



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOSÉ JUSTINO DE OLIVEIRA FILHO

SOBRE O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:
ABSOLUTO OU RELATIVO?

SOUSA - PB
2006

JOSÉ JUSTINO DE OLIVEIRA FILHO

SOBRE O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:
ABSOLUTO OU RELATIVO?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Epifânio Vieira Damasceno.

SOUSA - PB
2006

JOSÉ JUSTINO DE OLIVEIRA FILHO

SOBRE O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA: ABSOLUTO OU RELATIVO?

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: Epifânio Vieira Damasceno
Orientador

Prof.:

Prof.:

Prof.:
SUPLENTE

Sousa-PB
Dezembro-2006

Dedico este trabalho àqueles que mesmo fazendo uso dos seus direitos, são injustiçados pelo poder político-econômico de grupos oligárquicos que se mantêm no poder à frente da sociedade.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por ter me proporcionado disposição, vigor e capacidade para concluir este ideal.

A minha esposa Clara Núbia Cavalcante Reis de Oliveira e as minhas filhas Áquila Nielsen Reis de Oliveira, Priscila Niedja Cavalcante de Oliveira, Thaíse Naila Cavalcante de Oliveira e Sarah Neylle Cavalcante de Oliveira por me incentivarem até a conclusão de meu curso.

A meu orientador Epifânio Vieira Damasceno, pelo desempenho e atenção despendido no desenvolver de todo o trabalho.

A todos, que direta ou indiretamente colaboraram neste empreendimento, como: José Laelson, Josemar Nóbrega dos Santos e Kátia Madalena Dantas dos Santos, Dinácio de Sousa Fernandes, Edson Fernandes da Silva e Edinalva Alexandre da Silva, Ricardo Marinho e Maria José, Adriano Xavier Cavalcanti e Cleidiane Victor da Silva Cavalcanti, Vinicius Emidio Sarmento e Tiago Gadelha Xavier Pamplona, José Walter da Silva Cesarino, e Eudo Marques Dias.

"A resposta depende de se decidir qual dos dois valores é maior: a vida ou a liberdade"

Hans Kelsen

RESUMO

Visa o presente estudo analisar de maneira sintética o Princípio da Ampla Defesa, no âmbito de sua hierarquia e funções. A razão da escolha desse tema partiu de uma preocupação com a sua aplicabilidade, vez que em muitos casos o uso de forma abusiva pode comprometer o real papel do Princípio em pauta. Tomando como base as disciplinas: Filosofia do Direito e Direito Constitucional, as quais ofereceram subsídios para melhor compreender e avaliar a amplitude do mesmo, em todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: **Axioma. Axiol6gia. Epifen6meno. Enxovia.**

ABSTRACT

Seeks the present study to analyze in synthetic way the Beginning of the Wide Defense, in the ambit of your hierarchy and functions. The reason of the choice of that theme left of a concern with your aplicabilidady, time that in many of the cases the use in an abusive way can commit the real paper of the Beginning on the agenda. Taking as base the disciplines: Philosophy of the Right and Constitutional Right, which offered subsidies for best to understand and to evaluate the width of the same, in the whole juridical ordenamenty.

Key-words: **Axiom. Axiología. Epiphenomenon. Enxovia.**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS	10
1.1 Sobre Usos e Costumes	10
1.2 Conceito de Princípio	11
1.3 Princípios Constitucionais	13
1.4 O Papel Constitucional dos Princípios	16
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	20
2.1 Conceito de Defesa	20
2.2 O Surgimento da Defesa em nosso Ordenamento Jurídico	21
2.3 Aplicabilidade	23
CAPÍTULO 3 CONFLITOS DE PRINCÍPIOS	28
3.1 Hierarquia entre os Princípios	28
3.2 Função entre os Princípios	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

O presente estudo é resultado de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida no segundo semestre do ano em curso. O objetivo do trabalho é atender as exigências institucionais do Curso de Direito, da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campus de Sousa, como critério obrigatório para a conclusão do curso.

O tema em questão foi desenvolvido a partir de inquietações surgidas nas disciplinas de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.

O caminho percorrido foi o seguinte, no primeiro capítulo, traçamos breves considerações a respeito do conceito do termo Princípio, para tanto fomos buscar as ligações entre seus vários prismas, no seguinte abordamos especificamente o tema, Ampla Defesa, seu conceito, surgimento em nosso ordenamento jurídico e sua aplicabilidade.

Já no terceiro, abordamos acerca dos conflitos entre os Princípios, a hierarquia existente entre os mesmos e suas funções, sempre tendo em vista situar o tema da Ampla Defesa.

Finalmente terminamos o trabalho fazendo considerações que não encerram de forma conclusiva a temática, isto porque a sua complexidade não permite tal aventura teórica.

CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS

1.1. SOBRE USOS E COSTUMES

As cavernas eram o habitat dos primeiros agrupamentos humanos nos primórdios da civilização. Esses não dominavam a escrita e se orientavam pelos costumes. Imperava entre os membros dessas comunidades primitivas a norma fictícia, o costume representava a regra não escrita.

Nas civilizações antigas o sistema consuetudinário¹ era praticado com certa carência de imparcialidade, pela ausência de mecanismos legais de controle da atividade censória que geralmente ficava nas mãos de chefes tribais, dos anciãos ou de parentes da parte lesada. Não raras vezes, esse tipo de solução de conflito podia levar à exacerbada utilização da força no seu cumprimento ou à sua inexecução, por falta de governo centralizado para impor o respeito às decisões constituídas, o que somente o direito escrito pode regulamentar de forma clara, genérica e abrangente.

Se constitui o direito costumeiro de usos e costumes. Por uso se entende aquilo que se torna reiterado e habitual durante longo tempo. Trocando em miúdos, o uso é a prática reiterada, freqüente e inveterada de certos atos e fatos que se tornaram assimilados pelo consenso geral. Costume é norma jurídica, resultante da prática usual e repetida de atos e fatos, ou seja, aquilo que todos aprovaram como acertado, independentemente da existência de qualquer convenção ou ajuste prévio ou de lei que permitisse fazer.

Embora não encarne a forma escrita, o costume pode ser invocado pelo Juiz no julgamento da lide (CPC, art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou

¹ Consuetudinário = Técnica do Direito para indicar tudo que se funda no hábito, no costume e na tradição.

despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não aos costumes e aos princípios gerais do direito). No caso de o Juiz desconhecer a regra consuetudinária, deve determinar que à parte alegante faça a sua prova (CPC, art. 337 – A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz), a qual será permitida por qualquer meio previsto em direito.

Segundo Moacyr Amaral Santos, para o costume ser admitido como norma jurídica, é indispensável que sejam preenchidos os seguintes requisitos: “1) o uso longo, constante e uniforme de uma dada relação de fato; 2) não ser contrário à lei; 3) exteriorizar a convicção de que obedece a uma norma jurídica” (1983).

Após rápidas considerações sobre a importância dos usos e costumes para as relações jurídicas e como fonte de direito apta a produzir efeitos em juízo, como pressuposto fundamental do direito, passemos a analisar o princípio.

1.2 Conceito de princípio

Antes de conceituarmos princípio é preciso deixar clara uma distinção entre princípio e valor, buscando dessa forma eliminar a confusão que é feita entre os conceitos na literatura jurídica corrente.

Os dois termos têm sido usados indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Entretanto, o valor é sempre um relativo, na medida em que “vale”, ou seja, aponta para uma relação. No caso do princípio, o mesmo se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização.

Do ponto de vista do direito, é o princípio assim um axioma² inexorável, faz parte do linguajar próprio desse setor de conhecimento. Portanto, não é admissível afastá-lo.

No caso do valor, sofre ele toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local, etc., acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídica ou não. Por essa razão, há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades deles se falar. Na proporção da variação do tempo e do espaço variarão, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. Já o princípio, não. Uma vez que constatado, se impõe sem alternativa de variação.

Pode-se perceber no estudo do direito três sentidos para o termo “princípio”, a saber: um primeiro, onde seriam super normas, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são fonte de referência, modelo, para regras que as desdobram.

No segundo, seriam standards³, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas, ou seja, as disposições que preordenam o conteúdo da regra geral.

No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.

Acerca do assunto em tela, a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello (1980), é a mais usada:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por

² Axioma = Proposição cuja verdade é evidente

³ Standards = Modelos; normas; critérios.

definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

A concepção do autor acima citado é louvável, tendo em vista o princípio ser o norteador de todo o ordenamento jurídico, o sustentáculo de todo um sistema, dando-nos uma compreensão nítida das diversas normas existentes, sem o qual a aplicabilidade das mesmas se tornaria uma confusão e conseqüentemente um prejuízo irreparável no sistema normativo.

1.3 Princípios constitucionais

Inicialmente, são os princípios constitucionais normas de natureza estruturante de toda ordem jurídica, os quais legitimam o próprio sistema, posto que consagram valores culturalmente fundantes da própria sociedade.

Em todos os escalões da "Pirâmide Jurídica", os princípios são encontráveis. Na verdade, há princípios constitucionais, legais e até infralegais. Dentre todos, são os constitucionais sem dúvida os mais importantes, uma vez que sobrepõem dos demais princípios e regras, constantes do sistema.

São os princípios constitucionais as fundações de toda edificação de conhecimento das normas e regras estatuídas no processo de elaboração do ordenamento jurídico de uma nação. Hoje, os princípios constituem-se categorias específicas de normas, caracterizadas pela relevância de seu valor.

Não são eles apenas relevantes à questão da mera legalidade formal, mas igualmente referentes à criação de uma concepção mais propriamente axiológica⁴ do

⁴ Axiológica = Valores considerados para a elaboração do Direito, positivo ou não.

direito, em termos da objetividade de certos valores sócio-políticos subsistentes quanto da formalização jurídica do direito constitucional pelo poder constituinte implícita e explicitamente, todo e qualquer ordenamento constitucional revela a existência de determinados princípios observáveis como fundamentais, e que, devem em virtude deste fato ser compreendidos como fatores modelantes de uma certa concepção valorativa do constitucionalismo.

Tais princípios são dotados de força normativa e cogência, compreensão esta pacificada pela ciência do direito constitucional.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

A função que exercem os princípios é tamanha, vez que sem eles, qualquer inteligência primária poderá naturalmente entender ser impossível chegar-se ao meio e tampouco a qualquer fim inclinando-nos assim, a ter uma visão bastante extremada quanto ao dever impositivo de respeito aos princípios quando em qualquer das atividades dos operadores do direito, sob pena de em não observados, serem nulos de pleno direito, todos os atos violadores.

É fato notório que as normas da Constituição, na sua imensa maioria consubstanciam princípios, por isso, imprescindível é que seja dada à necessária interpretação, de forma a se angariar precisão e garantia quanto aos preceitos. Nítido é que os princípios necessitam para sua interpretação juízo de ponderação prática a fim de levar a determinação necessária, enquanto que as regras são de aplicação direta.

No sistema jurídico, os Princípios constituem os mandamentos nucleares, seus efeitos são irradiados sobre diferentes normas, servindo de balizamento para a

interpretação e integração de todo setor do ordenamento em que radiam. O seu grau de generalidade e de abstração é sem dúvida superior ao das regras. Possuem um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando com nitidez os valores jurídicos e políticos que condensam.

Vejamos o que diz Rizzato (2002), acerca dos princípios:

“Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.

E essa influencia tem uma eficácia efetiva, real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influencia plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Não é preciso, pois, nada aguardar, nada postergar, nem imaginar o princípio fique apenas edulcorando o universo ético, como a constelação iluminando o céu. Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado”.

Podemos assim afirmar que são os Princípios, dentre as formulações deônticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não somente pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma se dirijam ao sistema jurídico. Todos; estudantes, professores, cientistas, operadores do direito, bem como, advogados, juizes, promotores públicos, entre outros, tem de em primeiro lugar, levar em consideração os Princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes.

1.4 O papel constitucional dos princípios

É fundamental o papel dos princípios dentro da ordem jurídica. A sua predominância nas constituições atribui uma significativa importância à responsabilidade da interpretação, pois é por ela que na prática determinar-se-á a normatividade concreta da Constituição.

“O princípio, pois, uma função especificadora dentro do ordenamento jurídico; ele é de grande valia para a exegese e perfeita aplicação assim dos simples atos normativos, que dos próprios mandamentos constitucionais. O menoscabo por um princípio importa na quebra de todo o sistema jurídico”. (CARRAZZA, 1994).

Os princípios foram elevados à condição de princípios constitucionais com objetivos de propiciar uma maior eficácia das constituições diante da dinâmica das sociedades, pois neles as discussões giram em torno de valores e, estes são variados de acordo com o tempo e o espaço.

A posição hierárquica ocupada pelos princípios constitucionais é de extrema importância na compreensão do ordenamento. Tinha razão Kelsen, ao estabelecer a sua pirâmide, quando no ápice colocou as constituições, mas disse que acima delas existia uma norma fundamental a qual no magistério de Bobbio consubstancia-se no poder originário, o qual reside no povo do determinado território que constitui determinado Estado, o que das relações desse povo na sua convivência surgem os valores que devem nortear a construção do ordenamento jurídico.

Sabido é que os princípios constitucionais são valores intrínsecos a todo e qualquer ordenamento constitucional. Neste caso o constitucionalismo democrático necessita definir um esquema jurídico politicamente protetor dos direitos da pessoa humana. Sendo assim, a Constituição escrita adquire um caráter de UNIDADE

MORAL DO DISCURSO POLÍTICO, no sentido de que, conforme atestaria o Antropólogo e cientista político Richard Kay, a polis de per si passa a adquirir um standard moral que não pode ser considerado independente daquele possuído pelos membros da comunidade política.

O problema básico de identificação dos princípios constitucionais, dentre as constituições escritas torna-se menos tormentoso de ser equacionado, quando comparamos esta problemática com a existente em países desprovidos de Constituição escrita.

Os princípios de nossa Constituição de 1988 estão expressamente revelados, quais sejam: a Perpetuidade do Pacto Federativo; a Concepção de Estado Democrático de Direito; o Princípio Republicano da Soberania Popular; a Postulação da Dignidade da Pessoa Humana; a Defesa da Livre Iniciativa; e o Princípio do Pluralismo Político. No entanto, essa manifestação expressa, não se configura em privilégio nosso. Por exemplo, na França os princípios constitucionais também estão expressamente revelados: a Soberania Nacional e a Defesa dos Direitos Humanos, como definida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Verdade é que alguns juristas, em particular os juristas anglo-saxões, alegariam que os princípios constitucionais não podem ser exatamente efetivados por força de enunciação pela Constituição escrita, mas alicerçadas dentro de uma determinada atmosfera social e de tradição jurídica que se permitiria até mesmo à revelação tácita de aspirações mais utópicas, ou irrealistas, do legislador constituinte. Com isto pondera-se que todo e qualquer princípio constitucional não possui validade prática alguma, salvo se conectado a uma dimensão narrativa pela qual este mesmo princípio pode verdadeiramente vir a ser efetivado em sociedade.

Nessa ótica, um determinado princípio constitucional deve ser primeiramente observado de acordo com a sua forma intrínseca, mas que é fato tendente a uma certa variação em relação aos fatos e circunstâncias sociais, e até mesmo econômicas da nação.

Não se pode falar sobre o papel constitucional dos princípios sem, contudo, fazer uma referência a importância que tem uma Constituição. Vejamos o que diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004):

“A sociedade como qualquer ser tem uma constituição. Ou seja, uma composição ou organização. Essa constituição ‘total’ é a própria sociedade. Descrevê-la é descrever a sociedade, em toda a sua complexidade, se isso fosse tarefa possível, ou útil. Entretanto, certamente se pode determinar, ou pelo menos tentar determinar, a base, a parte essencial da organização da sociedade. Isto consiste em definir as linhas mestras segundo ela se estrutura. A identificação dessas linhas fundamentais pressupõe que se particularizem aspectos dessa organização. Cabe, aqui, distinguir a parte essencial da organização política, econômica, jurídica, ‘social’ da sociedade, como a fazem, aliás, as ciências ao circunscreverem o próprio campo de estudo. Surgem, com isso, constituições particulares – política, econômica, jurídica, ‘social’ – que se integram na constituição da sociedade, quer se tome esta como o todo da organização social, quer se a veja como a parte essencial da organização da sociedade”.

Para que numa sociedade civilizada haja ordem, harmonia e bem estar necessário se faz a existência de uma Constituição. É ela de fundamental importância na sua organização em todos os aspectos possíveis. Nela estão contidos todos os princípios que regem um viver social.

Numa Constituição os princípios constitucionais agiriam como agentes catalisadores do ordenamento constitucional, definindo estratégias razoáveis de interpretação. Pois que cada princípio emanaria uma dose de legitimidade à Constituição, fazendo-se desta última muito mais do que um simples aglomerado de regras jurídicas desconexas uma das outras. Antes de tudo, a desconsideração dos

princípios constitucionais destruiria à própria integridade do corpo constitucional, em função da imperativa necessidade de reconhecimento de uma certa conexão elementar entre princípios e a própria normatividade do texto constitucional.

Por fim, os princípios constitucionais devem ser observados com rigor tanto no processo de elaboração das normas quanto com mais rigor na hermenêutica e nos casos concretos quanto do controle difuso de constitucionalidade, haja visto que a seu desconhecimento implica no desconhecimento do próprio Estado Democrático de Direito, cujo primeiro artigo de nossa Constituição de 1988 não dá azo a dúvidas ao referir que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

2.1 Conceito de defesa

Antes de analisarmos etimologicamente o significado do termo "defesa" veremos o que diz dois doutrinadores a cerca do assunto em tela:

Alexandre de Moraes diz que por Ampla Defesa (2002):

"Entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor".

Segundo De Plácido e Silva (1973):

"Direito de Defesa é o que assiste a toda pessoa de usar de todos os meios e recursos legais, para que defenda ou proteja a sua pessoa e seus bens contra os ataques que lhe são dirigidos, ou, sob o ponto de vista penal, para que se defenda de qualquer imputação delituosa que lhe é atribuída. O direito de Defesa em nenhuma hipótese pode ser negado, viciando o processo o ato que o negar, pois se permite em toda amplitude. O próprio embaraço ao Direito de Defesa se revela um abuso de autoridade e flagrante desrespeito à própria lei".

Assim sendo, podemos inferir que (o Direito de Defesa) é inerente às partes litigantes, na qualidade de seres humanos, visando assegurar-se um julgamento justo e equânime.

O leigo invoca esse princípio por pura intuição, enquanto que o profissional do direito o faz pela concepção que possui do alcance desse postulado na vida do indivíduo e do ordenamento jurídico do Estado.

O princípio da Ampla Defesa está intimamente ligado a outro princípio constitucional mais abrangente, qual seja o devido processo legal, seu epifenômeno⁵, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

A noção desse instituto não desaparece, mesmo quando se está diante de regime de exceção, porque é algo que se encontra arraigado ao ser humano, é algo que resulta do próprio instituto de defesa que orienta todo ser vivo; em suma, é necessidade inata do indivíduo.

2.2 O surgimento da defesa em nosso ordenamento jurídico

A noção desse instituto remonta as priscas eras, visto que é da natureza humana. O exemplo bíblico do julgamento de Adão, onde neste caso, o próprio Deus concedeu-lhe o direito de defesa, ao aduzir "Adão, onde estás?". Com isso, surgia, no paraíso, o instituto da citação, segundo o entendimento de muitos juristas. Podemos com isso inferir que, seguido daquele ato, veio o interrogatório do primeiro homem e sua defesa, tudo na forma oral, entendendo que, no início, a jurisdição se orientava pelo princípio da oralidade.

Outro caso narrado também na Bíblia é o que o evangelista Paulo, logo que foi preso e levado à enxovia⁶, exigiu o direito à ampla defesa, por ser considerado cidadão romano. Observa-se com esses dois exemplos bíblicos que se encontra evidente a presença do instituto em questão.

⁵ Epifenômeno = Fenômeno adicional que se superpõe a outro, mas sem modificá-lo nem exercer sobre ele nenhuma influência.

⁶ Enxovia = Cárcere térreo ou subterrâneo, escuro, úmido e sujo.

No constitucionalismo brasileiro a expressão Defesa passou a ser utilizada a partir da Constituição de 1891, associada sempre ao Direito Penal, falando sempre em Prisão e Nota de Culpa, sendo que em 1967 foi retirada do texto constitucional a expressão Nota de Culpa.

O direito à defesa, até o advento da Constituição Federal de 67/69, estava garantido constitucionalmente apenas onde houvesse acusados, não estava nem ao menos ao Processo Civil, no entanto a doutrina já visualizava a sua aplicação nos processos administrativos.

Extraordinário avanço ocorreu com o texto da Constituição de 1988, onde o direito à defesa e ao contraditório passou a incidir em qualquer processo onde houvesse litigantes e acusados em geral, o que por demais ampliou o campo de aplicação deste princípio.

Ainda que a jurisprudência antes vinha se posicionando favoravelmente à ampliação da incidência da garantia de defesa para além dos processos criminais, a inovação da Constituição de 1988 foi a de determinar expressamente que a qualquer litigante ou acusado seja garantido o direito a se defender plenamente. Com isso o direito à defesa passou a ter um papel de suma importância na democracia brasileira, aparecendo como elemento que reduz sobremaneira o arbítrio do Estado, notadamente nos processos administrativos.

É o direito à defesa tratado na Constituição de 1988 como sendo algo inerente da personalidade e dignidade humanas, inserindo-se na categoria de direito fundamental.

Esse direito impede que o processo se transforme em uma luta desigual, em que só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. É por isso que a defesa é um instituto que determina o verdadeiro aspecto atual do direito,

qual seja, o aspecto dialético de argumentações contraditórias tendentes a revelar a verdade. É pela análise dos argumentos das partes, que o julgador irá decidir a controvérsia, nada tendo valor inquestionável.

2.3 Aplicabilidade

Tendo em vista ser um princípio de índole constitucional, a ampla defesa deve ser assegurada, sempre incentivada e exigida para o equilíbrio entre os litigantes.

Entretanto, existem em algumas disposições infraconstitucionais, de direito formal, normas que, à primeira vista, limitam este princípio. Como por exemplo, poderíamos citar às restrições aos recursos (como, *verbi gratia*, no caso de competência originária do STF); o artigo 330 do CPC (julgamento antecipado da lide); a possibilidade de concessão de liminares *inaudita altera pars*; etc.

Todavia, em nenhum desses casos, podemos afirmar ocorrer afronta ao princípio do contraditório ou da ampla defesa, pois o que motiva a concessão dessas medidas (mormente as cautelares) é um interesse superior de distribuição de justiça célebre e justa àquele que demonstrou – no caso das cautelares – os requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*.

A inexistência do contraditório no Inquérito Policial é uma das mais típicas e tradicionais limitações ao direito de ampla defesa. Tal procedimento de investigação administrativa (Procedimento Inquisitorial), realizado pela Polícia Judiciária, não está abrangido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por se tratar tão somente de atos meramente investigativos, não havendo “acusado”, mas apenas “indiciado”, isto acontece. Eis a posição do Supremo Tribunal Federal:

“Com o apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito. Dispondo o promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é processo meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa. (STF – HC-77770 / SC HARBEAS CORPUS – Publicação DJ DATA-03-03-00 PP-00062 EMENT VOL-01981-04 PP-00670 – Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA – Julgamento 01/12/1998 – Segunda Turma)”.

Vê-se do teor da decisão, o entendimento do STF, de que o inquérito, por ser processo meramente informativo, não está submetido ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Como se percebe, o direito à defesa em processo administrativo só é cabível quando existir uma lide, um contencioso. Só incide a norma do artigo 5º, LV quando houver litigantes ou acusados.

Sob pena de violar o princípio da supremacia do interesse público, o direito à defesa não acompanha todo e qualquer processo administrativo, se faz mister delimitar quais os tipos de processos que comportam a aplicação da garantia de ampla defesa.

A priori, é perfeitamente visível que os processos que não envolvam uma lide, não necessitam da incidência do direito a ampla defesa. Depreende-se da leitura do art. 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Fala a Constituição em litigantes e acusados. Em consequência só há que se falar em direito à defesa em processo administrativo disciplinar, quando houver uma lide.

Garantido pela Constituição Federal no seu artigo 5º, LV, como já ressaltado, o princípio da ampla defesa é de fato uma consequência do contraditório, porém, tendo características próprias.

Esse princípio constitucional é um dos princípios mais relevantes, visto que pode a parte utilizar-se de todos os meios legais pertinentes a busca da verdade real, proibindo-se taxativamente qualquer cerceamento de defesa. Como paradigma de inconstitucionalidade por cerceamento de defesa, citamos o parágrafo 3º do Decreto 911/69, que trata da busca e apreensão na alienação fiduciária, o qual limita ao réu, na contestação, alegar somente o pagamento ou realizar pedido de purgação de mora, de maneira que, segundo o texto da citada norma, seria defeso ao réu alegar qualquer outro fundamento de defesa. Desnecessário se faz tecer maiores comentários quanto a inconstitucionalidade desta norma, vez que foge ao escopo do tema apenas servindo, como exemplo de ofensa ao princípio em questão.

Aplicável a qualquer tipo de processo que envolva situações de conflito ou de sanção de Estado contra as pessoas físicas ou jurídicas, esse princípio além de ser constitucional é também um princípio infraconstitucional contido na Lei Federal nº 9.784/99.

Cumprido ressaltar, porém, que o uso abusivo do direito de defesa afeta, diretamente, o princípio da lealdade processual. Podemos conferir na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1990).

“Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de

verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter respostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral da sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juizes e auxiliares da Justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual”.

E continuam:

“O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em ilícito processual (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais”.

Ante o acima exposto, todo e qualquer abuso do direito de defesa deve ser coibido e devidamente sancionado.

Para não perdermos de vista, nunca é demais lembrar, que se deve ter em mente que o princípio do contraditório e da ampla defesa devem sempre prevalecer, ademais expungindo-se aquelas práticas e defesas meramente protelatórias e extremamente abusivas, quando realmente prejudicarem a probidade e a moralidade que devem envolver o processo.

Importante precisarmos que mesmo no caso de má-fé, cumpre seja a mesma demonstrada cabalmente, bem como que seja dada oportunidade de defesa para a parte refutada como possível litigante de má-fé.

Acerca ainda do uso abusivo do princípio em pauta Elcir Castello Branco se expressa (1977):

“A defesa se circunscreve aos limites de ação, não sendo justo o excesso na repulsa ou desviar-se do âmbito da questão proposta. Tudo que se relaciona com o fato ou o direito focalizado deve ser colocado na defesa, para que não haja inovação ou deslealdade. Entretanto, a defesa deve ser a mais ampla possível, para que não ocorra cerceamento ou restrição ao direito da pessoa acionada. Os

excessos devem ser coibidos para que não ocorra abuso da defesa. As medidas que desviam o curso normal do processo ou não tenham utilidade para o deslinde da demanda, devem ser indeferidos, principalmente quando se demonstrarem repetitivas ou supríveis por meios mais simples da comprovação do fato ou de socorrer o interesse do prejudicado”.

Percebe-se que o direito de defesa não se coaduna com o seu exercício de forma abusiva.

No processo, devem as partes proceder de acordo com o princípio da lealdade processual, pautando suas atividades segundo a boa-fé e a ética, evitando dessa maneira a criação de obstáculos ao normal desenvolvimento da relação processual ou à boa administração da Justiça.

CAPÍTULO 3 CONFLITOS DE PRINCÍPIO

3.1 Hierarquia entre os princípios

Não é tão fácil quanto se imagina a questão da possibilidade de hierarquia entre os princípios.

Se formos analisar essa hierarquização entre os princípios constitucionais e os infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. São os princípios constitucionais o fundamento da validade dos infraconstitucionais.

Agora, quando se toma como ponto de referencia unicamente os princípios constitucionais, a questão tende a se complicar. Por exemplo, o princípio de isonomia seria hierarquicamente superior ao princípio da lealdade de reunião, ambos consagrados no texto constitucional? Para essa questão a resposta varia conforme o critério a ser adotado para se estabelecer a hierarquia.

Devem os princípios constitucionais entre si ter na Constituição mútua convivência. Todavia em determinado caso concreto podem entrar em conflito. Isso não significa necessariamente que certo princípio prevaleça sobre o outro, ou, do mesmo modo, que alguns deles venham a ser considerados como inconstitucionais. Otto Bachof, nesse sentido, chegou a defender que certas previsões do legislador constituinte originário poderiam ser interpretadas como inconstitucionais, se por algum acaso estas entrassem em contradição com os valores, transcendentais, ou materialmente constitucionais, da Constituição.

Entende-se que há uma hierarquia de princípios na Constituição, de maneira que um princípio básico se faz primeiramente presente em relação ao

procedimento de interpretação do princípio subsequente, correlacionado e inferior ao primeiro.

Uma colisão entre os princípios constitucionais, seja qual for o tipo, demandaria complexa avaliação sobre os valores intrinsecamente existentes nestes mesmos princípios, de modo a ficarem estabelecidos os limites específicos da validade jurídica, segundo a qual o processo interpretativo procederá a um certo ajustamento de princípios.

Os princípios constitucionais arriscam-se a produzir delicados conflitos de interpretação, em certos momentos, demandando uma razoável ponderação de valores. Nestes casos, determinado princípio constitucional poderá assumir prevalência em relação a um outro de igual natureza axiológica, muito embora a ponderação de princípios dependa não apenas da realidade concretamente apresentada, mas também do próprio grau de razoabilidade no approaching interpretativo.

No caso de surgir uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, e isso é possível, ela será resolvida pela aplicação do princípio mais relevante no contexto.

O jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Para o caso concreto, na possibilidade de se detectarem conflitos entre os princípios, deverá o jurista buscar a saída interpretativa que ponha em realce o princípio mais relevante. Não se trata exatamente de hierarquia, mas sim que alguns princípios iluminam os demais em termos de caminho de ato interpretativo. Por ocasião de um caso concreto.

3.2 Função entre os princípios

Mesmo que os princípios hierarquicamente estejam nivelados, isso não os impede de terem funções distintas dentro do ordenamento jurídico.

“Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes de ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”. (BARROSO, 2003).

Por sua grande generalidade, os princípios constitucionais, ocupam posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico, visto que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico.

Se por ventura um mandamento constitucional tiver pluralidade de sentidos, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitam uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo.

Além de uma ação imediata, de fato, cabe aos princípios, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, cabe aos princípios uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional.

Para o operador do direito não basta, porém conhecer os princípios; outrossim, fundamental, é saber para que eles servem, ou seja, insta compreender qual a função dos princípios para que se lhe apliquem corretamente.

No direito em geral, podemos apontar três funções básicas dos princípios, mesmo que do lado dessas existam outras. As três funções básicas seriam: função fundamentadora, função orientadora da interpretação, e função de fonte subsidiária.

Exerce o princípio a importante função de fundamentar a ordem jurídica, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na “principiologia constitucional” o berço das estruturas e instituições jurídicas. São eles, por conseguinte, a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Se as leis são informadas ou fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido as normas. Servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas. Constata-se como consequência direta desta função, que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios.

A função de fonte subsidiária encontra-se ultrapassada, não se admite que o princípio seja subjugado à condição de mero instrumento supletivo em caso de lacuna da lei. É exatamente o contrário: é a lei que deve suprir, ou seja, completar e esclarecer os mandamentos dos princípios. Bem captou essa importância dos princípios a nossa Carta Magna ao afirmar categoricamente que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A contrariu sensu: dos princípios adotados pela Constituição decorrem direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Estado verdadeiramente democrático de direito de fato se faz pela observância em primeiro lugar dos princípios constitucionais fundamentais que, fielmente seguindo suas trilhas, dar ao cidadão a liberdade de poder gozar de todos os elementos primordiais à sua existência.

Mesmo com todas as suas falhas, a democracia ainda é o melhor sistema. As pessoas por ela, têm oportunidades iguais, liberdades individuais e plenas condições para o exercício da vida humana.

São vários os princípios constitucionais que regem o sistema normativo brasileiro, no entanto o presente trabalho trouxe a baila uma pequena análise de um deles: a Ampla Defesa. Princípio esse aplicável em qualquer tipo de processo que envolva o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.

Ele traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado democrático de direito) de em defesa dos seus interesses, alegar fatos e propor provas. Daí a inteligência do inciso LV, do art. 5º constitucional. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, o direito de se defender.

É parte vital da democracia a presunção de inocência, visto que, por princípio, todos perante a Lei são iguais. Não deve haver no momento de se decidir o futuro de um réu precipitação, pois, assim como o ser humano é passível de praticar um delito, também assim poderá sê-lo no julgamento. Como uma das conseqüências da presunção de inocência aparece o direito à Ampla Defesa.

Vimos também que a expressão Ampla Defesa surgiu no constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1891, sempre ligada ao Direito Penal, percebe-

se que dada a necessidade de se entender que a pessoa humana é o ponto central da Constituição de um país o princípio em tela veio avultar a importância do ser humano nesse contexto.

Foi no advento da constituição de 1988 que esse princípio passou a incidir em qualquer processo onde houvesse litigantes, um avanço deveras significativo num Estado democrático de direito.

Sumariamente, são os princípios constitucionais as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Garantindo constitucionalmente como já frisamos, o princípio da Ampla Defesa dentre os demais princípios é compreendido como a garantia que tem as partes de amplamente argumentarem, isto é, além de participarem da construção da decisão (contraditório), tem também direito de formularem todos os argumentos possíveis para a formação da decisão, sejam estes de qualquer matiz. Neste caso a Ampla Defesa deve ser vista não somente como o direito de se defender, mas principalmente, a garantia de produção irrestrita de provas dentro de um espaço devidamente procedimentalizado (devido processo legal), que assegure tanto ao réu quanto ao autor a simétrica paridade e o próprio contraditório.

O direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático, se sobrepuja a uma garantia constitucional de qualquer País. De fato esse princípio não é uma generosidade da Carta magna, mas sim um interesse público.

No que concerne a sua aplicabilidade, a Ampla Defesa deve ser assegurada, isto porque é um princípio constitucional e sendo assim, não deve ser desconsiderado, ainda que como abordamos nesse trabalho, existam disposições

infraconstitucionais que sofrem influencia de outros. No geral, além de ser um princípio constitucional é também infraconstitucional contido na Lei Federal nº 9.784/99.

No que diz respeito aos conflitos, está claro que entre os princípios devem haver mútua convivência, ainda que possa aparentemente haver conflito. Deve-se enveredar pelo caminho da interpretação, visto que nela esta o cerne da questão, sem todavia criar pretensões que por ventura venham comprometer a harmonia entre estes.

Em se tratando de hierarquia entre os princípios percebe-se que estão todos nivelados, o que não impede de terem distintas funções dentro do ordenamento jurídico.

Em suma, considerando que já foi falado acerca desse princípio tão necessário num Estado democrático de direito podemos inferir que, embora possa haver na prática o abuso do dispositivo em pauta, a sua inclusão na nossa Carta Magna nos trouxe um grande avanço em termos de valores humanos. Isto porque está em jogo a dignidade do ser, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

❖ LIVROS:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora?** Luís Roberto Barroso. – 58ª ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Tradução: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Unb, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

CASTELLO BRANCO, Elcir. **Defesa**. Enciclopédia Saraiva. v. 23. São Paulo: Saraiva, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino et DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª ed. Ed. Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho de ciência** / Hans Kelsen. Tradução: Luís Carlos Borges – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: MACHADO, João batista. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: RT, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional** / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol. I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

❖ INTERNET:

www.lbccrim.org.br, 28/06/2006.

www.geocities.com/Capitol1Hill/Senate/6972/ALGodwin.tex, 12/07/2006.

www.anpocs.org.br/rbcs/rbcs39.htm, 13/07/2006.

www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/aampladefesaavista_felipecamilo.htm,
19/07/2006.

www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitou2n3/10_artigo.html, 19/07/2006.

www.direitonet.com.br/artigos, 21/07/2006.

www.escriptorioonline.com/webnews/noticia, 21/07/2006.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2515>, 21/07/2006.