

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Limites e aplicações no processo civil, penal e administrativo

Fernanda Campos FRANCO*

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de abordar o princípio do contraditório e ampla defesa, insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, inserido dentro do Título “Dos direitos e garantias fundamentais” – o que demonstra a sua importância dentro do ordenamento jurídico pátrio –, e tecer breves considerações quanto os seus limites e aplicações no processo civil, penal e administrativo.

Vejamus *in verbis* o texto constitucional onde consta, expressamente, o objeto deste estudo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A garantia dos direitos individuais, dentre eles o direito ao contraditório e ampla defesa, é um dos elementos formadores de um Estado de Direito – que, necessariamente, nasce da combinação e respeito à supremacia da

^(*) Advogada atuante na área em que se formou especialista, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas, mestranda em Direito Processual Civil pela mesma instituição de ensino.

Constituição, separação dos Poderes, superioridade da lei e garantia dos direitos individuais – previstos no artigo 5º da nossa Constituição Federal, os quais, somados aos outros gêneros de direitos e garantias¹ (direitos coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e os relativos aos partidos políticos), são denominados de direitos fundamentais, aqueles que sustentam o Estado Social e Democrático de Direito em que vivemos.

Ressaltamos a propósito que, o Brasil optou em ser um Estado Social e Democrático de Direito em razão de ter defendido a democracia, como seu regime de governo, a república, como sua forma de governo, e a ensinar o desenvolvimento e realização de justiça social.

“Assim o respeito aos direitos dos indivíduos passa a ser um dos fins do Estado, torna-se de interesse público²”, segundo Carlos Ari Sundfeld, ao concluir um dos tópicos de sua excelente obra, dando início às noções sobre direito subjetivo público – que nada mais é que a antiga noção de direito subjetivo, só que considerado também fora das relações entre particulares em face do próprio Estado, como por exemplo: o direito ao contraditório do litigante, em processo judicial ou administrativo, que o Estado está obrigado a acatar e a garantir.

III. CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE PRINCÍPIOS

Ensina-nos o brilhante jurista Miguel Reale, preliminarmente, que, “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber³”.

Os princípios, segundo nos esclarece Carlos Ari Sundfeld, “são idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmônico, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se⁴”.

Pois bem, buscamos o significado de princípios, no sentido jurídico – notadamente no plural – como sendo “o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em uma operação jurídica” (...) “mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas”. “Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito⁵”.

Assim, resta revelada a imensa importância dos princípios no sistema jurídico, pois, constituem-se em fontes basilares de todos os

(1) Nesse sentido, explica MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002, p. 43. “A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*.” Ressaltando que direitos individuais e coletivos “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º...”

(2) SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos do Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.48.

(3) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

(4) SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos...* op. cit., p.133.

(5) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447, v. II.

ramos do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação, de maneira a concluir que, ao se ferir uma norma, estar-se-á ferindo diretamente um princípio daquele sistema.

E sendo os princípios, assim como as regras, parte integrante de um ordenamento jurídico, cabe ao cientista do direito, identificar quais os princípios que ordenam um sistema jurídico, pois sem isso não poderá trabalhar, e, mais do que isso, deve conhecer e estudar detalhadamente os princípios para aplicá-los corretamente. Isto porque os princípios também têm muita valia no suprimento das lacunas da lei, no caso de o operador do direito não localizar uma regra expressa no ordenamento jurídico para aplicá-la a um caso concreto.

Todavia, vale lembrar que regras e princípios não se encontram lado a lado, hierarquicamente, dentro do nosso ordenamento jurídico, o “princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico⁶”.

IV. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

IV.1 - Considerações gerais

Da mesma forma que uma ação dá ensejo a uma reação, a cada direito de ação há o seu

respectivo direito de defesa. Quando o autor de uma pretensão utiliza-se do direito de ação, sempre haverá, em contrapartida, o direito de defesa da parte contrária, do réu, de modo que, a não participação deste no pólo da relação processual, não permite o prosseguimento do processo, pois não há formação da tripolarização da relação jurídica: autor-juiz-réu.

Assim, como o acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado, significa também proporcionar da mesma forma, o *devido processo constitucional*, o qual deverá ser instituído pelo legislador constitucional, que deverá elaborar um *modelo processual* onde estejam pré-determinados os princípios e garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para solução de conflitos.⁷ Os princípios constitucionais do processo brasileiro que formam o conjunto de garantias necessárias ao que o notável professor Barbosa Moreira denominou de “processo civilizado” são: imparcialidade do juiz, publicidade da audiência, necessidade de motivação das decisões, contraditório e direito à prova⁸.

Trata-se, pois, do direito ao contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais que visam assegurar “as mesmas oportunidades (contraditório) para as partes e os mesmos instrumentos processuais (ampla defesa) para que possam fazer valer em juízo os seus direitos⁹”. O professor Nelson Nery acrescenta

⁽⁶⁾ SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos...* op. cit., p. 136.

⁽⁷⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.158.

⁽⁸⁾ Idem.

⁽⁹⁾ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.93.

sobre o tema que o princípio do contraditório não só abrange as garantias processuais, mais também o respeito, dentro do processo, aos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual, etc¹⁰.

Assim, o princípio do contraditório ao garantir a igualdade de condições e oportunidades às partes no processo, implica no que os processualistas denominaram de *par conditio* (igualdade entre as partes)¹¹.

Destaca, a professora Ada Pellegrini Grinover, relativamente às diferenças entre as garantias ora comentadas, que “a ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório”¹², motivo pelo qual se deduz que o princípio do contraditório é resultado da combinação entre o princípio da ampla defesa e o da igualdade das partes.

Ora, como pretendem as partes, tanto na esfera judicial como na administrativa, demonstrar a verdade dos fatos controvertidos, através do contraditório, ampla defesa e participação no processo de formação do convencimento do juiz ou autoridade coatora, necessário destacar o direito à produção de provas das partes.

Destacou José Roberto dos Santos Bedaque, de maneira sucinta e inteligente, que: “contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados

à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado¹³”.

Ressalva, contudo, Alexandre de Moraes em sua bela obra sobre Direitos Humanos Fundamentais que “os meios colocados à disposição do direito para obtenção de provas devem sempre respeitar a dignidade humana, sob pena de ilicitude da prova obtida¹⁴”.

Isto porque também consta do artigo 5º da nossa Constituição Federal (das garantias fundamentais), em seu inciso LVI, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos.

Todavia, em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais – pois nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras e princípios também constitucionais –, “a doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito, havendo opiniões, por exemplo no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como prova válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva¹⁵”.

Explica-nos a professora Susy Gomes Hoffmann, através de seus profundos estudos sobre *provas*, desenvolvidos durante o doutorado realizado e do qual resultou na citada obra (fruto de sua tese aprovada com louvor), que: “a proposição da doutrina quanto a tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade*

(10) Cf. GOTTAWALD, Rosenberg-Schwab *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de...* op. cit., p. 93.

(11) Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves *Apud* CASTRO, Cláudio Henrique. *Breves anotações sobre o Direito ao Contraditório*: Revista de Processo n. 85, p. 312.

(12) GRINOVER, Ada Pellegrini *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de...* op. cit., p. 93.

(13) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais...* op. cit., p.168.

(14) MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 63.

(15) HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova no Direito Tributário*. Editora Copola: São Paulo. 1999. p. 146.

(*Verhältnismässigkeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais¹⁶”.

O fato é que o princípio da proporcionalidade encontra-se em voga atualmente em razão da crescente valoração da efetividade do processo, afinal é ele o instrumento estatal de pacificação das controvérsias. Essa temática, pois, tem sido objeto de muitos estudos pelos doutrinadores de modo geral – afinal a todos interessa a eficácia e celeridade processual – assim como fez Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao tecer suas considerações, certamente após muita reflexão sobre o assunto: “conquanto se possa afirmar ‘a priori’ tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso em concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e ampla defesa (art.5º., LV, da Constituição)¹⁷”.

Aliás, essa integração do juiz no processo, principalmente em relação à produção da prova, dá-se em razão de ser também sujeito interessado no contraditório efetivo e na justiça

das decisões, podendo determinar as provas necessárias para o seu convencimento, contribuindo muitas vezes para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes¹⁸.

É por isso que, muitas vezes, o conflito deve ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade – que consiste em assegurar a eficácia de direitos e dar proteção aos interesses deles decorrentes –, mediante ponderação dos valores e equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.

Como reflexo do presente estudo, observamos a breve análise de dois outros princípios, decorrentes do contraditório e ampla defesa: o da colaboração ou cooperação e o da adaptação.

O princípio da colaboração deriva do fato das partes terem, hoje, consciência que devem colaborar com a realização da tutela jurisdicional, na medida em que se manifestam nos autos, de todos os atos processuais nele produzidos, principalmente reforçando ou refutando as provas produzidas, conduzindo o magistrado na solução do conflito, mostrando o direito a ser tutelado – a contrário e afastando o antigo brocardo “da mihi factum, dabo tibi ius” (dai-me o fato que lhe darei o direito)¹⁹.

⁽¹⁶⁾ Ibid p. 147. Tendo destacado que nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*, in “Temas de Direito Processual”. 2ª. Série, São Paulo, 1980, p. 3 - 20.

⁽¹⁷⁾ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.147.

⁽¹⁸⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais...* op. cit., p.172. E destaca, na seqüência, sobre o tema que “O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes (...) A real igualdade das partes no processo é valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual (...) Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, seja proferida uma decisão injusta que não corresponda à realidade fática submetida a julgamento”.

⁽¹⁹⁾ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias...* op. cit., p.142.

Este princípio também conhecido como da cooperação evita, inclusive, surpresas e consequências negativas aos litigantes (pois se torna mais difícil do juiz decidir apoiando-se sobre ponto do qual as partes não se manifestaram), homenageando o princípio do contraditório e, conseqüentemente, a efetividade do processo (que passa ser mais eficaz e rápido).

Quanto ao princípio da adaptação, o mesmo tem sido utilizado, principalmente pelos aplicadores do direito, para permitir que se adie o contraditório para um momento posterior (jamais negar tal garantia), na justa medida em que o provimento judicial faz-se necessário antes da formação do contraditório (quando emitido *inaudita altera pars*), seja meio idôneo para atingir a finalidade a que se propõe, sempre em consonância com a lei e com os pressupostos nela estabelecidos. É o exemplo do deferimento, liminarmente, de tutela antecipada requerida pelo autor, quando presente uma das hipóteses do artigo 273 do CPC, antes da citação do réu; e, uma vez sendo legal a liminar concedida, não há que se falar em ofensa a contraditório e ampla defesa.

IV.2. Origem do princípio do contraditório e ampla defesa

Segundo nos ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, através do artigo publicado

sob o título “Garantia do Contraditório”, o princípio do contraditório nasce com a concepção da ação como voluntária submissão da controvérsia à decisão de uma autoridade superior, que por sua vez, nada podia fazer contra o adversário resistente em comparecer em juízo – o juiz romano era incapaz de promover o julgamento contra quem voluntariamente não comparecesse em juízo. No direito germânico, contra o demandado rebelde, o Estado embargava os seus bens como garantia do seu comparecimento²⁰.

Confirma, através da passagem sobre a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, Alexandre de Moraes que: “foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das doze tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão²¹”.

Quanto o Pretor²² introduziu medidas de coerção para aqueles que não compareciam em juízo, poderia desta sorte o Tribunal promover atos processuais e julgar uma causa na ausência do demandado, desde que este tivesse sido previamente cientificado e cumpridas as formalidades estabelecidas em lei – mudanças estas ocorridas após longo período de debates a fim de superar a antiga concepção, ocorrida durante direito romano pós-clássico.

⁽²⁰⁾ Ibid p.133.

⁽²¹⁾ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 25.

⁽²²⁾ PRETOR. Do latim *praetor* (chefe), originariamente, era a denominação dada, em Roma, ao magistrado, eleito pelas centúrias, para administrar a justiça: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário...* op. cit., p. 443.

Na Europa, o processo sofreu influência das idéias de Aristóteles²³ e passou a exigir de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário, de modo que, passaram-a compor o processo, os procedimentos argumentativos de colaboração das partes numa situação controvertida, na investigação da verdade (em contraposição a situação em que só faziam parte do processo os procedimentos demonstrativos). Tratava-se de uma mudança introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (séc XVI), que incorporou ao direito métodos próprios da ciência da natureza em busca da verdade menos provável com aspirações de certeza²⁴.

A partir do século XVII, com a estatização do processo, o soberano, o príncipe passou a ter o monopólio de legislar em matéria processual, embora, com o tempo, tenha sido influenciado pelas idéias do iluminismo²⁵ e sofrido as interferências produzidas pela Revolução Francesa²⁶.

A concepção do contraditório perdeu, pois, sua originária finalidade como mecanismo de investigação da “verdade” (*natürliche rechtsgrundsätze*), tornando-se um princípio externo e puramente formal, pois, uma vez

satisfeita a ocorrência da chamada audiência bilateral – ocasião na qual era assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida – satisfeito o contraditório.

“O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais (como o direito a ampla defesa, por exemplo) deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX (com destaque a *Carta Charta Libertatum*, outorgada em 15 de junho de 1215 na Inglaterra, pioneira na declaração dos direitos humanos fundamentais, e da *Constituição dos Estados Unidos da América* e suas primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789, que finalmente pretenderam limitar o poder estatal, estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: *liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; ampla defesa*, etc)²⁷”.

Durante o processo liberal dominante no século XIX, por sua vez, o órgão judicial passou a ocupar um papel puramente passivo, eis que as suas funções passaram a verificar e assegurar o atendimento às formalidades processuais, embora tenha, no transcurso do

(23) Buscamos relembrar de que “Aristóteles (384-322a.c.), discípulo de Platão, logo se torna crítico do mestre, elaborando uma filosofia original (...) a sua política era de certa forma *descritiva*; mas dentro das características clássicas do pensamento político grego, é também *normativa*, pois ao proceder à críticas dos sistemas, define o Estado ideal (...) para Aristóteles o princípio que rege a ação dos cidadãos, é a expressão política da ordem natural (...) para ele, o Estado deve zelar pelo ideal de uma vida humana perfeita”: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando Introdução à filosofia*. 1ª ed. São Paulo: Moderna. 1986. p. 224.

(24) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias constitucionais do Processo Civil* sob coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.134.

(25) Iluminismo foi o “movimento racionalista do século XVII (Kant e os enciclopedistas franceses) e que consiste na crença no poder da razão de reorganizar o mundo humano”: ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando...* op. cit., p.428.

(26) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Garantia do Contraditório”, in *Garantias...* op. cit., p.134.

(27) MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos...* op. cit., p. 25.

século seguinte, havido a revitalização do ativismo judicial e da problemática do direito, como anseio social em busca de efetividade²⁸.

A busca de uma justiça mais acessível e efetiva tem marcado, pois, as mudanças ocorridas em muitos sistemas legais neste século, com o fim de integrar os direitos e garantias individuais com os de caráter social, recuperando-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. De modo que o escopo principal do princípio do contraditório, com o passar dos tempos, deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

IV.3. Previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio do contraditório, historicamente, encontra-se previsto nos textos constitucionais, embora não expressamente relativamente aos processos civil e administrativo, apenas em relação ao processo penal, estando presente nas Constituições de 1824 (art. 179, XI e XVII), de 1891 (art. 72, §§ 15, 16 e 23), 1934 (art. 113, XXIV, XXVI), de 1946 (art. 141, §§ 25 a 27), de 1967 (art. 150, §§ 15 e 16), Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, §§ 15 e 16).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “a constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios”. E continua, “exatamente por isso que o sistema processual deve ser construído a partir de regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais²⁹”.

Pois bem, foi através do poder constituinte, eleito pelo povo, que foi elaborada e promulgada a Constituição Federal de 1988, onde constou expressamente o reconhecimento a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

IV.4. Exemplo de influência no processo civil

O Código de Processo Civil traz o direito de defesa em sua forma mais abrangente, não significando a contestação propriamente dita (CPC, arts. 297 e ss), mas uma permissão ao réu de manifestar-se, de responder ao chamado do processo. Então, o réu utiliza um dos três tipos de defesa ou todos eles, quando possível, ou seja, a contestação, a reconvenção e a exceção, ou ainda realizar nomeação à autoria (art. 64), denúncia da lide (art. 71), chamamento ao processo (art. 78), ou impugnação do valor da causa (art. 261).

⁽²⁸⁾ A efetividade do processo tem sido objeto de estudos pela doutrina de muitos países estrangeiros. Tanto é que a atual doutrina alemã do direito processual civil tem se posicionado contrária a rigidez do princípio da busca da verdade real, “de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais” HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova...* op. cit., p. 148.

⁽²⁹⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, artigo in *Garantias...* op. cit., p. 154.

Há inúmeras situações previstas no CPC que garantem direito ao contraditório e ampla defesa nos processos de conhecimento, execução e cautelar e nos especiais de jurisdição voluntária, como por exemplo, antes mesmo da formação propriamente dita do contraditório, no caso de deferimento de tutela antecipada, liminarmente, “inaudita altera pars”, quando a parte contrária pode defender-se de imediato interpondo agravo de instrumento (art. 522), ou, no caso da parte ou terceiro sofrer constrição de um bem, em razão de execução judicial, defende-se através da interposição de embargos à execução, à penhora ou de terceiro, conforme o caso (art. 736).

Sobre o princípio do contraditório e ampla defesa, objeto do presente estudo, seguem exemplos dentre os milhares casos existentes na jurisprudência de nossos Tribunais, evidenciando a sua influência no processo civil:

“Julgamento antecipado da lide (CPC 330). Estando a causa madura para decisão sobre o mérito, pode o juiz julgar antecipadamente a lide, pois as partes já haverão tido oportunidade de defender-se. O julgamento antecipado da lide também não contraria o princípio quando se tratar de matéria de direito que independa de outras provas a serem produzidas em audiência (JTACivSP 118/171). Do contrário haverá cerceamento de defesa por ofensa ao princípio do contraditório.

Curador especial na execução. Muitos embora não se possa falar tecnicamente em revelia no processo de execução, ao devedor citado fictamente que não comparece ao processo deve ser nomeado curador especial para defen-

dê-lo, podendo, inclusive, opor embargos o devedor, que são um misto de ação e defesa (RTJ 120/1276; JSTF 155/154; RT 598/137; RJTJSP 98/101; JTACivSP 88/347, 62/30, 59/23, 51/87; RJTAMG 23/107)³⁰”.

IV.5. Exemplo de influência no processo administrativo

Como o direito ao contraditório e a ampla defesa é garantia do litigante em processo administrativo, não há que se aceitar qualquer imposição que seja feita em detrimento desses fundamentos. Assim, mostra-se arbitrário e ilegal condicionar-se, por exemplo, a admissibilidade do recurso administrativo ao depósito mínimo de 30% do valor do crédito tributário questionado – tornando-se, a exigência trazida pela Medida Provisória 1621-30, nitidamente inconstitucional, uma vez que trás um ônus a uma das partes do processo, desequilibrando as possibilidades de defesa atribuídas a ambos os pólos; afinal, imagine-se que o réu não tenha condições financeiras de efetuar tal depósito, ficará impossibilitado de recorrer, o conseqüentemente obstado o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, o que é contra os direitos individuais e garantias constitucionalmente previstas em nosso ordenamento jurídico.

Seguem exemplos dentre os milhares casos existentes na jurisprudência de nossos Tribunais, evidenciando a sua influência também no processo administrativo:

“Processo administrativo. No processo administrativo, instaurado para que o acusado seja punido com demissão a bem do serviço público, deve ser-lhe garantida a ampla defesa, com vista dos autos e

⁽³⁰⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

intimação para os atos processuais, para que possa produzir sua defesa, constitucionalmente garantida” (STF, MS 22921-1-SP, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 26.8.1997, DJU 2.9.197, p.41078)³¹.

“Procedimentos administrativos e devido processo legal. O processo administrativo não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficientes que seja obedecido o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório (STF, 5ª T. – RMS no. 1.911-1/PR, rel. Ministro Jesus Costa e Lima – *Ementário STJ*, 08/055)³².

IV.6. Exemplo de influência no processo penal

A defesa é um direito do acusado, decorrente da presunção de inocência, e está expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Na esfera do processo penal, consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça; e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Exemplo concreto dessa garantia constitucional está na possibilidade da falta de defesa técnica ao anular um processo, conforme se observa dos seguintes exemplos dentre os inúmeros casos existentes na jurisprudência de

nossos Tribunais, evidenciando a influência do princípio do contraditório e ampla defesa no processo penal:

“Defesa técnica insuficiente. A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas³³ (STF, 1ª T. – HC no. 68.926/MG, rel. Ministro Celso de Melo – *Diário da Justiça*. Seção I, 28.08.1992, p.13.453).

“Prova emprestada. Desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado (CC 136 III), a prova emprestada é válida e eficaz se produzida entre as mesmas partes do processo originário e do destinatário, em obediência ao princípio do contraditório (RT 673/146, 614/69). Prova penal por meio de escuta telefônica determinada pelo juiz criminal (CF 5º XII) pode ser utilizada como prova emprestada no processo civil³⁴.

V. CONCLUSÕES

Dos princípios que consagram o Estado de direito deduz-se, portanto, a exigência de um procedimento justo – mesmas condições e instrumentos para as partes fazerem valer em juízo os seus direitos, em atenção ao princípio da ampla defesa – e adequado de acesso ao direito e de realização do direito – mesmas oportu-

⁽³¹⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

⁽³²⁾ *Apud* MORAES, Alexandre. *Direitos...* op. cit., p. 259.

⁽³³⁾ *Apud* MORAES, Alexandre. *Direitos...* op. cit., p. 258.

⁽³⁴⁾ *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Código...* op. cit., p. 95.

nidades para as partes se manifestarem dos atos processuais em cumprimento do princípio do contraditório. Isto porque, como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo³⁵.

Ocorre que, como vimos no presente estudo, em razão da atual busca da efetividade do processo, de meios mais eficazes e rápidos para assegurar a tutela jurisdicional, em contrapartida à morosidade a que os processos estão hoje submetidos, faz-se necessário buscar também um ponto de equilíbrio entre a questão da efetividade e o respeito aos princípios e garantias constitucionais, visto que ambos são verdadeira e igualmente importantes para que o Estado, através do Poder Judiciário, cumpra o seu dever de solucionar os conflitos sociais, qualitativamente.

Afinal de nada adianta assegurar o acesso à justiça, através do direito de ação (*direito ao processo*), se não for garantida a absoluta regularidade deste (*direito no processo*), atenção ao *princípio do devido processo legal*, “de sorte que ninguém seja privado de seus direitos (como o direito ao contraditório e ampla defesa), a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatarem todas as formalidades e exigências em lei previstas³⁶”.

VI. BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando Introdução à filosofia*. 1ª ed. São Paulo: Moderna. 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

CASTRO, Cláudio Henrique. *Breves anotações sobre o Direito ao Contraditório*: Revista de Processo n. 85.

HOFFMANN, Susy Gomes. *Teoria da Prova no Direito Tributário*. Editora Copola: São Paulo. 1999.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Os fundamentos do Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

(35) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.p. 272. Interessante ressaltar que o autor, ao tratar das garantias de processo, o faz em tópicos separados, as garantias de processo judicial, de processo penal e administrativo, do que se extrai que só no processo penal, no ordenamento jurídico português, o princípio do contraditório é um dos “importantes princípios materialmente informadores do processo penal”, posto que, ao tratar do processo judicial e do administrativo elenca outros que não o princípio do contraditório.

(36) CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia do Processo sem dilações indevidas”, in *Garantias...* op. cit., p.259-260.

