

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

Programa de Pós-Graduação em Direito

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA,  
DIREITO FUNDAMENTAL AO ADVOGADO E  
ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO:**

Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado  
exercício da defesa de direitos.

Fernando Lage Tolentino

Belo Horizonte

2007

Fernando Lage Tolentino

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA,  
DIREITO FUNDAMENTAL AO ADVOGADO E  
ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO:**

Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado  
exercício da defesa de direitos.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nível Mestrado, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Doutor Fernando Horta Tavares.

Belo Horizonte

2007

## FICHA CATALOGRÁFICA

T649p

Tolentino, Fernando Lage

Princípio constitucional da ampla defesa, direito fundamental ao advogado e Estado de direito democrático: da obrigatoriedade de participação do advogado para o adequado exercício da defesa de direitos / Fernando Lage Tolentino. Belo Horizonte, 2007.

122f.

Orientador: Fernando Horta Tavares

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito  
Bibliografia

1. Princípio constitucional. 2. Direito de defesa. 3. Direitos e garantias individuais. 4. Estado democrático de direito. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9:342

Fernando Lage Tolentino

**Princípio Constitucional da Ampla Defesa, Direito Fundamental ao Advogado e Estado de Direito Democrático:** Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado exercício da defesa de direitos.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nível Mestrado, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Belo Horizonte, 2007.

---

Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Orientador)

---

Prof. Doutor

---

Prof. Doutor

## **AGRADECIMENTOS**

A **Deus** por, na minha parcial e tendenciosa visão, transformar minha vida na melhor coisa do mundo;

Ao meu orientador, Prof. **Fernando Horta Tavares**, por me auxiliar, com competência e dedicação, na tarefa de desenvolver este estudo. Agradeço também seu esforço e constante lembrança de meu nome, na busca de minha inserção acadêmica, sendo que, neste ponto, os agradecimentos se estendem à pessoa da Profa. **Zamira de Assis**;

Aos meus grandes amigos **Paulo Afonso da Silva** e **Lucas Laire Faria Almeida**, pela amizade e pelo inesgotável suporte e paciência com minha constante ausência em nosso Escritório de Advocacia;

Ao meu amigo e companheiro de mestrado **Vinícius Lott Thibau**, que ao longo desta caminhada foi interlocutor e também, porque não dizer, professor, levando-se em consideração o avançado estágio em que se encontram seus estudos jurídicos;

E de maneira especial à **Érica**, pelo amor, carinho, afeto, respeito, compreensão, companheirismo e mais uma lista infindável de bons sentimentos que demonstra em nosso convívio quase que diário, não me esquecendo da grande ajuda com a digitação e correção ortográfica dos originais manuscritos.

## RESUMO

O objetivo desta dissertação é a análise e a teorização da correlação existente entre o princípio constitucional da ampla defesa e o direito fundamental ao advogado, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Inicialmente foi realizado estudo evolucionário da atividade profissional dos advogados, partindo das origens romanas da advocacia, estudando seu desenvolvimento histórico e analisando o atual estágio de profissionalização. De maneira complementar, estudou-se os órgãos de classe dos advogados, desde as primeiras instituições, também romanas, até a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo considerados os dispositivos normativos regulamentares da profissão e da entidade. Em seguida foi analisado o conteúdo jurídico do direito fundamental ao advogado e sua mitigação pelos *ius postulandi* previsto em determinadas leis infraconstitucionais consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. O direito de defesa foi abordado desde o instituto originário da *exceptio* romana até a teorização do princípio da ampla defesa. Neste ponto da pesquisa foi realizado estudo da doutrina, estrangeira e brasileira, relativa à matéria. Também foram observados aspectos relativos à constitucionalização do processo e, conseqüentemente, a releitura do princípio da ampla defesa sob o marco da teoria neo-institucionalista do processo. Após o desenvolvimento da pesquisa, foi possível concluir que, no paradigma jurídico-constitucional vinculante do Estado Democrático de Direito, é obrigatória a participação do advogado em procedimentos jurisdicionais, para a consecução do livre e amplo exercício da defesa de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Princípio constitucional da ampla defesa  
Direito fundamental ao advogado  
Estado Democrático de Direito

## ***ABSTRACT***

The objective of this dissertation is the analysis and the action of theorize the correlations existent between the ample defense constitutional principle and the fundamental right of having a lawyer, prescribed on Brazil's Federal Republic Constitution, promulgated in 1988. Initially it was realized an evolutionary study of the lawyer's professional activity, starting from the roman's origins of the legal profession, studying its historical development and analyzing its actual stage of the profession. In a complementary way, the lawyer's class organs was studied, since the first institutions, roman either, up to the creation of the Ordem dos Advogados do Brasil, considering the normative rules that regulates the profession the profession and the entity. Following, the legal of the fundamental right of having a lawyer was analyzed and its mitigation by the *ius postulandi* prescribed in certain infra constitutional laws considered constitutionals by the Supremo Tribunal Federal. The right of defense was broached since the original institute of the roman *exceptio* until the action of theorize the ample defense principle. In this point of the research, the foreign and the brazilian doctrine relative to the subject was studied. The relative aspects about the constitutional making of the process was observed too and, consequently, the ample defense principle new reading under the neo-institucionalista theory milestone. After the research development it was possible to conclude that, in the Democratic State of Law legal-constitutional paradigm, it's obligatory the participation of the lawyer in jurisdictional procedures, to the consecution of the free and ample exercise of defense of fundamental rights.

Key-words:           Ample defense constitutional principle  
                          Fundamental right of having a lawyer  
                          Democratic State of Law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS .....</b>	<b>13</b>
1.1 – Da advocacia .....	13
1.1.1 – <i>Origens e exercício da advocacia em Roma</i> .....	14
1.1.2 – <i>A Advocacia no Brasil</i> .....	20
1.1.3 – <i>A Advocacia na Ordem Jurídica Brasileira</i> .....	24
1.2 – Da Ordem dos Advogados .....	26
1.2.1 – <i>Escoço Histórico</i> .....	27
1.2.2 – <i>A Ordem dos Advogados do Brasil</i> .....	32
1.2.3 – <i>O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil</i> .....	36
<b>CAPÍTULO 2 – DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ADVOGADO .....</b>	<b>38</b>
2.1 – Capacidade postulatória direta da parte. Violação ao direito fundamental ao advogado .....	42
<b>CAPÍTULO 3 – EXCEÇÃO E DIREITO DE DEFESA: ORIGENS E AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA .....</b>	<b>53</b>
3.1 – Exceção no direito romano: origem do direito de defesa .....	53
3.2 – O conteúdo jurídico do direito de defesa .....	60
3.2.1 – <i>Evolução constitucional: do direito de defesa à ampla defesa</i> .....	65
3.3 – Estudo doutrinário a cerca da Exceção .....	68
3.3.1 – <i>A Exceção na doutrina estrangeira</i> .....	68
3.3.2 – <i>A Exceção na doutrina brasileira</i> .....	80
<b>CAPÍTULO 4 – AMPLA DEFESA E DIREITO AO ADVOGADO: CORRELAÇÕES TEÓRICAS .....</b>	<b>93</b>
4.1 – Processo e Constituição .....	93
4.2 – Por uma releitura da ampla defesa com base na teoria neo-institucionalista .....	99
4.3 – Da obrigatoriedade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa de direitos .....	104
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>112</b>

## INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, nos termos dispostos em seu artigo 1º, determina expressamente que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Assim, o legislador constituinte elegeu e normatizou, no plano constitucional, um paradigma jurídico cujas bases estão fincadas no direito democrático.

Essa afirmação teórica, corriqueira na discussão jurídico-científica e responsável por reflexos diretos nos estudos doutrinários e na jurisprudência do país, encerra uma questão fundamental para a compreensão e atuação do ordenamento jurídico brasileiro que muitas das vezes não é corretamente analisada, implicando graves distorções no exercício de direitos fundamentais.

Entende-se que a origem da incompreensão do alcance e dos limites do conteúdo jurídico do paradigma democrático eleito reside, em boa parte, na utilização indiscriminada e acientífica do próprio termo paradigma.

Não é objetivo desta pesquisa, ainda mais em sede introdutória, abordar questões filosóficas da ciência de uma maneira geral. Também não se pretende analisar os significados atribuídos ao termo em comento pelo físico Thomas Kuhn, nem mesmo as concepções de filósofos gregos (Aristóteles e Platão) conceituadores do paradigma como exemplo ou modelo. Interessa para o presente estudo o conceito jurídico do tema.

Analisando a idéia de paradigma jurídico, Jürgen Habermas, após breve comentário acerca dos sistemas jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos, aduz que:

Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. Com isso, tenho em mente as concepções exemplares de uma comunidade jurídica a respeito da seguinte pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade?

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que lancem mão de um modelo de sociedade contemporânea. [...] A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. (HABERMAS, 2003, vol. I, p. 241/241).

A compreensão habermasiana do paradigma jurídico vincula-se à orientação das bases interpretativas dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de direito. Ou seja, os paradigmas jurídicos atuam como um pano de fundo representativo de um contexto histórico que influencia as atividades de criação e aplicação do ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 1998, p. 132).

Entretanto, levando-se em consideração a normatividade do princípio da reserva legal, que no Brasil possui o *status* de norma constitucional inserida no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988, a força vinculante do paradigma jurídico não pode ser baseada em fatores históricos ou sociológicos e, sim, na instituição legal por previsão constitucional, configurada em proposição normativa exercitada criticamente e vinculante da fruição de direitos fundamentais (LEAL, 2002a, p. 101 e ss.).

No caso brasileiro, a expressa eleição do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito impõe a superação das concepções liberais e sociais dos paradigmas anteriores<sup>1</sup>, exigindo uma releitura do ordenamento jurídico e das práticas jurídicas (criação, interpretação e aplicação) com vistas à adequação aos fundamentos do direito democrático.

Levando em consideração o alto grau de complexidade das organizações sociais contemporâneas, marcadas pela multiculturalidade e pelo pluralismo, Habermas busca analisar e conceber o paradigma procedimental do direito<sup>2</sup> afastando-se das concepções liberais (Estado mínimo, cuja atuação assemelha-se à de um mediador entre os indivíduos em possível conflito) e sociais (Estado máximo, provedor de uma hipotética necessidade de unidade social), objetivando a afirmação da legitimidade do

---

<sup>1</sup> Para os interessados em obter maiores informações sobre os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal Burguês e do Estado de Bem Estar Social, indica-se a leitura das seguintes obras: Menelick de Carvalho Netto (1999), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002) e Jürgen Habermas (2003, vol. II, p. 123 e ss.).

<sup>2</sup> O autor alemão não utiliza a denominação Estado Democrático de Direito.

direito vinculada à participação democrática do cidadão (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 189/190).

Considerando-se os termos do paradigma democrático eleito pelo constituinte de 1988, observa-se que a participação democrática do cidadão, defendida pelo autor alemão em comento, somente é verificada no espaço constitucionalmente demarcado pela processualidade, ou seja, é o processo, compreendido como instituição constitucionalizada<sup>3</sup>, que possibilita a qualquer um do povo o exercício pleno de direitos fundamentais.

É com a prévia consideração e conscientização dos aspectos paradigmáticos abordados que se propõe a presente pesquisa científica, cujo tema implica nas correlações teóricas existentes entre o direito fundamental ao advogado e o princípio constitucional da ampla defesa, normatizados nos artigos 133 e 5º, inciso LV, da Constituição vigente.

A relevância da temática abordada justifica-se na premente necessidade de análise e teorização de institutos processuais previstos no texto constitucional, vinculados à atuação defensiva de direitos que, aparentemente, não foram pesquisados e desenvolvidos de maneira aprofundada.

A ampla defesa, princípio constitucional institutivo do processo, ainda é estudada como garantia da defesa do réu, em claro descompasso com a ordem constitucional. Já o advogado, diversas vezes caracterizado como entrave ao regular desenvolvimento de procedimentos jurisdicionais, não é considerado direito fundamental do cidadão.

Somam-se à referida ausência de teorização, as recentes decisões levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, relativas à matéria da capacidade postulatória direta do cidadão perante determinados órgãos jurisdicionais, autorizando-o a postular direitos desacompanhado de advogado, o que configura afronta direta às garantias constitucionais processuais.

Dentre os objetivos da pesquisa enumeram-se a análise do conteúdo e exercício do direito fundamental ao advogado, o estudo do princípio da ampla defesa e seus reflexos nos procedimentos jurisdicionais e as correlações teóricas existentes entre a atuação do profissional regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e o

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto cf. Capítulo 4 desta dissertação.

alcance, conferido por sua intervenção, da otimização da defesa processualizada de direitos.

Objetivando uma melhor exposição do tema, o texto foi dividido em quatro capítulos, excluídas esta introdução e a conclusão.

No primeiro capítulo foram analisadas as remotas origens da atividade advocatícia, desde a fundação de Roma, passando por todo o período histórico antigo, até o declínio do Império Romano. Também foi objeto de estudo a evolução da profissão no Brasil, observado o desenvolvimento e regulamentação da atividade no país. Ainda no primeiro capítulo, foram analisadas as características institucionais das entidades de classe dos advogados, desde seu surgimento, também na Roma antiga, até a constituição da atual Ordem dos Advogados do Brasil.

Fixadas as bases teóricas da atividade profissional dos advogados, no segundo capítulo objetivou-se a delimitação teórica do direito fundamental ao advogado, considerando-se a relevância de sua atuação, viabilizadora da participação democrática do cidadão nos procedimentos jurisdicionais. Na segunda parte do capítulo, verificaram-se as hipóteses de capacidade postulatória direta previstas no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como o reflexo da mitigação do direito fundamental em questão na amplitude do exercício de defesa de direitos.

O terceiro capítulo foi destinado à pesquisa do direito de defesa, vinculado às origens da *exceptio* romana, passando pelas construções teóricas sobre a Exceção – levando-se em consideração o apontado paralelismo com as teorias da ação –, chegando ao estudo do conteúdo jurídico do direito de defesa e o desenvolvimento do conceito de ampla defesa como princípio constitucional, sendo abordado o histórico constitucional brasileiro sobre o tema. Também é parte integrante do terceiro capítulo a análise dos posicionamentos doutrinários, estrangeiros e nacionais, acerca da Exceção e da ampla defesa.

No quarto e último capítulo, foi estudada a correlação teórica entre a ampla defesa e o direito ao advogado, tendo em vista a constitucionalização de institutos processuais, a releitura da amplitude de defesa como princípio institutivo do processo

no marco teórico do neo-institucionalismo, encerrando a pesquisa com a investigação da temática da participação do advogado e a plenitude de defesa de direitos.

Finalizando, reafirma-se que toda a pesquisa foi desenvolvida com atenção às disposições vinculantes do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, objetivando-se, ainda que em pequeno grau, contribuir para o parcial desenvolvimento da teoria do processo.

## **CAPÍTULO 1 – DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS**

### **1.1 – Da advocacia**

Definir a origem do termo advocacia, bem como seu significado, descrevendo a atividade designada, é tarefa complexa. E essa afirmação tem uma explicação lógica e bem simples: o decurso do tempo.

Por tratar-se de atividade antiqüíssima, verificar e apurar as origens da advocacia encontra óbice na escassez de documentos históricos fidedignos que esclareçam o assunto.

Dissertando sobre o tema, Paulo Luiz Netto Lôbo, com bases em estudos de José Maria Martinez Val e João Baptista Prado Rossi, afirma:

A advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, se forem considerados apenas dados históricos mais remotos, conhecidos e comprovados. Segundo um fragmento do Código de Manu, sábios em leis poderiam ministrar argumentos e fundamentos para quem necessitasse defender-se perante autoridades e tribunais. No Antigo Testamento recolhe-se idêntica tradição entre os judeus. No Egito, proibiam-se as alegações oratórias, para que as artes suasórias e os usos retóricos do defensor não influíssem nos juízes. Há quem localize na Grécia antiga, principalmente Atenas, o berço da advocacia, onde a defesa dos interesses das partes, por grandes oradores como Demóstenes, Péricles, Isócrates, se generalizou e se difundiu.

Tais hipóteses, no entanto, não configuram a existência de uma profissão, de uma atividade profissional permanente e reconhecida. (LÔBO, 2007, p. 3).

Com vistas a melhor delinear o assunto, os estudiosos do tema buscam na etimologia dados que possibilitem, ainda que de maneira aproximada, a definição e delimitação temporal da advocacia.

Oriunda do latim, a palavra (verbo) *advocare* é formada pela conjunção da preposição *ad* – que significa para junto de – e do verbo *vocare* – cujo significado é chamar. Designa o ato de se convocar uma pessoa, objetivando o auxílio dessa no desempenho de uma atividade qualquer, inexistindo, inicialmente, vinculação estritamente jurídica da palavra em suas raízes etimológicas (MADEIRA, 2002, p. 20; QUEIROZ, 1958, p. 15 e 373).

Da mesma forma, traduzindo a expressão *advocare* para o português, tem-se o verbo transitivo direto advogar que, além das conotações jurídicas relativas à prática de defesa em juízo e exercício da profissão de advogado, traz o significado de atuar intercedendo em favor de alguém ou algo (FERREIRA, 2004, p.97).

Em termos jurídicos, atualmente, a advocacia no Brasil significa a atividade profissional privativa de bacharéis em direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Contudo, o caminho histórico percorrido para se chegar a essa conceituação foi muito longo, sendo que a origem remota da profissão, bem como seu exercício, encontram-se na Roma antiga, guardadas as necessárias diferenciações. Considerando-se esse fato, imprescindível a análise das origens da advocacia romana, para o desenvolvimento da pesquisa em torno da profissão.

### **1.1.1 – Origens e exercício da advocacia em Roma**

Inicialmente, para a análise e desenvolvimento do tema da origem e exercício da advocacia em Roma, faz-se necessária uma rápida abordagem da questão da capacidade processual, entendida no contexto romano como a capacidade/aptidão para estar perante o magistrado e o árbitro, com vistas à proteção jurídica de direitos.

Sabe-se que nesse período histórico, apenas aqueles considerados cidadãos romanos<sup>4</sup> é que podiam usufruir da proteção jurídica, devendo comparecer pessoalmente perante os tribunais. Nessa linha de raciocínio, e com apoio nos escritos dos jurisconsultos romanos Gaio e Ulpiano, afirma-se que no primeiro período do procedimento civil romano, o da *legis actiones*, apenas aqueles que detivessem capacidade processual podiam utilizar as ações da lei em nome próprio, sendo vedado agir em nome alheio, *pro aliis* (TAVARES, 2002; SCIALOJA, 1954, p. 189; PETIT; 1954, p. 841).

Verificada a impossibilidade de representação processual, assim como se concebe atualmente, observa-se que os *pater familias*, por possuírem capacidade processual, representavam em juízo todos os membros de suas respectivas famílias, bem como os clientes que porventura se encontrassem sob a sua proteção. Sendo certo que os patronos, ao atuarem em favor dos representados, agiam em nome próprio, nunca em nome alheio (TAVARES, 2002).

Comentando sobre esse fato, Hécio Maciel França Madeira afirma:

Eram normalmente os patronos que faziam as vezes de seus clientes como defensores, fato este a revelar o legado de uma sociedade oligárquica, que caracterizou a advocacia republicana: ao advogar, estão cumprindo um dever decorrente da *fides patroni*, um dever de fidelidade da pequena classe protetora à grande massa protegida. (MADEIRA, 2002, p. 35).

Apesar da vedação à atuação em juízo *pro aliis*, Vittorio Scialoja (1954), com base em algumas passagens das Instituições de Justiniano, enumera quatro exceções à regra proibitiva: as ações *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* e *ex Lege Hostilia*.

A primeira hipótese, *agere pro populo*, era verificada quando algum cidadão romano agia em nome do povo romano, perseguindo a consecução de algum interesse geral da população, configurando verdadeira ação popular (SCIALOJA, 1954, p. 190/191).

A segunda hipótese, *agere pro libertate*, ocorria quando um cidadão pugnava pela liberdade de algum homem mantido como escravo injustamente, considerando-se que esse, dada sua condição de escravidão, não podia agir pessoalmente perante os

---

<sup>4</sup> No direito romano arcaico, eram considerados cidadãos romanos apenas os patrícios, excluídos os clientes, plebeus e escravos.

tribunais em busca de sua liberdade<sup>5</sup>. Aquele que agia em favor do suposto escravo recebia a denominação de *adsertor in libertatem* (SCIALOJA, 1954, p. 191).

*Agere pro tutela* verificava-se quando o tutor ou o curador daqueles que não se encontravam sob a proteção de um *pater familias* agiam em defesa dos interesses do tutelado ou curatelado que se encontrava impossibilitado de agir em nome próprio (SCIALOJA, 1954, p. 191/192; TAVARES, 2002).

A última exceção à proibição de atuação *pro aliis* era observada nas ações *ex Lege Hostilia*, quando se acionava em nome de alguém que havia sido roubado, estando esse preso por um inimigo em casos de guerra ou quando se encontrava ausente por questões de Estado (*absens rei publicae causa*). *Ex Lege Hostilia* também era possível acionar em nome do tutelado ou curatelado pelo prisioneiro ou ausente (SCIALOJA, 1954, p. 192/193).

Apesar da genérica proibição de representação processual em nome de outrem, existia a possibilidade de as partes se fazerem acompanhar por pessoas peritas que as auxiliavam nas atividades a serem desenvolvidas perante os tribunais (TAVARES, 2002).

Uma vez que já existiam várias leis escritas e complicados rituais a serem desempenhados pelas partes *in iure*, é provável que as partes pudessem ser auxiliadas por alguém mais experiente nas leis (ainda não existiam os editos dos magistrados) e nas fórmulas que deveriam ser pronunciadas de modo corretíssimo. O campo de atuação de um advogado, se existiu, era restrito a uma assistência nos petrechos ritualísticos, sendo, todos, atos praticados pessoal e necessariamente pelas partes. (MADEIRA, 2002, p. 31/32).

Esses auxiliares das partes em juízo eram os *oratores* e os *advocati*.

O *orator*, também conhecido como *patronus* ou *causidicus*, tinha como função auxiliar a parte a que assistia quando da peroração da causa.

Como anteriormente afirmado, ante o *iudex* as partes poderiam ser auxiliadas por pessoas que conheciam os formulários – e que ditavam as fórmulas –, mas delas não se exigiam conhecimentos jurídicos: eram os *oratores*, os quais interviam unicamente para perorar a causa em favor da parte

---

<sup>5</sup> Essa impossibilidade de um suposto escravo agir pessoalmente em busca da liberdade existia na fase das *legis actiones*, sendo certo que a partir do período formulário essa situação mudou, podendo o escravo agir em próprio nome.

a quem assistia perante o juiz, expondo suas razões e tentando persuadir o magistrado com sua eloquência.

À profissão de *oratores*, especialmente no princípio, se dedicaram geralmente jovens que queriam criar um nome, para percorrer o caminho da honra e fama, perorando causas célebres, tanto penais como civis, pois que os romanos tinham em grande estima os bons *oratores* e revelavam muito interesse nas discussões forenses. (TAVARES, 2002).

De maneira diferente, o *advocatus* era aquele que por seus especiais conhecimentos jurídicos, ou também técnicos quando fosse o caso, ou por sua alta qualidade pessoal e prestígio social, intervinha na causa com o intuito de confortar as partes diante do magistrado, ou do árbitro, com a autoridade de sua presença e com seus conselhos (SCIALOJA, 1954, p. 203).

Num primeiro momento histórico de Roma, os *oratores* e os *advocati*, desenvolveram suas atividades impossibilitados de receber remuneração ou recompensa pelos serviços prestados. Isso em virtude de disposições de lei e por determinação de Augusto, que ratificou a proibição e impôs penas para os infratores.

Não obstante essa proibição, a atividade profissionalizou-se como maneira de auferir lucros. Após este momento inicial, uma disposição de Cláudio e outra de Nero reconheceram o direito de os profissionais jurídicos em comento receberem pagamentos por suas atuações perante os tribunais, isso já no período imperial romano (SCIALOJA, 1954, p. 204).

A vedação à representação processual existente no período das *legis actiones* foi mitigada no período seguinte. No procedimento romano do *per formulas* verificou-se a possibilidade de representação em juízo nas figuras do *cognitor*, *procurator* e *defensor*.

O *cognitor* era uma espécie de representante processual da parte, demandante ou demandado, constituído solenemente (*certa verba*), presentes o representado e o adversário, não se exigindo a presença do próprio *cognitor* quando da sua nomeação (SCIALOJA, 1954, p. 194/197; KASER, 1999, p. 447).

Fernando Horta Tavares, ao se manifestar sobre o assunto, aduz que:

O *cognitor* era o representante processual nomeado mediante palavras solenes (*certis verbis*) na presença da parte contrária. A nomeação podia ter lugar extrajudicialmente, de antemão e para todo o processo e especialmente para a *litis contestatio* ou *in iure*, no momento da *litis contestatio* (ou mesmo

antes) para a tramitação *in iudicio*, para a gestão do processo. Esta nomeação não estava condicionada a termo ou condição e não necessitava da presença do *cognitor*. (TAVARES, 2002).

O *procurator* configurava um mandatário da parte constituído para a lide sem maiores formalidades, a não ser o instrumento de mandato. Exigia-se a prestação de garantia, consistente na *satisdatio ratam rem dominium habiturum*, pela qual a parte mandante ratificava a atuação do procurador, impedindo futura investida contra si (TAVARES, 2002; TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 82; KASER, 1999, p. 447).

Comentando sobre as diferenças existentes entre o *cognitor* e o *procurator*, Eugene Petit, em seu *Tratado Elemental de Derecho Romano*, afirma que ao primeiro era conferido carácter absoluto de certeza, tendo em vista sua constituição perante o adversário, já o segundo não possuía a mesma característica, pois era constituído na ausência e ignorância do adversário (1954, p. 842).

O *defensor* seria uma terceira classe de representante processual. Todavia não se distinguindo do *cognitor* e do *procurator*, a não ser pelo fato de que atuava intervindo em defesa do demandado, especialmente quando esse não podia comparecer em juízo e constituir um *cognitor*. Segundo Vittorio Scialoja, o *defensor* não passava de um *procurator* que agia em favor do demandado sem instrumento de mandato (1954, p.201).

A representação processual passível de ocorrência a partir do período do procedimento formulário e mantido no terceiro período do procedimento romano, a *cognitio extra ordinem*, era diferente da hipótese de representação processual verificada atualmente. Naquela época, o representante assumia o lugar do representado, sendo que os efeitos da *actio iudicati* se verificavam contra o representante e não contra o representado. Verificava-se, em termos atuais, uma espécie de substituição processual entre representante e representado (TAVARES, 2002).

Abordando esta peculiaridade, Vittorio Scialoja afirma:

[...] a representação judicial não tinha o simples efeito de procedimento civil que tem para nós a representação por meio do procurador na lide, senão que ia mais longe e produzia efeitos de direito civil; posto que a *condemnatio* se produzia em favor ou contra o representante, conforme fora representante do

autor ou do demandado; ou seja, que o representante não substituía o representado no simples exercício dos atos judiciais do processo, senão diretamente na relação jurídica em ordem às conseqüências de direito civil do processo mesmo; a *actio iudicati*, que era o efeito da sentença, devia dar-se, em virtude da maneira de condenar ou de absolver, não o representado, mas sim o representante, contra o representante e não contra o representado. (1954, p. 199, tradução nossa).<sup>6</sup>

De maneira diferente dos *advocati*, as atuações dos *cognitores* e dos *procuratores* profissionalizaram-se rapidamente, transformando-se em fonte de renda. Mas, devido à grande especulação que se verificou em torno das atividades, caíram em descrédito, o que possivelmente provocou a gradual diminuição da atividade de representação processual.

Por outro lado, conforme já observado, os *advocati* foram valorizados e reconhecidos por suas atuações auxiliares defensivas. Assim a *advocatio* ganhou contornos mais definidos durante o período do Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.), como conseqüência de uma evolução da sociedade romana. O mesmo já havia ocorrido no período da República. Foi observado um processo de rompimento em busca de encerrar o poderio, dominação e superioridade de classes dominantes (os patrícios), que resultou na abertura da insipiente atividade advocatícia, contribuindo de maneira significativa para seu desenvolvimento e popularização.

A advocacia, reconhecida lentamente pela lei, passa a ser essencialmente uma profissão liberal, desde que Augusto rompe a constituição republicana, terminando com os grandes círculos de influência – clientes, amigos e correligionários – dos *patroni*. Deixa de ser um dever imposto pelo *mos maiorum* a manter um arcaico princípio de subordinação dos *clientes* aos *patroni*, e passa a ser uma atividade cobiçada das várias camadas sociais espalhadas no vasto império romano. (MADEIRA, 2002, p. 52).

Todavia, a regulamentação e organização da atividade ocorreu em momento posterior, já no período do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C). Nesse período verificou-se o surgimento de ordens, também denominadas colégios, de *advocati*.

---

<sup>6</sup> [...] la representación judicial no tenía el simple efecto de procedimiento civil que tiene para nosotros la representación por medio del procurador en las litis, sino que iba más lejos y producía efectos de derecho civil; puesto que la *condemnatio* se producía en favor o en contra del representante, según fuera representante del actor o del demandado; o sea, que el representante no substituía al representado en el simple ejercicio de los actos judiciales del proceso, sino directamente en la relación jurídica en orden a las consecuencias de derecho civil del proceso mismo; la *actio iudicati*, que era el efecto de la sentencia, debía darse, en virtud de esta manera de condenar o de absolver, no al representado, sino al representante, contra el representante y no contra el representado.

Sobre a organização da profissão, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma:

Pode-se afirmar, a partir de fontes variadas, que a advocacia se converteu em profissão organizada quando o Imperador Justino, antecessor de Justiniano, constituiu no século VI a primeira Ordem de Advogados do Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro. Requisitos rigorosos foram impostos: ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a defender quem o pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade, não pactuar *quota litis*, não abandonar a defesa, uma vez aceita. (LÔBO, 2007, p. 5).

Já Hélcio Maciel França Madeira, em estudo aprofundado do tema, traz dados que antecipam, em pelo menos um século, a constatação de uma espécie de Ordem dos Advogados:

Mas a certeza na existência desta organização juridicamente constituída e de seus detalhes vem somente sob os imperadores Teodósio I (379-395 d.C. na *pars Occidentalis*) e Valentiniano (364-375 d.C. na *pars Orientalis*), Marciano (450-457 d.C. na *pars Orientalis*), Leão (457-474 d.C. na *pars Orientalis*), Antêmio (467-472 d.C. na *pars Occidentalis*), Justino (518-527 na *pars Orientalis*) e Justiniano (527-565 na *pars Orientalis*).

A esta corporação de advogados deram-se os nomes de *collegium*, *ordo*, *consortium*, *corpus*, *toga*, *advocatio* e *matricula*. (MADEIRA, 2002, p. 57).

Conclui-se, assim, que a origem remota da advocacia, nos termos concebidos atualmente, encontra-se vinculada à História Romana, em especial, aos períodos do Alto e do Baixo Império.

### **1.1.2 – A Advocacia no Brasil**

Histórica e culturalmente, o Brasil encontra-se vinculado a Portugal. Esta realidade reflete diretamente na história da advocacia brasileira. Sendo assim, é possível afirmar que, ao longo de todo o período colonial, bem como de grande parte do período imperial, a advocacia exercida no Brasil esteve vinculada a Portugal e à produção luso normativa (PAULO FILHO, 1997, p. 16).

Analisando a questão da advocacia no universo luso-brasileiro, Paulo Luiz Netto Lôbo destaca:

Em Portugal, alguns forais no século XIII já faziam referência aos advogados, mas é com as Ordenações Filipinas (notadamente no Livro 1, Título XLVIII) que se tenta a primeira organização da advocacia, com reflexos no Brasil. As Ordenações determinavam o tempo de oito anos para o curso jurídico; exame para atuar na Casa da Suplicação; impossibilidade de advogar contra a lei; responsabilidade civil do advogado; penas disciplinares aplicadas pelo juiz, inclusive degredo para o Brasil; e várias normas ético-profissionais. (LÔBO, 2007, p. 6).

Neste período inicial, tendo-se em conta a ausência no Brasil de universidades que oferecessem cursos jurídicos, o brasileiros que objetivassem cursar o bacharelado em direito tinham que ir para a Europa, sendo que a Universidade de Coimbra em Portugal era o destino mais escolhido por razões claras, afinal, em Coimbra estudava-se o direito vigente não só na metrópole como também na então colônia.

Nesse ponto, é de se observar que tanto os bacharéis em Direito formados em Coimbra, como a legislação com a qual iam eles laborar no exercício das suas atividades na Colônia, tinham suas raízes fincadas no velho Portugal. Com efeito, eram lusitanas as Ordenações Filipinas, as leis e decretos, os alvarás e resoluções, os quais configuravam o ordenamento jurídico, aplicáveis tanto em Portugal quanto na Colônia. Claro, com adaptações que a realidade às vezes exigia. (SOARES, 2004, p. 27).

Pode-se concluir que o estudo do direito e posterior exercício como bacharel estava restrito a pequena parcela da população brasileira, pois apenas os abastados economicamente possuíam condições de enviar seus filhos e mantê-los por quase uma década no exterior, arcando com elevados gastos para a manutenção do estudante.

Assim, pelas evidentes dificuldades de deslocamento para Coimbra, o título de bacharel em direito era quase nobiliárquico, servindo muito mais para a conquista de postos de comando da alta burocracia ou de efeito simbólico dos estamentos do poder na Colônia e no Império. (LÔBO, 2007, p. 8).

Mesmo após a Independência do Brasil, esta situação de vinculação às normas jurídicas portuguesas e às academias européias de ensino jurídico perduraram. Esse

quadro apenas começou a ser alterado após abril de 1821, momento a partir do qual D. Pedro I passa a editar leis específicas para o Brasil.<sup>7</sup>

Importante destacar que a grande maioria dos bacharéis que retornavam ao Brasil eram inseridos na máquina burocrática estatal, ocupando cargos na administração pública. Praticamente inexistia no Brasil, à época, a figura do advogado como profissional liberal (PAULO FILHO, 1997, p. 34).

Esse quadro irá se alterar em momento posterior à Constituição Imperial de 1824, com a criação e o desenvolvimento dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda; curso este deslocado para a cidade de Recife, após a constatação da impossibilidade de sua manutenção em Pernambuco.

Oficialmente, a gênese dos cursos jurídicos brasileiros está ligada aos trabalhos realizados na Assembléia Constituinte de 1823, em virtude de projeto apresentado pelo deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro.

José Feliciano Fernandes Pinheiro, futuro Visconde de São Leopoldo apresentou, em sessão de 14 de junho de 1823, indicação pioneira de instalação de uma universidade no Império do Brasil. Tratava-se do lançamento das bases da instrução nacional no “código sagrado” e “de uma maneira digna das luzes do tempo e da sabedoria dos seus colaboradores”. Na sessão de 19 de agosto de 1823, a indicação se transformava no primeiro projeto de lei que fundava e organizava uma universidade no Brasil. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, s/d).

Após algumas alterações, o projeto foi aprovado em 04 de novembro de 1823. Entretanto, não chegou a ser promulgado pelo executivo, em virtude da posterior dissolução da Assembléia Constituinte, em 12 de novembro de 1823, por ordem de D. Pedro I.

Após a outorga da Constituição Imperial de 1824, os debates e proposições em torno da criação de um curso jurídico no Brasil se reiniciaram, sendo que, em 09 de janeiro de 1825, por decreto do ministro Estevão Ribeiro de Resende, foi determinada a criação de um curso jurídico a ser instalado provisoriamente no Rio de Janeiro, o qual

---

<sup>7</sup> “Os poucos bacharéis brasileiros na Colônia socorriam-se das Ordenações Filipinas, leis, decretos, alvarás e re-soluções expedidas pela Corte de Portugal, situação que perdurou até 25 de abril de 1821, eis que daí em diante, valeram-se da legislação editada por D. Pedro, o Príncipe Regente.”. (PAULO FILHO, 1997, p. 18).

seria organizado nos termos dos estatutos elaborados por Luís José de Carvalho e Melo, Visconde da Cachoeira. Por motivos não esclarecidos, o curso não chegou a ser instalado (PAULO FILHO, 1997, p. 131).

Apenas em 1827, após longos debates, foram definitivamente criados os cursos jurídicos brasileiros.

A questão foi retomada pelo Parlamento em 1826. Um projeto de nove artigos, assinado por José Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barbosa e Antônio Ferreira França, que receberia várias emendas, transformou-se na Lei de 11 de agosto de 1827.

[...]

Os mesmos estatutos elaborados pelo Visconde da Cachoeira, por ocasião do decreto que tencionara criar o curso jurídico do Rio de Janeiro, regulariam os cursos de Olinda e São Paulo. O Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828 e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais da nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, s/d).

Os cursos jurídicos brasileiros foram montados aos moldes do existente na Universidade de Coimbra, tendo, inclusive, corpo docente formado por diversos egressos e/ou professores portugueses.

Assim como os bacharéis formados na Europa, os bacharéis oriundos de São Paulo e Olinda estavam mais voltados para o desenvolvimento de atividades vinculadas à administração estatal. Pedro Paulo Filho afirma:

A geração plasmada em Olinda/Recife e São Paulo, dentro da mesma concepção ideológica, deu margem a que se caracterizasse no Império um mandarinato político, através de um “cursum honorum”, que começava pelo exercício de funções na magistratura ou promotoria, o acesso à Assembléia Provincial, o exercício do cargo de presidente da Província, para ao final ascender à Assembléia Geral, ao Ministério, à presidência do Conselho, ao Senado e ao Conselho de Estado. (PAULO FILHO, 1997, p. 38).

Aponta-se que o desenvolvimento da advocacia como profissão liberal e autônoma ocorreu no Brasil ao longo do fim do período monárquico e início do período republicano, em virtude do desenvolvimento ocorrido na sociedade brasileira e o declínio da inserção política dos bacharéis, que paulatinamente foram substituídos por

tecnocratas, o que ocasionou um mercado de trabalho propício para a atividade do advogado (LÔBO, 2007, p. 9; PAULO FILHO, 1997, p. 101/105).

A fundação, em 1843, do Instituto dos Advogados Brasileiros, também possui grande relevância no desenvolvimento da advocacia brasileira, todavia, entende-se possuir maior vinculação com o tema da Ordem dos Advogados, motivo pelo qual será abordado em momento posterior.

Ao longo da história brasileira, desde o período colonial até o momento atual, verifica-se que o advogado, mais especificamente, o exercício da advocacia, encontra-se presente nos principais acontecimentos nacionais. Este fato encontra explicação nas características e propósitos básicos da profissão: o auxílio a algum indivíduo na consecução de seu objetivo, bem como no antigo envolvimento dos juristas com a política.

Dentre vários acontecimentos históricos relevantes no Brasil, é passível de destaque a atuação dos advogados, seja individualmente, seja através de seu órgão de classe, combatendo os regimes ditatoriais.

No Estado Novo, regime ditatorial implantado por Getúlio Vargas entre 1937 e 1945, e durante o Regime Militar, iniciado com o golpe de 1964 e estendendo-se até o ano de 1985, a advocacia teve papel fundamental na defesa e postulação de direitos, combatendo a arbitrariedade e a inconstitucionalidade dos regimes de exceção.

É notória a participação da advocacia no pleno desenvolvimento da democracia brasileira.

### **1.1.3 – A Advocacia na Ordem Jurídica Brasileira**

Após longo processo evolutivo, marcado pela busca de reconhecimento e afirmação, a advocacia no Brasil encontra-se atualmente regulada no ordenamento jurídico. Mas nem sempre a situação profissional dos advogados foi desta forma.

Conforme já afirmado neste estudo, inicialmente, o Brasil esteve vinculado à legislação portuguesa. Em especial a advocacia, regulada no Título XLVIII do Livro I

das Ordenações Filipinas que exigia o bacharelado em curso jurídico na Universidade de Coimbra, com duração de oito anos de estudos em Direito Canônico, ou Civil, ou em ambos (LÔBO, 2007, p. 8).

A partir de 1713, passou-se a permitir que “pessoa idônea” exercesse a advocacia, desde que fora dos limites da Corte. Exigia-se também a obtenção da chamada Carta de Provisão, que autorizava o exercício da advocacia àqueles que não tivessem formação jurídica.

Segundo os estudiosos do tema, a situação concernente à regulamentação legal da advocacia permaneceu estagnada nestes termos, até a criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930.<sup>8</sup>

Após a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, foi aprovado o Decreto n.20.784, de 14 de dezembro de 1931, que dispunha a respeito do seu Regulamento. Entretanto, em virtude de várias alterações legislativas, esse diploma legal não chegou a entrar em vigor, sendo substituído, em 20 de fevereiro de 1933, pelo Decreto n.22.478, que consolidou as disposições relativas ao regulamento da Instituição (LÔBO, 2007, p. 249).

O Decreto n.22.478/33 regulou a atividade advocatícia, bem como a entidade de classe dos advogados por quase trinta anos. Durante este longo tempo vários dispositivos legais alteraram suas disposições, tentando mantê-lo adequado às vicissitudes e necessidades da advocacia (LÔBO, 2007, p. 249/250).

Em 27 de abril de 1963, foi promulgada a Lei n.4.215, que revogou o antigo regulamento e instituiu um novo Estatuto para os advogados e a Ordem dos Advogados do Brasil. De maneira semelhante ao regulamento anterior, a Lei n.4.215/63 vigeu por trinta e um anos, disciplinando as questões atinentes aos advogados, inclusive determinando, no artigo 68, que eram eles elementos indispensáveis à administração da Justiça.

Em virtude das modificações ocorridas no exercício da profissão, inclusive com a alteração do paradigma jurídico-constitucional, que elevou a advocacia a um patamar

---

<sup>8</sup> Questões atinentes à criação da Ordem dos Advogados do Brasil serão abordadas de maneira mais completa nos itens seguintes deste capítulo, bem como a análise dos dispositivos normativos pertinentes e dos Estatutos que se antecederam ao de 1994.

até então não visto no Brasil, fez-se necessária a substituição do diploma legal de 1963, o que veio a ocorrer em 1994.

Atualmente, o advogado e a sua atividade encontram previsão legal no artigo 133 da Constituição de 1988 e na Lei n.8.906 de 04 de julho de 1994, conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dispõe a Constituição de 1988, em seu Título IV – Da Organização dos Poderes; Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça; Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública, que o advogado é indispensável à administração da justiça, determinando a sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão, inviolabilidade esta que deve ser regulamentada por lei.<sup>9</sup>

Em sentido harmônico, dispõe o artigo 2º da Lei n.8.906/94 que o advogado é indispensável à administração da justiça. Nos parágrafos primeiro e segundo do dispositivo referido, observa-se a relevância das atividades dos advogados, que configuram múnus público, sendo que, em seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. No parágrafo terceiro, verifica-se a remissão à inviolabilidade por atos e manifestações nos limites impostos pela própria lei.<sup>10</sup>

## **1.2 – Da Ordem dos Advogados**

Surgida como necessidade histórica do desenvolvimento da advocacia, com vistas a organizar e regulamentar as atividades profissionais dos advogados, as

---

<sup>9</sup> A Constituição de 1988 foi a primeira a fazer referência expressa ao advogado e sua indispensabilidade, sendo que as constituições anteriores apenas faziam referência à composição do quinto constitucional nos tribunais (a partir da Constituição de 1934), à participação da OAB nos concursos públicos para o provimento de cargos de juízes (a partir da Constituição de 1946), bem como a outras disposições esparsas não relevantes para este estudo.

<sup>10</sup> Os reflexos jurídicos provocados pela constitucionalização da advocacia e a regulamentação conferida pelo Estatuto de 1994, serão analisados no Capítulo 2 deste estudo.

ordens<sup>11</sup> de advogados representaram – e ainda representam – papel relevante na história da profissão.

Sendo assim, importante o estudo da instituição – desde seu surgimento no direito romano, passando pela evolução observada na França, até o desenvolvimento da Ordem dos Advogados do Brasil – analisando suas características, funções e regulamentação no ordenamento jurídico.

### **1.2.1 – *Esorço Histórico***

Conforme já afirmado anteriormente, a organização da advocacia em entidades de classe ocorreu, originalmente, durante o período romano do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.).

É comum a remissão, dentre os estudiosos, à figura do Imperador Justiniano, como o primeiro a utilizar a denominação de Ordem para fazer referência às organizações de classe de advogados. Nessa linha, comenta Pedro Paulo Filho:

Foi o imperador Justiniano que denominou o colégio constituído por advogados romanos de Ordem.

No Baixo Império, com sede em Constantinopla, concedeu à reunião dos advogados que trabalhavam perante os juízes, as prerrogativas de “Ordo” ou de Ordem, dado o grande apreço que devotava aos advogados. (PAULO FILHO, 1997, p. 177).

De maneira diferente da atual, existiam várias ordens de advogados, sendo que cada uma se vinculava a um respectivo órgão jurisdicional. Para advogar perante um órgão, o advogado deveria ser inscrito na respectiva ordem, submetendo-se às regras e fiscalização de cada entidade, sendo que as ordens encontravam-se vinculadas aos magistrados e representantes do poder imperial romano.

---

<sup>11</sup> Além da denominação “ordem”, também são utilizadas as denominações “colégio”, “consórcio”, “corpo”, dentre outras. No Brasil a denominação utilizada desde a criação da entidade é “ordem”.

Os advogados são agrupados junto aos tribunais mais importantes onde postulam no seio de uma (*sic*) colégio que dispõe de personalidade moral.

As ordens ou corporações de advogados são independentes entre si, mas estão adstritas sempre a uma só jurisdição, cuja autoridade judiciária (*e.g. praefectus praetorio*, o governador de província, ou o prefeito augustal) exerce o poder de fiscalizá-las e, eventualmente, regulamentá-las.

[...]

O regulamento das ordens de advogados emana de prescrições imperiais destinadas aos prefeitos das grandes circunscrições. Além delas podem complementá-las, em matérias específicas, os decretos dirigidos ao Prefeito da Cidade, ao *Magister Officiorum* e ao Prefeito Augustal. Igualmente, outras autoridades menores podem receber instruções que regulamentem os *ordines* estabelecidos nas respectivas jurisdições: assim os *vicarii* e os Governadores de Província. (MADEIRA, 2002, p. 57/58).

Diferentemente do que ocorre na atualidade, em que as inscrições nas ordens de advogados se dão de maneira ilimitada aos que preencham os requisitos legais necessários, na Roma Antiga eram limitadas as quantidades de vagas para advogados existentes em cada ordem, sendo organizados hierarquicamente de acordo com a ordem de antigüidade de suas inscrições.

Aqueles que extrapolavam o número de vagas não podiam advogar perante a jurisdição vinculada à ordem que postulavam o ingresso, tendo que aguardar a vacância dentre os quadros. Era assegurada aos que tivessem pai inscrito (no momento da inscrição ou em momento anterior) preferência no preenchimento da vaga (MADEIRA, 2002, p. 57/59; PAULO FILHO, 1997, p. 177/179).

O acesso às ordens estava reservado apenas a uma parte dos cidadãos romanos que preenchessem determinadas regras de cunho social e profissional.

Os candidatos ao ingresso na ordem dos advogados devem reunir um certo número de qualidades de ordem social e profissional. Devem demonstrar excelente moralidade, condição social honrosa e conhecimentos jurídicos aprofundados. Excluem-se da profissão os escravos, os libertos e, depois da proclamação da religião católica como religião do Estado, ninguém é admitido na ordem se não estiver penetrado nos santos mistérios do catolicismo. Os condenados a certas penas, os surdos, as mulheres, os menores de 17 anos e os infames não podem advogar por lhes faltar capacidade postulatória.

[...]

De uma forma ou de outra, a exigência de uma condição social privilegiada é o reflexo de uma sociedade cada vez mais estratificada. Outra prova disso foi, como se viu, o estabelecimento à preferência dada, no preenchimento das vagas aos filhos dos *numerati*.

[...]

Para se tornar advogado é necessário, de uma maneira geral, ter conhecimento do direito. O candidato podia provar seu conhecimento demonstrando ter cursado os estudos de direito no prazo legal ou trazendo

doutores e jurisperitos que o atestassem por juramento. (MADEIRA, 2002, P.70/72).

Mesmo após a abertura da profissão para pessoas que não se enquadrassem como patronos, a advocacia permanecia como atividade das elites sociais.

Com relação às exigências profissionais acima destacadas, sabe-se que sua observância não era absoluta em todas as situações, pois, ante a ausência de profissionais habilitados em pequenas localidades, permitia-se a atuação de advogados com estudos restritos à eloquência e às letras. A exigência do conhecimento jurídico estava vinculada às ordens atuantes perante as grandes jurisdições (MADEIRA, 2002, p. 72).

Realizando um salto histórico, constata-se que na França do século XIV e seguintes, as ordens de advogados receberam especial atenção, impulsionando seu desenvolvimento.

Sob o reinado de Felipe Valois, em 13 de fevereiro de 1327, observou-se a edição de uma ordenança que criou um código para a advocacia:

A Ordem dos Advogados é tão velha quanto a própria profissão. Havia, esparsamente, regras morais e profissionais que disciplinavam a profissão, mas somente no século XIV constitui-se uma organização com a denominação de Ordem, anteriormente já utilizada por Justiniano.

[...]

Surgiram inúmeras Ordenanças dispendo sobre a proibição da fixação de honorários, mas a de 13 de fevereiro de 1327, de Felipe Valois, finalmente, criou um Código para a Advocacia, que, entre outras disposições, proibiu o exercício profissional por pessoa que não fosse advogado, salvo em causa própria, exigindo a prévia inscrição do advogado e o seu respectivo juramento. (PAULO FILHO, 1997, p.180/181).

Seguindo esta linha evolutiva, observa-se o advento do Regulamento 1344 que, instituindo a Ordem francesa, determinou a divisão dos advogados em três categorias: conselheiros, proponentes e novos ou ouvintes.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Essa divisão toma por base a experiência dos advogados, sendo os conselheiros uma espécie de pareceristas, cuja atuação se dava extrajudicialmente; os proponentes eram os advogados forenses, encarregados de atuar judicialmente; e os novos ou ouvintes eram os estagiários, que deveriam assistir as audiências e atuar sob a direção dos mais velhos durante certo lapso de tempo. Para maiores informações cf. Pedro Paulo Filho (1997, p. 181).

Esta regulamentação vigorou por quase cinco séculos, até o advento da Revolução Francesa em 1789. Nesse movimento político que objetivava a extirpação do *ancien régime*, em especial a monarquia absolutista de Luís XVI, os revolucionários retrocederam no tempo, extinguindo todo e qualquer órgão de classe profissional, incluindo a Ordem dos Advogados franceses.

A Revolução de 1789 veio subverter completamente a situação da Ordem. O decreto de 16 de agosto de 1790 facultou a todo cidadão o direito de defender-se, oralmente ou por escrito; logo depois, outro decreto, de 2 de setembro do mesmo ano, acabou por abolir a Ordem dos Advogados, proibindo que os causídicos se constituíssem sob a forma de Corporação ou Ordem. (PAULO FILHO, 1997, p. 181).

Verificou-se neste momento a implantação de um sistema de plena liberdade da advocacia, em que qualquer pessoa podia atuar, realizando defesas em nome próprio ou alheio, desde que contratado para tal, não se exigindo nenhuma qualificação profissional.

Esta situação, marcada como vergonhosa na história da advocacia, perdurou por volta de vinte anos, sendo que, por decreto de 14 de dezembro de 1810, foi reimplantada a Ordem francesa, com posterior restabelecimento de todas as prerrogativas profissionais, cassadas pela Revolução, através da Ordenança de 27 de agosto de 1830.

Este período conturbado para os advogados franceses é bem sintetizado por Henri Robert, que afirma:

A Revolução suprimiu a Ordem dos Advogados. Fouquier-Tinville cortava as sustentações orais antes de mandar cortar as cabeças.

[...]

Napoleão, que detestava os advogados e queria cortar-lhes a língua para impedir que a usassem contra o governo, em 1811 viu-se obrigado a restabelecer a Ordem dos Advogados, para assegurar a boa administração da justiça. (ROBERT, 2002, p. 28/29).

No Brasil, a origem da Ordem dos Advogados nos remete, em primeiro lugar, à criação do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Em momento posterior à Independência do Brasil, inserido no contexto de movimentos em favor de uma produção cultural também independente, observou-se o

desenvolvimento da advocacia brasileira. Nesta esteira, surgiram movimentos sociais em prol da organização e regulamentação da atividade dos advogados. Pleiteava-se, assim, a instituição de um órgão de classe da profissão.

Cientes de tais fatos, importantes juristas brasileiros se reuniram em torno da idéia, criando, em 1843, o Instituto dos Advogados Brasileiros. Seus estatutos foram analisados e aprovados pelo Governo Imperial, através do Aviso de 07 de agosto de 1843, dispondo seu artigo 2º que a finalidade da entidade era organizar a criação da Ordem dos Advogados, objetivando assim o desenvolvimento da ciência da jurisprudência (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, s/d).

Em 21 de agosto de 1843, foi eleita a primeira diretoria do Instituto dos Advogados Brasileiros, composta por Francisco Gê Acaiaba de Montezuma, presidente; Josino Nascimento Silva, secretário da assembléia; Nicolau Rodrigues dos Santos França, tesoureiro; e mais 10 nomes que formaram o Conselho Diretor. O Conselheiro Teixeira de Aragão foi agraciado com o título de presidente honorário. A instalação solene ocorreu em 7 de setembro de 1843, no salão nobre do Externato do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro. O presidente Montezuma proferiu, na ocasião, discurso no qual justificou a criação do Instituto e a sua participação para a criação futura da Ordem dos Advogados. “Ela, Senhores”, afirmou referindo-se à Ordem, “não só saberá zelar o subido valor que acaba de receber do Imperante, mas desvelar-se-á por tornar-se digna em todas as época de sua existências (*sic*), da mais plena e imperial confiança”. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, s/d).

Após a criação, o Instituto participou de maneira relevante no desenvolvimento da ciência jurídica brasileira, atuando como centro de estudos envolto em assuntos legislativos e jurisprudenciais. Exemplo desta atuação científica é a Constituição de 1891, cuja base foi fornecida por estudos realizados no Instituto e, após revisão de Rui Barbosa, foi formulado anteprojeto legislativo, apreciado e analisado pela Assembléia Constituinte, seguido de aprovação do texto legal (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, s/d).

Todavia, o objetivo estatutário de organizar e criar a Ordem dos Advogados do Brasil não foi alcançado tão facilmente e em curto espaço de tempo. Ao longo de todo o período imperial brasileiro (até o fim) e posterior advento da República, os integrantes

do Instituto buscaram criar a Ordem, inclusive apresentando propostas e projetos aos legisladores da época, mas os esforços aviados foram em vão.

A partir de 1848, iniciou-se campanha junto à Câmara dos Deputados e ao Senado para a aprovação de lei criando a Ordem dos Advogados do Brasil, sofrendo o processo embrionário toda a sorte de marchas e contramarchas, atropelos e desentendimentos.

[...]

Nos anos que se seguiram, os advogados do Instituto não esmoreceram na idéia de ter no Brasil a Ordem dos Advogados.

Em 1880, Saldanha Marinho apresentou projeto de lei subscrito por Batista Pereira.

O projeto não vingou, o Império extingui-se e a Ordem dos Advogados do Brasil não foi criada. (PAULO FILHO, 1997, p. 188/189).

Durante a República Velha<sup>13</sup>, a situação não foi alterada, restando fracassadas as tentativas dos membros do Instituto, ante a falta de vontade política do Congresso Nacional, que não apreciava as proposições e projetos formulados por juristas e encaminhados às casas legislativas.

A Ordem dos Advogados do Brasil seria criada apenas no final de 1930, quando o país já se encontrava sob a presidência de Getúlio Vargas.

### **1.2.2 – A Ordem dos Advogados do Brasil**

Após longo e tortuoso caminho, a Ordem dos Advogados do Brasil foi legalmente criada pelo artigo 17 do Decreto n.19.408, de 18 de novembro de 1930. Assim dispunha o texto normativo:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

---

<sup>13</sup> Momento na história do Brasil que se seguiu ao fim do Império, compreendido entre os anos de 1889 e 1930.

Importa observar que o Decreto n.19.408/30 objetivava reorganizar a Corte de Apelação do Distrito Federal<sup>14</sup>, à época localizado no Rio de Janeiro, sendo que a instituição da Ordem pelo Decreto configura matéria de todo estranha ao conteúdo do ato normativo, até mesmo porque a entidade não tinha vinculação com o órgão jurisdicional.<sup>15</sup>

Seguindo o determinado no artigo 17, o Instituto dos Advogados Brasileiros, através de comissão constituída especificamente, providenciou a elaboração do projeto de estatuto da Ordem. Apresentado ao Executivo, o projeto foi aprovado por parecer do Consultor Geral da República, Levi Carneiro, em 15 de novembro de 1931, sendo então editado o Decreto n.20.784 de 14 de dezembro de 1931, aprovando o regulamento da Ordem (PAULO FILHO, 1997, p. 191/193).

Entretanto, a implantação da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como o cumprimento do regulamento aprovado pelo Decreto n.20.784/31 não ocorreu de imediato (PAULO FILHO, 1997, p. 193).

Em virtude de alterações esparsas provocadas por alguns atos normativos, verificou-se a necessidade de expedição de novo regulamento, o que ocorreu em 20 de fevereiro de 1933, através do Decreto n.22.478, que consolidou os dispositivos regulamentares da Ordem e das atividades dos advogados e em seu artigo 1º dispunha:

Art. 1º A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, é o órgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados em toda a República.

Ao longo de 112 artigos que compunham a consolidação em análise, vários assuntos relacionados à Ordem, bem como aos advogados foram tratados, tais como: fins e organização da entidade; vedação ao exercício da advocacia; ingresso, inscrição

---

<sup>14</sup> A Corte de Apelação era uma espécie de órgão jurisdicional de 2ª instância, incumbida de analisar determinados recursos interpostos contra decisões de instâncias inferiores.

<sup>15</sup> Esse fato é justificado por uma questão de oportunidade dada a André de Faria Pereira, procurador do Distrito Federal, que vislumbrou a oportunidade de criação da Ordem, ainda que inserida em diploma legal estranho à matéria. Sobre esta peculiaridade cf. Pedro Paulo Filho (1997, p. 191) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (s/d).

e exercício na profissão; direitos e deveres; penalidades aplicáveis aos infratores; composição, atribuição e funcionamento dos Conselhos Seccionais e Federal; dentre outros aspectos.

Em 11 de agosto de 1933, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil foi instalado, ocorrendo nessa data a primeira sessão ordinária, sob a presidência de Levi Carneiro.<sup>16</sup>

O regulamento consolidado pelo Decreto n.22.478/33 e posteriores modificações esparsas<sup>17</sup> vigorou no ordenamento jurídico por mais de trinta anos. Sua substituição ocorreu apenas em 27 de abril de 1963, pela Lei n.4.215.<sup>18</sup>

Assim como ocorreu quando da formulação do primeiro regulamento, o Estatuto de 1963 era originário de projeto apresentado por comissão composta de conselheiros da Ordem, sendo que, em 11 de agosto de 1956, o presidente da República Juscelino Kubitschek assinou mensagem ao Congresso Nacional, encaminhando o projeto para análise e aprovação.

Decorridos quase sete anos de discussões e debates, finalmente o projeto de lei foi aprovado e encaminhado para sanção, o que ocorreu na data de 27 de abril de 1963, pelo presidente João Goulart. Este Estatuto objetivou atualizar a regulamentação da Ordem e da advocacia, acompanhando as evoluções decorridas em torno dos aspectos relevantes da profissão.

Dentre os vários dispositivos normativos do Estatuto de 1963, chama a atenção o previsto no artigo 68, que dispunha:

---

<sup>16</sup> Fato curioso e digno de nota é que Levi Carneiro ocupava o cargo de presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros quando da formulação do projeto de regulamento da Ordem incumbido à Instituição, por força do Decreto 19.408/30. Na seqüência, ocupava o cargo de Consultor Geral da República quando da análise e aprovação do projeto enviado pelo Instituto, sendo esse transformado em Regulamento pelo Decreto 20.784/31, após parecer de autoria do Consultor. Logo após, consagrou-se primeiro presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, participando assim, com destaque, em todas as etapas iniciais da Ordem.

<sup>17</sup> Para uma enumeração dos dispositivos legais que alteraram o Decreto n.22.478/33 cf. Paulo Luiz Netto Lôbo (2007, p. 249).

<sup>18</sup> Diferentemente do Decreto n.22.478/33, que recebeu apenas denominação de Regulamento, a Lei n.4.215/63 foi denominada Estatuto da Ordem dos Advogados.

Art. 68. No seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.

Trata-se da primeira referência expressa ao direito ao advogado, todavia, sem a força vinculativa conferida atualmente pelo artigo 133 da Constituição de 1988.

Contudo, em virtude dos acontecimentos políticos ocorridos a partir de 31 de março de 1964, com a deflagração do golpe militar e conseqüente instalação do regime ditatorial no Brasil, a Ordem e os advogados foram privados, em diversos momentos, da ideal execução e vigência do Estatuto de 1963.<sup>19</sup> Os anos que se seguiram foram marcados pela atuação em prol do restabelecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos cassados pelo regime militar.

Em meio a este complicado momento histórico, verificou-se o desenvolvimento e crescimento da advocacia de maneira até então não observada no Brasil, ocasionados pelo desenvolvimento econômico do país e pelo histórico processo de urbanização das cidades. Este processo evolutivo foi responsável por profunda alteração da profissão que, perdendo um pouco de suas características iniciais de atividade liberal e autônoma, passa a conviver com a crescente parcela de advogados empregados (advocacia assalariada), bem como com os consultores e assessores jurídicos, cuja atuação profissional ocorre de maneira extrajudicial.

O Estatuto de 1963 não atendia a estas realidades, pois estava vinculado ao clássico modelo do profissional liberal de atuação forense.

Somado a este fato, o Brasil passou por um processo de reabertura democrática, com o gradual restabelecimento de direitos fundamentais dos cidadãos, suspensos durante o regime militar, seguido do encerramento da ditadura e elaboração de uma nova Constituição, que instituiu o paradigma jurídico-constitucional vinculante do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>19</sup> Curiosamente, observa-se que, de início, a Ordem, por seu Conselho Federal, posicionou-se favorável ao golpe, entendendo que o Estado de Direito seria resguardado e protegido de possíveis investidas comunistas de João Goulart e seus aliados. Com o passar do tempo, a manutenção dos militares no poder, bem como o acirramento do regime ditatorial, mudou o posicionamento da Instituição, como era de se esperar. Sobre o posicionamento e atuação da Ordem dos Advogados do Brasil durante a ditadura militar, cf. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (s/d).

Pela terceira vez na história da advocacia brasileira, comissão composta por conselheiros da Ordem foi criada, com vistas a formalizar projeto de reforma do Estatuto.<sup>20</sup>

Em 17 de abril de 1992, o Conselho Federal da Ordem aprovou projeto de novo Estatuto, que foi enviado para apreciação e aprovação do Congresso Nacional. Após várias emendas, o Projeto de Lei n.2.936/92 foi aprovado em ambas as casas legislativas, sendo sancionada, em 04 de julho de 1994, a Lei n.8.906, atual Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados.<sup>21</sup>

Considerando o fato de ser o diploma normativo vigente, com todas as suas peculiaridades, abordaremos a Lei n.8.906/94 separadamente no item seguinte.

### **1.2.3 – O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil**

Editada em consonância com a norma do artigo 133 da Constituição de 1988 e objetivando regulamentar de maneira eficiente a profissão do advogado e de seu órgão de classe, a Lei n.8.906/94 instituiu o Estatuto vigente.

De modo diferente do observado nos regramentos anteriores, o atual Estatuto da Advocacia e da OAB destina-se, de maneira mais aprofundada, a regular a atividade dos advogados, revelando assim o objetivo do legislador em disciplinar, de maneira mais eficiente e atualizada, a advocacia.

Não se está a afirmar que o Estatuto não regula as questões atinentes à Ordem, que são devidamente dispostas no Título II da Lei, nem que os diplomas legais anteriores não abordavam a temática da advocacia. Intenta-se realçar a importância e a prevalência dadas à regulamentação da atividade do advogado pelo legislador.

Este fato pode ser observado através de rápida análise da estrutura normativa do Estatuto que, dividido em quatro títulos, trata inicialmente da advocacia.

---

<sup>20</sup> Noticia-se que à época tramitavam no Congresso Nacional 124 projetos de lei alterando o Estatuto de 1963. Neste sentido cf. Paulo Luiz Netto Lôbo (2007, p. 251).

<sup>21</sup> Primeiro estatuto cuja denominação fez menção expressa à advocacia.

Nesta ordem, o Título I (artigos 1º a 43) aborda as questões relativas: à atividade de advocacia; aos direitos dos advogados<sup>22</sup>; à inscrição do profissional nos quadros da Ordem; à constituição de sociedades profissionais; ao advogado empregado; aos honorários advocatícios; às incompatibilidades e impedimentos relativos ao exercício da profissão; à ética profissional do advogado; e as questões relativas às infrações e sanções disciplinares aplicáveis.

O Título II (artigos 44 a 67) aborda a temática da Ordem dos Advogados do Brasil, regulamentando sua organização e divisão funcionais, fins e objetivos da entidade e aspectos atinentes ao processo eleitoral de escolha de dirigentes e respectivos mandatos.

O Título III (artigos 68 a 77) disciplina os procedimentos internos da Ordem, administrativos e/ou disciplinares, regulamentando a estrutura procedimental, incluídos os recursos passíveis de interposição. Finalmente, o Título IV (artigos 78 a 87) normatiza as questões gerais e transitórias não abordadas nos títulos precedentes.

Assim, o Estatuto configura verdadeiro diploma normativo indispensável à atividade advocatícia, bem como à organização da classe profissional dos advogados, regulamentando o previsto no artigo 133 da Constituição de 1988, instituidor e garantidor do direito constitucional fundamental ao advogado.

---

<sup>22</sup> As disposições em torno dos deveres profissionais e éticos dos advogados encontram-se no Código de Ética e Disciplina da Ordem, instituído pelo Conselho Federal e publicado no Diário oficial da União de 1º de março de 1995. Cf. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2006, p. 1099-1106).

## **CAPÍTULO 2 – DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ADVOGADO**

No capítulo anterior, verificou-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 133, elevou à categoria de norma constitucional a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, determinando sua inviolabilidade por atos e manifestações quando no exercício da profissão, nos limites de lei infraconstitucional reguladora da atividade advocatícia.

Também foi observado que o legislador brasileiro, em cumprimento ao disposto no final do artigo acima citado, editou, em 04 de julho de 1994, a Lei n.8.906, que dispõe a respeito do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo certo que o artigo 2º do Estatuto reafirma a indispensabilidade do advogado, bem como regulamenta a questão da inviolabilidade.<sup>23</sup>

A previsão constitucional do artigo 133 não configura ineditismo no ordenamento jurídico brasileiro. Desde o Estatuto da Ordem dos Advogados de 1963, em seu artigo 68, já se dispunha em igual sentido, todavia, agora se verifica a constitucionalização da norma.

Entende-se que o constituinte originário, ao afirmar a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, optou expressamente por exigir a presença do profissional nos procedimentos jurisdicionais, não abrindo espaço para qualquer tipo de facultatividade.

Manifestando-se a respeito do tema, Arruda Alvim afirma que:

---

<sup>23</sup> A regulamentação da inviolabilidade do advogado quando do exercício da profissão está prevista em dispositivos esparsos ao longo da lei n.8.906/94, não se restringindo à disposição enunciativa contida no artigo 2º, parágrafo 3º.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu art. 133 o seguinte: “O advogado é *indispensável* à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

*Isto significa que a postulação em juízo, ativa ou passivamente, ou, ainda, na hipótese de intervenção de terceiros, será sempre e necessariamente realizada por intermédio de advogado.* (ALVIM, 1992, p. 329).

Esse parece ser o mesmo entendimento esposado pelo constitucionalista José Afonso da Silva que, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, ao analisar a questão da constitucionalização da profissão dos advogados, afirma a impossibilidade de postulação judicial por leigos, ressaltando os casos de ausência de advogado que a viabilizem (SILVA, 2001, p. 584).

A seu turno, Rui Portanova, analisando a principiologia do processo civil<sup>24</sup>, entende que o artigo 133 da Constituição de 1988 institui o que ele denomina de princípio da representação por advogado, afirmando que a sua indispensabilidade nos procedimentos jurisdicionais é essencial. A par de uma inexistente dicotomia entre interesse privado e interesse público, não recepcionado pelo paradigma jurídico-constitucional vigente, o autor gaúcho afirma:

Enfim, a presença de advogados representando as partes no processo é essencial. Só o advogado tem o *jus postulandi* e deve exercer este *munus* público com independência. Trata-se de um colaborador parcial da justiça cuja atividade, revestida de imunidades, contribui decisivamente para um processo verdadeiramente dialético. A presença obrigatória do advogado, mais do que interesse da parte, vai tocar o próprio interesse público no incentivo do princípio da igualdade das partes, do atendimento do contraditório e da ampla defesa. (PORTANOVA, 2001, p.167).

A disposição constitucional em análise institui no plano normativo brasileiro o direito fundamental ao advogado. Entretanto, digna de censura a incorreta redação do artigo por parte do legislador constituinte, ao vincular o advogado nos termos dispostos.

Em primeiro lugar, o advogado não faz parte da administração do cognominado Poder Judiciário, não exercendo, assim, nenhum tipo de ingerência nas funções administrativas dos órgãos jurisdicionais. Em segundo lugar, o advogado não ministra justiça em favor de ninguém. Assim como nem o órgão jurisdicional, nem o Ministério Público o fazem.

---

<sup>24</sup> Tecnicamente correta seria a utilização da expressão procedimento ao invés de processo, entretanto, mantêm-se as palavras do autor.

Neste sentido se expressa Rosemiro Pereira Leal:

A expressão “*administração da justiça*” equivale tecnicamente à **atividade jurisdicional** e não à administração do Poder Judiciário, ao qual o advogado não pertence, sequer à ministração de justiça (direito justo) que é conteúdo só dimensionável e aferível por via de prévia edição de norma material pelo Poder Legislativo (art. 5º, II, CR/88). (LEAL, 2005a, p. 47).

A essencialidade e a indispensabilidade das funções do advogado são entendidas no contexto de aplicação do ordenamento jurídico, em atividade vinculada ao órgão jurisdicional atuando na reconstrução, e mais, na ressemantização democrática e participada das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

Os advogados atuam em nome das partes, em regime de contraditório, fiscalizando incessantemente a atividade jurisdicional, permitindo efetivamente ao sujeito parcial participar da construção do provimento final, atuando conjuntamente com os outros sujeitos processuais.

Observando o desenvolvimento da ciência processual, com o advento do movimento de constitucionalização do processo, Héctor Fix-Zamudio afirma que da mesma maneira como os conceitos de processo e de função jurisdicional foram alterados, o conceito e a atividade do advogado modificou-se, devendo esse ser entendido como colaborador indispensável do julgador (FIX-ZAMUDIO, 1988, p. 242).<sup>25</sup>

Analisando a evolução da figura do advogado, bem como suas características no atual Estado Democrático de Direito, o constitucionalista Paulo Bonavides leciona que:

Do homem objeto do processo do direito público do absolutismo ao homem sujeito do processo na teoria do Estado constitucional, se escreve a trajetória da ascensão da advocacia, menos como um fator novo de poder senão como uma instituição afiançadora do exercício de sua missão, intimamente abraçada às garantias fundamentais do Estado de Direito [...].

O raciocínio jurídico sobre a essência e a natureza da função advocatória já se não constrói nos moldes parcialmente anacrônicos, de eiva autoritária, peculiares ainda à doutrina de Bornhak, Jellinek, Laband, Triepel e Zorn, bem como de outros publicistas alemães da fase pré-Weimariana [...].

Com respeito ao advogado, já não se trata do “funcionário público”, do “semifuncionário”, mas de alguém “assemelhado” a esse funcionário, ou seja,

<sup>25</sup> Nas próprias palavras do doutrinador mexicano: “Pero así como ha cambiado el concepto del proceso y de la función jurisdiccional, también se ha modificado la idea de la función del abogado, que no debe considerarse como un sujeto privado, sino como un colaborador activo e indispensable del juzgador en la resolución de las controversias”.

do liberal sem sujeições, nem dependências, salvo aquelas devidas ao Direito e, portanto, colocado entre o Estado e a Sociedade, para servir ambos com dignidade, zelo e independência. (BONAVIDES, 2004b, p. 330).

Dissertando sobre o direito ao advogado no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, Carlos Henrique Soares afirma:

O que se pretendeu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e especificamente seu art. 133, foi tornar obrigatória a participação do advogado no processo jurisdicional brasileiro. Ou seja, não haveria prestação jurisdicional plena sem a presença do advogado.

[...]

Surge assim, a importância do advogado, como agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, uma vez que é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da jurisdição, nos procedimentos litigiosos ou não, pouco importando o valor atribuído à causa. (SOARES, 2004, p. 74/76).

Assim, o direito ao advogado é entendido como direito fundamental do cidadão, previsto constitucionalmente, que objetiva auxiliá-lo na plena participação no processo democrático de construção, reconstrução e aplicação do ordenamento jurídico, conferindo assim legitimidade ao direito, propiciando ao cidadão configurar-se como emissor e, ao mesmo tempo, destinatário das normas jurídicas.<sup>26</sup>

No sentido da indispensabilidade da atuação do advogado, o legislador infraconstitucional, ao editar o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil vigente dispôs, no inciso I do artigo 1º, que a postulação a qualquer órgão do cognominado Poder Judiciário e aos juizados especiais constitui atividade privativa de advogados.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Nesse sentido temos Jürgen Habermas (2003, vol. I, p. 139) que afirma: “A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”.

<sup>27</sup> Entende-se a disposição expressa aos juizados especiais como o intuito de reforçar a indispensabilidade do advogado nesses órgãos, contudo desnecessária, uma vez que os juizados são órgãos integrantes da estrutura judiciária do país e, sendo assim, já estariam inseridos na expressão “qualquer órgão do Poder Judiciário”.

Esse dispositivo legal encontra-se em absoluta harmonia com as disposições constitucionais pertinentes, em especial, com o direito fundamental ao advogado, a ser observado em qualquer procedimento jurisdicional.

Entretanto, este não é o entendimento esposado por parte significativa da magistratura brasileira, incluído aí o Supremo Tribunal Federal, que, baseado em ilusórias e demagógicas assertivas de “amplo acesso à justiça”, “combate ao corporativismo da classe dos advogados”, dentre outras, mitigou o alcance e a força normativa do Estatuto.

Tal fato ocorreu através de várias ações diretas de inconstitucionalidade aforadas perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que as mais importantes e vinculadas à temática da atividade postulatória privativa dos advogados já foram julgadas em definitivo.

A análise desse assunto será feita no subitem seguinte, relativo à possibilidade de postulação direta da parte sem o auxílio técnico de advogado.<sup>28</sup>

## **2.1 – Capacidade postulatória direta da parte. Violação ao direito fundamental ao advogado**

Inicialmente, convém fazer a distinção entre os institutos do *ius postulandi* e da capacidade postulatória.

Por *ius postulandi* entende-se o direito da parte processual postular diretamente, sem o auxílio e intermédio de profissional habilitado para tanto, aos órgãos jurisdicionais. No ordenamento jurídico brasileiro esta postulação direta pode ser exercitada na Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais, perante os Juízes de Paz, bem como nos procedimentos de *habeas corpus* e revisões criminais.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Demais questionamentos em torno de direitos e prerrogativas dos advogados extrapolam os estreitos limites do tema central deste estudo.

<sup>29</sup> Estas duas últimas exceções estão vinculadas ao Direito Penal, o que foge ao âmbito desta pesquisa.

Diferente do *ius postulandi*, a capacidade postulatória, ou capacidade de postulação, é a capacidade assegurada constitucionalmente aos profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil<sup>30</sup>, de exercer a postulação de direitos, através da movimentação da jurisdição, essa entendida como atuação dos conteúdos normativos do ordenamento jurídico em atividade vinculada e monopolística de determinados órgãos estatais.

Devido à importância para o presente estudo, reafirma-se que no Brasil a capacidade postulatória privativa dos advogados está prevista no artigo 133 da Constituição de 1988 e nos artigos 1º e 2º da legislação infraconstitucional pertinente – o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Conforme já afirmado anteriormente, esses dispositivos normativos asseguram ao cidadão o direito de ser auxiliado por profissional tecnicamente habilitado para atuar em juízo. Simplificando, garantem expressamente a eficácia do direito fundamental ao advogado.

Todavia, o legislador infraconstitucional brasileiro parece não ter se apercebido do conteúdo jurídico do direito fundamental ao advogado, criando hipóteses de postulação direta sem a presença do advogado.

Ao buscar efetivar e regulamentar o disposto no inciso I do artigo 98 da Constituição, que prevê a criação e manutenção de juizados especiais competentes para a apreciação de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, o legislador brasileiro editou as Leis n.9.099, de 26 de setembro de 1995, e n.10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõem sobre os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito dos Estados e da União.

Violando frontalmente o artigo 133 da Constituição, tais diplomas normativos instituíram a possibilidade de postulação direta da parte sem intermédio de advogado.

Assim dispõe a Lei n.9.099/95:

---

<sup>30</sup> Quando utilizada a expressão “profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil” estão aí englobados advogados, defensores públicos e servidores (ocupantes de cargos de advogados) das advocacias públicas.

Art. 9º Nas causa de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

[...]

Em sentido conexo, a Lei n.10.259/01:

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Somado a essas hipóteses de postulação direta encontra-se o permissivo legal inserido no artigo 791 do Decreto-Lei n.5.452 de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, possibilitando ao empregado e ao empregador a postulação direta aos órgãos jurisdicionais trabalhistas.<sup>31</sup>

Com vistas a solucionar esta aparente controvérsia<sup>32</sup> relativa à possibilidade de postulação direta da parte, foram ajuizadas três ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Uma, formulada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, protocolizada sob o n.1.127-8, questionava a constitucionalidade de vários dispositivos legais do Estatuto da Advocacia e da Ordem, em especial a atribuição privativa aos advogados da capacidade postulatória perante os órgãos jurisdicionais, sendo essa a questão que interessa neste momento.

As outras duas ações diretas, formuladas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, protocoladas sob os números 1.539-7 e 3.168-6, questionavam a constitucionalidade dos dispositivos das leis dos Juizados Especiais que autorizavam a postulação direta da parte.

---

<sup>31</sup> A possibilidade de postulação direta da parte nos órgãos jurisdicionais trabalhistas existe desde a década de 1920, sendo que àquela época a “Justiça do Trabalho” não fazia parte da estrutura dos órgãos jurisdicionais, o que só veio a ocorrer em 1946. Sobre o histórico dos órgãos jurisdicionais trabalhistas e a capacidade de postulação direta das partes nesses órgãos cf. Carlos Henrique Soares (2004, p. 79 e ss.), Wagner D. Giglio (2002, p. 1 e ss.).

<sup>32</sup> Afirma-se a aparência da controvérsia tendo em vista entendê-la inexistente.

Com relação à primeira, de n.1.127-8, distribuída em 06 de setembro de 1994, verifica-se que a Associação dos Magistrados Brasileiros argumentou<sup>33</sup> que, ao dispor sobre a vedação da capacidade postulatória direta da parte, o Estatuto estaria contrariando os artigos 98, incisos I e II, e 116 da Constituição de 1988, que dispõem:

---

<sup>33</sup> Deveras extensa é a petição inicial distribuída pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que impugna diversos aspectos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados. Para os fins deste estudo interessa apenas a parte relativa à postulação das partes, desta maneira, colaciona-se apenas as passagens pertinentes:

**“14.** O art. 1º do Estatuto da OAB torna atividade privativa da advocacia “a postulação a qualquer órgão do poder Judiciário e aos juizados especiais”. Assim dispondo, sujeitou a validade do processo judicial, não importa o órgão jurisdicional perante o qual se instaura, à capacidade postulatória consubstanciada no binômio parte-advogado. **15.** A norma contraria os incisos I e II do art. 98 da Constituição porque cria um pressuposto processual incompatível com a singeleza que esse dispositivo quis, inequivocamente, emprestar aos juizados especiais e à justiça de paz, cujas atividades, voltadas para as “causas cíveis de menor” e atos não decisórios, são dominadas pelos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade, compondo um sistema, que permite a pronta tutela de interesses de diminuta expressão (excluem-se desta arguição as infrações penais do art. 98, I). Se a própria constituição permite que os juizados especiais sejam “providos por juízes togados, ou togados e leigos”, aos quais defere competência para conciliar, decidir e executar, e que a chamada justiça de paz se integre por cidadãos eleitos, afronta aos desígnios da carta política a exigência que, em matéria não penal, o jurisdicionado se apresente diante deles, representado por advogado, que exerce função que o art. 1.290, parágrafo único, do código Civil faz presumir remunerada e cuja atuação só não se pode dispensar, quando, pela natureza eminentemente técnica, a relação processual não prescindir da representação da parte por profissional qualificado. **16.** Com exigir, na espécie, a representação da parte por advogado, o inciso I do art. 1º da Lei 8.906/94 comprometeu a efetividade do art. 98, I e II, da carta política, cuja vontade muito visível é permitir que as pessoas, nas condições de que ele trata, possam obter a jurisdição pelo modo mais direto e eficaz. A presença de conciliadores e de juízes leigos, não necessariamente bacharéis, nesses juizados especiais, e de cidadãos eleitos, na justiça de paz, tem como contrapartida necessária a possibilidade da postulação direta pelo interessado porque a presença obrigatória do advogado seria incompatível com a presença, no órgão de conciliação julgamento, execução ou providências administrativas, de pessoas desprovidas de conhecimentos técnicos para apreender a postulação. **17.** As considerações, que se acabam de fazer sobre os juizados especiais cíveis e sobre a justiça de paz alcançam também a necessidade, criada pela norma impugnada, que rompeu com vitoriosa tradição, de representação do reclamante perante os órgãos da Justiça do Trabalho da primeira instância, estes igualmente compostos por maioria de juízes classistas e leigos, conforme o art. 116 da Constituição, que o dispositivo questionado sem dúvida contrariou. **18.** Porque as normas constitucionais dos arts. 98, I e II, e 116 da carta, admitindo atividades que se põem fora de limites rigorosamente técnicos, permitem, implícita mas inequivocamente, que também se postulo a jurisdição de modo semelhante, a violação do art.1º, I, do novo Estatuto da Advocacia se estende aos incisos XXXIV, a, e XXXV do art.5º da Constituição porque, no tocante aos órgãos trabalhistas da primeira instância, aos juizados especiais não pessoais e à justiça de paz, criou condição restritiva do direito de petição e de acesso à Justiça, ao criar pressuposto processual incompatível com a estrutura constitucional daqueles órgãos. **19.** Se a opção política, contida na regra impugnada, é censurável porque se destina, claramente, apenas a ampliar o mercado de trabalho da nobre classe dos advogados, sem outras preocupações, que a realidade brasileira torna impositivas, aquele preceito não resiste ao confronto com os arts. 98, I e II, 116 e 5º, XXXIV, a, e XXXV da Constituição Federal, tornando-se indispensável a declaração da sua inconstitucionalidade. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 1994).

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

[...]

Art. 116. A Junta de Conciliação e Julgamento será composta de um juiz do trabalho, que a presidirá, e dois juízes classistas temporários, representantes dos empregados e dos empregadores.

Parágrafo único. Os juízes classistas das Juntas de Conciliação e Julgamento serão nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, na forma da lei, permitida uma recondução.<sup>34</sup>

Ademais do entendimento esposado acima, não se vislumbra violação alguma aos dispositivos constitucionais textualizados nos artigos 98 e 116 da Constituição. Afinal, a “singeleza” objetivada nos Juizados Especiais e na Justiça de Paz, formalizada através de alterações<sup>35</sup> na estrutura procedimental aplicável nestes órgãos jurisdicionais, não implica dispensabilidade da atuação do advogado, assim como não implicou dispensabilidade de atuação de órgãos jurisdicionais.

Afinal, apesar de a Constituição permitir a atuação de juízes leigos, o que é de todo censurável, estes atuam em conjunto com os cognominados “togados”.<sup>36</sup>

Poder-se-ia, ainda, questionar o conteúdo deste ideal de “singeleza”. Pois a produção de uma impugnação oral em curto espaço de tempo reservado à análise de uma contestação e documentos possivelmente trazidos aos autos, bem como a produção probatória essencial à comprovação de uma pretensão formulada, estão muito distantes daquilo que se poderia chamar singelo.

<sup>34</sup> O texto do artigo 116 da Constituição de 1988 colacionado era o vigente à época da propositura da ação direta de inconstitucionalidade n.1.127-8, antes das alterações efetivadas pela Emenda Constitucional n.24, de 9 de dezembro de 1999, que extinguiu a representação classista nos órgãos jurisdicionais trabalhistas.

<sup>35</sup> Alterações de manifesta inconstitucionalidade por violarem os princípios constitucionais do processo.

<sup>36</sup> Melhor denominação seria magistrados “de carreira”, fazendo expressa referência à prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, com progressão profissional meritória.

Não se deve olvidar que, de acordo com os princípios constitucionais do processo e com o secular requisito de imparcialidade do órgão jurisdicional, não cabe ao Magistrado atuar como um contrapeso em busca da simétrica paridade exigida nos procedimentos realizados em contraditório (GONÇALVES, 2001, p. 102/132).

Passíveis de críticas também as disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 9º da Lei n.9.099/95. Em primeiro lugar, porque magistrado não é parte, nem seu tutor ou curador e, em segundo lugar, porque não existe efetiva participação de assistência judiciária vinculada aos Juizados Especiais. Essa função é delegada à Defensoria Pública, que precariamente atende aos procedimentos criminais, não possuindo condições estruturais e de pessoal para atender às demandas cíveis.

Também não se vislumbra violação ao artigo 116 da Constituição, regulamentador dos órgãos jurisdicionais trabalhistas. A “vitoriosa” possibilidade de postulação direta das partes no procedimento trabalhista, aceita no passado, viola, assim como a postulação direta nos Juizados o faz, os princípios constitucionais do processo.

Ultrapassado o momento histórico em que a “Justiça do Trabalho” fora um órgão vinculado à estrutura administrativa do Estado, bem como a fase da arcaica representação classista na jurisdição trabalhista, levando consigo resquícios de um Estado Social incompatíveis com o atual paradigma constitucional, inconstitucional é permitir às partes atuarem de maneira direta em procedimentos trabalhistas, em clara violação ao direito ao advogado.

Ainda com relação aos órgãos jurisdicionais trabalhistas, dois argumentos devem ser considerados. O primeiro argumento está no fato de que, desde 1963, quando da edição da Lei n.4.125<sup>37</sup>, em virtude da disposição normativa contida no artigo 68, a indispensabilidade do advogado já era garantida no nível infraconstitucional, o que, por si só, já teria revogado as disposições justralhistas permissivas da postulação direta pelas partes.

O segundo argumento complementa o primeiro, pois, ainda que tal revogação não tivesse ocorrido, com a promulgação da Constituição de 1988, não restam dúvidas

---

<sup>37</sup> Conforme já demonstrado no capítulo anterior, a Lei n.4.125/63 configurou o segundo diploma normativo a regular a advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

de que a ordem constitucional vigente não recepcionou a postulação direta da parte em nenhuma hipótese, incluída a justrabalhista.

Como último argumento, a Associação dos Magistrados Brasileiros alega possível vedação ao acesso à “justiça”<sup>38</sup> e ao direito de petição. Observa-se que, após a Constituição de 1988, instituidora do paradigma jurídico-constitucional vigente e vinculativo, o acesso à jurisdição não pode ser entendido como o metafísico acesso à “ordem jurídica justa”<sup>39</sup> e sim através de implementação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o que garantiria um mínimo aceitável de dignidade ao indivíduo, bem como garantindo irrestrito direito de ação entendido este como o direito constitucional incondicionado de movimentar a jurisdição.

Com relação à possível vedação ao direito de petição, observa-se na verdade uma confusão conceitual e terminológica. Direito de petição, entendido como o direito conferido à pessoa de invocar os órgãos da administração pública, seja formulando uma espécie de reclamação, seja apenas uma manifestação de opinião a eles dirigida<sup>40</sup>, é claramente distinto de capacidade postulatória.

Ressalte-se que esse último argumento, além de insubsistente pelos motivos já afirmados, é manifestamente contraditório e desprovido de lógica, pois, seguindo o raciocínio esposado pela Associação, a exigência de participação do advogado em procedimentos jurisdicionais não abarcados pela “singularidade” dos Juizados ou pela “vitoriosa experiência” justrabalhista, também violaria os incisos XXXIV, alínea *a*, e XXXV do artigo 5º da Constituição.

Por fim, e de maneira um tanto quanto desrespeitosa e maliciosa, a Associação afirma que o dispositivo do artigo 1º, inciso I do Estatuto configura medida cujo objetivo é apenas o de ampliar o mercado de trabalho dos advogados.

O direito, constitucionalmente assegurado, de o cidadão ser auxiliado por profissional tecnicamente habilitado quando da postulação de direitos, garantindo assim

---

<sup>38</sup> Seguindo os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, pode-se afirmar que o termo justiça é polissêmico e carregado de conteúdo axiológico. Desta forma, optamos pela utilização do termo técnico-jurídico “jurisdição”. Entretanto, por estarmos nos referindo aos argumentos formulados pela Associação dos Magistrados Brasileiros usamos a expressão “justiça” nos termos por ela aduzidos. Cf. Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 78; 2005a, p. 40).

<sup>39</sup> A expressão “ordem jurídica justa” é utilizada de maneira freqüente pelos autores oriundos da Escola Paulista de Processo. Cf. Kazuo Watanabe (1988).

<sup>40</sup> Sobre a distinção em comento cf. José Afonso da Silva (2001, p. 445/446).

a participação democrática no procedimento reconstrutivo e discursivo do ordenamento jurídico, não se vincula à possibilidade de maximização de obtenção de renda por parte dos advogados. Vincula-se, sim, ao exercício de direitos fundamentais de maneira processualizada.

Soma-se a isto o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição.

Por expressa previsão constitucional, é responsabilidade da instituição Defensoria Pública, organizada nas três esferas federativas do Estado brasileiro, viabilizar os serviços de assistência jurídica. Esse é o conteúdo da norma do artigo 134 da Constituição, que classifica a Defensoria como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa judicial, em qualquer instância, das pessoas enquadradas na norma fundamental.<sup>41</sup>

Conclui-se assim que o direito fundamental ao advogado também é viabilizado pelas Defensorias<sup>42</sup>, o que afasta toda e qualquer alegação de ampliação de mercado profissional dos advogados.

Observe-se que os argumentos aqui construídos no sentido da constitucionalidade do inciso I do artigo 1º da Lei n.8.916/94 não são destituídos de arrimo na doutrina.

Em parecer relativo à ação direta de inconstitucionalidade n.1.127-8, Paulo Bonavides é expresso em afirmar a inexistência de inconstitucionalidade na disposição do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil que determina a privatividade de postulação aos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido afirma:

Nenhuma inconstitucionalidade vislumbramos na Lei 8.906, de 4.7.94, que, a nosso ver, se compadece com as bases do presente ordenamento jurídico-constitucional do País, porquanto resguarda valores e princípios da Lei Maior e estende, com toda a largueza possível, o manto de sua proteção ao exercício da advocacia, traçando-lhe os limites, em obediência ao sobredito

---

<sup>41</sup> Auxiliares indispensáveis das Defensorias Públicas, deve-se destacar a atuação dos Escritórios-Modelo das Faculdades de Direito, bem como de diversas organizações não-governamentais que prestam serviços de assistência jurídica.

<sup>42</sup> Considerando o paradigma jurídico-constitucional vigente e vinculante, a Defensoria Pública é passível de críticas, pois atua como uma prestação positiva de um Estado Social tutelar de “necessitados”. Isso só é necessário ante a falta de implementação de direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

preceito constitucional do art. 133. E o faz, escudada no espírito que, de último, anima o aperfeiçoamento qualitativo do Estado de Direito.

Efetivamente, o Estado de Direito da última geração assumiu compromissos cada vez mais rigorosos com a observância dos direitos fundamentais, a manutenção das garantias processuais e a remoção do arbítrio; arbítrio este, invariavelmente, de risco fatal para a ordem jurídica toda vez que situações fáticas obstam ao advogado, no calor do debate forense, a livre e desimpedida expressão da palavra postulativa de direitos. Em razão disso, geram-se reações que tomam por excesso aquilo que, em rigor, somente o é de aparência, e ainda que o fora de verdade, teria no próprio Estatuto o corretivo legal do reparo à ofensa irrogada. (BONAVIDES, 2004b, p. 332).

De maneira tecnicamente impecável, Rosemiro Pereira Leal defende a observância do direito fundamental ao advogado, asseverando que:

Assim, por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de PROCESSO, AÇÃO E JURISDIÇÃO, não pode sofrer, no direito brasileiro, restrição, dispensabilidade, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob regime de normas fundamentais que implicam o **controle** da JURISDIÇÃO pelo **ADVOGADO** (art.133 da CR/88) e que somente se faz pela presença indeclinável do advogado na construção dos procedimentos jurisdicionais (litigiosos ou não).

O que se extrai do art. 133 da CR/88 é que, muito mais que o retórico controle do judiciário, há que se restabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o controle da atividade jurisdicional pelo ADVOGADO. (LEAL, 2005a, p. 47/48).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em 06 de outubro de 1994, concedeu liminar, suspendendo parte dos efeitos do inciso I do artigo 1º do Estatuto, possibilitando, assim, a postulação direta da parte nos Juizados Especiais, nas Justiças do Trabalho e de Paz, nos termos dos dispositivos normativos vigentes e aplicáveis.

Complementa a análise do tema a observação das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de n. 1.539-7 e 3.168-6, que objetivaram a impugnação da primeira parte do artigo 9º da Lei n.9.099/95 e do artigo 10 da Lei n.10.259/01, respectivamente.

Esses dispositivos legais, conforme já analisado, instituíram a possibilidade de postulação direta da parte nos Juizados Especiais estaduais e federais. Sinteticamente, a Ordem, por seu Conselho Federal, argumentou que tais dispositivos eram inconstitucionais, por violarem expressamente o artigo 133 da Constituição, bem como as garantias constitucionais do devido processo legal e do direito de defesa previstos

no artigo 5º. Buscava a Ordem garantir o exercício do direito fundamental ao advogado.

Na petição inicial da ação direta n.3.168-6, houve requerimento de suspensão liminar dos efeitos do artigo 10 da Lei n.10.259/01, o que, no entanto, não foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

No plano da dogmática jurídica, as questões em torno da capacidade postulatória direta das partes perante os Juizados Especiais, as Justiças do Trabalho e de Paz estão resolvidas em virtude da extinção das ações diretas de inconstitucionalidade analisadas após as decisões finais do Supremo Tribunal Federal em cada uma delas.

Seguindo uma ordem cronológica dos julgamentos, o Tribunal em comento julgou, por unanimidade, em 24 de abril de 2003, a improcedência da ação n.1.539-7, nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.

2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos.

Ação julgada improcedente.

Apoiando-se nesta decisão, em 17 de maio de 2006, quase doze anos após a distribuição da ação direta de inconstitucionalidade n.1.127-8, o Supremo Tribunal Federal, com relação ao inciso I do artigo 1º do Estatuto, julgou prejudicado o pedido com relação à expressão “Juizados Especiais” em virtude de a decisão anterior tomada nos autos da ação n.1.539-7, e, por maioria de votos, considerou inconstitucional a

expressão “qualquer”, que antecedia a referência feita pelo dispositivo legal aos órgãos jurisdicionais.

Por fim, dentro de uma mesma linha de pensamento, em 08 de junho de 2006, o Tribunal, por maioria de votos, afastou a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei n.10.259/01, fazendo ressalva à exclusão dos procedimentos criminais e ao respeito ao teto de sessenta salários mínimos fixado no artigo 3º do mesmo diploma legal.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, acatando posicionamento desvinculado dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, conferiu capacidade postulatória direta às partes, mitigando o direito fundamental ao advogado e, conseqüentemente, restringindo a participação democrática efetiva na atuação do ordenamento jurídico.

### **CAPÍTULO 3 – EXCEÇÃO E DIREITO DE DEFESA: ORIGENS E AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA**

Neste terceiro capítulo será abordado o tema da defesa de direitos e do princípio constitucional da ampla defesa, cujo estudo e desenvolvimento se faz necessário para a construção e análise do objetivo central deste trabalho: a correlação teórica existente entre o direito ao advogado e a ampla defesa.

Atualmente, não se trabalha mais com a idéia de defesa ampla vinculada à excetividade da ação por parte do réu, e sim com a defesa processualizada de direitos pelo cidadão de maneira ampla, segundo o disposto nas estruturas normativas pertinentes.

Entretanto, este entendimento, para sua correta formulação e exposição, demanda estudo evolutivo do instituto da exceção, desde os primórdios romanos, passando pelo direito de defesa, com referências à condição procedimental civil brasileira, até a análise do princípio constitucional da ampla defesa.

Neste sentido a apresentação deste capítulo.

#### **3.1 – Exceção no direito romano: origem do direito de defesa**

É comum, dentre os historiadores do direito romano, a afirmação de que a atividade jurisdicional romana<sup>43</sup>, melhor definida na expressão procedimento civil, foi dividida em três fases distintas, a saber: período das *legis actiones*, período do *per formulas* e período da *cognitio extra ordinem*.<sup>44</sup>

No período das *legis actiones*, cuja vigência remonta às origens de Roma – no período da Realeza – e vai até os fins da fase republicana, aqueles que necessitassem instaurar procedimentos judiciais deviam utilizar as ações previstas nas “leis”.

O demandante citava (*in ius vocatio*) o demandado para comparecer perante um magistrado e responder à pretensão ajuizada. Assim, o demandado podia adotar duas posturas distintas: (i) reconhecer o pedido do autor, através da confissão, acarretando a condenação e o encerramento do procedimento *in iure*; ou (ii) negar o pedido do autor (*infitari* = negação da dívida reclamada), sendo então delimitados os limites do litígio pelo magistrado, com conseqüente nomeação de um árbitro privado, escolhido pelas partes, a quem seria enviado o procedimento para julgamento do litígio na denominada fase *apud iudicem*.

Perante o árbitro, verificava-se a sustentação oral das razões de cada litigante (*peroratio*), seguida da fase instrutória (já neste momento histórico a distribuição do ônus da prova se assemelhava ao atual, onde cabe a prova do fato a quem o alega) e decisão da causa, acatada pelas partes.

Observa-se que no período das ações das leis, a defesa do demandado estava restrita à negação da pretensão do autor, nos limites do pedido formulado, o que comprometia o exercício da defesa de direitos por parte daquele.

Esta situação foi alterada consideravelmente com o advento do procedimento *per formulas*. Período subsequente às ações da lei, com o qual conviveu durante os últimos três séculos antes da era cristã, até a edição da *lex Julia iudiciorum privatorum* (em 17 a.C.), o procedimento formulário ampliou a possibilidade de atuação defensiva do réu,

---

<sup>43</sup> Excluída a matéria penal.

<sup>44</sup> Não se pretende abordar de maneira detida cada um dos períodos em comento, visto que tal atitude extrapola em muito o objetivo desta pesquisa. Entretanto, por questões didáticas e lógicas, serão sintetizadas as principais características destes períodos, com vistas a possibilitar a análise da exceção. Aos interessados em analisar os períodos do procedimento romano indica-se a leitura das obras de Vittorio Scialoja (1954), João Batista da Silva (2004) e José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (2001).

ao possibilitar a utilização de outras formas de defesa além da negação do pedido do autor.

Também inserido no âmbito do *ordo iudiciorum privatorum*, caracteristicamente partido em duas instâncias (fases), o procedimento formulário também era realizado perante um magistrado e, em seguida, um árbitro.

Na primeira fase, *in iure*, precedida de uma espécie de notificação prévia do réu pelo autor, quando esse afirmava sua intenção de instaurar um procedimento, verificava-se a *in ius vocatio*<sup>45</sup>, sendo possibilitado às partes fazer-se representar por mandatários, o que não ocorria anteriormente.

Em seguida, o autor apresentava sua pretensão formalizada ao magistrado e ao réu, indicando a fórmula a ser observada no caso (*postulatio actionis*). Este momento era muito importante, pois da correta escolha da fórmula dependia o sucesso da demanda. Caso o autor tivesse dúvidas a respeito da situação, podia interrogar o réu diante do magistrado, com vistas a melhor delinear os limites da demanda.

Passada esta fase, dava-se a palavra ao réu para que se defendesse. Poderia confessar (*confessio in iure*) ou apresentar defesa opondo as exceções cabíveis, as *exceptio*.

Encerrando-se a instância *in iure*, o magistrado analisava os pormenores da causa, redigia a fórmula e, em conjunto com as partes, nomeava o *iudex*, que exerceria suas funções seguindo o instrumento formular.

Neste ponto, abstrai-se de outras peculiaridades do procedimento formulário, para análise detida do instituto da *exceptio*, que alargou consideravelmente o campo de atuação defensiva do demandado (ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 147/151).

Consistia a *exceptio* numa cláusula condicional negativa, inserida na estrutura da fórmula<sup>46</sup>, com o objetivo de impedir a procedência da pretensão do autor.

Na definição de José Carlos Moreira Alves:

---

<sup>45</sup> Espécie de citação do procedimento romano, a *in ius vocatio* no período formulário não podia ser realizada mediante excesso e violência como se observava no período das *legis actiones*. Nesse sentido cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (2001, p. 81).

<sup>46</sup> As exceções eram partes acessórias da fórmula. Sobre a estrutura da fórmula cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (2001, p. 90/98).

A *exceptio* (exceção) é parte acessória da fórmula pela qual o réu, invocando direito próprio ou determinada circunstância, paralisa o direito do autor. Por meio dela, portanto, o réu – e a *exceptio* só é concedida a ele – se defende indiretamente: não nega o direito invocado pelo autor, mas alega que não o observou com base em direito próprio ou pela ocorrência de certas circunstâncias. (ALVES, 2003, p. 214).

Em igual sentido temos Ebert Chamoun

A *exceptio* era um meio de defesa que o pretor concedia ao réu, após exame dos fatos (*cognita causa*), para afastar os efeitos iníquos de uma norma do *ius civile* e que consistia na alegação de uma circunstância acessória da pretensão do autor mas diferente dela e destinada a afastá-la ou paralisá-la. O juiz só podia condenar o réu se a circunstância suscitada não fosse verdadeira. A *exceptio* era inserta entre a *intentio* e a *condemnatio* e redigida de modo condicional e negativo. (CHAMOUN, 1951, p. 126).

A *exceptio* configurava real possibilidade de defesa do demandado. Esta afirmação é feita em contraposição à simples possibilidade de negação facultada ao réu no anterior regime das *legis actiones*.

É bem de ver que, ao tempo das ações da lei, o único modo pelo qual o réu dispunha para se defender era a simples negativa (*infitari*), ao passo que, já sob a égide do processo formular, encontrava-se aberta a possibilidade do demandado alegar, por meio da *exceptio*, qualquer circunstância que pretendesse fazer valer em favor de seu direito (*causa exceptione*), defendendo-se positivamente diante da *causa petendi* deduzida pelo autor. (TUCCI; AZEVEDO; 2001, p. 97).

Por isso entende-se ser possível afirmar que a *exceptio* romana representa a origem remota do direito de defesa, entendido aqui como a possibilidade assegurada legalmente ao réu de contrapor-se à pretensão do autor, alegando (sem restrições) o que entender pertinente.<sup>47</sup>

Importa destacar que a *exceptio* possuía força de lei, pois, ou estava inserida previamente no edito anual do magistrado, ou era por ele criada quando da análise e conhecimento da causa na instância *in iure* (TUCCI; AZEVEDO; 2001, p. 97).

---

<sup>47</sup> Veremos à frente que este conceito será alterado.

Como as fórmulas das ações ordinárias, assim também as fórmulas das exceções mais comuns se propunham no edito e estavam escritas na última parte; de maneira que enquanto, como veremos mais adiante, o autor demandava: “conceda-me esta ação”, e a designava diretamente com o dedo sobre o edito, o demandado dizia: “quero que se inclua esta exceção”, indicando-a da mesma maneira. Outras exceções, pelo contrário, se dão caso a caso, quando o pretor chega a reconhecer, com um estudo já da causa (*causa cognita*), que é equitativo concedê-las. São exceções decretais, todas as quais tomam forma ou das leis, ou do que tem força de lei, ou provêm da jurisdição do pretor. (SCIALOJA, 1954, p. 169/170, tradução nossa).<sup>48</sup>

Os estudiosos costumam classificar as exceções do direito romano em *dilatoriae* (dilatórias) ou *peremptoriae* (peremptórias) (PETIT, 1954, 920/921).

As primeiras seriam aquelas que tinham validade por um determinado lapso temporal, protraindo assim o exercício da *actio* para momento futuro, quando já não se verificava mais a eficácia da *exceptio*.<sup>49</sup>

Já as peremptórias seriam aquelas passíveis de alegação a qualquer momento que fosse ajuizada a *actio* (perpétuas), impedindo, assim, o exercício da pretensão.

Retornando à análise do procedimento formulário, após a redação da fórmula e nomeação do árbitro, as partes procediam à *litis contestatio*<sup>50</sup>, que além de delimitar a *res in iudicium deducta*, configurava compromisso de comparecimento na fase *apud iudicem* e ainda a observância ao decidido pelo árbitro.

Em linhas gerais, a fase *apud iudicem* era subdividida em: (i) apresentação das partes ao árbitro juramentado na data aprazada, com exposição dos argumentos desenvolvidos por elas e especificação probatória, lembrando-se de que, se na data marcada uma das partes não comparecesse até o meio-dia, o árbitro declarava vencedor o presente; (ii) produção probatória, com especial relevo para os testemunhos e os documentos, seguida de análise dos resultados obtidos de maneira livre pelo árbitro; e, finalmente, (iii) prolação de sentença (*pronuntiatio*), não motivada, que

<sup>48</sup> Como las fórmulas de las acciones ordinarias, así también las fórmulas de las excepciones más comunes se proponían en el edicto y estaban escritas en la última parte; de manera que mientras, como veremos más adelante, el actor demandaba: “concedáseme esta acción”, y la designaba directamente con el dedo sobre el edicto, el demandado decía: “quiero que se incluya esta excepción”, indicándola de la misma manera. Otras excepciones, en cambio, se dan caso por caso, cuando el pretor llega a reconocer, con un estudio ya de la causa (*causa cognita*), que es equitativo concederlas. Son excepciones decretales, todas las cuales toman sustancia o de las leyes, o de lo que tiene fuerza de ley, o provienen de la jurisdicción del pretor.

<sup>49</sup> Ressalte-se que, caso o autor insista em demandar, mesmo sendo oposta uma exceção dilatária e esta se verificar, ele perde para sempre seu direito pretendido.

<sup>50</sup> Sobre a *litis contestatio* no procedimento *per formulas* cf. TUCCI e AZEVEDO (2001, p. 98/109).

podia julgar procedente ou improcedente a pretensão, bem como reconhecer a impossibilidade de julgamento com conseqüente pronúncia do *non liquet*.

Pode-se afirmar que o período formulário foi aplicado até o início do período imperial romano, sendo inclusive no início desse momento histórico que se verificou sua obrigatoriedade em detrimento das *legis actiones*.

Entretanto, e seguindo um movimento centralizador do poder político na figura do Imperador e de seus delegados, observa-se a premência da unidade da jurisdição, acabando paulatinamente com o ofício dos árbitros e com a instância *apud iudicem*, concentrando-se a atividade jurisdicional no magistrado.

Por força disso, surge o procedimento unitário, não bipartido, denominado *cognitio extra ordinem*, de forte cunho publicístico, antitético à *ordo iudiciorum privatorum*.<sup>51</sup>

Em síntese, a estrutura do procedimento sofreu várias alterações, a começar pelo ato citatório. A *in ius vocatio* que antes era praticado pelo demandante, sem auxílio direto do magistrado, passa a ser substituída por uma espécie de ordem vinculada ao poder público: a *evocacio*. Nesta fase surgiu a citação editalícia para aquele que não fosse encontrado ou desconhecida sua localização (bem parecida com a atual citação por edital). O não comparecimento do demandado não obrigava o magistrado a julgar procedente a pretensão formulada, uma vez que possuía liberdade em analisar a causa.

Iniciado o procedimento, verificada a presença das partes, o magistrado recebia as razões do autor que expunha sua pretensão (*petitio ou persecutio*) desvinculado de formalidades exigidas anteriormente, narrando os fatos pertinentes (*quoad factum*). A essa atividade do autor dava-se o nome de *narratio*.

Em seguida o réu fazia sua defesa (*contradictio*).

Sem as fórmulas, a *exceptio* perde parte de sua distinção do resto da defesa, passando a identificar-se com ela. Percebe-se neste ponto a origem da sinonímia entre defesa e exceção (TUCCI; AZEVEDO; 2001, p. 146).

---

<sup>51</sup> Nas palavras de Tucci e Azevedo “Eliminada a bipartição de instâncias, o novel regime reservado ao processo, pelo inequívoco cunho publicístico que passa a ostentar, apresenta-se como uma verdadeira ruptura com o tradicional sistema do *ordo iudiciorum privatorum*” (2001, p. 140).

No procedimento justiniano, como não existem já fórmulas e a exceção não é senão a oposição que o demandado faz em sua *contradictio* ante o magistrado e no momento da *litis contestatio*, a diferença se desvanece quase de todo.

[...]

Era importante fazer notar que, neste procedimento de cognição do último período, desapareceu a diferença processual mais essencial do período anterior entre exceção e simples defesa; mas permanece ainda o problema de se persistir, não obstante, uma diferença entre mera defesa e exceção. Quanto ao procedimento, permanece algum resíduo dele [problema], no sentido de que certas exceções, como temos dito, têm que ser propostas necessariamente ao iniciar-se a lide; e, a respeito de outras, a regra segue sendo que se proponham também ao começo da lide, ainda que se admitam também mais adiante; enquanto que as defesas podem ser sempre propostas. Mas ainda esta diferença se reduz a muito pouco se se pensa que, na *contradictio*, o demandado tinha que expor suas razões; de maneira que, no fundo também quanto às defesas, havia regras de certo modo análogas às vigentes a respeito das exceções. (SCIALOJA, 1954, p. 388/389, tradução nossa).<sup>52</sup>

Na *contradictio*, o réu deveria aduzir toda a matéria de defesa que julgasse pertinente<sup>53</sup>. Essa obrigatoriedade não era absoluta, pois as exceções peremptórias podiam ser opostas até o momento da sentença, não sendo verificados prejuízos para o réu.

Por outro lado, as exceções (processuais – os romanos não utilizavam esta denominação) relativas à competência e impedimentos do magistrado, à capacidade processual do autor, aos procuradores, aos vícios formais do procedimento deveriam ser aviadas e comprovadas de plano, pois seu reconhecimento gerava a extinção do procedimento antes mesmo da ocorrência da *litis contestatio*.

---

<sup>52</sup> En el procedimiento justiniano, como no existen ya fórmulas y la excepción no es sino la oposición que el demandado hace en su *contradictio* ante el magistrado en el momento de la *litis contestatio*, la diferencia se desvanece casi del todo.

[...]

Era importante hacer notar que, en este procedimiento de cognición del último período, desapareció la diferencia procesal más esencial del período anterior entre excepción y simple defensa; pero queda aún el problema de si persiste no obstante una diferencia entre mera defensa y excepción. En cuanto al procedimiento, queda algún residuo de él, en el sentido de que ciertas excepciones, como hemos dicho, tienen que proponerse necesariamente al iniciarse la litis; y, respecto de otras, la regla sigue siendo que se propongan también al comienzo de la litis, aunque se admitan también más adelante; mientras que las defensas pueden hacerse siempre. Pero aun esta diferencia se reduce a muy poco si se piensa que, en la *contradictio*, el demandado tenía que exponer sus razones; de manera que, en el fondo, también en cuanto a las defensas había reglas en cierto modo análogas a las vigentes respecto de las excepciones.

<sup>53</sup> Quer parecer que aqui teria-se a origem do princípio da eventualidade.

As exceções dilatórias também deveriam ser opostas quando da *contradictio*, mas a prova relativa poderia ser produzida quando da instrução probatória da causa.

Após a *narratio* e a *contradictio*, verificada a *litis contestatio* (neste momento já era entendida apenas como atividade de definição dos limites da lide, ausente a obrigação de comparecer em uma instância arbitral distinta que nem mais existia), o magistrado passava para a fase de instrução probatória, admitidos todos os meios que possibilitassem a formação do convencimento do magistrado, com especial relevância para os documentos, existindo a partir desta fase maior regulamentação da prova testemunhal.

Após este momento procedimental, o magistrado decidia o litígio sentenciando, ato que já representava comando imperativo do Estado, na presença das partes.

Nos períodos anteriores, *legis actiones* e *per formulas*, poucas eram as hipóteses que permitiam a revisão das decisões. No período da *cognitio extra ordinem* esta questão foi modificada em virtude da instituição de meios de impugnação das decisões: *appellatio* (espécie de recurso ordinário) e *supplicatio* (recurso extraordinário).

Os procedimentos jurisdicionais romanos não serão melhor detalhados, uma vez que o discorrido acima basta para dar suporte ao estudo das Exceções.

### **3.2 – O conteúdo jurídico do direito de defesa**

Conforme observado, o direito de defesa do réu possui estrita vinculação com o instituto jurídico da *exceptio* romana. Entretanto, sua atual configuração normativa faz com que a atuação defensiva do demandado seja bem mais abrangente e efetiva, em virtude de uma evolução de conceitos desenvolvidos pela ciência jurídica.

Contudo, as construções teóricas desenvolvidas acerca da Exceção apresentaram, e de certo modo ainda apresentam, claro descompasso com relação àquelas desenvolvidas sobre outros temas relevantes para a ciência do processo, tais como a ação e o processo (COUTURE, 1946, p. 58).

Partindo do momento histórico próximo ao qual se verifica a propalada autonomia do direito processual<sup>54</sup>, observa-se que a exceção, em geral, foi abordada por doutrinadores que se detiveram no estudo da ação, o que acabou gerando uma espécie de paralelismo entre os dois assuntos. Paralelismo esse no sentido de que a cada teoria da ação corresponde uma teoria da exceção (COUTURE, 1946, p. 57/58).<sup>55</sup>

Assim sendo, os defensores da teoria imanentista da ação<sup>56</sup>, formulada e consolidada em meados do século XIX, ao compreenderem-na como algo vinculado genericamente ao direito material (deste fato surgem expressões como “tem ação quem tem direito” ou “a cada direito corresponde uma ação”), no sentido do próprio direito colocado em movimento, definiam a exceção de modo similar, com vinculação ao demandado. Ação e exceção seriam, por assim dizer, uma expressão do próprio direito material, uma face substantiva deste, sendo distintas em função da ligação ao autor e ao réu respectivamente.

Essa idéia de vinculação da ação ao direito material, construída pela teoria imanentista, determina a dissociação das duas teorias seguintes: ação como direito concreto e ação como direito abstrato de agir. Essas teorias, guardadas as diferenças existentes, identificam o direito de ação como um direito autônomo do direito material, ou seja, desvinculado do direito que fundamenta a pretensão.

Prosseguindo na análise do paralelismo apontado pelos teorizadores da ação, constatam-se as construções teóricas da ação como direito concreto. Eduardo J. Couture, discorrendo sobre tais construções, afirma ter direito de ação somente aquelas pessoas cuja pretensão é fundamentada, ou seja, aquelas pessoas que têm razão ao movimentar a máquina judiciária, no sentido de que verificarão a procedência de seus pedidos (COUTURE, 1946, p. 61). Desenvolvida por Adolf Wach, a teoria da ação como direito concreto a concebe como um direito a uma sentença favorável (LEAL, 2004, p. 122/123).

---

<sup>54</sup> Considera-se o momento da autonomia da ciência processual vinculado aos escritos de Oskar Von Bülow em 1868. Neste sentido escrevem Santiago Sentís Melendo (1964, p. XI) e Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 36).

<sup>55</sup> Como será observado no item posterior, quando da análise dos posicionamentos doutrinários, vários autores entendem desta forma.

<sup>56</sup> Também denominada teoria civilista da ação, encontra bases históricas no período das ações da lei do direito romano.

Paralela a esta concepção, é desenvolvida a idéia de exceção como um contradireito. A construção teórica passa por um prévio entendimento do conceito de exceção, que para os concretistas possuiria três sentidos, a saber: amplo, estrito e propriamente dito.

Exceção em sentido amplo significa qualquer meio utilizado pelo demandado para justificar a improcedência do pedido e, conseqüentemente, obter sua absolvição. Em sentido estrito, a exceção é o ato de defesa do demandado que se baseia na contraposição de fatos impeditivos ou extintivos que excluam os efeitos da ação, não constituindo simples negação do fato constitutivo em que se baseia o autor. O conteúdo da exceção em sentido próprio é similar ao da exceção em sentido estrito, com a diferença que a primeira não pode ser reconhecida de ofício<sup>57</sup>.

Para a doutrina concretista, apenas são consideradas exceções aquelas em sentido próprio, que configurariam um contradireito titularizado pelo demandado e oponível à ação.

Comentando os limites da exceção entendida como um contradireito, Eduardo J. Couture afirma:

Em se tratando de um direito de impugnar a ação, os limites da exceção ficam estritamente definidos pela própria extensão da demanda. O réu nada pede além da rejeição da ação. Tampouco pede menos que isso. Os seus limites são os limites da petição, embora orientados em sentido inverso, isto é, no sentido da sua rejeição.

Assim sendo, a exceção, como tal, distingue-se dos demais direitos de impugnação, porque a sua eficácia de anulação é circunscrita, como foi exposto, aos termos da própria ação. (COUTURE, 1946, p. 64).

Em termos concretistas, tem ação quem tem razão, quem tem direito a uma sentença favorável de procedência; e em sentido oposto, tem exceção quem tem razão, quem tem direito a uma sentença favorável, mas neste caso de improcedência.

Teorizada de maneira distinta encontra-se a exceção entendida como direito de oposição, cujo paralelo é o conceito de ação como direito abstrato de agir.

Desenvolvida simultaneamente por dois juristas, Alexander Plósz e Heinrich Degenkolb, a teoria da ação como direito abstrato de agir a concebe como um direito

---

<sup>57</sup> Esta concepção tripartida da exceção será melhor abordada adiante, quando do estudo das posições doutrinárias de Giuseppe Chiovenda.

incondicionado de movimentar os órgãos jurisdicionais, independentemente da existência e reconhecimento do direito material alegado (LEAL, 2004, p. 123).

Da mesma maneira com que os adeptos da teoria abstrata consideram titular do direito de ação aquele que tem ou não razão, ou seja, quem tenha ou não direito que fundamente a pretensão; consideram titular do direito de defesa o demandado que tem ou não um direito oponível ao demandante.

De maneira complementar, Eduardo J. Couture, analisando a exceção como direito de oposição, leciona:

Esta doutrina repele, portanto, a tese do contra-direito, porque o réu sustenta a inexistência do direito alegado pelo autor, mas não reclama ao mesmo tempo para si próprio um direito que lhe seja peculiar. O réu defende a sua liberdade, não o seu direito. Apenas pede que a ação seja repelida, mas nada alega contra o autor. A exceção é, por conseguinte, uma afirmação de liberdade, e não a afirmação de um direito subjetivo. Quem a invoca pretende excluir o direito subjetivo alheio, não impor um direito subjetivo próprio. O seu direito contra o autor constitui um poder genérico de oposição. (COUTURE, 1946, p. 67/68).

Considerando o âmbito deste estudo – os procedimentos jurisdicionais cíveis – da análise das disposições normativas relativas ao direito de defesa do réu, bem como das posições doutrinárias a respeito do tema, que serão abordadas em momento posterior, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da exceção como direito de oposição do réu, desvinculado da existência de um direito substancial que fundamente a defesa.

Esse fato pode ser comprovado pela análise das disposições do Código de Processo Civil brasileiro que traz, sob a rubrica “Da Resposta do Réu”, o direito de defesa do réu passível de exercício através dos instrumentos da contestação, da exceção e da reconvenção. Observe-se que o legislador não utilizou o vocábulo exceção no sentido amplo e genérico de direito de defesa e sim como espécie de defesa instrumental direcionada a impugnar circunstâncias exteriores ao procedimento (LEAL, 2004, p. 271/272).

A contestação é o instrumento de defesa do réu por excelência, cuja amplitude possibilita a arguição de toda a matéria de defesa passível de oposição, ou seja, defesa contra a matéria de processo, contra a matéria de ação e contra a matéria de mérito,

nos termos da construção liebmaniana que influenciou diretamente os responsáveis pela redação do Código (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 282).

A defesa contra a matéria de processo e de ação significa o apontamento de falhas e/ou defeitos estruturais do procedimento, que afetam pressupostos e requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade e procedibilidade<sup>58</sup>.

A defesa contra o mérito objetiva impugnar o pedido do autor, contrapondo-se à pretensão, nos limites do objeto mediato do pedido, podendo ser dividida em: direta, quando se verifica a negação do fato constitutivo alegado, e indireta, quando não há negação e sim oposição de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

No Código de Processo Civil, a expressão exceção é reservada para a defesa instrumental dilatória, que impugna aspectos relativos à competência e à imparcialidade do órgão jurisdicional e de seu exercente. Assim, têm-se as exceções de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição (LEAL, 2004, p. 272).

Por último, inserida dentro da rubrica relativa às respostas do réu, encontra-se a reconvenção, que, ampliando o *thema decidendum* do procedimento de maneira contraposta, configura verdadeiro contra-ataque ao pedido do autor. A reconvenção, em virtude de suas características e objetivos, não pode ser classificada como mera defesa do réu, exatamente pelo fato de ampliar os limites definidos pelo pedido (LEAL, 2004, p. 272/273).

De maneira sintética, pode-se afirmar que o direito de defesa encontra sua fundamentação na impossibilidade de um indivíduo demandado ser condenado em qualquer procedimento jurisdicional, sendo privado de sua liberdade, bens e direitos, sem que lhe seja oportunizado o direito de se defender, impugnando aquilo que lhe é imputado como prática que viola alguma norma jurídica (COUTURE, 1946, p. 75). Esse mesmo direito de defesa, cuja origem remonta à Magna Carta de 1215, como corolário do *due process of law*, é recepcionado pela Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV.

---

<sup>58</sup> Utilizando termos tecnicamente corretos, a defesa contra a matéria de processo e de ação seria denominada defesa procedimental (LEAL, 2004, p. 271).

### **3.2.1 – *Evolução constitucional: do direito de defesa à ampla defesa***

É possível afirmar que todas as constituições brasileiras, desde a Constituição Política do Império, de 1824, à atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, asseguraram, bem como ainda assegura, aos cidadãos o direito de defesa, diferenciando-se entre si pela forma como dito direito foi e é normatizado.

A Constituição de 1824, outorgada em 25 de março do mesmo ano, dentre os incisos do artigo 179, que disciplinava as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos, assegurava o direito de defesa do réu/acusado, afirmando a impossibilidade de prisão sem a formação de culpa por nota, firmada pela autoridade judiciária responsável, informativa das circunstâncias da prisão. A disposição, contida no inciso VIII, ressalvava o exercício desse direito às exceções previstas em lei.

O dispositivo normativo abordado configura a origem, ainda que descaracterizada em virtude da estrita redação do texto, do direito de defesa do réu em matéria criminal, vinculando ao seu exercício a formação de nota de culpa.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, ao assegurar aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país uma declaração de direitos (fundamentais), previa, no artigo 72, parágrafo 16, aos acusados, a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais, desde a formalização da nota de culpa pela autoridade competente.

O direito de defesa do acusado evolui no sentido da garantia de uma defesa plena com os necessários recursos e meios essenciais. Mantém-se na esfera criminal a atuação da garantia, realizável desde a formalização da nota de culpa.

De maneira similar ao que se observava na Constituição de 1891, a Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho do mesmo ano, assegurava aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais ao seu exercício. Tal norma encontrava-se inserida no item 24 do artigo 113, reservado aos direitos e garantias individuais.

Pela primeira vez na ordem constitucional brasileira, foi utilizada a expressão ampla defesa, que permanece até os dias atuais. Nos termos da redação do texto normativo da Constituição de 1934, o direito de ampla defesa continuava reservado ao âmbito criminal, mas inexistia a referência à nota de culpa.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937, seguindo a lógica autocrática e reacionária que orientava sua formulação, ao dispor sobre o direito de defesa no item 11 do artigo 122, regrediu em relação à Constituição anterior, voltando a relacionar as garantias de defesa do acusado à impossibilidade de prisão do cidadão sem culpa formada pela autoridade competente e após respectiva pronúncia, ressalvados o flagrante delito e casos determinados em lei. A Constituição ainda ressalva o caráter contraditório da instrução criminal.

A Constituição de 1937 mantinha a garantia do direito de defesa apenas no âmbito criminal, não fazendo menção à amplitude ou plenitude defensivas, bem como não dispendo acerca dos recursos e meios essenciais à defesa.

Restabelecendo e ampliando as ordens constitucionais de 1891 e 1934 (SILVA, 2001, p. 85), a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 assegurou aos acusados a plenitude de defesa, com os meios e recursos essenciais ao seu exercício ao longo de toda a instrução criminal realizada em contraditório, desde a formação da nota de culpa pela autoridade competente. O direito de defesa do acusado, que se manteve restrito ao âmbito criminal, era previsto no parágrafo 25 do artigo 141 do texto constitucional.

Após o Golpe Militar, em 31 de março de 1964, verificou-se a outorga da Constituição do Brasil de 1967, em 24 de janeiro do mesmo ano, orientada pela temática da segurança nacional. Em seu parágrafo 15 do artigo 150, retomava os termos utilizados na Constituição de 1934, determinando que a lei asseguraria aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. O mesmo dispositivo normativo vedava a existência de foros privilegiados e de tribunais de exceção. A Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969, que configurou verdadeira nova constituição (SILVA, 2001, p. 87), não alterou a redação do texto normativo, apenas renumerando-o e inserindo-o no parágrafo 15 do artigo 153.

Da análise dos textos constitucionais já abordados, observa-se que todos, sem exceção, tematizaram o direito de defesa, guardadas as respectivas diferenças e alcances, vinculado ao âmbito criminal. Essa peculiaridade, observada e trabalhada numa visão extensiva pela doutrina e jurisprudência, só foi alterada pela constituição vigente.

Analisando esta questão, Ada Pellegrini Grinover afirma:

A terceira conclusão que se retira da colocação constitucional das garantias da defesa é de que a Constituição é omissa, ao menos explicitamente, com relação à defesa no processo civil. Por isto é que alguns, como Cláudio Pacheco, acreditam e escrevem que o processo civil não estaria garantido pela constituição no que diz respeito à inviolabilidade do direito de defesa. E, lamentando a lacuna, Cláudio Pacheco entende sonogada a integridade do princípio, que ficaria mutilado, na medida em que a defesa civil estaria relegada aos provimentos da lei ordinária, não se elevando a nível constitucional.

No entanto, também esse enfoque parece, hoje, superado por uma interpretação mais harmônica, mais orgânica, mais completa da constituição, principalmente por intermédio do §4º, do art.153.

[...]

Nesse enfoque, o dispositivo de que tratamos substitui, para o processo civil, as garantias de ampla defesa e de contraditório que vêm expressas para o processo penal, de modo a autorizar que se retirem do sistema constitucional vigente aquelas mesmas garantias, que são explícitas para os processos de índole penal. (GRINOVER, 1984, p. 58/59 e 61).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, ao abordar a temática dos direitos e garantias fundamentais, assegura, expressamente, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estando o dispositivo normativo inserido no inciso LV do artigo 5º.

Observa-se que a constituição vigente não assegurou apenas o direito de defesa do acusado, indo muito além, assegurando às partes, indistintamente autor e réu, a amplitude da defesa de direitos, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional ou administrativo.

O dispositivo constitucional separa o contraditório da ampla defesa, assegurando os meios e recursos a ela inerentes, objetivando assim a ampla defesa de direitos e não apenas a plenitude do direito de defesa do réu/acusado.

### **3.3 – Estudo doutrinário acerca da Exceção.**

No intuito de alcançar os objetivos científicos a que este estudo se propõe, mister analisar as construções doutrinárias erigidas em torno dos conceitos de exceção, direito de defesa e princípio da ampla defesa, abordando tanto os autores estrangeiros, como os estudiosos brasileiros.

Ressalte-se que nesta parte do trabalho apenas serão expostos os pensamentos e posições dos autores sobre o tema, sendo que não serão feitas críticas a eles, o que somente ocorrerá no capítulo seguinte, quando for analisado o princípio da ampla defesa segundo a ótica do direito democrático.

#### **3.3.1 – A Exceção na doutrina estrangeira**

Inicia-se esta incursão analisando os estudos de Giuseppe Chiovenda. Toma-se como base a obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, edição espanhola de 1948, em que o autor italiano analisa profundamente o instituto da exceção.

Começa seu estudo buscando conceituar a exceção como a denominação genérica dada a qualquer atividade de defesa do réu. Alerta para o fato de que, diferentemente da distinção feita no ordenamento jurídico francês entre *défense* (contradição ao mérito) e *exception* (contradição ao rito), a lei italiana, vigente à época de seus escritos, não conferia significado técnico especial à exceção (CHIOVENDA, 1942, p. 343/344).

Objetivando realizar estudo do tema, o autor afirma a existência de três significados para a expressão exceção, cuja construção se dá através da gradual restrição da abrangência, da seguinte maneira: (i) em sentido geral, o significado de

exceção vincula-se a qualquer meio utilizado pelo réu que sirva para justificar a demanda de rejeição, incluídas aí a simples negação e a verificação da regularidade do procedimento; (ii) em sentido estrito, vincula-se à defesa de mérito aviada através da contraposição de fatos impeditivos ou extintivos que excluam os efeitos jurídicos do fato constitutivo alegado pelo autor; e (iii) em sentido próprio, exceção assume o significado de fatos impeditivos e extintivos, alegados pelo réu, em contraposição aos fatos constitutivos, diferenciando-se da concepção anterior ante a impossibilidade de reconhecimento *ex officio* pelo magistrado (CHIOVENDA, 1942, p. 344/345).

Chiovenda restringe sua análise à exceção em sentido próprio, demonstrando que historicamente ela está vinculada a um direito de impugnar a ação do autor.

Conceituando a exceção em sentido próprio afirma:

A exceção em sentido próprio é, pois, um *contradireito* frente à ação, e, precisamente por isto, um direito de impugnação, é dizer, um direito potestativo dirigido à *anulação da ação* [...].

Se diz, ademais, que a exceção é um *contradireito*, no sentido de que é um poder de anulação que se dirige *contra* outro direito, não já no sentido de que o demandado, opondo a exceção, peça algo mais ou coisa distinta da rejeição da demanda. Também quando a exceção tem sua raiz em um direito do demandado (por exemplo, a exceção de retenção), não se dirige a fazer valer este direito, senão exclusivamente a anular a ação; é dizer, permanece dentro dos limites da defesa. (CHIOVENDA, 1942, p. 348/349, tradução nossa).<sup>59</sup>

Nota-se claramente que Chiovenda trabalha com a concepção de exceção como instituto paralelo ao direito de ação. E o faz segundo uma ótica condizente com a idéia de direito de ação como direito potestativo, cunhada por ele mesmo. Desta forma, exceção seria um *contradireito* oponível ao direito de ação do autor.

Continua, reforçando sua opinião, ao afirmar:

A exceção se distingue dos outros direitos de impugnação precisamente porque, como exceção, sua eficácia de anulação está limitada à ação.

<sup>59</sup> La excepción en sentido propio es, pues, un *contraderecho* frente a la acción, y, precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido a *la anulación de la acción* [...].

Se dice, además, que la excepción es un *contraderecho*, en el sentido de que es un poder de anulación que se dirige *contra* otro derecho, no ya en el sentido de que el demandado, oponiendo la excepción, pida algo más o cosa distinta de la desestimación de la demanda. También cuando la excepción tiene su raíz en un derecho del demandado (por ejemplo, la excepción de retención), no se dirige a hacer valer este derecho, sino exclusivamente a anular la acción; es decir, permanece dentro de los límites de la defensa.

[...]

Dir-se-á que qualquer defesa, mesmo a simples negação da ação, constitui um *direito* do demandado. Certamente, no sentido de que o demandado tem direito a defender-se com todos os meios que estão ao seu alcance. (CHIOVENDA, 1942, p. 350/351, tradução nossa)<sup>60</sup>

Ao correlacionar a exceção com o ônus da prova, Chiovenda reconhece a necessidade de o réu provar os fatos impeditivos e/ou extintivos por ele alegados não só no caso de exceção em sentido próprio, como também na exceção em sentido estrito. (CHIOVENDA, 1942, p. 357/358).

Analisa a hipótese de utilização de reconvenção pelo réu. Segundo o autor, fundamentando-se na legislação italiana aplicável, a reconvenção não seria uma forma de exceção, pois é uma ação do réu que objetiva mais que a simples impugnação da ação, configurando verdadeira hipótese de atuação da vontade da lei em seu favor, independentemente da rejeição da demanda do autor. Todavia, ressalta que exceção e reconvenção podem estar baseadas numa mesma circunstância (CHIOVENDA, 1942, p. 358/359).

Chiovenda afirma, também, que a exceção em sentido próprio extingue-se pela renúncia à utilização por parte do réu, ou pela prescrição, cujo prazo é igual ao da prescrição da ação do autor, passível de oposição da exceção. Segundo o autor, as exceções impróprias (exceções em sentido geral e em sentido estrito) são imprescritíveis (CHIOVENDA, 1942, p. 360/361).

Taxionomicamente, o autor em comento, utilizando como base de sua exposição a doutrina italiana, distingue as exceções entre: (i) absolutas (oponíveis a todas as partes processuais) e relativas (oponíveis somente a algumas partes); (ii) peremptórias (anulam definitivamente a ação do autor) e dilatórias (excluem a ação nos termos existentes, possibilitando sua reapresentação em outros termos); (iii) substanciais

---

<sup>60</sup> La excepción se distingue de los otros derechos de impugnación precisamente porque, como excepción, su eficacia de anulación está limitada a la acción.

[...]

Ahora bien: se dirá que cualquier defensa, aun la simple negación de la acción, constituye un *derecho* del demandado. Ciertamente, en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su alcance.

(objetivam impugnar o mérito) e processuais<sup>61</sup> (objetivam impugnar o rito); (iv) simples (exceções em sentido próprio) e reconventionais<sup>62</sup> (reconvenção proposta pelo réu); e (v) classifica em separado a exceção de compensação, que, na visão do autor, não supõe defeito inerente à ação, pois o crédito que a fundamenta é perfeitamente válido, encontrando-se, contudo, mitigado em função de crédito contrário de titularidade do réu (CHIOVENDA, 1942, p. 361-363).

Em harmonia com a doutrina de Chiovenda, encontra-se a lição de Piero Calamandrei. Reafirmando o paralelismo entre ação e exceção, argumenta que:

A ação entendida como atividade dirigida a estimular a jurisdição e a invocar do juiz uma providência jurisdiccional conforme a proposta do reclamante [autor], apresenta também outro caráter empírico, que é o de sua bilateralidade. [...] mas, esta característica *bilateralidade do processo* não é, em substância, mais que uma conseqüência da *bilateralidade da ação*. (CALAMANDREI, 1962, p. 237/238, tradução nossa).<sup>63</sup>

Leciona que a ação, entendida como a atividade dirigida ao juiz, com vistas à solicitação de uma providência, não se vincula estritamente ao autor.

Deste modo a ação, como atividade dirigida a apresentar ao juiz uma proposta de providência, não é somente própria do autor: porque também o demandado, ainda quando se limite a pedir o rechaçamento da demanda contrária, vem, em substância, solicitar do juiz que pronuncie uma sentença de declaração negativa de mera certeza, isto é, uma providência diversa da pedida pelo autor, e favorável em lugar de a este, a ele como demandado. (CALAMANDREI, 1962, p. 239, tradução nossa).<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Chiovenda não concorda com esta classificação, uma vez que só seriam exceções em sentido próprio as substanciais.

<sup>62</sup> Chiovenda também não concorda com esta distinção, pois a reconvenção não seria uma hipótese de exceção e sim uma ação autônoma manejada pelo réu, no sentido já exposto acima.

<sup>63</sup> La acción entendida como actividad dirigida a estimular la jurisdicción y a invocar del juez una providencia jurisdiccional conforme a la propuesta del reclamante, presenta también otro carácter empírico, que es el de su bilateralidad.

[...] pero esta característica *bilateralidad del proceso* no es, en sustancia, más que una consecuencia de la *bilateralidad de la acción*.

<sup>64</sup> De este modo la acción, como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor: porque también el demandado, aun cuando se limite a pedir el rechazamiento de la demanda contraria, viene, en sustancia, a solicitar del juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor, y favorable, en lugar de a éste, a él como demandado.

Calamandrei possui entendimento vinculado à concepção concretista de direito de ação. Neste sentido, como já observado, teria direito de ação aquele que fosse titular do direito substancial invocado: aquele que tivesse razão. Assim, teria exceção o réu que tivesse um contradireito oponível ao autor.

Nestes casos, a instância do demandado constitui, como já se disse da ação, um limite e uma condição à atividade do juiz: e se a ação se concebe, como a pouco se verá, como um direito do autor à exceção, aparece nestes casos como um contradireito do demandado, do exercício do qual depende o rechaçamento da demanda do autor. (CALAMANDREI, 1962, p. 240, tradução nossa).<sup>65</sup>

Enrico Redenti não analisa as exceções de maneira detida e proficiente. Defendendo posição que parece vinculada à teoria imanentista da ação, Redenti afirma que o “[...] nexo genético entre direito primário e ação, sendo também um nexos de objetivo final (tutela do direito), permanece como tal e manifesta mais ou menos seus efeitos também adiante, é dizer, nas possíveis vicissitudes da ação” (REDENTI, 1957, p. 57, tradução nossa)<sup>66</sup>.

Fazendo paralelo entre ação e exceção, o autor argumenta que a exceção seria a atuação protetiva dos direitos titularizados pelo réu.

Algo similar se pode dizer também a respeito das exceções. Também estas se dão em muitos casos em proteção de um direito que as sirva de base. Mas só surge enquanto esse direito seja atacado ou posto em perigo por uma pretensão alheia em antítese com ele. (REDENTI, 1957, p. 57, tradução nossa).<sup>67</sup>

Em sentido diferente das doutrinas até aqui, tem-se o magistério de Francesco Carnelutti, iniciando sua análise a partir de uma diferenciação entre defesa a exceção.

---

<sup>65</sup> En estos casos, la instancia del demandado constituye, como ya se ha dicho de la acción, un límite y una condición a la actividad del juez: y si la acción se concibe, como dentro de poco se verá, como un derecho del actor, la excepción aparece en estos casos como un contraderecho del demandado, del ejercicio de cual depende el rechazamiento de la demanda del actor.

<sup>66</sup> El nexos genético entre derecho primario y acción, siendo también un nexos de objetivo final (tutela del derecho), permanece como tal y manifiesta más o menos sus efectos también en adelante, es decir, en las posibles vicissitudes de la acción.

<sup>67</sup> Algo similar se puede decir también respecto de las excepciones. También estas se dan en muchos casos en protección de un derecho que les sirve de base. Pero sólo surgen en cuanto ese derecho ser atacado o puesto en peligro por una pretensión ajena en antítesis con él.

Defesa do réu seria a atividade vinculada à simples negação do fato constitutivo do direito do autor, bem como da fundamentação jurídica por esse engendrada.<sup>68</sup>

Para a discussão pode bastar com que a contraparte *negue a existência de dita norma ou de dito fato*. Semelhante razão se mantém no campo puramente negativo e recebe o nome de *defesa*. Tenha-se presente que a noção de defesa não é complementar à de pretensão, senão, pelo contrário, à de *razão da pretensão*; quem se defende, mais que discutir a pretensão, dá razão à discussão. (CARNELUTTI, 1944, p. 13/14, tradução nossa).<sup>69</sup>

Afirma, sem entrar em detalhes, que a defesa pode ser de fato ou de direito, ou seja, a atividade defensiva do réu pode basear-se em circunstâncias fáticas ou em aspectos jurídicos, constitutivos do direito de ação (CARNELUTTI, 1944, p. 14).

Lado outro, a exceção seria mais ampla que a mera defesa, manifestando-se através da imposição, por parte do réu, de fatos extintivos, bem como de condições impeditivas ou modificativas da pretensão do autor. Nesta seara, o réu não negaria os fatos e o direito alegados pelo autor diretamente: atuando de maneira distinta, apresentaria razões cujo condão seria impor a desconsideração da pretensão formulada pelo autor (CARNELUTTI, 1944, p. 14).

Carnelutti não se enquadra entre os defensores da teoria do direito de ação concreto, nem entre os defensores da teoria do direito de ação abstrato/autônomo e, manifestando-se sobre a exceção, afirma:

[...] a exceção não se pode considerar nem como um contradireito nem como uma contraprestação: tem tão pouco de direito, material ou processual, como a pretensão; e a sua vez, tem tão pouco de contraprestação, como de pretensão à discussão da pretensão. A exceção não é mais que uma *razão*. Mas é uma razão da discussão, distinta da defesa. A diversidade consiste em que a exceção altera, e a defesa não, a contenda do campo em que se contém a razão da pretensão, ou seja, das normas e dos fatos em que se funda a pretensão. (CARNELUTTI, 1944, p. 14, tradução nossa).<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Carnelutti vincula a defesa à *infittari* (negação) do direito romano do período das ações da lei.

<sup>69</sup> Para la discusión puede bastar con que la contraparte *niegue la existencia de dicha norma o de dicho hecho*. Semejante razón se mantiene en el campo puramente negativo y recibe el nombre de *defensa*. Téngase presente que la noción de defensa no es complementaria de la pretensión, sino, por el contrario, de la de *razón de la presensión*; quien se defiende, más que discutir la pretensión, da razón de la discusión.

<sup>70</sup> [...] la excepción no se puede considerar ni como un contraderecho ni como una contraprestación: tiene tan poco de derecho, material o procesal, como la pretensión; y a su vez, tiene tan poco de

Segundo o autor italiano, a par de um direito, a exceção seria um ônus<sup>71</sup>. Não existiria direito algum à exceção, nem material nem processual, e sim, um poder ordinário da parte coligado ao ônus processual, sendo que a abstenção do exercício da exceção acarretaria a procedência da pretensão do autor (CARNELUTTI, 1944, p. 86).

Deixando um pouco de lado a doutrina italiana, que será retomada ao final deste item, verificamos as construções teóricas oriundas do direito germânico, iniciando por James Goldschmidt.

Em sua obra *Derecho Procesal Civil*, edição espanhola de 1936, Goldschmidt aborda em poucas linhas as questões relativas a um direito de defesa, o qual não analisa explicitamente, quando de sua exposição doutrinária acerca dos atos processuais praticados pelas partes.

Em comentário à Ordenança Processual Civil alemã, comenta:

A ZPO. chama *medios de defensa* [...] às afirmações que se formulam com este fim. Podem consistir em uma simples refutação aos feitos da parte contrária; mas podem ser uma alegação compatível com a verdade dos fundamentos da demanda, ainda que feita com a intenção de privar aos mesmos de sua força jurídica (por ex., a alegação de cumprimento da obrigação). (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 247, tradução nossa).<sup>72</sup>

Como pode ser observado, o autor não faz distinção entre os “meios de defesa”, nos mesmos termos utilizados por Chiovenda.

Assim como a maioria dos autores pesquisados, Goldschmidt faz distinção entre exceções (o autor usa essa expressão) processuais e substanciais. Estas vinculadas à matéria de fundo que é discutida, entendido aqui como mérito, aquelas vinculadas a pressupostos e requisitos de desenvolvimento do processo. Neste sentido a ZPO. traria, sob a rubrica de meios independentes de defesa, as exceções.

---

contraprestación, como de pretensión la discusión de la pretensión. La excepción no es mas que una *razón*. Pero es una razón de la discusión, distinta de la defensa. La diversidad consiste en que la excepción desplaza, y la defensa no, la contienda del campo en que se contiene la razón de la pretensión, o sea de las normas y de los hechos en que se funda la pretensión.

<sup>71</sup> No original, em língua espanhola, *carga de la excepción*.

<sup>72</sup> La ZPO. llama *medios de defensa* [...] a las afirmaciones que se formulan con este fin. Pueden consistir en una simple refutación de los hechos de la parte contraria; pero pueden ser una alegación compatible con la verdad de los fundamentos de la demanda, aunque hecha con la intención de privar a los mismos de su fuerza jurídica (por ej., la alegación del cumplimiento de la obligación).

Também vinculado à análise do ordenamento alemão, tem-se Adolf Schönke, que aborda expressamente um direito de defesa do demandado. Iniciando seu magistério, Schönke expõe o que denomina princípios do procedimento, dentre eles destacando o princípio da audiência.

Chama-se princípio de **audiência** aquele segundo o qual, a cada uma das partes deve dar-se ocasião em juízo para que faça suas manifestações pertinentes. Um procedimento em que só se considera audiência a uma parte, não seria um processo civil. Mas só é preciso que se dê ocasião à parte, e, se não se utiliza, o procedimento segue seu curso. (SCHÖNKE, 1950, p. 46)<sup>73</sup>

O autor alemão analisa o princípio da bilateralidade de audiência<sup>74</sup>. Não analisa um princípio da ampla defesa, o que, aliás, nenhum autor até agora relacionado o fez.

Analisando a atuação das partes no processo, Schönke estuda o direito de defesa do demandado, afirmando:

O demandado pode adotar frente à demanda diferentes atitudes. Sua defesa pode ter simplesmente uma finalidade processual; mas também pode consistir em uma oposição de fundo.

[...]

O conjunto de atos do demandado frente à demanda (e não, portanto, as manifestações jurídicas) são chamadas **objeções**. Se o demandado aporta fatos conciliáveis com a alegação do demandante, se fala de **exceções**. **Exceção em sentido processual** significa toda alegação de fatos do demandado que não é discussão dos fatos do autor. (SCHÖNKE, 1950, p. 180/181)<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Llamase principio de **audiencia** aquel según el cual, a cada una de las partes debe dársele ocasión en el juicio para que haga las manifestaciones pertinentes. Un procedimiento en que sólo se concediera audiencia a una parte, no sería un proceso civil. Pero sólo es preciso que se dé ocasión a la parte, y si no se utiliza, el procedimiento sigue su curso.

<sup>74</sup> A bilateralidade de audiência é considerada como conceito que seria uma espécie de precursor do princípio constitucional do contraditório, que de maneira mais ampla assegura às partes o direito de participação procedimental em regime de simétrica paridade, com vistas à construção democrática do provimento. Cf. Nelson Nery Júnior (2004. p. 169).

<sup>75</sup> El demandado puede adoptar frente a la demanda diferentes actitudes. Su defensa puede tener simplemente una finalidad procesal; pero también puede consistir en una oposición de fondo.

[...]

El conjunto de hechos del demandado frente a la demanda (y no, por lo tanto, a las manifestaciones jurídicas) son llamadas **objeciones**. Si el demandado aporta hechos conciliables con la alegación del demandante, se habla de **excepciones**. **Excepción en sentido procesal** significa toda alegación de hechos del demandado que no es discusión de los hechos del actor.

Utilizando-se da usual distinção entre matéria de mérito e matéria de processo, o autor denomina objeções como o gênero das atitudes defensivas do demandado. Exceção seria a defesa que não nega diretamente os fatos e o direito constitutivo da pretensão do autor. Importante ressaltar que este conceito assemelha-se à categoria da exceção em sentido estrito descrita por Chiovenda.

Distingue, ainda, dentro da espécie exceção, as de sentido processual, cujo objetivo é apontar falhas e vícios na estrutura procedimental. Por último teríamos a defesa como impugnação ao mérito, ou, nas palavras do autor, questão de fundo.

Lecionando em sentido não muito distinto do último doutrinador abordado, temos Leo Rosenberg. Ao apreciar as possíveis condutas do réu ante a demanda ajuizada, ou seja, apreciando o seu direito de defesa, Rosenberg afirma a possibilidade de tomada de duas posturas distintas: 1<sup>a</sup>) o não comparecimento em juízo, ou o comparecimento desacompanhado de qualquer atitude defensiva (revelia); ou 2<sup>a</sup>) colocar-se no mesmo plano da pretensão exercida pelo autor, mas, em sentido contrário (ROSENBERG, 1955, p. 145).

Optando pela segunda hipótese de postura possível:

Regularmente, o demandado se defende *materialmente* contra a demanda; é dizer, “se opõe à pretensão exercida” (§§ 272 b, III, 1; 599, I), contanto que *discute*, em todo ou em parte, as afirmações da demanda e apresenta *exceções* contra a pretensão exercida ou só apresenta estas últimas sem discussão ou com reconhecimento daquelas afirmações [...]. (ROSENBERG, 1955, p. 147, tradução nossa).<sup>76</sup>

Fazendo remissão expressa à ZPO., Rosenberg, assim como Schönke, aborda a questão das objeções e das exceções em sentido estrito. Não se vinculando a uma postura meramente defensiva, o doutrinador afirma que além dessas opções o réu pode tomar postura ativa no procedimento, utilizando-se de meios processuais como a reconvenção ou a propositura da ação declaratória incidental, que devem ser autuados nos termos da legislação processual vigente. (ROSENBERG, 1955, p. 147).

---

<sup>76</sup> Por lo regular, el demandado se defiende *materialmente* contra la demanda; es decir, “se opone a la pretensión ejercida” (§§ 272 b, III, 1; 599, I), en tanto que *discute*, en todo o en parte, las afirmaciones de la demanda y presenta *excepciones* contra la pretensión ejercida o sólo presenta estas últimas sin discusión o con reconocimiento de aquellas afirmaciones [...].

Finalizando esta incursão pela doutrina estrangeira, serão analisados dois autores, Eduardo J. Couture e Elio Fazzalari, cujas construções teóricas avançam e muito em direção a uma concepção mais democrática de defesa de direitos.

O uruguaio Couture, após longa exposição acerca da ação, da exceção e do paralelismo existente entre ambas, posiciona-se favorável à concepção de exceção como um direito abstrato:

Somos também de opinião que a exceção é um direito abstrato e não concreto.

Pelas mesmas razões por que admitimos que a exceção seja um puro direito à jurisdição, que assiste até mesmo os que carecem de um direito substantivo e eficaz que justifique uma sentença julgando procedente a ação, devemos admitir que também dispõem da exceção os que foram chamados a juízo e nele se devem defender.

Para poder opor-se a uma demanda não é preciso ter direito. Também o réu pode agir consciente de sua falta de razão e opor-se a um pedido procedente. (COUTURE, 1946, p. 70).

Entretanto, Couture vai além. Isso em virtude de suas leituras jurídicas terem forte influência constitucionalista, o que faz com que o autor, corretamente, vincule a análise dos institutos da ciência processual à teoria constitucional.

Partindo da construção teórica do direito de ação como um direito de petição<sup>77</sup>, Couture afirma que após a formalização da ação, cabe ao poder público analisar a contenda, levando em consideração não só os argumentos trazidos pela parte autora, mas também, e destinando simétrica importância, os argumentos do réu.

Couture ressalva a inexistência de obrigação, por parte do réu, de apresentação de defesa, existindo, sim, o encargo processual de fazê-lo; o ônus de impugnar a ação formalizada pelo autor, aproximando-se com isto de uma concepção carneluttiana.

Prossegue afirmando que o direito de defesa não é o direito substantivo contido nas peças de defesa e sim o direito processual de defender-se, excepcionando a ação do autor.

Assim encaradas as coisas, entre a liberdade do autor de dirigir-se à autoridade, e a liberdade do réu de defender-se, existe um paralelismo tão

---

<sup>77</sup> No caso brasileiro este conceito deve ser observado com reservas, visto que a Constituição de 1988 faz distinção entre direito de ação e direito de petição, abordando cada um em dispositivos normativos distintos, nos termos do que já foi afirmado no capítulo anterior.

íntimo, que constitui a própria estrutura do processo. O autor aciona; ao fazê-lo, exerce um direito que ninguém lhe contesta, já que logo mais na sentença se saberá se a sua ação é ou não procedente. O réu se defende; ao fazê-lo, exerce um direito que ninguém lhe contesta, já que logo mais na sentença se saberá se sua defesa é ou não fundada. Pela mesma razão por que não se pode repelir de plano a demanda, também não é possível repelir de plano a defesa. (COUTURE, 1946, p. 72)

O autor argumenta que a exigência de bilateralidade no processo sempre existiu, sendo inerente a esse. Todavia, ganha contornos políticos e maior relevância ao ser previsto constitucionalmente, desde a aplicação da *law of the land* da Magna Carta de João Sem Terra de 1215, até o *due process of law* da constituição americana. Seria assim o direito de o demandado, querendo, apresentar suas razões: o exercício mesmo do devido processo legal.

A garantia de ordem estritamente processual acabou por transformar-se, com o andar do tempo, no símbolo da própria garantia jurisdicional. Ter assegurada a defesa em juízo consiste, em última análise, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei. (COUTURE, 1946, p. 74/75)

Encerra afirmando a necessidade de se entender a exceção como poder jurídico, inerente ao réu, de opor-se à pretensão sustentada pelo autor perante os órgãos jurisdicionais.

Completamente distinta das concepções trazidas até este ponto, encontramos a construção fazzalariana em torno da exceção.

Elio Fazzalari já estuda os institutos do direito processual segundo uma concepção participativa dos envolvidos, ressemantizando e adequando aqueles institutos a uma concepção contemporânea mais aceitável.<sup>78</sup>

Ao abordar o tema da ação, o doutrinador supera as concepções até então estabelecidas, não a enquadrando nem como direito concreto, nem como direito

---

<sup>78</sup> A afirmação de que Fazzalari desenvolve estudos contemporâneos de maior aceitabilidade na atual quadra de desenvolvimento da ciência processual se justifica pelo afastamento do vínculo de subordinação jurídica existente na relação jurídica, realizado pelo autor italiano. O conceito de processo como procedimento realizado em contraditório, garantindo-se a necessária dialeticidade entre as partes no discurso processualizado, representa verdadeira quebra de paradigma da ciência do processo, que segundo a abalizada opinião de André Cordeiro Leal (2005) representa o verdadeiro marco inicial dos estudos processuais, afastando-se de Bülow e suas teorias concernentes à atividade jurisdicional.

abstrato/autônomo. Seria a ação uma situação subjetiva composta, no sentido de situações jurídicas das partes (faculdades, poderes e deveres) constituídas por uma cadeia estruturada normativamente de atos jurídicos, exercidos endoprocedimentalmente. Em outros termos, a ação seria o mesmo que procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 113/115 e 511; LEAL, 2004, p. 121 e 241; GONÇALVES, 2001, p. 143/154).

Neste sentido, impossível falar em ação como direito apenas da parte autora.

Por isso, nos nossos dias, ou se emprega o nome de “ação” para significar tal situação subjetiva composta – a única realidade que importa pelo ordenamento e que é parte integrante do processo -, ou é preciso renunciar ao velho e glorioso nome.

Configurada a “ação” como a seqüência das posições processuais que cabem à parte, ao longo do curso do processo, não é, pois, consentido considerar que tenha “ação” somente a parte que promove o processo (assim, no processo civil, o autor): também tal limitação, afirmada ainda hoje, é conseqüência da originária união entre direito subjetivo e ação, pela qual tem ação quem é (ou se afirma) titular de um direito lesado. A verdade é invés, que tem ação própria qualquer outra parte (como, ainda no processo civil, o réu, o interveniente): de fato cada parte tem uma série de poderes, faculdades, deveres, assinalados exatamente para realizar, como uma série de atos, a sua participação no processo, ou seja, o contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 505)

Desta forma, o autor italiano constrói sua teoria suplantando uma visão arcaica<sup>79</sup> e já superada, tanto de uma prevalência do autor no procedimento (o que não existe por força do princípio constitucional da isonomia), quanto de um possível paralelismo entre ação e exceção.

A título de corolário, vai acrescentando que não é correto indicar como “ativa” a legitimação do autor e como “passiva” a do réu: tal linguagem, obviamente ligada à superada configuração da ação como “direito potestativo” endereçada contra o réu (que deveria a ela submeter-se), não se dá conta que a legitimação para agir, como habilitação a cumprir atividades processuais, não pode ser senão “ativa”, qualquer que seja a parte a que se refira. (FAZZALARI, 2006, p. 507)

Nesta ótica, a expressão exceção não poderia mais ser utilizada como sinônimo de direito de defesa ou de possíveis defesas do réu. Autor e réu possuem legitimação

---

<sup>79</sup> O arcaísmo está relacionado à incompatibilidade com disposições normativas democraticamente construídas.

ativa para defender seus direitos de acordo com a estrutura normativa do procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 508).

### **3.3.2 – A Exceção na doutrina brasileira**

Assim como ocorre na doutrina estrangeira, os estudiosos brasileiros da ciência processual também teceram suas considerações acerca da exceção, do direito de defesa e, ainda, sobre o princípio constitucional da ampla defesa.

Inicia-se a análise pelos estudos do professor catedrático da Universidade de São Paulo, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho. Partindo da premissa de paralelismo existente entre ação e exceção, o professor paulista vincula-se a uma concepção autônoma e abstrata do direito de defesa.

Realmente, a posição do réu é independente, gozando êle das mesmas prerrogativas e faculdades que a lei confere ao autor, quer a ação dêste seja fundada, ou não.

Não importa o fato de o réu não ter razão. Em qualquer caso, não se lhe recusa o direito de defesa.

[...]

Em suma, o direito de defesa – semelhante ao direito de ação – é um *direito abstrato* e não um direito concreto, porque não é essencial que o réu tenha efetivamente um contradireito capaz de extinguir o direito do autor. (REZENDE FILHO, 1968, p. 115/116)

As análises do autor, vinculadas à legislação infraconstitucional, foram orientadas pelas disposições do Código de Processo Civil de 1939, reconhecendo ao réu duas modalidades de defesa: a exceção e a contestação.

A exceção seria uma espécie de defesa indireta, de caráter formal, cujo objetivo era dilatar ou excluir o processo. Seria uma defesa contra o processo, com efeitos dilatórios ou peremptórios (REZENDE FILHO, 1968, p. 116).

Já a contestação, segunda modalidade de defesa do réu abordada pelo autor, seria uma espécie de defesa direta, que combatia os fatos e fundamentos jurídicos que baseavam a pretensão do autor. Uma defesa de mérito.

A seu turno, José Frederico Marques aborda o direito de defesa com certa profundidade, tendo inclusive a preocupação de conceituá-lo, o que faz nos seguintes termos:

*Defesa* é o direito que tem o réu de opor-se ao pedido de tutela jurisdicional do autor, no processo para esse fim instaurado.

[...]

Tal como a *ação*, a defesa tem os caracteres de direito processual subjetivo, instrumental, autônomo e abstrato. Seu destinatário é o órgão jurisdicional do Estado, e, no curso do processo, seu titular o exerce, praticando atos processuais. (MARQUES, 1976, p. 166).

Desse conceito pode-se concluir que o doutrinador trabalha a concepção de paralelismo existente entre ação e exceção (prefere, e utiliza em maior ocorrência, a expressão direito de defesa), bem como sua vinculação expressa à teoria autônoma e abstrata, distanciando-se assim de autores como Chiovenda.

Neste sentido afirma:

O direito de defesa, tal como o de ação, é um direito autônomo, pois o réu o pode exercer ainda que não tenha razão para opor-se ao pedido do autor.

[...]

O autor pede ao juiz que reconheça a procedência da pretensão para que o réu a esta se submeta. E o réu, por seu turno, pede ao juiz que não conheça do pedido em que seria deduzida a pretensão, ou que não atenda ao pedido do autor, desatendendo, assim, as exigências deste destinadas a suplantar os interesses dele, réu.

Tenha ou não razão o réu, cabe-lhe a oposição ao autor, exercendo o direito de defesa, uma vez que este é autônomo. (MARQUES, 1976, p. 167/170).

Apoiando-se na doutrina de Eduardo Couture, Frederico Marques faz leitura constitucionalizada do direito de defesa, como corolário do devido processo legal.

De par com o direito de agir do autor, surge o direito de defesa do réu, isto é, o direito processual de defender-se. Pela mesma razão por que cumpre assegurar ao autor as vias judiciárias “é também mister garantir ao demandado os meios de se defender”. Radica-se o direito de defesa no próprio *due process of law*, pois a circunstância de ter alguém assegurada a defesa em juízo consiste, em última análise, “em não ser privado da vida, liberdade, ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei”. (MARQUES, 1966, p. 58/59).

Ressalte-se que o autor não analisa o princípio da ampla defesa (que à época não era individualizado e expresso nos termos da Constituição de 1988, com exceção das disposições relativas aos procedimentos penais), vinculando suas teorizações ao princípio do contraditório (faz remissão à denominação bilateralidade de audiência. Contudo alega preferir utilizar a expressão contraditório por entendê-la tecnicamente mais correta).

Aproximando-se de Carnelutti, afirma que a exceção é um ônus para o réu, que o exerce se quiser. Este ônus seria derivado do exercício do direito de ação pelo autor (MARQUES, 1976, p. 167/168).

Prossegue seus estudos afirmando que a expressão exceção possui dois sentidos, sendo um amplo, identificado com o direito de defesa, e um estrito, espécie do gênero direito de defesa, restrito ao âmbito da defesa indireta. Nessa concepção estrita, o réu não apresentaria contraposição aos fundamentos da pretensão do autor, baseada sua argumentação em fatos e fundamentos jurídicos que inviabilizassem o exercício da pretensão (MARQUES, 1976, p. 171).

Assim como Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos não aborda a ampla defesa no procedimento cível, reconhecendo no princípio do contraditório a inerente bilateralidade do processo.

Inicia sua exposição argumentando que em todo processo existem duas partes: a que demanda (autor) e a que é demandada (réu). Ao réu, conferindo-lhe a possibilidade de se contrapor ao autor, é assegurado o direito de defesa ou de exceção (SANTOS, 1968, p. 144).

Reconhece o paralelismo existente entre ação e exceção:

O direito de ação sugere o direito de defesa. Ao ataque, a resistência.  
Ambos se identificam como direito à prestação jurisdicional do Estado.  
Direitos da mesma natureza. Como a ação, o direito de defesa é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato. (SANTOS, 1968, p. 144/145)

Continua o desenvolvimento do tema, dispondo que o réu pode fazer dois tipos de defesa: contra o processo e contra o mérito (SANTOS, 1968, p. 146).

Ao utilizar a defesa contra o processo, o réu objetiva trancá-lo, obstaculizá-lo, impedindo assim seu correto desenvolvimento. Subdivide a defesa contra o processo

em direta (voltada contra os pressupostos e requisitos de validade e desenvolvimento do processo) e indireta (busca de fatos exteriores que impossibilitem o seguimento da ação) (SANTOS, 1968, p. 146).

Já a defesa contra o mérito é dirigida contra a pretensão formulada pelo autor, questionando os fundamentos desta. Também é subdividida em direta (contradição ao pedido e suas razões) e indireta (a posição de fatos impeditivos e extintivos) (SANTOS, 1968, p. 147).

Segundo o autor, verifica-se a existência de controvérsia terminológica e doutrinária em torno do vocábulo exceção, que é utilizado pela processualística em três acepções. A primeira acepção, denominada ampla, dispõe que exceção é sinônimo de defesa, abarcando qualquer modalidade de defesa do réu. A segunda acepção, menos ampla, vincula-se à defesa indireta de mérito, também chamada de objeção. Por último a terceira, denominada estrita, refere-se à defesa indireta de mérito que impede os efeitos da ação sem, contudo, negar o fato jurídico constitutivo da pretensão do autor (SANTOS, 1968, p. 148).

Finaliza sua exposição criticando o Código de Processo Civil de 1939, que utiliza a denominação exceção para algumas hipóteses específicas de defesa, denominando as outras de contestação. Segundo o autor, faltou precisão técnica do legislador ao redigir as disposições legais, que acabavam por contribuir para aumentar a confusão terminológica (SANTOS, 1968, p. 149).

José Eduardo Carreira Alvim, em sua obra Teoria Geral do Processo, não aborda o princípio da ampla defesa, dispondo, em poucas linhas, a respeito do contraditório que, na concepção do autor, pode ser entendido como bilateralidade de audiência, passível de mitigação e postergação no procedimento cautelar, nas antecipações de tutela e nas concessões de tutela específica (ALVIM, 2003, p. 221).

Sobre a temática da exceção afirma:

*Exceção*, em sentido amplo, é sinônimo de defesa. Por isso se afirma que ao direito de ação corresponde o direito de exceção. Qualquer resistência oposta pelo réu, no processo, é uma exceção *lato sensu*, ou seja, comporta-se no âmbito da exceção.

Esta expressão, *exceptio*, vem do direito romano; chegou até os nossos dias e manteve-se nos modernos ordenamentos jurídicos com o mesmo significado. (ALVIM, 2003, p. 179)

Em termos carneluttianos, Carreira Alvim identifica a defesa como um ônus imposto ao réu, que uma vez decidindo por desencumbir-se do mesmo, pode formular defesa contra o mérito e/ou contra o processo. Optando por defender-se contra o processo, o réu utiliza as exceções processuais, denominação doutrinária, que podem ser dilatórias – cujo objetivo, segundo o autor, é procrastinar o processo – ou peremptórias, que têm a capacidade de trancar o processo, extinguindo-o prematuramente (ALVIM, 2003, p. 179).

Tendo como base de estudo o volume I do Curso de Direito Processual Civil, podemos afirmar que Humberto Theodoro Júnior não aborda o princípio constitucional da ampla defesa, ou, pelo menos, não o faz de maneira pontual e dissociada do contraditório e do devido processo legal.

O doutrinador mineiro considera o *due process of law* um superprincípio constitucional, que coordena e delimita a incidência de todos os demais princípios aplicáveis aos processos e procedimentos, possibilitando a proporcionalidade e razoabilidade prementes do direito processual atual (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 23).

Ao abordar o princípio do contraditório, o conceitua como a necessidade de serem ouvidas as partes perante as quais será proferida a decisão judicial (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 24), sendo esta construção teórica bem aproximada do conceito de mera bilateralidade de audiência.

Em comentário veiculado em nota de pé-de-página<sup>80</sup>, o autor leciona que a garantia fundamental do contraditório está prevista na norma do inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988. Esse fato, somado à ausência de abordagem individualizada da ampla defesa, nos faz concluir que o autor considera contraditório e ampla defesa um só instituto jurídico.

Esta também é a conclusão de Gil Ferreira de Mesquita que, comentando as lições do doutrinador em análise, afirma:

Devemos observar que Theodoro Júnior, embora esteja tratando do princípio do contraditório, indica várias situações em que tanto o princípio em foco de sua explanação quanto o princípio da ampla defesa devem ser

---

<sup>80</sup> Nota número 34 (THEODORO JÚNIOR, 2001, p.24).

respeitados, numa clara demonstração de que os entende como expressões indicando o mesmo fenômeno. Se não for este seu pensamento, faltou-lhe cuidado na apresentação do tema, *data venia*. Aliás, ao arrolar os princípios informativos do processo civil, não indica a ampla defesa, mas, somente o contraditório. (MESQUITA, 2003, p. 152).

Considerando o caráter didático da obra analisada, constata-se a abordagem de um direito de defesa do réu, paralelo ao direito de ação do autor, autônomo e abstrato.

O direito de resposta do réu é, por isso, paralelo ou simétrico ao de ação. E é, igualmente, um direito público subjetivo voltado contra o Estado. Autor e réu são tratados pelo Estado-juiz em condições de plena igualdade, pois ambos têm direito ao processo e à conseqüente prestação jurisdicional que há de pôr fim ao litígio.

[...]

Como há um direito abstrato de ação, há também um direito abstrato de defesa. Vale dizer: o exercício da defesa não está condicionado à existência efetiva do direito subjetivo que o réu invoca para justificar sua resistência à pretensão do autor. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 60).

Analisa, ainda, sob a ótica do Código de Processo Civil vigente, as hipóteses de defesa do réu, fazendo menção à exceção, como defesa processual indireta, não mencionando o significado amplo de direito de defesa (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 60 e 329/348).

Magistério parecido com o de Humberto Theodoro Júnior é ministrado por Nelson Nery Júnior. Em obra que analisa os princípios do processo civil na Constituição de 1988, o autor paulista não aborda o princípio da ampla defesa individualmente, analisando o princípio do contraditório numa perspectiva que o engloba.

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 170).

E continua:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e

defesas, de realizar as provas que requererem para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 172).

Observa-se que o autor, no trecho acima colacionado, vincula a argumentação das partes (dedução de pretensões e defesas) e a produção probatória ao contraditório e não à ampla defesa, fazendo uma leitura sincrética da norma constitucional pertinente.

Em sentido complementar, manifesta expressamente que no processo civil o princípio do contraditório deve ser interpretado como bilateralidade de audiência, ante a inexistência de obrigação, por parte do réu, em exercer seu direito de defesa nos termos legais (NERY JÚNIOR, 2004, p. 174).

Continua sua incursão analisando hipóteses casuísticas de mitigação do princípio do contraditório, como antecipação de tutela sem a oitiva prévia do réu (*inaudita altera pars*), julgamento antecipado da lide, inquéritos policiais e civis, entre outros, numa abordagem permissiva dessa mitigação (NERY JÚNIOR, 2004, p. 174/182 e 185/188).

Conforme já afirmado, da análise do autor em comento, bem como daquele abordado anteriormente, Humberto Theodoro Júnior, é possível concluir que ambos não distinguem os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Neste ponto da exposição, faz-se necessário um corte epistemológico. Os autores até aqui citados, doutrinadores estrangeiros e brasileiros, abordaram os temas da exceção, do direito de defesa e do princípio constitucional do contraditório (este numa visão ampla). Contudo não é realizada a análise detida e específica do princípio constitucional da ampla defesa.

De maneira diferente, os seis autores que se seguem desenvolveram estudos específicos da ampla defesa, cuja amplitude e profundidade variam caso a caso.

Vicente Greco Filho, em obra específica de direito processual civil, ao analisar os princípios do processo, partindo da divisão entre processo civil e processo penal, afirma que a ampla defesa é o princípio mais importante do processo penal, visto que assegura ao réu/acusado o direito inalienável de contraditar e opor-se à acusação.

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar.

Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a defesa, como já se disse. Ampla defesa, porém, não significa oportunidades ou prazos ilimitados. (GRECO FILHO, 1998, p. 56).

Avança e afirma a obrigatoriedade de participação de advogado para assegurar a produção de uma defesa técnica em favor do réu:

Para que o exercício da defesa, porém, seja criterioso e amplo, é essencial a presença da chamada “defesa técnica”, que deve ser efetivada por advogado. Além do que o próprio réu, pessoalmente, possa trazer a seu favor, deve ele, ainda que não queira, ser acompanhado de advogado, o qual deve ser intimado de todos os atos processuais. (GRECO FILHO, 1998, p. 58).

Todavia, ao abordar o processo civil, seara de desenvolvimento desta pesquisa, Greco Filho não reconhece a aplicação do princípio da ampla defesa, sob o argumento que inexistente a obrigatoriedade de defesa, sendo esta facultativa ao réu (GRECO FILHO, 1998, p. 63).

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni inicia sua abordagem sobre o direito de defesa afirmando que este constitui um contraponto ao direito de ação, reconhecendo, ainda que de maneira velada, a existência de um paralelismo entre ação e exceção. Nesse sentido, afasta a concepção concretista dos direitos de ação e de defesa, face à inexistência de uma vinculação de um possível direito das partes a uma sentença favorável (MARINONI, 2006, p. 307/308).

Analisando o conteúdo do direito de defesa aduz que:

[...] do direito de defesa decorre o direito ao procedimento adequado – no sentido de procedimento capaz de permitir a efetiva negação da tutela do direito –, o direito à adequada impugnação da antecipação da tutela – isto é, o direito ao recurso tempestivo – e o direito a não ter a sua esfera jurídica invadida mediante a utilização de meio executivo que não configure a “menor restrição possível”. (MARINONI, 2006, p. 308).

Voltando suas atenções para a Constituição, Luiz Guilherme Marinoni analisa a ampla defesa como um direito do réu de se opor à pretensão do autor de tutela do

direito, bem como um direito de afastar a utilização de meios executivos inadequados ou excessivamente gravosos (MARINONI, 2006, p. 312).

Ao verificar a disposição normativa contida no inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988, busca expressar a diferença existente entre contraditório e ampla defesa, afirmando que aquele é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação assegurado às partes. Mantendo uma leitura da ampla defesa como direito do réu, critica o texto constitucional por vincular a recursividade à defesa, manifestando-se no sentido de que ao autor também é assegurada a possibilidade de interposição de recursos (MARINONI, 2006, p. 313 e 314). Após essas análises, desvia sua atenção para as disposições relativas à defesa no Código de Processo Civil.

Em seqüência, analisa-se o estudo de Celso Ribeiro Bastos acerca da ampla defesa. Comentando o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988, o constitucionalista afirma:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades em um primeiro momento. Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. (BASTOS; MARTINS; 1988-1989, p. 266).

Considerando as peculiaridades das posições do autor e do réu, afirma a necessidade de asseguramento de medidas que objetivem o equilíbrio da relação processual, sendo que a ampla defesa objetiva restaurar uma situação de igualdade entre as partes (BASTOS; MARTINS; 1988-1989, p. 267).

Apesar de não ser explícito, o autor faz uma leitura mais inclinada para o processo penal, o que pode ser aferido até mesmo pela denominação utilizada “acusado”. Soma-se a este fato a observação de que o autor vincula a ampla defesa apenas ao réu (MESQUITA, 2003, p. 154).

Ao abordar as relações existentes entre contraditório e ampla defesa, comenta:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia 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-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa da feita pelo autor. (BASTOS; MARTINS; 1988-1989, p. 267).

Em curto trecho do segundo volume de suas Instituições de Direito Processual Civil, Cândido Rangel Dinamarco manifesta-se acerca do princípio da ampla defesa, fazendo-o nos seguintes termos:

As faculdades e poderes dos litigantes no processo, que lhes permitem realizar atos de seu interesse e segundo sua vontade desde o início até o fim do procedimento, enfeixam-se em duas categorias jurídicas reciprocamente contrapostas, conceituadas como *ação* e *defesa* (direito de ação e direito de defesa). Ao consignar a garantia da *ampla defesa*, a Constituição Federal assegura a ambas as partes de todo processo a possibilidade de sustentar suas razões e formular demandas ao longo do procedimento, segundo a lei, sem restrições que não sejam aquelas decorrentes da própria lei processual (art. 5º, inc. LV). (DINAMARCO, 2005, p. 292/293).

O doutrinador paulista assevera que a garantia constitucional da ampla defesa é assegurada a ambas as partes, e não só ao réu, com o escopo (para utilizar uma expressão corriqueira nas obras do autor) de viabilizar àquelas a possibilidade de sustentar razões e formular demandas (vinculação aos meios de defesa expressos no normativo constitucional).

Infelizmente, não aduz outros comentários ou conclusões sobre o tema, prosseguindo sua lição em direção à análise da dicotomia entre direito de ação e direito de defesa.

A seu turno, José Cretella Neto, em sua obra Fundamentos Principiológicos do Processo Civil, realiza amplo estudo dos princípios jurídicos, constitucionais e infraconstitucionais, analisando-os detidamente, buscando distinguí-los e conceituá-los. Para este estudo importa as considerações feitas em torno do princípio da ampla defesa.

Inicia a abordagem do tema afirmando que a ampla defesa é um conceito muito antigo na história da humanidade, já verificável em escritos bíblicos, passando pelas construções teóricas jusnaturalistas, pela normatividade contida na Magna Carta de

1215, chegando às cortes jurisdicionais francesas dos séculos XIX e XX (CRETELLA NETO, 2002, p. 61).

Afirma que, apesar de estar inserida no mesmo dispositivo normativo do contraditório, com ele não se confunde a ampla defesa.

Necessário de *(sic)* faz, no entanto, que os dois princípios, o da *ampla defesa* e o do *contraditório*, por longo tempo confundidos na doutrina, sejam diferenciados, pois um é mais abrangente do que o outro: *a defesa contém a contradição, mas não se reduz somente a ela.*

Em outras palavras, a regra da ampla defesa *abrange* a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado. (CRETELLA NETO, 2002, p. 63).

Verifica-se que o autor teoriza as relações entre contraditório e ampla defesa segundo uma lógica de conteúdo e continente, tendo em vista a maior abrangência daquela.

Continua sua exposição afirmando a imprescindibilidade de cientificação das partes a respeito da existência do processo (devendo o réu ser citado para tanto) e de todos os atos subseqüentes do procedimento. Esta imprescindibilidade seria decorrência lógica do princípio da ampla defesa (CRETELLA NETO, 2002, p. 63).

Contudo, após essas incursões, desvia sua atenção para a análise do instituto da revelia e suas implicações jurídicas, posicionando-se no sentido de sua validade no processo civil, argumentando que a defesa é um ônus e não um dever (CRETELLA NETO, 2002, p. 64).

Mantém-se distante de maiores análises a respeito do conteúdo jurídico do princípio da ampla defesa, tecendo comentários em torno dos atos de cientificação das partes nos procedimentos civis, administrativos, trabalhistas e penais (CRETELLA NETO, 2002, p. 64/68).

Encerra sua exposição vinculando a ampla defesa a uma defesa técnica, exercida por quem tem capacidade postulatória para tanto: os regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Entretanto, admite a facultatividade da ampla defesa e a possibilidade de, em casos excepcionais, as partes exercerem postulação direta (CRETELLA NETO, 2002, p. 68).

O autor não afirma expressamente se a ampla defesa é vinculada às partes processuais indistintamente. O início de seu raciocínio induz o leitor a entender desta forma, mas a conclusão de sua análise, vinculada a uma facultatividade da ampla defesa, nos faz concluir no sentido de que, na opinião do autor, o princípio seria vinculado apenas ao réu.

Finalizando esta exposição acerca das construções doutrinárias pertinentes, analisam-se os estudos de Rui Portanova, jurista gaúcho partidário do cognominado direito alternativo.

Enunciando o princípio da ampla defesa (sinônimo de princípio da defesa plena), o autor afirma que seu conteúdo normativo está vinculado à plena liberdade do cidadão, quando da defesa de seus interesses, alegar fatos e produzir/propor provas (PORTANOVA, 2001, p. 125).

Afirma que:

A defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático. A defesa plena é garantida pela nossa Constituição Federal (inciso LV do art. 5º). (PORTANOVA, 2001, p. 125).

Reconhece que o princípio da ampla defesa possui estrita vinculação com o princípio do contraditório, sendo, todavia, distintos. Aquela seria uma consequência desse.

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade. Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender. Ademais, nada pode limitar o teor das alegações defensivas. (PORTANOVA, 2001, p. 125).

Assim como Cândido Rangel Dinamarco, Rui Portanova não vincula a ampla defesa ao réu, fazendo leitura de princípio como aplicável às partes processuais indistintamente. Às partes que desejarem participar em regime de contraditório, é assegurado o amplo direito de defesa (PORTANOVA, 2001, p. 125).

Reconhece que a doutrina processual aborda a ampla defesa de maneira vinculada ao processo penal. Entretanto, argumenta a favor de uma mudança desta tendência, uma vez que a Constituição de 1988 assegura a aplicabilidade do princípio de maneira ampla, englobando as áreas penal, cível e administrativa (PORTANOVA, 2001, p. 126).

Defendendo suas posições, encerra alegando:

Assim, o princípio da ampla defesa, para atender perfeitamente aos termos constitucionais, mais do que nunca, deve ser cuidadosamente informado pelo princípio da efetividade social do processo. Exige-se interpretação a mais abrangente possível. Não basta o só direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo. (PORTANOVA, 2001, p. 127).

## **CAPÍTULO 4 – AMPLA DEFESA E DIREITO AO ADVOGADO: CORRELAÇÕES TEÓRICAS**

Após a análise dos temas abordados nos capítulos anteriores, entende-se possível o enfrentamento do objetivo específico desta pesquisa, qual seja, a verificação das correlações teóricas existentes entre o princípio constitucional da ampla defesa e o direito fundamental ao advogado.

Busca-se, deste modo, uma compreensão da defesa de direitos exercitada de uma maneira constitucionalmente adequada, sob os auspícios do paradigma jurídico-constitucional vinculante instituído pela Constituição de 1988.

### **4.1 – Processo e Constituição**

É indiscutível, no atual estágio de desenvolvimento dos estudos já realizados, a ligação existente entre a teoria constitucionalista e a ciência jurídica processual. Essa tendência de vinculação entre os campos acima relacionados passou a ter maior relevância após a Segunda Guerra Mundial, momento histórico a partir do qual verificou-se a inserção, nos textos constitucionais, de institutos processuais destinados à garantia de exercício de direitos fundamentais pelos cidadãos e pela sociedade (BARACHO, 1984, p. 3 e ss.).<sup>81</sup>

Após os estudos iniciados por Eduardo J. Couture (1946 e 2003) e, após seu falecimento, desenvolvidos por Héctor Fix-Zamudio (1988), a comunidade jurídica brasileira e mundial verificou o pioneirismo dos estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho, que, objetivando traçar os lineamentos teóricos existentes entre Constituição

---

<sup>81</sup> Antes dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial alguns institutos processuais já estavam previstos em textos constitucionais, servindo de exemplo as disposições pertinentes inseridas na Constituição brasileira de 1934. Contudo, a partir desse momento histórico houve considerável incremento na incidência de normas processuais nas constituições em todo o mundo.

e Processo, buscou sistematizar as análises em torno do tema. Neste sentido comenta o professor mineiro:

A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo. (BARACHO, 1984, p. 122).

Este movimento de constitucionalização do processo difundiu-se pelo mundo, sendo certo que vários autores estrangeiros também passaram a abordar a presente temática, ressaltando sua importância para a garantia do exercício de direitos fundamentais pelos cidadãos. Cabe neste ponto ressaltar a importância da pesquisa desenvolvida pelos doutrinadores italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1990), cujo objetivo é a delimitação de bases jurídicas de um “modelo constitucional do processo” regente dos procedimentos jurisdicionais disciplinados na infraconstitucionalidade. Segundo os autores italianos em comento, tendo como base de estudo as disposições constitucionais italianas acerca do processo, a atividade jurisdicional deve ser desenvolvida de acordo com os ditames do processo, que é regulamentado constitucionalmente numa espécie de modelo conformador da procedimentalidade, com vistas a assegurar a participação democrática naquela atividade.

Atentos a essa realidade, os legisladores brasileiros constituintes, ao promulgarem a Constituição de 1988, instituíram, no plano normativo, a constitucionalização do processo, vinculando de maneira irrestrita a procedimentalidade normatizada infraconstitucionalmente. Isso significa que as normas procedimentais devem estar, formal e materialmente, de acordo com as disposições constitucionais do processo.

Sobre o tema, assim se manifesta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, “constitucional”. (OLIVEIRA, 2001, p. 212).

Quer parecer ser esse o entendimento de Rosemiro Pereira Leal, que, ao comentar a dicotomia realizada pelos doutrinadores entre direito constitucional processual e direito processual constitucional, afirma o seu desserviço, ante o induzimento à possível existência de um direito processual infraconstitucional diverso (ou contrário) das disposições constitucionais relativas ao processo (LEAL, 2004, p.61).

É que, na atualidade, só existe Processo como instituição jurídica constitucionalizada ou como *instituição* criada pelo ordenamento jurídico fundamental das sociedades políticas nacionais ou da supra-nacionalidade (Comunidades). A rigor, norma que não é *fundamental-institucional-processual* não é norma de *direito processual*, mas norma de *direito procedimental*, embora ambas, nas democracias plenas, se façam pela fonte morfológica do Processo Constitucional [...]. (LEAL, 2004, p.61) .

A constitucionalização do processo exige uma releitura da teoria do processo e de seus institutos, abolindo toda e qualquer disposição ou entendimento que não esteja vinculado às premissas democráticas exigidas pelo paradigma jurídico-constitucional vigente.

Dentre as teorias formalizadas acerca do processo, entende-se que apenas a teoria neo-institucionalista, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, está apta a desenvolver a compreensão dos institutos processuais segundo as premissas supra citadas.

Antes da análise do conteúdo jurídico da teoria neo-institucionalista do processo, duas observações vinculadas à sua denominação se fazem necessárias. Em primeiro lugar, importa afirmar a dissociação do neo-institucionalismo com qualquer concepção historicista ou sociológica, como as defendidas por Jaime Guasp em sua teoria institucionalista do processo, formulada em meados do século passado. Afirma-se, assim, a juridicidade do termo instituição (LEAL, 2004, p. 94).

Em segundo lugar, instituição, na terminologia jurídica, significa o agrupamento de institutos e princípios jurídicos que guardam unidade e/ou afinidade de conteúdo (LEAL, 2004, p. 220).

Construída sobre bases de direito democrático reconhecido formalmente no texto constitucional vigente, a teoria neo-institucionalista, também denominada *visão* por seu autor (LEAL, 2004, p. 48), busca definir o processo como a união de princípios e

institutos constitucionalizados de maneira correlata face à afinidade contéudística existente, cujo objetivo é garantir o pleno exercício de direitos fundamentais.

Seguindo esta concepção, o processo constitucionalizado é regente dos procedimentos infraconstitucionais, ou seja, possui a qualidade de instituição que coordena a regulamentação da estrutura técnica de atos jurídicos praticados seqüencialmente, segundo os modelos normativos, desenvolvidos de maneira concatenada, com vistas à obtenção de um provimento final (LEAL, 2004, p. 239).

Ao esboçar uma definição de processo, Rosemiro Pereira Leal aduz:

Na presente etapa histórica, que é a do pós-modernismo, isto é, um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores, falar sobre Processo como instituição jurídica que ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo [...]. (LEAL, 2004, p. 48/49).

Por possuir bases no falibilismo popperiano, a teoria neo-institucionalista pode ser considerada uma proposição científica enunciada formalmente, que objetiva investigar de maneira crítica a construção e o desenvolvimento da ciência processual. Soma-se a isso a irrestrita abertura da teoria às críticas e às inovações necessárias, com vistas a reafirmar sua caracterização democrática.

Comentando a teoria em análise, bem como sua autoria, André Cordeiro Leal afirma:

Rosemiro Pereira Leal, autor que formula e expõe a teoria neo-institucionalista do processo, afastando-se das vertentes institucionalistas sociológicas, articula os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia como principiologia jurídica regente da procedimentalidade democrática como desdobramento jurídico paradigmático do Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2005, p. 111).

A principiologia<sup>82</sup> constitucional institutiva do processo configura, assim, tema de indiscutível relevância para o estudo do processo constitucionalizado e do direito democrático, no plano do exercício de direitos fundamentais por parte do cidadão.

---

<sup>82</sup> Não é objetivo deste estudo analisar a morfologia dos princípios jurídicos, sua conceituação ou mesmo sua normatividade. Não que o tema não seja importante, muito pelo contrário, é fundamental para a viabilização do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito. Todavia, por sua

Neste sentido leciona Rosemiro Pereira Leal:

É atualmente o Processo, por criação constitucional, uma *instituição* jurídica com caracteriologia própria definidos nos *princípios* que lhe são integrantes, quais sejam o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Esses princípios que, por comportarem desdobramentos em sua natureza jurídica com amplo grau de fecundidade, assumem, a nosso ver, a característica de autênticos *institutos*, porque, ao estudá-los, depara-se com vasto painel de implicações teóricas de conotações enciclopédicas. (LEAL, 2004, p. 102).

A análise do texto constitucional vigente demonstra a correção e aplicação destes posicionamentos teóricos, em especial, as disposições constitucionais asseguradoras dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio constitucional do contraditório (GONÇALVES, 2001, p. 102 e ss.; LEAL, 2002, p. 101 e ss.) tem como fundamento a necessidade de se garantir às partes o caráter dialético do processo. Longe de resumir-se à bilateralidade de audiência (NERY JÚNIOR, 2004, p. 169 e ss.) ou ao dizer e contradizer das partes, o contraditório deve ser entendido como a garantia de participação daqueles que irão sofrer os efeitos do provimento encerrador do procedimento, em regime de simétrica paridade.

Esta é a lição de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p. 127).

---

amplitude e complexidade, foge ao restrito âmbito desta pesquisa. Afirma-se, para fins de coerência científica, a normatividade dos princípios, obrigatoriamente inseridos no texto legal, que atuam como referente lógico-jurídico balizador da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Àqueles que se interessarem por um aprofundamento no tema, indicam-se as obras dos seguintes autores: Paulo Bonavides (2006, p. 255 e ss.), Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 167 e ss.), Humberto Ávila (2005), Lúcio Antônio Chamon Júnior (2006, p.43 e ss.) e Ruy Samuel Espíndola (2002). Essas obras, além de fornecerem relevante pesquisa sobre o tema, funcionam como introdução às profundas discussões implementadas por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Klaus Günther e Jürgen Habermas.

Ressalte-se que o princípio do contraditório objetiva assegurar o direito das partes e não de todos os sujeitos processuais. Desta forma, não há que se falar em contraditório assegurador de direitos dos servidores públicos encarregados do exercício e atuação dos órgãos jurisdicionais (magistrados e seus auxiliares), bem como dos servidores públicos encarregados do exercício e atuação dos órgãos do Ministério Público (representantes e seus auxiliares), excetuados os casos em que o *parquet* atua como parte (LEAL, 2002, p. 87).

Ao abordar o princípio do contraditório, Rosemiro Pereira Leal destaca sua essencialidade para a verificação do processo constitucionalizado, configurando o direito-garantia das partes de se manifestarem. Limitado procedimentalmente pelo tempo legal, prazo definido para a prática de um ato, o contraditório viabiliza a dialeticidade necessária entre as partes. Afirma, ainda, que a ausência do contraditório descaracteriza o processo, que perderia, assim, suas bases democráticas (LEAL, 2004, p.103).

O princípio constitucional da isonomia, ao dispor sobre a necessária igualdade entre os cidadãos, tem aplicação direta e imediata no processo, impondo a igualdade temporal oportunizada às partes de maneira indistinta. Assim como contraditório e ampla defesa, a isonomia também é um princípio institutivo do processo.

A igualdade processual não pode ser substituída por uma retórica igualdade substancial/material, que busca de maneira vã um salvacionista tratamento desigual viabilizador de equiparação dos desiguais.

Dissertando sobre o princípio da isonomia, Andréa Alves de Almeida assevera que:

[...] Em matéria processual, a isonomia equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para construção da estrutura procedimental, porque o direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, a disparidade econômica não pode impedir ou dificultar a prática de atos processuais, diferentemente da isonomia substancial ou material, que consiste em tratar os iguais de modo igual e os diferentes de modo diferente a fim de se atingir igualdade de condições econômica. (ALMEIDA, 2005, p. 69/70).

Quer parecer que existe um problema de correta significação do conteúdo de desigualdade e de diferença. A Constituição de 1988, ao assegurar amplo elenco de

direitos fundamentais à qualquer um do povo, independentemente de suas diferenças, o faz de maneira igualitária, possibilitando a todos a exigência, administrativa ou judicialmente, desde que processualmente, do imediato cumprimento destes direitos fundamentais.

Numa sociedade multicultural, marcada pelo traço do pluralismo de idéias e concepções, a diferença, ou distinção entre pessoas, não acarreta nem pode acarretar, desigualdade na fruição de direitos fundamentais, sob pena de expressa violação ao texto constitucional.

A **ISONOMIA** como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social. Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as **garantias constitucionais do processo** e em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. (LEAL, 2005b, p. 80/81).

Em síntese, a isonomia processual consiste na igualdade de tratamento perante a norma processual ou procedimental, com vistas à garantia de igualdade temporal no exercício democrático do contraditório e da ampla defesa.

#### **4.2 – Por uma releitura da ampla defesa com base na teoria neo-institucionalista**

O princípio constitucional da ampla defesa, institutivo do processo de maneira coextensa ao contraditório e à isonomia, interessa sobremaneira ao presente estudo.

A evolução do direito de defesa, bem como sua constitucionalização na ordem jurídica brasileira, já foram analisados em passagens anteriores, constituindo assim suporte jurídico para a necessária análise da ampla defesa prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição vigente, sob a ótica de uma teoria processual vinculada ao exercício de direitos fundamentais previamente assegurados pela ordem constitucional

democrática. Assim, é proposta uma releitura do princípio com base na teoria neo-institucionalista do processo.

A Constituição de 1988, ao dispor sobre a ampla defesa, o que faz de maneira conjunta com o contraditório, exige sua aplicação e observância em processos<sup>83</sup> judiciais e administrativos, resguardados os meios e recursos inerentes a seu exercício. O dispositivo constitucional assegura o princípio aos litigantes e aos acusados<sup>84</sup>.

Ao definir a ampla defesa, Rosemiro Pereira Leal enuncia:

O *princípio da ampla defesa* é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos *limites temporais* do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. (LEAL, 2004, p. 104).

Observa-se a vinculação da ampla defesa à produção probatória e argumentativa das partes, delimitada temporalmente pelos prazos procedimentais previstos legalmente, que devem viabilizar a possibilidade de reflexão livre em torno dos fundamentos jurídicos discutidos.

Seguindo esse posicionamento e realizando esforço enunciativo acerca do tema, afirma-se que o conteúdo jurídico da ampla defesa é o asseguramento (garantia) de otimização da possibilidade da formulação de argumentos, de produção e análise de provas, bem como de interposição de meios impugnativos das decisões verificadas (recursos). É destinada às partes de maneira indistinta, sendo assegurada a ampla defesa de direitos nos limites temporais previstos legalmente.

A par de uma discutível dicotomia entre interesse pessoal da parte e interesse público<sup>85</sup>, Adriane Luísa Vieira Trindade concebe o princípio em comento de forma muito similar, dissertando que:

---

<sup>83</sup> Uma melhor redação do texto constitucional utilizaria a expressão *procedimento*.

<sup>84</sup> De maneira semelhante, uma melhor redação do texto constitucional utilizaria a expressão *qualquer do povo*.

<sup>85</sup> No Estado Democrático de Direito, não haveria espaço para uma dicotomia entre interesse público e interesse privado, uma vez que qualquer um do povo participa ativamente das tomadas de decisão. Soma-se a isso a impossibilidade, contemporaneamente falando, de a administração governativa e seus órgãos serem confundidos com um mítico ente estatal.

A ampla defesa conforme já acentuado encerra tanto um interesse pessoal da parte litigante como um interesse público. O interesse pessoal consiste no direito-garantia assegurado por esse princípio à possibilidade de argumentação irrestrita, bem como plena produção de prova e, ainda, na previsão legal da recursividade da decisão. O interesse público se manifesta diante da consideração de que a ampla defesa constitui requisito indispensável para a legitimidade da prestação jurisdicional. (TRINDADE, 2005, p. 92).

O acatamento deste posicionamento teórico, formulado em bases de direito democrático previsto constitucionalmente, induz uma série de aspectos e conseqüências jurídicos relevantes para a ordem constitucional.

Conforme já afirmado anteriormente, quando da análise da evolução constitucional do direito de defesa e da ampla defesa, atualmente não há mais a vinculação do princípio à defesa nos procedimentos penais, ou seja, inexistente a restrição de aplicação e exercício ao âmbito criminal. A remissão à formulação de nota de culpa já não existe, bem como foi ampliada a abrangência do princípio, que não mais está ligado apenas à figura do acusado. Assim, verifica-se sua aplicação em qualquer tipo de procedimento, seja jurisdicional, administrativo ou legislativo.

De maneira correlata, a ampla defesa é garantida a ambas as partes procedimentais e não mais apenas à figura do réu. Aqueles que vierem a ter suas esferas jurídicas afetadas pela decisão oriunda do procedimento têm o direito de desenvolver argumentos, produzir provas e recorrer de decisões que lhes sejam desfavoráveis, de maneira otimizada ao longo do lapso temporal previsto no ordenamento jurídico. Reafirma-se que o princípio da ampla defesa objetiva resguardar a amplitude de defesa de direitos e não apenas o pleno direito de defesa do demandado.

Entende-se incorreta a afirmação de que o direito de ação é que possibilita à parte autora a defesa de direitos em juízo. Considerado como direito constitucional incondicionado de movimentar os órgãos jurisdicionais, o direito-de-ação é passível de exercício por qualquer um do povo. Da mesma maneira que ao autor é resguardado o direito de exigir do Estado a resolução de um problema que necessite a intervenção jurisdicional, ao réu também é resguardado o mesmo direito. No atual estágio de desenvolvimento da ciência processual e consideradas as disposições legais

pertinentes, a expressão ação significa procedimento e não mais uma espécie de direito ou poder de acionar, instaurador de procedimentos (LEAL, 2004, p. 121, 241 e 242). Por força dos dispositivos constitucionais, é o princípio da ampla defesa que assegura à parte autora a defesa de direitos de maneira ampla.

No Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração a vinculatividade do paradigma jurídico-constitucional eleito, a ampla defesa não possui o objetivo de limitar a atuação do Estado, protegendo a esfera privada do cidadão de possíveis ingerências governativas. Entender o princípio desta maneira é contextualizá-lo no arcaico Estado Liberal, aproximando-o de ultrapassada concepção do devido processo legal. Se fosse possível delinear um objetivo para a ampla defesa, este seria o de assegurar a plenitude da defesa de direitos, tornando eficaz a participação processual na reconstrução e fiscalização democrática do ordenamento jurídico.

Tema complexo e de difícil estudo é a distinção entre o contraditório e a ampla defesa que, apesar de estarem normatizados de maneira conjunta num mesmo dispositivo constitucional, não podem ser confundidos. O princípio do contraditório garante, às partes, o direito de participação na estrutura procedimental, em regime de simétrica paridade (GONÇALVES, 2001, p. 120; LEAL, 2002, p. 103). Esse princípio é caracterizado pela dialeticidade dos interlocutores (partes) que debatem, em igualdade de condições, os aspectos fáticos e jurídicos tematizados procedimentalmente (LEAL, 2004, p. 103).

Em sentido complementar, dada a intrínseca vinculação existente, o princípio da ampla defesa qualifica a eficácia da participação dos interlocutores, garantindo a otimização das atividades argumentativas, probatórias e recursais delimitadas pelo tempo procedimental.

Decorrência lógica do princípio da ampla defesa é a plenitude da cognição procedimental, ou seja, o conhecimento/percepção dos aspectos fáticos e jurídicos que fundamentam os direitos alegados pelas partes e interessados, deve ocorrer de maneira plena, sem restrições.

Necessária a distinção entre sumarização da cognição e sumarização do procedimento. A primeira, ao restringir o âmbito da discussão verificada procedimentalmente, é vedada por acarretar redução do tempo-espço para o exercício

da ampla defesa, configurando patente inconstitucionalidade por violação à principiologia institutiva do processo (LEAL, 2004, p. 259).

Já a sumarização do procedimento, verificada na redução do tempo-espço estruturador do procedimento é permitida, desde que não ocorra supressão das fases procedimentais (postulatória, sanatória, instrutória e decisória), mantendo-se efetivos a ampla defesa e o contraditório (LEAL, 2004, p. 259).

Afirma-se a impossibilidade de mitigação da ampla defesa e do contraditório em favor de uma sumarização da cognição, com restrição da atividade defensiva a determinados aspectos. É paradoxal e impossível de verificação a sumarização de uma cognição que pretende ser exauriente, sendo certo que, ou se verifica a cognição, ampla e exauriente, ou não, pela impossibilidade de existência de uma cognição parcial.

Inconstitucional, ineficaz e sem lógica, chegando a configurar hipótese de exclusão de sentido por ser incongruente, argumentar a favor de uma postergação ou transposição da defesa de direitos para outro procedimento, com vistas a impingir celeridade e eficiência processuais.

Na atualidade, eficiência, efetividade e celeridade processuais são garantidos pelo devido processo constitucional, sob a égide da principiologia institutiva do processo, não podendo ser confundidas com rapidez de atuação dos órgãos jurisdicionais em busca de um melhor custo-benefício jurídico.

Em harmonia com esse entendimento, afirma Andréa Alves de Almeida:

A celeridade processual deve ser compreendida no direito democrático pela legalidade, ou seja, corresponde ao cumprimento da previsão legal e não ao empenho pessoal do juiz. Contudo, na sistemática do código de processo civil brasileiro, os atos do juiz ainda são apenas voluntariosos ou aleatórios, uma vez que não são preclusivos, já que não sofrem sanção automática ou endoprocessual pelo descumprimento do prazo legal.

A ineficiência processual decorre dos privilégios que a lei cria para o juízo e para o poder público. O que, por regência do processo constitucional, já suplica atuação do constituinte para colocar os sujeitos do processo em isonômico tratamento na previsão do tempo da construção procedimental. E a morosidade da atividade jurisdicional decorre da omissão indesculpável de o Estado não contratar funcionários (juizes, auxiliares do judiciário e defensores públicos) suficientes para cumprir o seu dever jurisdicional. (ALMEIDA, 2004, p. 95).

Configura síntese conclusiva a lição de Rosemiro Pereira Leal para quem:

É por isso que, a pretexto da celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o *tempo* da *ampla defesa* que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova. (LEAL, 2004, p. 104).

Reafirma-se, pois, que no Estado Democrático de Direito, verificada a necessidade de atuação procedimentalizada do cidadão quando do exercício de direitos, fundamentais ou não, há de ser observado o princípio constitucional da ampla defesa, institutivo do processo, que assegura a otimização das atividades argumentativas, probatórias ou recursais, inseridas e delimitadas pelo tempo procedimental legislado.

O princípio da *ampla defesa* na teoria neo-institucionalista do processo é que vai permitir defesas não só em face de defeitos procedimentais ou contra o mérito, mas numa concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões e de sua procedimentalidade formal. Ampla defesa é nessa concepção o direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das *decisões*. A teoria neo-institucionalista como *medium* hermenêutico da procedimentalidade realizadora do direito democrático é devolutiva ao *povo*, por habilitações de todos ao *devido processo legal*, da fiscalidade soberana, direta e simultânea, das esferas de produção e aplicação do direito pela plebiscitarização processual (legitimação plenária *ad processum* e *ad causam*) do controle irrestrito e incessante de constitucionalidade. (LEAL, 2002a, p.171).

### **4.3 – Da obrigatoriedade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa de direitos**

Conforme observado, o tema da ampla defesa e seu exercício estão vinculados originalmente à idéia de liberdade, à defesa da liberdade do cidadão no exercício de seus direitos. Todavia, necessária a sua delimitação e forma de seu exercício no Estado Democrático de Direito.

A idéia de liberdade, bem como os conceitos e concepções formulados a respeito do seu significado e exercício, configura temática amplamente investigada pelo ser humano, seja no passado ou no presente, e com certeza o será no futuro. Em torno dessa, vários estudos filosóficos, políticos e jurídicos, dentre outros âmbitos científicos, foram desenvolvidos, em busca quase que incessante por sua teorização.

Extrapolando, e muito, os objetivos da presente pesquisa analisar o vasto campo do conhecimento científico, que se dedica ao tema da liberdade, ainda que fosse determinada a análise restrita às questões jurídicas pertinentes. Entretanto, face à importância que a idéia de liberdade representa para a ampla defesa, apresenta-se sintética exposição sobre o tema.

Em termos filosóficos, tendo como base a obra instrumental de Nicola Abbagnano (1998), verifica-se a existência de três concepções básicas sobre a liberdade: (i) liberdade como autodeterminação ou autocausalidade do homem, (ii) liberdade como necessidade e (iii) liberdade como medida de possibilidade.

Formulada originalmente na Grécia antiga, a concepção de liberdade como autodeterminação do homem afirma a inexistência de condições ou limites externos ao indivíduo livre, originando o entendimento de que possui liberdade aquele que é *causa de si mesmo*. Observa-se que essa concepção é caracterizada por forte cunho individualista e antropocêntrico.

A segunda concepção considera liberdade como necessidade do homem, sendo muito parecida com a anteriormente abordada por também afirmar a autodeterminação do homem, contudo, os filósofos que conceberam a liberdade como necessidade vincularam o exercício da autodeterminação a uma ordem transcendente ao indivíduo. Essa ordem pode ser por exemplo a natureza, o universo, o Estado, dentre outras categorias de acordo com o entendimento dos teorizadores.

Traço comum às duas concepções abordadas é a ausência de limites claros à atuação do homem, sendo seu arbítrio a medida de suas ações.

A terceira concepção da liberdade afirma ser essa a possibilidade do agir humano. De maneira diferente das concepções anteriores, a liberdade como possibilidade é idealizada de forma condicionada e limitada pela liberdade de outro ser

humano, ou seja, a liberdade de escolha dentre possibilidades de uma pessoa encontra limites nas possibilidades de outra pessoa.

Em termos políticos, a idéia de liberdade é dividida em duas concepções: a dos antigos e a dos modernos (BONAVIDES, 2004a; HARTOG, 2002).

Na antiguidade, era considerado livre (tinha liberdade) o homem que estava apto a participar dos processos decisórios coletivos realizados em espaços públicos. Em outros termos, a idéia de liberdade estava vinculada ao exercício coletivo de participação na vida pública.

Já os teóricos da modernidade<sup>86</sup>, objetivando demarcar forte oposição à carga opressora dos estados absolutistas, construíram uma idéia de liberdade civil, individual, garantidora de proteção contra ingerências do Estado. Sendo certo o desenvolvimento do conceito de representatividade política, os modernos não vinculavam o exercício da liberdade à participação direta na vida pública. Baseados nos ideais iluministas, vinculavam a liberdade ao exercício de direitos na esfera privada do indivíduo, sem a indevida interferência estatal.

Ressalte-se que tanto a liberdade dos antigos quanto a dos modernos estavam restritas a alguns setores sociais e classes de indivíduos, não sendo um direito de amplo exercício e gozo. Seria uma espécie de conceito formal de liberdade.

Em termos jurídicos, a concepção de liberdade, ou ainda, o direito de liberdade, varia de acordo com o paradigma jurídico instituído. No Estado Liberal Burguês, verificava-se a exacerbação da liberdade individual, delimitadora de indevidas intervenções estatais. O indivíduo era livre em sua esfera privada. No Estado de Bem Estar Social, a situação era distinta, considerando-se o forte controle social, observava-se a sobreposição de *interesses públicos* à diminuta esfera livre do indivíduo.

No atual Estado Democrático de Direito, paradigma jurídico constitucionalizado que vincula o exercício de direitos, o conceito de liberdade necessita ser ressemantizado, com a conseqüente atribuição de novo significado. O livre exercício de direitos fundamentais deve ocorrer no espaço processualizado, nos termos dispostos pela Constituição de 1988, sendo que a participação democrática na criação, aplicação,

---

<sup>86</sup> O conceito de modernidade, bem como sua delimitação temporal são temas controversos na ciência. Para as finalidades deste estudo deve-se entender a expressão modernidade como o período compreendido aproximadamente entre os séculos XVII e XIX, sob forte influência de ideais iluministas.

reconhecimento e alteração de normas do ordenamento jurídico deve ocorrer sob a regência da principiologia constitucional institutiva do processo (LEAL, 2004, p. 95).

Verifica-se uma reorganização dos conceitos políticos de liberdade dos antigos e dos modernos, assegurada uma liberdade que propicia tanto a possibilidade irrestrita de fiscalização e participação do indivíduo quanto a operacionalidade de um sistema representativo da vontade política.

Essa liberdade no exercício de direitos fundamentais é assegurada pelo princípio constitucional da ampla defesa, com vistas a possibilitar a irrestrita participação e fiscalização eficazes de qualquer um do povo na atuação reconstrutiva do ordenamento jurídico, verificando-se, assim, a amplitude da livre defesa de direitos.

Conforme já afirmado, o princípio da ampla defesa assegura às partes, que debatem procedimentalmente em contraditório, a otimização do desenvolvimento de teses argumentativas, de produção e análise de provas, bem como da interposição de recursos, nos limites do tempo legal. Todavia, para que seja observada a ampla defesa de direitos, faz-se necessária a participação do advogado. Esse profissional, levando-se em consideração seus conhecimentos técnico-jurídicos, viabiliza a atuação defensiva de direitos de maneira ampla, assegurando a observância das disposições constitucionais regentes do processo.

Essa é a razão da previsão constitucional do direito fundamental ao advogado, que, atuando perante os órgãos públicos responsáveis pela função jurisdicional, controla a atividade jurisdicional, atuando de maneira a viabilizar a participação democrática.

Considerando que os sujeitos parciais, de maneira geral<sup>87</sup>, não possuem capacidade postulatória, resta impossibilitado o desenvolvimento de teses argumentativas que fundamentem suas pretensões. Impossibilitada também a produção e análise dos instrumentos probatórios, essenciais à comprovação processual de qualquer alegação, seja ela fática ou jurídica. Pode-se afirmar o mesmo com relação à interposição de recursos, imprescindíveis à impugnação de decisões que lhes sejam desfavoráveis.

---

<sup>87</sup> Esta expressão visa representar os casos menos corriqueiros de partes habilitadas legalmente à postulação em virtude de serem profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como de ausência de profissional que faça a postulação, nos termos da legislação procedimental civil.

Soma-se a isso o fato de que o direito, assim como qualquer ciência, é construído sobre bases teóricas próprias, que exigem conhecimentos específicos que possibilitem o exercício eficaz de direitos.

Esse parece ser o entendimento de Carlos Henrique Soares, que afirma:

É o advogado, nesse paradigma, agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, uma vez que é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da jurisdição, nos procedimentos litigiosos ou não, pouco importando o valor atribuído à causa.

[...]

O advogado é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, seja ele, ordinário, sumário, especial ou extravagante, bem como na realização da prestação jurisdicional. (SOARES, 2004, p. 173/174).

No Estado Democrático de Direito, o ato decisório originado de um procedimento jurisdicional encontra sua legitimidade na participação isonômica dos sujeitos parciais, cujas argumentações e provas devem necessariamente fundamentar a decisão proferida (LEAL, 2002, p. 101 e ss.).

Entretanto, cabe ao advogado, como profissional tecnicamente habilitado e titular da capacidade postulatória perante os órgãos jurisdicionais, formular e apresentar em juízo as pretensões das partes, exercitando a defesa dos seus direitos, contribuindo construtivamente para a formulação da decisão.

Andréa Alves de Almeida, forte nos ensinamentos de José Afonso da Silva, também reconhece a indispensabilidade do advogado, vinculando sua atuação à defesa dos direitos das partes.

A ampla defesa é co-extensiva aos princípios do contraditório e da isonomia, porque se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A defesa (argumentação) irrestrita só se efetiva pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque a defesa apenas poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o direito à liberdade e de acesso à informação não for limitado. O direito à liberdade “[...] consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal [...] e tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade”. A fim de garantir o exercício desses direitos, a CR/88 impõe a indispensabilidade do advogado na atividade jurisdicional (art.133). (ALMEIDA, 2005, p. 71).

Reafirma-se que a razão de ser do direito fundamental ao advogado é a obrigatoriedade de se possibilitar ao cidadão a fiscalização e o controle das atividades desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais (LEAL, 2005a, p. 47/48).

Essa fiscalização e controle da atividade jurisdicional, exercida pelo advogado, em nome do sujeito parcial, é verificada na construção democrática do ato decisório (provimento), realizada conjuntamente com o exercente das funções jurisdicionais (magistrado), com estrita observância das disposições constitucionais processuais.

## CONCLUSÃO

O atual estágio de evolução das pesquisas realizadas no âmbito da ciência processual demonstra claramente a necessidade de que os estudos desenvolvidos acerca do processo sejam fundamentados nos dispositivos constitucionais pertinentes, em especial, na principiologia institutiva do processo consubstanciada na isonomia, no contraditório e na ampla defesa.

Esta contingência é explicada pelo fato de que, no Estado Democrático de Direito, o exercício de direitos fundamentais deve obrigatoriamente ocorrer no espaço processualizado, com vistas à inequívoca garantia de efetiva e eficaz participação democrática de qualquer um do povo.

Fazendo um corte epistemológico voltado para o objeto da presente pesquisa, verifica-se que o legislador constituinte brasileiro, ao promulgar, em 5 de outubro de 1988, a Constituição vigente, ateu-se às circunstâncias em comento e inseriu no texto constitucional, dentre vários outros dispositivos normativos vinculados à temática processual, o princípio da ampla defesa e o direito fundamental ao advogado, nos artigos 5º, inciso LV, e 133.

A ampla defesa de direitos, assegurada isonomicamente a qualquer um do povo, tem como objetivo otimizar (i) as atividades argumentativas desenvolvidas ao longo do discurso processualizado, (ii) a produção e análise crítica dos instrumentos de prova e (iii) a possibilidade de impugnação de decisões pelos meios recursais cabíveis; sendo certa a limitação temporal da atuação defensiva nos termos preclusivos dispostos no ordenamento jurídico.

É com base na constitucionalização da amplitude defensiva assegurada que se conclui pela impossibilidade de sumarização da cognição procedimental, resguardando-se o necessário conhecimento/percepção dos aspectos fáticos e jurídicos que fundamentam os direitos alegados pelas partes e interessados.

A necessidade de observância da celeridade processual não é atingida com a inconstitucional sumarização da cognição e, sim, com a observância, por todos os sujeitos processuais, em especial aqueles servidores públicos responsáveis pelas

atividades jurisdicional e ministerial, dos prazos legais destinados à prática de atos procedimentais, que não possuem característica voluntariosa e sim imperativa-cogente.

Assim, eficiência e efetividade processuais são garantidas pelo devido processo constitucional, sob a égide da principiologia institutiva do processo, não podendo ser confundidas com rapidez de atuação dos órgãos jurisdicionais em busca de um melhor custo-benefício jurídico, o que acarreta violação de disposições constitucionais vigentes.

De maneira coextensa, o direito fundamental ao advogado objetiva, ao impor a absoluta indispensabilidade da presença do exercente da atividade advocatícia nos procedimentos jurisdicionais como irrestrito fiscalizador e controlador da atividade jurisdicional, viabilizar a reconstrução semântica do ordenamento jurídico em bases participativo-democráticas.

Impõe-se a privatividade da capacidade postulatória aos órgãos jurisdicionais na figura do advogado, que, antes de representar medida protetiva de classe ou reserva de mercado profissional, configura garantia constitucional do exercício de direitos fundamentais de maneira processualizada. Relembrando que a expressão advogado não está restrita ao profissional liberal de atuação privada, abarcando os defensores públicos, os advogados de Escritórios-Modelo das Faculdades de Direito e de organizações não-governamentais e os profissionais atuantes nas advocacias públicas.

Após o desenvolvimento do estudo que ora se conclui, observa-se que, da análise das normas constitucionais institutivas do princípio da ampla defesa e do direito fundamental ao advogado, abstrai-se intrínseca afinidade, passível de sintetização na obrigatoriedade de participação do advogado nos procedimentos jurisdicionais, com vistas à consecução do livre e amplo exercício de direitos fundamentais.

Considerando o paradigma jurídico-constitucional vinculante, normatizado nos termos da Constituição de 1988, afirma-se a indispensabilidade da atuação do advogado nos procedimentos jurisdicionais, que, atuando conjuntamente como exercente da atividade jurisdicional, constrói democraticamente, em nome dos sujeitos parciais, que podem ser qualquer um do povo, os provimentos legitimados pela atuação daqueles que terão suas esferas pessoais modificadas/atingidas.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. A independência do advogado. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 26, n.103, p.223-240, jul./set. 2001.

ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual**. vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 81-103.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. vol. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. vol. 1. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade protocolizada sob o n.1.127-8**, de 6 de setembro de 1994. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/Frame.asp?classe=ADI&processo=1127&remonta=2&primeira=1&ct=31>> Acesso em: 21 dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Contraditório e ampla defesa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, São Paulo, vol. 33, n.33, p. 125-128, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BONAVIDES, Paulo. A Liberdade Antiga e a Liberdade Moderna. In: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004a. Cap. V, p. 139-164.

BONAVIDES, Paulo. Associação Brasileira dos Magistrados “versus” Ordem dos Advogados do Brasil – Ação direta de inconstitucionalidade. In: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. Cap. 33, p. 328-335.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930**. Reorganiza a Corte de Apelação e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/hist\\_oab/links\\_internos/ini\\_dec19408.htm](http://www.oab.org.br/hist_oab/links_internos/ini_dec19408.htm)> Acesso em 21 dez. 2006.

BRASIL. **Decreto n. 22.478, de 20 de fevereiro de 1933**. Aprova e manda observar a consolidação dos dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/hist\\_oab/links\\_internos/ini\\_dec22478.htm](http://www.oab.org.br/hist_oab/links_internos/ini_dec22478.htm)> Acesso em 21 dez. 2006.

BRASIL. **Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L4215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4215.htm)> Acesso em 21 dez. 2006.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 473-616.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-125.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1082-1099.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1126-1140.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instalação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1208-1211.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.539-7.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 24 abr. 2003. Disponível em:  
<[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=1539&TIP\\_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=5&NUM\\_MATERIA=39&MATERIA=1&BRS=&TITULO=<BR><span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20236%20-%2005/12/2003%20-%20Ata%20Nr.%2039%20-%20Relação%20de%20Processos%20do%20Plenário</span><BR><BR>](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=1539&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=5&NUM_MATERIA=39&MATERIA=1&BRS=&TITULO=<BR><span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20236%20-%2005/12/2003%20-%20Ata%20Nr.%2039%20-%20Relação%20de%20Processos%20do%20Plenário</span><BR><BR>)> Acesso em 21 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.1.27-8.** Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 17 mai. 2006. Disponível em:  
<[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=1127&TIP\\_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM\\_MATERIA=13&MATERIA=3&BRS=&TITULO=<BR><span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20100%20-](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=1127&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=13&MATERIA=3&BRS=&TITULO=<BR><span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20100%20-)>

%2026/05/2006%20-%20Ata%20Nr.%2013%20-%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS</span><BR><BR>> Acesso em 21 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.168-6**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 08 jun. 2006. Disponível EM: <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=3168&TIP\\_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM\\_MATERIA=15&MATERIA=4&BRS=&TITULO=](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=3168&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=15&MATERIA=4&BRS=&TITULO=)<BR><span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20115%20-%2019/06/2006%20-%20Ata%20Nr.%2015%20-%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS</span><BR><BR>> Acesso em 21 dez. 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**: instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código. vol. I. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 31, n.131, p. 58-82, jan. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. vol. II. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana Argentina, 1944.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, vol. 3, p. 473-486, mai. 1999.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antonio. O Direito mais além da Moral: acerca da tensão interna ao Direito moderno entre faticidade e validade. In: CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 2, p. 43-75.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. vol. I. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **História da OAB**. (s/d). Disponível em: <[http://www.oab.org.br/hist\\_oab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/hist_oab/index_menu.htm)>. Acesso em 21 dez. 2006.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de ética e disciplina da OAB. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1099-1106.

CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. Breve apanhado sobre a história da advocacia em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. LXXIX, p. 39-62, jan./dez. 1984.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

COUTURE, Eduardo J. **Estúdios de derecho procesal civil**. Tomo I. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista Jurídica**, Ano 49, n.285, p. 31-60, jul. 2001.

DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 29, n.116, p.55-66, jul./ago. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005a.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: FIUZA, César (Coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Latinoamérica**: constitución, proceso y derechos humanos. Ciudad del México: Miguel Angel Porrúa, 1988.

GALUPPO, Marcelo Campos. A teoria discursiva do direito e a renovação do conceito de princípios jurídicos. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos: 2002. Cap. 5, p.167-198.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción de la segunda edición alemana y del código procesal civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56-69.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. vol I e II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARTOG, François. Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos: o momento da Revolução Francesa. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O Averso da Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 151-178.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a, p. 39-48.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b, p. 78-86.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 134f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MADEIRA, Hécio Maciel França. **História da advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

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

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NAVARRO; Luiz George; JACOB, Luiz Guilherme de Almeida Ribeiro. A defesa lato sensu no direito processual lusitano. **Leopoldianum – Revista de Estudos e Comunicação da Universidade Católica de Santos**, Ano 30, n.80, p. 105-118, jan./abr. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais sob os paradigmas jurídicos modernos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Cap. 2, p. 47-74.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Advocacia: o direito de recorrer à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 3, n.10, p. 33-46, abr./jun. 1978.

PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro**: da Colônia à República. Campinas: Bookseller, 1997

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducido de la novena edición francesa y aumentado com copiosas notas por Jose Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUEIROZ, O. A. Pereira de. **Dicionário latim – português**. 4. ed. São Paulo: Editora LEP, 1958.

REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Rendín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. vol. II. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROBERT, Henri. **O advogado**. 2. ed. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSAS, Roberto. O advogado na Constituição. In: ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 17, p. 178-189.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tomo II. Traducción de Angela Romera Vera, supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice à efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol.2. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1968.

SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. Traducción española de la quinta edición alemana por Víctor Fairén Guillén. Barcelona: Editorial Bosch, 1950.

SILVA, João Batista da. **Processo romano**: instrumento da eficácia jurisdicional. Belo Horizonte: Líder, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 149-165.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

TAVARES, Fernando Horta. O papel do advogado: a representação processual no direito romano e nos tribunais da inquisição. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n.60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3456>>. Acesso em 10 jan. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TRINDADE, Adriane Luísa Vieira. **O princípio da ampla defesa como direito-garantia na constitucionalidade democrática**: o processo na pós-modernidade. 2005. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

TUCCI, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2001.

VILLELA, José Guilherme. O advogado nos juízos, tribunais e órgãos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, p. 349-360, jan./mar. 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.