nas possessórias (arts. 928 e 929 do CPC) e nos embargos de obra nova (art. 937 do CPC); a concessão de liminar, sem ser ouvida a parte contrária, nas medidas cautelares (arts. 797, 804, 813 e ss., 822 e ss., 839 e ss., 854, parágrafo único, 889, parágrafo único, etc., do

³⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *In A Contrariedade na Instrução Criminal*, 1937, nº 80.

³⁵ DINAMARCO, Cândido. *In Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Ed. RT, pp. 84 e ss.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *In Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, Ed. José Bushatsky, 1975, p. 94.

³⁷ DINAMARCO, Cândido. *Ob. cit.*, p. 90.

CPC³⁸); o deferimento de liminar em ação civil pública (art. 12, da Lei nº 7.347, de 24.07.85); a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC); atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória (Lei nº 8.952, de 1994); a concessão liminar de tutela específica na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º, do CPC);

f) a efetividade do contraditório só se concretiza quando, realmente, há defesa integral da parte no processo;

g) em face da necessidade de obediência ao princípio do contraditório, o juiz deve nomear curador de ausentes ao réu citado por edital ou hora certa e revel³⁹;

h) o princípio do contraditório visa, também, a impor certeza, austeridade da Justiça e possibilitar decisões e soluções mais perfeitas e mais adequadas ao direito material⁴⁰;

i) o princípio do contraditório, em termos de legislação infraconstitucional, está contido no art. 125, I, do CPC, quando impõe ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”⁴¹;

j) “a garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se dão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas”⁴²;

l) o juiz deve conduzir o processo de modo que as partes tenham “as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados”⁴³;

m) qualquer peça documental inserida nos autos como meio de provar os fatos alegados, mesmo que a promoção seja do juiz ou do Ministério Público, deverá ser levada ao conhecimento da parte contrária (art. 398 do CPC), sob pena de ferir o princípio do contraditório, e, se ela for fundamental para a decisão da causa, caso não haja o cumprimento dessa medida, acarretar, tal omissão, nulidade do *decisum*;

n) “o princípio do contraditório expressa valores dignos da maior reverência; mas não é pouco freqüente, no direito processual – e no direito *tout court* –, que primeiro o legislador e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do ‘mal menor’”⁴⁴.

A obediência ao princípio do contraditório, nos limites que a doutrina e a jurisprudência entendem como deve ele ser aplicado, constitui elemento caracterizador da democratização do processo, por permitir o encontro da verdade que irá influir na fixação do julgamento da causa com absoluta transparência e efetiva participação das partes⁴⁵.

³⁸ Os dispositivos apontados foram registrados por ADA PELLEGRINI GRINOVER, em 1975, na obra já citada, p. 95

³⁹ DINAMARCO, Cândido. *Ob. cit.*, p. 98.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido. *Ob. cit.*, p. 100.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. In *A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução, Temas de Direito Processual Civil*, Editora Saraiva, p. 65.

⁴² *Idem*, p. 67.

⁴³ *Idem*, p. 67.

⁴⁴ *Idem*, p. 76.

⁴⁵ A influência do princípio do contraditório para aperfeiçoar, de modo democrático, a relação jurídica processual, tem sido destacada de modo direto ou indireto por vários doutrinadores. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em 1986, no tomo 1, p. 28, em sua obra *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, diz que: “Mas o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte. Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. Decorrem três conseqüências básicas desse princípio: a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus

5 – O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E OS SEUS REFLEXOS NA MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do princípio da ampla defesa o colocou na categoria dos direitos e garantias fundamentais considerados como de primeira geração. A sua consagração está no art. 5º, LV, da CF: "... aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Tem, portanto, qualificação específica, haja vista que, por ser uma garantia de 1º grau, não pode ser objeto de modificação sequer por parte do constituinte derivado.

É, portanto, uma cláusula pétrea⁴⁶, sujeita aos ditames do art. 60, § 4º, da Constituição Federal atual.

É de notar que a Constituição Federal de 1988 sublimou, em patamar bem elevado, o princípio da ampla defesa. Tanto assim o fez que a palavra "defesa" aparece, várias vezes, em seu texto, conforme levantamento feito por NAGIB SLAIB FILHO. Afirma o referido autor: "Aliás, a Constituição é obsessiva com a palavra 'defesa', pois a repete em vários dispositivos: art. 8º, III, 9º, *caput* (que prevê ação, no sentido material, através da greve), 21, III (cabe à União assegurar a defesa nacional, isto é, garantir a pretensão à segurança coletiva), 41, § 1º (ampla defesa no processo disciplinar), 55, § 2º (sobre perda de mandato, o que é desnecessariamente repetido no § 3º), 93, VIII (sobre processos contra magistrados), 128, § 5º, *b* (sobre processos contra membros do Ministério Público), 136 (estado de defesa), 170, inciso VI (defesa do meio ambiente, também como princípio da ordem econômica), 227, § 3º, inciso IV (defesa técnica por profissional habilitado, em processos de atos infracionais praticados por menor)".

O princípio da ampla defesa é decorrente de um outro princípio condicionador da democracia: o do devido processo legal. Este exige plenitude de defesa no processo civil, sob pena de haver, pela infringência de qualquer uma das regras que o estrutura, nulidade da relação jurídica formal instaurada.

Ovídio A. Baptista da Silva, analisando o princípio da ampla defesa após o seu regramento na Constituição Federal de 1988, observou, com propriedade, que:

"Aos que se dedicam ao processo civil, no entanto, cabe proceder a uma investigação séria, e preventiva, destinada a determinar, conceitualmente, o que poderá significar, neste campo particular do fenômeno jurídico, o conceito de 'ampla defesa', especialmente tendo em vista a

sucessores; b) só há relação processual completa após regular citação do demandado; c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes. O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, mas também de fazer a prova contrária". Pontes de Miranda, ao dissertar sobre o art. 153, § 15, da Constituição anterior, disse: "A defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado. O Estado – no texto constitucional – a prometeu; tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a promessa" (*Comentários à Constituição*, tomo V, p. 234).

⁴⁶ PAULO BONAVIDES, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Malheiros, p. 503, doutrina: "Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte ou seja o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da Lei Maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto de deliberação da parte do poder constituinte derivado. Ou, com mais precisão: a garantia constitucional qualificada de 1º grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma. Garantias constitucionais de 1º grau são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema".

acentuada marca 'dispositiva' de nosso processo civil e a histórica relação entre este princípio e os processos penais, de tipo acusatório.⁴⁷

Após tecer várias considerações a respeito dos questionamentos que devem ser suscitados sobre a amplitude da defesa, lembrando, ainda, que na Itália, embora o princípio esteja inserido na Constituição, não se fala em "ampla defesa", apenas "defesa", adverte, na parte conclusiva do trabalho acima referido, que:

"Temo que a consagração do princípio da 'ampla defesa', agora desfrutando da dignidade de estatuto constitucional, seja uma nova arma no inesgotável arsenal do conservadorismo brasileiro, cuja retórica, como dizia PONTES DE MIRANDA, com sua aguda percepção para os fenômenos políticos e sociais, especializou-se, no mais alto grau, em alterar constantemente nossas leis e todo o sistema normativo, em no entanto nada transformar efetivamente, de modo que o 'diálogo' que o poder estabelecido mantém com a nação, através das leis, se faça tão convincente quanto inócuo; e assim evitem-se as reformas estruturais de que nosso país tanto necessita."⁴⁸

O princípio da ampla defesa, por ser uma garantia processual oferecida ao cidadão, de natureza essencial, merece ser cultivado com todas as características que o compõem, evitando-se, em conseqüência, que a plenitude de sua extensão provoque demora na entrega da prestação jurisdicional e transborde para o condenável abuso de direito da parte ao se defender.

Ele integra a constelação dos princípios, isto é, faz parte de um sistema que tem nele um mandamento nuclear, por ser "... verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano."⁴⁹

No exame dos princípios como sendo uma garantia fundamental do cidadão, manifestei-me no sentido de que:

"3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUEM MATÉRIA JURÍDICA RELEVANTE

O exame da Constituição de um país permite uma série de indagações científicas. Entre tantas, merece mencionar as de ordem jurídica. Elas dão lugar para que o direito positivo seja estudado de modo aprofundado, possibilitando a dimensão de todos os seus ângulos, por permitirem uma análise precisa e objetiva dos elementos de maior significação. Essa tarefa leva a se distinguirem os princípios fundamentais que comandam as garantias processuais do cidadão, revelando a sua importância, haja vista que, com frequência, as normas constitucionais, por si só, são insuficientes para fazer expandir os seus conceitos com a simples expressão do seu texto.

Para bem se compreender o valor dos princípios em um ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que nos Estados contemporâneos a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos através dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa. Essa volição não pode ser entendida como sendo de sentido estrito, porque ela, além de ser mais ou menos abstrata, há de se integrar ao sistema jurídico instituído pela Nação e atuar como força viva dos sentimentos do povo a quem ela se destina.

Os princípios, no referente às garantias processuais do cidadão, atuam como forma de proteção das liberdades jurídicas, tendo 'por objeto a proteção dos *status* pessoais e de cada um dos direitos que implicam o exercício de funções públicas' que são 'atividades que a própria

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Prof. Titular de Direito Judiciário Civil na UFRGS, Advogado, in *A Plenitude de Defesa no Processo Civil*, artigo publicado na obra "As Garantias do Cidadão na Justiça", Saraiva, p. 150.

⁴⁸ *Idem*, p. 163.

⁴⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. In *Elementos de Direito Administrativo*, RT, p. 230.

ordenação considera para limitar em relação a elas os poderes do Estado ou de outros sujeitos que exercem funções públicas, de modo que, além deste limite jurídico, há uma esfera igualmente jurídica que se tem querido reservar à iniciativa e vontade de outrem, protegendo-a de vários modos' (ROMANO, Santi. *In Princípios de Direito Constitucional Geral*, Ed. RT, trad. Maria Helena Diniz, p. 157).

Os princípios que comandam as garantias processuais do cidadão são relevantes no contexto constitucional porque decorrem do que substancialmente foi inserido no texto da Carta Magna. Esta, ao se apresentar como sendo o conjunto de normas jurídicas fundamentais definidoras de uma ordem jurídico-política e de uma ordem de valores acatadas pela Nação, há de permitir que sejam extraídas de seu conteúdo as idéias forças que fizeram com que se considere a ordenação sistemática e racional da comunidade política com capacidade de produzir efeitos processuais que garantam os direitos fundamentais estabelecidos para o cidadão. Daí decorre a função excepcional dos princípios jurídicos processuais para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos jurisdicionados.

Ao se falar em princípios fundamentais comandando as garantias processuais do cidadão, impõe-se uma colocação preliminar a respeito da discussão existente, na doutrina, sobre a matéria. A investigação do pensamento positivo revela que os princípios são considerados como sendo normas obtidas por um processo de visão generalizada das leis. Por essa razão, entendeu-se que os princípios eram parte integrante do ordenamento jurídico positivo, pelo que a sua atuação ocorria com o mesmo grau hierárquico do possuído pela norma concreta. Para os jusnaturalistas, os princípios gerais de direito são normas de direito natural que, embora não se encontrem de modo positivo implantadas no texto constitucional, possuem vigência e são obrigatórias, por integrarem a denominada ordem suprapositiva, com força de informar todo o sistema legal.

Sobre tais aspectos, o melhor entendimento é o de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, obra citada, p. 237, por considerar que '... os princípios jurídicos fundamentais não se reduzem a simples princípios gerais de direito ou regras jurídicas gerais, nem se inscrevem numa ordem jurídica suprapositiva.' Eles são 'normas princípios e, portanto, fonte de direito, a partir do momento e na medida em que hajam sido encarnados numa instituição por um ato constitutivo de poder legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica.'

Perfilhando esse entendimento, concebe-se a força dos princípios processuais no garantir os direitos fundamentais do cidadão quando violados, por eles pertencerem à ordem jurídica positiva, haja vista terem sido introduzidos na consciência geral da Nação e encontrarem uma recepção expressa ou implícita na Carta Magna.

4 – AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CIDADÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A essência de um princípio, no campo do direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em conseqüência, ele não possui uma normatividade própria que implique se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma. Não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação, simplesmente, em um princípio. Há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional estatal.

Essa é a razão pela qual há necessidade de se estabelecer a conformação dos princípios com as regras constitucionais que os admitem, desdobrando-os em normas mais precisas e individualizadoras.

O desenvolvimento dessa tarefa exige que, primeiramente, as garantias processuais do cidadão sejam consideradas como sendo reguladas por normas consagradoras de direitos fundamentais, tidas como uma das 'partes mais constitucionais' de qualquer Constituição. Assim se concebendo, recebe-se a conscientização de que, por se tratar de direitos fundamentais, não há possibilidade de se 'abarcam toda a vasta problemática dos direitos do homem e das liberdades públicas' (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 497).

As garantias processuais do cidadão constituem realidades jurídicas que devem guardar conformação com a Constituição. São limitações impostas que não se apresentam com a função total de restrição de direitos, por serem, apenas, formas de regulamentar a atuação estatal, com a finalidade de concretizar esses direitos fundamentais. Ressalte-se, apenas, no exame dessas limitações, que os seus fundamentos deverão se voltar, unicamente, para a Constituição, pelo que não se admite, por exemplo, a que se sustenta em posição não-escrita no texto da Carta Magna.⁵⁰

A respeito do princípio da ampla defesa, com base nos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, podem ser formuladas as seguintes proposições:

a) tem-se, pela guarda do princípio, a imposição em mandamento constitucional do caráter dialético e isonômico da relação processual, constituindo não só garantia para as partes, como, também, para uma efetiva jurisdição;

b) a garantia da ampla defesa significa direito subjetivo da parte a uma tutela jurisdicional transparente, pela via do que pode exigir do Estado-juiz que escute as suas manifestações de defesa ou de contra-arrazoados à pretensão posta em juízo, tudo para uma justa solução do litígio;

c) a disponibilidade ou a aposentadoria compulsória, salvo, neste caso, por idade, de Ministro do STJ e de quaisquer outros Tribunais só poderá ocorrer após instauração de devido processo legal, onde fique assegurado o direito de ampla defesa⁵¹;

d) "Se é verdade que o direito à ampla defesa, de regra, exige oitiva das testemunhas do réu após as de acusação, não menos verdade é que a inversão da ordem só poderia ser considerada nulificante se os depoimentos tivessem alguma influência no resultado da causa, isto é, se dela decorresse prejuízo à defesa do acusado, nos exatos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal"⁵²;

d) não se exige, na sindicância, a obediência ao princípio da ampla defesa. "A Constituição assegura o princípio do contraditório aos litigantes em processo e não em sindicância (art. 5º, LV). A ampla defesa não se aplica nem mesmo ao inquérito policial e é isso o que demonstra CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. cit.*, p. 269, ao afirmar que a mera suspeita de envolvimento no inquérito policial, não justifica a utilização dos meios constitucionais de defesa e que '... os envolvidos em inquérito policial não podem ser tidos por acusados nos termos da Constituição.' A acusação é sempre uma irrogação a alguém da prática de um ato condenável, no caso de um ilícito penal. Enquanto não advenha este ato estatal que impute a uma determinada pessoa a prática do delito, esta não pode ser tida por acusada. A fase investigada é, portanto, preparatória da acusação, uma vez que só pelo desenvolvimento do ocorrido e pela identificação da autoria é possível praticar-se o ato formal de acusação"⁵³;

e) o paciente teve a companhia, nos autos da ação penal, de outros co-réus, alguns deles efetivamente servidores públicos. O fato de não ter sido chamado a oferecer resposta escrita antes do recebimento da denúncia não provocou qualquer dano ao seu direito à ampla defesa;

f) "A audiência prévia de que trata o Código de Processo Penal não pode, segundo a doutrina, ser entendida como privilégio para a categoria dos servidores públicos e sim como a

⁵⁰ DELGADO, José Augusto. *In A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão*, trabalho publicado na obra coletiva *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo, Saraiva, p. 63 e ss.

⁵¹ O Regimento Interno do STJ, no art. 290, dispõe: O Tribunal poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros, a disponibilidade ou a aposentadoria de Ministro do Tribunal, assegurada ampla defesa.

⁵² Recurso de Habeas Corpus nº 100, STJ, Rel. Min. Edson Vidigal.

⁵³ Trechos do decidido no Recurso em Mandado de Segurança nº 2, MT, STJ, Rel. Min. Garcia Vieira.

salvaguarda do bom conceito da administração pública, passível de abalos morais se acolhida a denúncia temerária contra algum dos seus servidores. Só assim se justifica, inclusive, por que a ampla defesa só é exercida efetivamente na ação penal, em cujo transcorrer se pratica o contraditório das afirmações e das provas⁵⁴;

g) “Não é inepta a denúncia que descreve a conduta atribuída ao agente, com observância das diretrizes do art. 41 do CPP, e possui os elementos necessários a oportunizar o exercício da ampla defesa e a permitir um juízo de valor pelo Juiz⁵⁵;

h) “Em que pese a arguição de nulidade atinente ao fato de não ter sido o réu citado pessoalmente, mas por via editalícia, há de se esclarecer que esta, realística na essência, revela-se prejudicial ao recorrente e ofensiva ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. De fato, não consta dos autos ter sido o recorrente citado no endereço especificado perante a autoridade policial (*vide* fl. 16), mas em local totalmente diverso porque pertencente à testemunha arrolada na fase instrutória (fl. 22)⁵⁶;

i) o formalismo precisa ser afastado quando em prejuízo do princípio relevante da ampla defesa, de cunho constitucional;

j) “A Constituição assegura aos acusados, em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Falta de defesa não é a mesma coisa que defesa deficiente. Demonstrado nos autos que o defensor nomeado apresentou defesa prévia, reperguntou testemunhas e atuou em todas as fases processuais, não se pode acusá-lo de omissão⁵⁷;

l) A nulidade absoluta, por infringência ao princípio do contraditório e ampla defesa – art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal –, instituída no art. 564, inciso III, letra c, do CPP, ocorre exclusivamente com a falta de defesa e não com a sua eventual deficiência, que só anulará a ação penal, comprovado prejuízo para o réu (Súmula 523 do STF)⁵⁸;

m) “Concurso. Anulação após nomeação e posse dos candidatos, somente mediante processo administrativo assegurada ampla defesa. Sem essa providência, a anulação do concurso importa, em última análise, em demissão dos funcionários, sem a garantia de defesa. Aplicação das Súmulas 22 e 21 do Supremo Tribunal Federal⁵⁹;

n) ofende, de modo nuclear, o princípio da ampla defesa a produção de prova em audiência, sem a presença de advogado, e depois utilizada para condenar o réu.

o) “O instituto da imunidade judiciária funciona como excludente da ilicitude penal, porque, no conflito que se estabelece entre a proteção penal da honra individual e da ampla defesa, o legislador optou por privilegiar esta, em detrimento daquela. O instituto da imunidade judiciária funciona como excludente da ilicitude penal, porque, no conflito que se estabelece entre a proteção penal da honra individual e da ampla defesa, o legislador optou por privilegiar esta, em detrimento daquela. Quando, porém, o agente atua seguro de ter atuado sob o amparo do direito, poder-se-á estar diante de uma situação caracterizadora do erro de proibição, vício da inteligência que afeta a culpabilidade. Como excludente da ilicitude penal, todavia, a imunidade somente atua se a ofensa

⁵⁴ Ver: art. 514 do CPP. Súmula nº 523-STF. *In* Recurso de *Habeas Corpus* nº 15, RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, STJ.

⁵⁵ *Habeas Corpus* nº 36-DF, Rel. Min. Carlos Thibau, STJ.

⁵⁶ Recurso de *Habeas Corpus* nº 26 – MS (Registro nº 89.7917-4). Relator: Ministro William Patterson. STJ. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 1(4) : dez. 1989, p. 1315.

⁵⁷ R. Sup. Trib. Just., Brasília, 2(8) : ago. 1990, p. 144 – Recurso de *Habeas Corpus* nº 294- PR (Registro 89.0010728-3)- Relator: o Exmº Sr. Ministro Costa Lima.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Recurso Especial nº 335- MA (Registro nº 89.8-877-7) – Relator: o Exmº Sr. Ministro Miguel Ferrante. R. Sup. Trib. Just., Brasília, 2(8) : 225-507, ago. 1990. 253.

tiver sido irrogada 'na discussão da causa'. Essa condição, aliás, por amor à verdade, deve-se sublinhar, é reconhecida até mesmo pelo ilustrado impetrante. Esse entendimento, hoje amplamente dominante na doutrina e principalmente na jurisprudência, não sofreu nenhum abalo pelo fato de o privilégio ter sido elevado à categoria de preceito constitucional (Constituição Federal, art. 133). MIGUEL REALE JR., um dos inspiradores do preceito constitucional, nenhuma referência faz à pretensa dilação do privilégio (*A Advocacia e a Constituição*, Cadernos de Advocacia Criminal, Ano 1, nº 2, vol. 1, abril/88). TUCCI, da mesma maneira (*Constituição de 1988 e Processo*, pp. 234-235, Ed. Saraiva, 1989). Apenas DAMÁSIO DE JESUS, comentando o novo dispositivo constitucional, parece conduzir seu parecer no sentido da ampliação do privilégio estabelecido no art. 142, inc. I, do Código Penal. Todavia, na parte aqui posta em destaque, o ilustrado Professor é muito seguro ao afirmar que "exige-se que o ato e a manifestação estejam estritamente relacionados com a defesa do direito. O dispositivo não pretende permitir abuso, uma vez que determina indenidade penal "nos limites da lei" (*Código de Processo Penal Comentado*, p. 650/651, Saraiva, 1989). E realmente é assim. A imunidade ou a inviolabilidade tem sua razão de ser na necessidade de fortalecer o instituto da ampla defesa. A inviolabilidade existe, portanto, em razão da defesa e não em proveito do Advogado. Decorre daí que a ofensa, para se fazer elidida, necessita estar vinculada à tese defensiva. Esse raciocínio também se impõe em relação à inviolabilidade do escritório e dos arquivos do Advogado, prevista no Estatuto dos Advogados. Tal inviolabilidade não é conferida ao Advogado. Ela advém do fato de o Advogado ser o depositário de segredo do cliente, segredo este que ao profissional cumpre preservar (SODRÉ, Ruy. *O Advogado, Seu Estatuto e a Ética Profissional*, pp. 312-313, RT, 1967). JOSÉ AFONSO DA SILVA, fazendo a exegese da regra constitucional examinada, assevera que 'a inviolabilidade do Advogado prevista no art. 133 não é absoluta. Ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão e assim mesmo nos termos da lei. Equivoca-se quem pense que a inviolabilidade é um privilégio do profissional. Na verdade, é uma proteção do cliente que confia a ele documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva e não raro objeto da reivindicação e até de agressiva cobiça alheia, que precisam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada'. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 504, RT, 1989). É por tal razão que sempre se admitiu que o Advogado, na defesa dos interesses do cliente, pode ser veemente na crítica e vivaz na discussão da causa, com relação aos que atuam no processo no desempenho de *munus* público. Na hipótese em julgamento, no entanto, verifica-se desde logo que o paciente se afastou da crítica permitida e aceita, ingressando, gratuita e desarrazoadamente, no ataque à honra pessoal e funcional de ilustre agente do Ministério Público, que sequer havia oficiado no processo. Em tais circunstâncias, não se pode admitir que a ofensa possa guardar qualquer relação válida com a discussão da causa. Nesse sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, reformando julgamento anterior desta mesma egrégia 3ª Câmara Criminal (*Julgados*, 50/433). Quando, portanto, não é lícito argumentar com a ocorrência da necessária vinculação da ofensa com a tese defensiva – mercê das características especiais da ofensa –, não se pode sustentar a licitude da conduta do paciente"⁶⁰;

p) "Cabe ao advogado dativo, no desempenho de seu *munus* público, exercitar, forçosamente, todos os meios de defesa que a lei confere aos acusados, notadamente apelar da sentença condenatória. Assim não fazendo, ampla não se fez, portanto, a defesa, como a requer o

⁶⁰ R. Sup. Trib. Just., Brasília, 2(11) : 89-174, jul. 1990. Extraído do corpo do Recurso de Habeas Corpus nº 352 – RS (Registro nº 89.11499-9). Relator: o Exmº Sr. Ministro Assis Toledo

preceito constitucional (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, § 15)” (HC nº 54.961 publ. na RT nº 501/361)⁶¹;

q) “À semelhança do que ocorre no processo civil (art. 407), a testemunha arrolada pela acusação só pode ser substituída, quando não encontrada, com o prazo prévio de cinco (5) dias da audiência designada, isto em decorrência do princípio constitucional da ampla defesa”⁶²;

r) “Concurso. Anulação após nomeação e posse dos candidatos somente mediante processo administrativo, assegurada ampla defesa. Sem essa providência, a anulação do concurso importa, em última análise, em demissão dos funcionários, sem a garantia de defesa. Aplicação das Súmulas 22 e 21 do Supremo Tribunal Federal”;

s) “O princípio da ampla defesa e do contraditório estão presentes em nosso ordenamento jurídico com a natureza de se constituírem postulados e mandamentos entrelaçados a serem obrigatoriamente obedecidos por todos e, principalmente, pelo administrador público, escravo da lei e da Constituição.”

5 – CONCLUSÃO

Já se afirmou, o que se repete nesta oportunidade, da importância dos princípios processuais para modernização do sistema. Todos os princípios são importantes e exercem, no setor em que atuam, os reflexos de seus postulados. Não se pode, contudo, deixar de sublimar o princípio do contraditório e da ampla defesa como sendo os que aperfeiçoam a democratização do processo e que simbolizam o respeito maior que o Estado, pela via do Poder Judiciário, tem pelo cidadão.

É tanto o vigor constitucional dos referidos princípios que, especialmente, no referente ao da ampla defesa, a doutrina o aplaude e incentiva a sua real observância. A registrar esse apego doutrinário, após ter demonstrado a homenagem que a ele presta a jurisprudência, nas proposições apresentadas, registro o pronunciamento dos doutrinadores abaixo citados a respeito do mesmo, extraindo do conteúdo do REsp nº 8.264/SP (Registro nº 91.0002581-0), onde, em brilhante voto, o eminente relator, o Sr. Ministro Garcia Vieira, observou:

“HELY LOPES MEIRELLES, no seu Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed. atualizada pela Constituição de 1988, pp. 581/583, ensina que:

‘O princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inciso LV do art. 5º da atual Constituição, como decorrência do devido processo legal (Const. Rep. art. 5º, LIV), que tem origem no due process of law do direito anglo-norte-americano.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

Daí a justa observação de GORDILLO de que “el principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo”.

FREDERICO MARQUES, de igual modo, leciona:

‘Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do due process of law. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém

⁶¹ Recurso de Habeas Corpus nº 562 – RS (Registro nº 9019443). Relator: o Exmº Sr. Ministro William Patterson – R. Sup. Trib. Just., Brasília, 2(12) : 119-188, ago. 1990.

⁶² Recurso de Habeas Corpus nº 658 – DF (Registro nº 90.0004665-3). Relator: o Exmº Sr. Ministro José Cândido – Revista do Sup. Trib. Just., Brasília, 2(14) : 73-127, out. 1990.

em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal'. E conclui o referido jurista: 'Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa'.

Certo é que processo judicial ou administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou mais especificamente da garantia de defesa.

CELSE RIBEIRO BASTOS, nos *Comentários à vigente Constituição*, 2ª vol., ed. 1989, p. 266, define a ampla defesa como '... o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade'.

Segundo tal autor, 'o conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado' (p. 267) e o contraditório 'se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor' (p. 267).

Com razão quem lembra que já vai bem distante o tempo em que o homem não podia opor seus direitos à sociedade. CELSE RIBEIRO BASTOS, in *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., 1983, anota que:

'A antiguidade greco-romana não concebia o Homem como portador de direitos oponíveis à sociedade. Os hebreus, as Cidades-Estado gregas e a República Romana não chegaram a destacar a personalidade humana como centro de imputação de privilégios e liberdades, em oposição ao meio social que integrava' (p. 220).

Para o renomado jurista, ob. cit. 'Foi durante a Idade Média, sob o influxo de uma ordem jurídico-social inteiramente nova (o feudalismo), que surgiram os primeiros institutos jurídicos suscetíveis de amparar o indivíduo contra a autoridade régia' (p. 220), sendo que, "do ângulo do Direito Constitucional, a definição de direitos e garantias individuais constitui-se na delimitação do Poder Estatal, na inibição de sua atividade, na criação de uma zona de incompetência dos poderes públicos para nela atuarem. Esta região traduz-se numa área de proteção jurídica ao indivíduo, dentro da qual o Estado não pode ingressar, sob pena de inconstitucionalidade" (p. 223).

JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, em seu *Dicionário de Direito Administrativo*, 3ª ed. revista e aumentada, Forense, 1978, define a ampla defesa como: 'Meio assegurado a todos os particulares ou funcionários que se vêem envolvidos nas malhas de processo administrativo ou inquérito administrativo. O princípio da ampla defesa ou da plena defesa, que encontra acolhida no âmbito do direito administrativo, opõe-se ao princípio inquisitorial, em que é repellido o contraditório, impossibilitando-se ao acusado produzir provas ou carrear para o processo elementos que lhe proveem a inocência. A defesa encontra sua base no direito natural e o princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido é que a informa. Não se concebe a possibilidade de uma repartição ou de qualquer parcela da Administração Pública instaurar processo contra indivíduo que não possa defender-se' (pp. 35/36).

Antes de entrar em vigor a atual Constituição Federal, a doutrina já havia consagrado o entendimento da necessidade do respeito ao princípio da ampla defesa para os acusados em geral, inclusive nos processos administrativos. Ele já integrava o nosso ordenamento jurídico. PONTES DE MIRANDA, nos seus *Comentários à Constituição Federal anterior*, tomo V, 2ª ed. revista, ensina que:

'A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial' (p. 235).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., 1983, salienta que:

'O princípio consagrado no art. 153, § 4º, da Constituição de 1967, deve ser associada à cláusula due process of law do Direito anglo-americano. Essa cláusula tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta, art. 39, onde promete o rei que nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país. Cláusula semelhante, empregando já a expressão due process of law, foi jurada por Eduardo III, e da tradição do Direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegando à Constituição americana, Emenda 5ª. Impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar. Dentro do espírito do Direito anglo-americano, essa cláusula implica o controle pelos órgãos judiciários e pelos processos previstos pela Common Law. Com isso, o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia' (pág. 271 v.).

O princípio da ampla defesa é inexpugnável pelo Estado e sua obediência é defendida por juristas o mundo inteiro.

Ensina OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, na *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, ed. de setembro de 1971 da Revista dos Tribunais, que:

'A garantia de defesa, como princípio de eficácia, no procedimento administrativo, constitui na ordem jurídica imperativo categórico de natureza constitucional'.

A exata compreensão de AGUSTIN A. GORDILLO serve como advertência:

'El principio constitucional de la defensa en juicio, en el, debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo.'

Como antigamente, não se pode mais considerar o direito resultado da vontade consciente do legislador: há nele (como sempre houve) uma força intrínseca natural manifesta que emana do conhecimento (e respeito) de novas regras operacionais obrigatórias.

Quando GORDILLO fala no devido processo aplicável no proceder administrativo (*Direito Processual Administrativo*), obediente a critério amplo e não restritivo, está mostrando o Direito Administrativo concebido na sua existência real, como condição de uma verdade objetiva que se obriga num sistema próprio.

A função e o fim do Direito Administrativo não fazem fenômenos gerais abstratos, dissociados da realidade jurídico-relacional, desde que a lei (e o direito) que deve reger uma relação jurídica é aquela que deve estar em acordo com essa relação, adequando os meios aos fins, harmonizando a norma com a forma (p. 328).

O direito à ampla defesa deve ser assegurado em todo o processo administrativo e com muito mais razão no processo punitivo, como é o caso em exame. HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed. atualizada, 1976, acentua que:

'Processo administrativo punitivo é todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal (due process of law), sob pena de nulidade da sanção imposta' (p. 647).

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, no seu *Manual de Direito Administrativo*, Forense, 2ª ed., 1979, acentua que:

'Ampla defesa ou plena defesa é a condição que se assegura aos acusados dentro do processo administrativo.

A defesa é operação de direito natural ('ninguém pode ser condenado sem ser ouvido') e não se concebe a possibilidade de uma repartição pública instaurar processo contra o indivíduo sem que ele tenha sido intimado para apresentar defesa.

No processo administrativo, destinado a apurar a falta de funcionário suscetível de culminar com a pena de demissão, deve ser-lhe assegurada a mais ampla e plena defesa, porque ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e sem ser ouvido amplamente' (p. 364).

Hoje, diante dos termos imperativos e claros do art. 5º, LV, da vigente Constituição Federal, não se pode ter mais dúvidas sobre o inalienável e incontestável direito dos acusados em geral, em processo administrativo ou judicial de obediência à ampla defesa e do contraditório. Ambos se entrelaçam e constituem postulados e mandamentos a serem obrigatoriamente obedecidos por todos e, principalmente, pelo administrador público, escravo da lei e da Constituição. Nego provimento ao recurso.⁶³

O que não deve ser esquecido, por mais importante que sejam para o sistema processual brasileiro os princípios supra-enfrentados, especialmente o da ampla defesa, é que há de, urgentemente, se erradicar a crise pela qual passa a entrega da prestação jurisdicional, em face da demora para a sua concretização e efetivação e, especialmente, pelos obstáculos ainda existentes para o acesso do cidadão chegar à Justiça.

Por tal razão, repito aqui, parte do que escrevi, há três anos passados, no trabalho *Acesso à Justiça – Direito Constitucional da Cidadania*:

“Cristaliza-se no âmbito do moderno Direito Constitucional a idéia de que o acesso à Justiça pelo cidadão se constitui um direito fundamental a ser protegido pelo Estado.

Fiel a essa evolução garantidora da cidadania, a nossa Carta Magna de 1988, seguindo tradição anterior, consagrou o acesso à Justiça, com esse teor axiológico, de modo explícito, ao determinar que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV) e que ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ (art. 5º, LXXIV).

O final do Século XX tem revelado uma constante preocupação da comunidade jurídica com o direito do cidadão de buscar, no âmbito do Poder Judiciário, a solução para a entrega rápida da prestação jurisdicional, hoje erigida, em nosso ordenamento legal, como direito substancial de natureza individual ou coletiva. A eficácia da prestação jurisdicional, ao lado da rapidez, tem sido, também, uma garantia do cidadão que se consagra como de natureza elevada no corpo de qualquer Carta Magna.

O legislador ordinário, preocupado em aprimorar o acesso à Justiça, pela constante reivindicação que em tal sentido é feita pela sociedade, tem criado ambiente de proteção à exequibilidade desse direito fundamental. Destaque merece, no particular, a conduta legislativa posta, como princípio, nos artigos 2º e 9º da Lei 7.244/84 e nos artigos 5º, IV, e 6º, VII, da Lei nº 8.078/90, visando a facilitar o ingresso das partes na via judiciária e a rápida solução dos litígios.

O denominado direito constitucional à jurisdição tem sido defendido, no campo doutrinário, como sendo o mais “fundamental das obrigações estatais, cujo relevo é incontestado para que o indivíduo veja garantidos todos os seus direitos reconhecidos normativamente”.

Essa a razão pela qual a doutrina contemporânea tem se preocupado, com forte intensidade, em abordar o tema e a difundir as idéias construídas a respeito, no sentido de sensibilizar o Estado para o cumprimento dessa suprema garantia do direito do cidadão.

⁶³ O trecho em questão foi extraído do Recurso Especial nº 8.264 – SP (Registro nº 91.0002581-0). Relator: o Sr. Ministro Garcia Vieira. O voto apresentado pelo Relator é uma verdadeira apologia ao princípio da ampla defesa e merece ser lido e meditado por todos os operadores do direito. *In R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 3, (23) : 211-443, julho 1991.*

Releva notar que a publicação de *Acess to Justice*, Milão : Giuffré, 1978, em seis volumes, da autoria de MAURO CAPPELLETTI e outros, representa um marco inovador na abordagem do assunto, a se considerar a mensagem fixada na obra de serem estabelecidas regras jurídicas, a partir da Constituição Federal de cada Nação, que contenham real efetividade no garantir o acesso à Justiça.

Não se pode deixar de registrar que o tema já tinha sido tratado por outros autores. Não obstante o valor das idéias plantadas e as reivindicações apresentadas para se buscar um aperfeiçoamento no tocante ao acesso do jurisdicionado à Justiça, tenho que, só a partir dos últimos três decênios deste século, com o aumento da preocupação das Constituições Modernas com o cidadão, é que se formou uma conscientização metodológica sobre tal direito.

Nas meditações de CARMEN LÚCIA ANTUNES, a garantia do acesso aos órgãos jurisdicionais tem merecido uma abordagem constante, o que a levou a afirmar, com absoluta propriedade, que "o primeiro passo para que a jurisdição seja um direito vivo é a garantia plena, facilitada e desembaraçada do acesso de todos aos órgãos competentes para prestá-la. A jurisdição é direito de todos e dever do Estado, à maneira de outros serviços públicos que neste final de século se tornaram obrigação positiva de prestação afirmativa necessária da pessoa estatal. A sua negativa ou a sua oferta insuficiente quanto ao objeto da prestação ou ao tempo de seu desempenho é descumprimento do dever positivo de que se não pode escusar a pessoa estatal, acarretando a sua responsabilidade integral".

Inspirado em tais ensinamentos, ousou firmar o entendimento de que qualquer dificuldade imposta pelo Estado ou surgida de sua atuação ineficiente no campo da entrega da prestação jurisdicional, quer ocorra no momento inicial do acesso à Justiça, quer ocorra na demora em decidir a causa, desde que ocasione dano ao jurisdicionado, gera responsabilidade civil.

O Estado na época contemporânea não pode amesquinhar a natureza da função jurisdicional. Consciente dessa realidade, afirmei, no ano de 1983, em trabalho identificado na nota abaixo, que: "Não há, portanto, que se polemizar, na atualidade, sobre a responsabilidade potencializada do Estado em assegurar aos indivíduos as condições necessárias para a consecução do bem comum. Para tanto, entre outras atividades que desenvolve, há de ser elencada a de entregar a prestação jurisdicional dentro dos prazos e limites que o sistema jurídico positivo instituiu. No particular, destaque-se que tal dever surge como conseqüência do princípio da legalidade, dogma a que está vinculada toda a ação estatal, por ser certo o axioma de direito de que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, por aquele que a fez. Sendo a lei uma regra de conduta genérica oriunda do Estado, a este cabe o dever do seu integral cumprimento".

Mais adiante, mesmo trabalho, acrescentei:

"A essência da atividade jurisdicional é 'aplicar contenciosamente a lei a casos particulares', no dizer conhecido de PEDRO LESSA. Acrescento, apenas: visando a estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador. No contexto do que seja bem comum, não é possível afastar a exigência de uma convivência pacífica entre os indivíduos, situação a que o Estado está obrigado a garantir, quer aplicando fisicamente a lei, em o contraditório jurisdicional, função do Executivo, quer contenciosamente, modo pelo qual atua o Poder Judiciário."

CARLOS MÁRIO VELLOSO, Ministro do Supremo Tribunal Federal, no trabalho *Princípios Constitucionais do Processo*, escrito em memória do Ministro CARLOS COQUEIJO TORREÃO COSTA, enfatiza que "MAURO CAPPELLETTI e B. GARTH acentuam que os países ocidentais têm-se não só se esforçado no sentido de afastar os óbices ao acesso à Justiça, como, também, procurado estimular esse acesso, proporcionando, principalmente, serviços jurídicos para os necessitados que, 'na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável

para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais' (em nota de pé de página registra a fonte da citação: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, B. *Acesso à Justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988, p. 31-32).

Ao Estado não é permitido criar nenhuma barreira que dificulte o acesso do cidadão ao Judiciário. Deve facilitar a atividade daqueles que procuram o órgão julgador, considerado, na atualidade, como a última trincheira a ser ocupada para que se possa, com o uso dos instrumentos que a compõem, solucionar os ataques aos direitos individuais e coletivos.

A garantia desse direito se constitui em forma expressiva de se valorizar a cidadania, fato que, em todas as civilizações, está sendo reconhecido como uma das grandes conquistas em benefício do homem a ser cultivada, de modo profundo, no próximo Século XXI.

Os fluidos dessas idéias levaram a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais a reconhecer, de modo explícito, no texto do art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível."

Continuo com os mesmos pensamentos acima expostos, embora com maiores preocupações. O Século XX está terminando. Nenhuma mudança radical foi feita no ordenamento jurídico brasileiro. As reformas anunciadas não atingem o processo. Não há olhos e vontades voltadas para o cidadão em estado de litígio. Não sei até quando a paciente da cidadania vai suportar essa situação de anseios, desesperanças, decepções e ausência de confiança no Estado-Juiz. Tenho, apenas, certeza, de que, um dia, algo acontecerá. Não pretendo ser pessimista. Só espero que o que acontecer não seja tão grave, tão revolucionário, como imagino.