

**O Contraditório e a Ampla Defesa sob a ótica neoconstitucionalista do processo à luz do paradigma pós-moderno do Direito (de acordo com o Novo CPC)**

MAYSSA MARIA ASSMAR FERNANDES CORREIA MAIA

Mestranda em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Advogada atuante, com experiência nas áreas de Direito Civil, Contratos e Consumidor.

E-mail: [mayssamaia@gmail.com](mailto:mayssamaia@gmail.com)

**Área do Direito:** Direito Processual Civil

**RESUMO:** O presente estudo tem por escopo analisar o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma das mais significativas garantias processuais e um dos direitos fundamentais mais aclamados no atual Estado Democrático de Direito. Por estar a legitimidade do processo pautada justamente no contraditório e na ampla defesa, há uma grande necessidade de que os mesmos sejam plenos e efetivos, até mesmo para que possam propiciar a realização de outros grandes princípios constitucionais, tais como isonomia, direito de ação, devido processo legal, dentre tantos outros. Busca-se, pois, de forma breve, abordar questões da prática processual brasileira na qual o princípio em voga se sobressai, sendo esta a tônica do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Processo. Processo Civil. Princípio do contraditório. Princípio da ampla defesa.

**ABSTRACT:** The present research aims to analyze the principle of contradictory and full defense, one of the most important process guarantees and one of the most acclaimed fundamental rights in today's Democratic States. Due to the fact that the process legitimacy is based on the contradictory and full defense, it is necessary them to be effective in order to make true other important principles as the isonomy, the right of prosecution, the due legal process, among others. The author studies some questions in the Brazilian process practice, in which the principle is emphasized, this way becoming the aim of this research.

**Key words:** Process. Civil Process. The principle of contradictory. The principle of full defense.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Noções Gerais. 2. Princípio do Contraditório. 2.1. Conceito e Generalidades. 2.2. Contraditório Efetivo. Princípio da Motivação das Decisões. 2.3. Princípio do Contraditório e Decisão-surpresa: necessidade de oitiva das partes na cognição *ex officio*. 2.4. Liminar *Inaudita Altera Pars* e Princípio do Contraditório. 2.5. Processo de Execução e Contraditório. 3. Princípio da Ampla Defesa. 3.1. Conceito e Generalidades. 3.2. Princípio da Ampla Defesa e Princípio da Efetividade Social do Processo. 3.3. Princípio da Ampla Defesa e Proibição de Autoincriminação. 3.4. Princípio da Ampla Defesa e a Súmula Vinculante n.º 5 do Supremo Tribunal Federal. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O princípio do contraditório e da ampla defesa é eminentemente processual e vem sendo tratado no âmbito da dogmática como a própria razão de ser do processo. Ademais, estando inexoravelmente ligado aos direitos fundamentais, expressão da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, permeia todas as ramificações do direito positivo, em função lógica intrínseca do ordenamento jurídico.

Vistos não exclusivamente como normas abstratas, mas, sobretudo, enquanto garantias constitucionais de um processo justo e transparente, contraditório e ampla defesa, ambos tutelados pelo artigo 5º, LV

da Constituição Federal, ganham especial relevo diante da concepção neoconstitucionalista do processo à luz do paradigma pós-moderno do Direito, que visa, sobretudo, tornar o processo um instrumento realizador de justiça, superando sua feição pretérita de mero instrumento técnico.

Assim, busca-se investigar o princípio em questão, seu conceito, abrangência, peculiaridades, bem como questões da prática processual forense, sempre afirmando o caráter garantidor do mesmo, dentro de um modelo aberto que visa à interação entre processo e Constituição e que tem os princípios como normas que verdadeiramente possibilitam a realização da justiça.

## 1. NOÇÕES GERAIS

O princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto expressamente em todos os textos constitucionais desde a Constituição Federal de 1824. Porém, foi somente com a Carta Magna atual que referido princípio passou a ter um tratamento legislativo mais adequado, com a união da disciplina legal – até então, as Constituições previam contraditório e ampla defesa separadamente, ignorando a íntima relação existente entre eles – e a ampliação das hipóteses de cabimento. Neste sentido, o artigo 5º, LV, que diz: “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*”.<sup>1</sup>

Tal redação traz importante inovação em relação à Constituição Federal anterior, que previa a garantia em questão apenas para o processo penal, nada obstante prevalecesse o correto entendimento doutrinário de que o princípio em questão se aplicava também ao processo civil e ao administrativo. Agora, porém, este maior alcance do princípio do contraditório e da ampla defesa encontra-se de forma expressa no texto constitucional.

O princípio do contraditório e da ampla defesa também se tornou importante para a realização de outros princípios constitucionais, como o da isonomia, do direito de ação e do devido processo legal.

Ademais, importa frisar que a doutrina moderna defende que a legitimidade do processo e, conseqüentemente, da decisão judicial, está pautada na observância do contraditório e da ampla defesa. Nesta senda, Niklas Luhmann afirma:

“a cooperação das partes na formação da decisão judicial serve como válvula de escape para ressentimentos e crítica, absorve objeções e promove assim a hipótese, ou pelo menos a possibilidade, de estabelecer a decisão definitiva.”<sup>2</sup>

Sobre o tema, Eduardo Cambi também se posiciona:

“embora o procedimento não assegure a exatidão, mas a mera presunção de exatidão do conteúdo da decisão, o modo como

---

<sup>1</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, pp.76-77.

disciplina o exercício do poder, mediante a aplicação das garantias constitucionais e o estímulo à efetiva participação dos sujeitos interessados, faz com que o resultado do processo se torne legítimo, vinculando os seus participantes. Afinal, o que caracteriza o processo é a celebração contraditória do procedimento, isto é, o efetivo exercício das situações jurídicas ativas e passivas.”<sup>3</sup>

Magistral, ainda, a colocação de Luiz Guilherme Marinoni:

“o conceito de procedimento com participação em contraditório está umbilicalmente ligado à necessidade de legitimação do poder pela participação. Em outras palavras, o procedimento que garante a participação (logicamente a participação efetiva e adequada), legitima o exercício do poder.”<sup>4</sup>

Percebe-se, portanto, que, com a evolução do pensamento jurídico brasileiro e a consolidação, com o advento da Constituição de 1988, da aplicação do princípio em estudo a todas as searas processuais, tem-se um salto evolutivo do contraditório e da ampla defesa, hoje considerados importante direito fundamental e uma das mais significativas garantias processuais.

Vale atentar para o fato de que, embora correlatos e previstos no mesmo dispositivo constitucional, contraditório e ampla defesa não são sinônimos, distinguindo-se um do outro. Pode-se dizer que a ampla defesa qualifica o contraditório, de modo que não há contraditório sem ampla defesa, da mesma forma que se pode afirmar que não há ampla defesa sem contraditório, uma vez que este é o instrumento de atuação daquela. Por este motivo, tratar-se-á, a partir de agora, de cada um deles separadamente.

## 2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

### 2.1. CONCEITO E GENERALIDADES

Tradicionalmente, o princípio do contraditório é definido como a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los com alegações e provas.

O contraditório é elemento essencial do processo, sendo ínsito a este último. Para alguns, ele é tido como a própria essência do processo. De fato, é impossível se pensar em um Estado Democrático de Direito sem a garantia do contraditório, afinal, Democracia no processo é exatamente o contraditório, consistente na participação de todos os sujeitos do processo.

O contraditório é inerente a todo aquele que tiver alguma pretensão de direito material a ser deduzida em determinado processo. Trata-se, portanto, de garantia assegurada às partes litigantes (autor, réu, litisdenuciado, oponente,

---

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

chamado ao processo), bem como ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando este último atue na função de *custos legis*. Já aos auxiliares da Justiça, ou seja, testemunhas e peritos, não se garante o contraditório, justamente pelo fato de não possuírem pretensão a ser deduzida no processo.

No que toca ao juiz, é função sua garantir a efetividade do contraditório. Deve ele participar ativamente na observância da garantia, podendo-se, inclusive, afirmar que, enquanto as partes têm o direito ao contraditório, o magistrado tem o dever de lhes o assegurar. Assim, é que, como bem leciona Nelson Nery Junior:

“Em razão da incidência da garantia do contraditório, é defeso ao julgador encurtar, diminuir (*verkürzt*) o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo. Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo.”<sup>5</sup>

Apesar de o princípio do contraditório não estar expressamente enunciado no Código de Processo Civil ainda vigente, este diploma legal é inteiramente assentado no pilar da bilateralidade da audiência, como por exemplo, os óbvios dispositivos legais referentes às respostas (artigos 278, 297, 308, 316, 327, 328, 518, 527, 531, 542) podendo, ainda, citar, o artigo 398 do Digesto.

Vale frisar que o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), finalmente sancionado em 16 de março deste ano, é bastante incisivo no reconhecimento do princípio em questão, mencionando-o em inúmeros artigos e elevando o mesmo ao patamar de princípio fundamental do processo civil, conforme se depreende do artigo 7º (“*É assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”) <sup>6</sup> e do artigo 9º, *caput* (“*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”).<sup>7</sup>

## 2.2. CONTRADITÓRIO EFETIVO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Conforme já dito, a ideia clássica de contraditório sempre se calcou no binômio informação-reação, sendo a primeira, isto é, a comunicação acerca

---

<sup>5</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. com a novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

<sup>6</sup> BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2015.

<sup>7</sup> *Idem*.

dos fatos processuais, sempre necessária, sob pena de provocar a nulidade dos atos e termos do processo, tornando, assim, ilegítimo o provimento final, e a segunda, ou seja, a manifestação da parte nos autos acerca daqueles, apenas possível. Nesta esteira de raciocínio, a passagem de Sergio La China é bastante esclarecedora:

“...il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (mas necessario che sia resa possibile!”<sup>8</sup>

Portanto, durante muito tempo, consagrou-se uma concepção meramente procedimental do contraditório, como se pode verificar em inúmeros ordenamentos processuais. A título de exemplo, cite-se o artigo 16 do Código de Processo Civil francês (*Nouveau Code de Procédure Civile*): “*Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*”.<sup>9</sup>

Outro exemplo bastante elucidativo reside no Código de Processo Civil português, artigo 3º, 3, que diz:

“Art. 3º.  
3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”<sup>10</sup>

Na mesma esteira de raciocínio, o artigo 101 do Código de Processo Civil italiano (*Codice di Procedura Civile*), que ora se transcreve:

“Art. 101 – Principio del contraddittorio – Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.”<sup>11</sup>

Apesar de bastante avançadas, as normas acima estão aquém no disciplinamento do contraditório, uma vez que se focam apenas no aspecto

---

<sup>8</sup> LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, 1970, p.394.

<sup>9</sup> FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. Version consolidée au 2 août 2013. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131219>>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

<sup>10</sup> PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Texto consolidado pela Direção-Geral da Política de Justiça. Disponível em: <[http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_VF.pdf?nocache=1286970369.12](http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12)>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

<sup>11</sup> ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33727>>. Acesso em: 19 de dez.2013.

formal deste, em sua faceta básica, olvidando-se de sua significativa dimensão material, chamada, no Direito Alemão, de *poder de influência*.

Trata-se da capacidade de as alegações das partes verdadeiramente influírem no convencimento do juiz.

Deste modo, na atualidade, o conteúdo deste princípio reveste-se de maior riqueza, não mais se reduzindo à mera possibilidade procedimental de apresentação de manifestação antes do provimento jurisdicional, como simples ato processual antecedente.

No Direito Processual Civil moderno, o contraditório deixa, pois, de ser apenas nominal e formal, para ser pleno e efetivo. Assim, mais do que se preocupar em colher as razões das partes, o contraditório busca assegurar que estas influam efetivamente na decisão judicial.

Assim sendo, pode-se afirmar que o contraditório deixa de lado o binômio informação-reação, para dar lugar ao trinômio informação-reação-consideração, de forma a garantir que os argumentos apresentados pelas partes quando comunicadas dos atos e termos do processo, de fato, ecoem no provimento jurisdicional. É o que Fernando Gajardoni denomina de *Contraditório Útil*.<sup>12</sup>

Percebe-se, portanto, que, no estágio atual do Direito, o princípio do contraditório encontra-se intimamente ligado ao princípio da motivação, previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal, uma vez que esta não pode prescindir dos elementos e argumentos trazidos ao processo pelas partes. Ou seja: o juiz, ao decidir e motivar sua decisão, deverá demonstrar que as alegações das partes produzidas em contraditório foram significativas para o desfecho da causa.

Nas sábias palavras de Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior:

“O contraditório atualmente estreita sua relação com a motivação, emancipando-se da mera condição de ato necessário à sua emanção, para passar a participar ativamente na conformação do próprio provimento jurisdicional.”<sup>13</sup>

Esta aproximação entre contraditório e motivação é, inclusive, abraçada pelo Novo Código de Processo Civil, que, em seu artigo 489, §1º, IV, afirma:

“Art. 489.  
§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:  
(...)  
IV – Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.  
(...)”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.98.

<sup>13</sup> DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira Junior. **Princípios do Processo Civil**: noções fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2012, p.58.

<sup>14</sup> BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**, *op. cit.*

### 2.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DECISÃO-SURPRESA: NECESSIDADE DE OITIVA DAS PARTES NA COGNIÇÃO *EX OFFICIO*

Como decorrência lógica do contraditório, o Ordenamento Jurídico rechaça veementemente a chamada decisão-surpresa; assim, a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito dos quais não tenha tomado conhecimento prévio e sobre os quais não tenha tido a oportunidade de se manifestar. Sobre a questão, clarificadoras são as palavras de Nelson Nery Junior:

“Mas o juiz, como sujeito do processo, terceiro imparcial, eqüidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso.”<sup>15</sup>

Ocorre que o Direito Processual Civil vem sofrendo franca evolução, especialmente no que tange à participação ativa do juiz no processo, existindo, atualmente, um rol extenso de questões examináveis de ofício pelo mesmo.

Exatamente aí reside uma delicada questão: poderia o juiz decidir de pronto acerca dessas matérias de ordem pública, ou mesmo nesses casos, haveria a necessidade de prévia oitiva das partes?

Sem sombra de dúvidas, o melhor entendimento aponta para a necessidade de o juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência da questão a respeito da qual pode decidir *ex officio*, para que elas possam, querendo, manifestar-se e tomar as medidas que entendam necessárias.

Esse posicionamento decorre justamente da garantia do contraditório e da conseqüente proibição da decisão-surpresa, de onde se extrai o dever do juiz de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo que serão decididos por ele, seja a requerimento da parte, seja *ex officio*. Pode-se, ainda, dizer que este dever do juiz tem a ver igualmente com a boa-fé processual.

Citando novamente Nelson Nery Junior, tem-se que:

“Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte.”<sup>16</sup>

Compartilha do mesmo pensamento Rui Portanova, para quem:

---

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *op.cit.*, p. 238.

<sup>16</sup> *Idem.*



“Por princípio, as partes não podem ser surpreendidas por decisão que se apóie numa visão jurídica que não tinham percebido ou tinham considerado sem maior significado. Nesse sentido, mesmo o conhecimento de ofício, pelo juiz, deve ser precedido de prévio conhecimento da parte.”<sup>17</sup>

Assim, por exemplo, se o juiz percebe que existe a possibilidade de reconhecer a carência da ação (falta de condição da ação), matéria que pode ser decidida de ofício consoante dispõem os artigos 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil ainda em vigor – dispositivos cujos correspondentes no Novo Código de Processo Civil encontram-se, respectivamente, nos artigos 485, § 3º e 337, § 5º –, ainda que o réu não tenha suscitado a matéria, impende ao juiz mencionar a situação e dar oportunidade para que ambas as partes falem nos autos.

Vale frisar que, apesar de ser uma decorrência natural do princípio do contraditório, a proibição da decisão-surpresa encontra-se prevista no Código de Processo Civil de diversos Estados. Na França, tem-se o artigo 16 do Código de Processo Civil francês, que proíbe o juiz de fundamentar suas decisões sobre questões de direito cognoscíveis *ex officio*, sem que tenha intimado as partes para apresentar suas observações. Também proíbem a decisão-surpresa o artigo 3º, 3 do Código de Processo Civil Português, e o artigo 139, 2 da ZPO (Ordenança Processual Civil), no Direito Alemão.<sup>18</sup>

O Novo Código de Processo Civil, muito oportunamente, proíbe expressamente a abominada decisão-surpresa, conforme prevê o seu art. 10, senão veja-se:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”<sup>19</sup>

Com base em todo o exposto, conclui-se afirmando que a decisão de ofício sobre questão de ordem pública não submetida ao exame das partes é nula por violação frontal ao princípio do contraditório.

Por fim, ainda cabem duas importantes observações: a) também para a aplicação das cláusulas gerais de direito, como, por exemplo, a função social da propriedade, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, o juiz deve ouvir previamente as partes, em obediência ao mandamento do contraditório; b) a proteção contra a decisão-surpresa não inviabiliza, nem atenua, tampouco elimina a utilização, pelo juiz, do princípio processual *iura novit curia*, segundo o qual cabe ao juiz determinar a norma jurídica a ser aplicada à situação concreta exposta na demanda, independentemente de alegação da parte, bem

---

<sup>17</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, p.162.

<sup>18</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, pp. 243-245.

<sup>19</sup> BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**, *op. cit.*

como modificar a qualificação jurídica do direito, desde que observados os fatos e fundamentos jurídicos do pedido.

#### **2.4. LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

O princípio do contraditório, apesar de viga mestra do Devido Processo Legal, não é absoluto. Existem situações em que há uma limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil.

Isto ocorre nos casos em que, pela natureza e finalidade do provimento, há a necessidade de concessão de medida liminar *inaudita altera pars* (sem a oitiva da parte contrária), como é o caso: a) da antecipação de tutela de mérito; b) do provimento cautelar; c) das liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva e ação civil pública.

Esta limitação ao contraditório pauta-se no interesse superior da justiça e não configura infringência ao princípio constitucional em estudo, uma vez que a parte, em um primeiro momento não ouvida, terá a oportunidade de posteriormente se manifestar nos autos, inclusive tendo direito a recurso contra a medida liminar concedida sem a sua participação.

Portanto, em tais casos, o contraditório faz-se, sim, presente, sendo apenas diferido no tempo, postergado, postecipado para momento posterior do procedimento.

Ademais, o próprio caráter provisório das medidas liminares concedidas sem a oitiva da parte contrária – o que faz com que possam ser revogadas a qualquer tempo –, exclui qualquer dúvida acerca da constitucionalidade dessas liminares.

Neste ponto, interessante mencionar que existem algumas críticas às liminares concedidas na ação cautelar de natureza satisfativa, imputando-se a estas a pecha da inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio do contraditório. Atualmente, porém, com a possibilidade de antecipação da tutela de mérito (artigo 273 do Código de Processo Civil ainda em vigência), não há mais lugar para se falar nas impropriamente denominadas “cautelares satisfativas”, sendo que, conforme dito acima, mesmo as antecipações de mérito liminares não violam o contraditório, por serem provisórias, passíveis de impugnação da parte contrária e de revogação a qualquer tempo.

Pode-se concluir o tópico, citando a magistral colocação de Nelson Nery Junior:

“Não é, portanto, a cautelaridade ou satisfatividade do provimento jurisdicional que dá a tônica ao respeito ou desrespeito ao princípio da bilateralidade da audiência. Haveria ofensa ao mandamento constitucional se ao réu, na ação cautelar, não se desse oportunidade de defesa ou de recurso contra a liminar (cautelar ou antecipatória do resultado) concedida a seu desfavor. O cerne da questão se encontra na manutenção da provisoriedade da medida, circunstância que derruba, a nosso ver, a alegada inconstitucionalidade das liminares concedidas sem a ouvida da parte contrária.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 254.

## 2.5. PROCESSO DE EXECUÇÃO E CONTRADITÓRIO

No Processo Civil, o princípio do contraditório se faz presente em todos os tipos de processo adotados pelo ordenamento positivo: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

Certa parcela da doutrina, porém, entende não se verificar o contraditório no processo de execução em face do notório desequilíbrio existente entre as partes no referido processo, isto é, devedor e credor. Defendem este posicionamento Enrico Tullio Liebman, Alfredo Buzaid e Salvatore Satta, dentre alguns outros.<sup>21</sup>

Entretanto, a maioria dos doutrinadores aponta em sentido diverso, defendendo a existência do contraditório no processo executivo, embora de forma menos incisiva do que nos processos de conhecimento e cautelar, pelas próprias peculiaridades do processo de execução. Fazem parte desta corrente de pensamento Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco, Francesco Carnelutti e Ada Pellegrini Grinover. Este é, inclusive, o entendimento sedimentado na Doutrina Alemã.<sup>22</sup>

De fato, o devedor pode manifestar-se de várias maneiras no processo executivo, tanto por ação quanto por defesa. São exemplos de manifestações do contraditório na execução os seguintes direitos conferidos ao executado: nomeação de bens à penhora; oposição de objeção e exceção de executividade; oposição de embargos do devedor e de impugnação ao cumprimento de sentença; oposição da impropriamente chamada exceção de pré-executividade<sup>23</sup>, etc.

Ademais, sobre todo e qualquer ato praticado no processo executivo deve ser dada ao devedor a oportunidade de se manifestar, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

## 3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

### 3.1. CONCEITO E GENERALIDADES

Ampla defesa, como o próprio nome diz, é a defesa ampla pelo indivíduo de suas pretensões, tendo ele o direito de alegar fatos, bem como propor e contraditar provas, e, ainda, interpor recursos contra decisões que lhe forem

---

<sup>21</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, pp. 246-247, nota 418.

<sup>22</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 247, notas 419 e 420.

<sup>23</sup> A nomenclatura correta do expediente em questão seria *objeção de executividade*. Isto porque o termo *exceção* traz a ideia de disponibilidade do direito e, portanto, de preclusão do mesmo no caso de não oposição da exceção, o que não ocorre no caso, já que o objeto do instrumento em estudo é matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio* pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão. De igual modo, a expressão *pré-executividade* também não tem razão de ser, já que se trata da própria executividade do título, e não de sua pré-executividade.

desfavoráveis. Trata-se de uma consequência do princípio do contraditório, mas com características próprias. Apesar do termo *defesa*, constitui, obviamente, garantia inarredável tanto do réu quanto do autor.

Mister ressaltar que referido direito, apesar de amplo, não é absoluto, permitindo, assim, o regramento de seu exercício. Na realidade, conforme muito bem colocado por João Batista Lopes, “ao referir-se à ampla defesa, pretende a Constituição consagrar a garantia da defesa pertinente, necessária e adequada, já que o abuso de direito é vedado pelo sistema jurídico”.<sup>24</sup>

Em assim sendo, a ampla defesa não permite a má-fé processual, de modo que os recursos protelatórios, as lides temerárias e o ato atentatório à jurisdição, em nome de um pretenso direito, não são admitidos, sendo a parte condenada em litigância de má-fé.

O direito à prova, conforme dito acima, é indissociável da ampla defesa, uma vez que, ao alegar fatos, a parte tem o direito de prová-los. A prova, contudo, deve ser necessária, no sentido de relevante para o processo, guardando correspondência com o fato controverso, conexo e ainda não comprovado, de modo que eventual indeferimento de prova desnecessária, com intuito protelatório ou não, não configura violação à ampla defesa.

Neste particular, porém, deve ser ressaltado que a vedação à produção da prova não pode se dar por razões abstratas e lineares, como, infelizmente, ainda se vê nos tribunais, mormente em se tratando de prova testemunhal, uma vez que a aferição da credibilidade e da eficácia de determinado meio de prova somente é possível após a sua realização.

Nessa senda, sábias são as palavras de Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior:

“(...) qualquer limitação arbitrária à produção de provas faz com que corra risco a denominada verdade real, com a prevalência da mais facilmente encontrada verdade formal, o que não se espera e nem se pretende em respeito ao real acesso à justiça.”<sup>25</sup>

O direito de ampla defesa possui duplo perfil, a saber: de um lado, tem-se a defesa em sentido técnico, também chamada de defesa formal, exercida por profissional legalmente habilitado, e; do outro, a defesa em sentido material, conhecida como autodefesa ou autopatrocinio, exercida pela própria parte.

A defesa, para ser ampla, deve ser feita por um profissional com capacidade postulatória, que é, por excelência, o advogado. Isto significa que a defesa técnica é pressuposto essencial ao válido desenvolvimento do processo.

Existem, porém, situações excepcionais em que a lei admite a defesa processual por conta própria, tais como: no caso de *habeas corpus*; na ação trabalhista; na atuação do advogado em causa própria; na ação de alimentos, para se reclamar, devendo, no entanto, um advogado prosseguir com a defesa

---

<sup>24</sup> LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, v. 1, p. 44.

<sup>25</sup> DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de, *op. cit.*, p. 61.

do autor em relação aos demais termos e fases do processo, dentre algumas outras.

### **3.2. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE SOCIAL DO PROCESSO**

A defesa feita de forma meramente burocrática, com a finalidade única de atender formalmente à garantia da ampla defesa caracteriza indubitável violação a esta garantia constitucional.

Da mesma forma que se pretende seja o contraditório efetivo, também a garantia da ampla defesa deve ser plena, efetiva, e não meramente nominal ou formal.

Assim, para que o princípio da ampla defesa atenda verdadeiramente o espírito constitucional, é necessário que haja a sua conjugação com o princípio da efetividade social do processo, de onde se infere que não deve haver barreiras e entraves injustificáveis ao trabalho da parte em prol da defesa de seu possível direito.

São exemplos de manifestações preocupadas com a efetividade da ampla defesa já verificadas nos Tribunais Pátrios: a) a não retirada dos autos da contestação e outras respostas processuais fora do prazo, pois são relevantes os fundamentos e as razões de direito não cobertas pela revelia; b) a admissão e conhecimento de prova documental desatempada em virtude da insatisfatória atuação do procurador da parte; d) a intimação pessoal da sentença às partes.

Na mesma linha de pensamento, bastante interessante a prática do juiz gaúcho Paulo Felipe Becker, que costuma nomear curador especial ao réu revel citado regular e pessoalmente, sob o argumento de que o artigo 5º, LV da Constituição Federal lhe dá resguardo para tanto.<sup>26</sup>

### **3.3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E PROIBIÇÃO DE AUTOINCRIMINAÇÃO**

Decorre da ampla defesa a proibição da autoincriminação, isto é, o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, chamado comumente, no Processo Penal, de princípio *nemo tenetur se detegere*.

Isso significa que ninguém está obrigado a se submeter à situação que prove fato ou circunstância que lhe seja desvantajosa.

Assim é que, no Direito Penal, por exemplo, o réu pode se recusar a participar da reconstituição dos fatos, bem como pode permanecer calado no interrogatório.

Nelson Nery Junior, com a sabedoria que lhe é peculiar, assim expõe o tema:

---

<sup>26</sup> Cf. PORTANOVA, Rui, *op.cit.*, p. 127.

“Não se pode compelir ninguém a produzir prova contra si mesmo, aplicando-se essa garantia tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica. No processo sancionador (administrativo ou penal), o ônus da prova é da acusação, que dela deve se desincumbir pelos meios regulares em direito admitidos, sem obrigar o acusado a fazer prova contra si próprio. No processo civil, o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito objeto da pretensão deduzida em juízo é do autor (CPC 333 I), e o dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor é do réu (CPC 333 II). A inversão desse ônus da prova só é admissível quando prevista expressamente em lei ou por convenção das partes, desde que não se torne excessivamente onerosa ou impossível para a parte que assume o ônus invertido (CPC 333 par. ún.).”<sup>27</sup>

Daí decorre interessante e atualíssima questão: a ordem do funcionário público para que alguém se submeta contra a sua vontade ao conhecido exame do bafômetro é inconstitucional, por ferir o princípio da ampla defesa, uma vez que obriga a pessoa a fazer prova contra si mesma. Deste modo, desobedecer a ordem simplesmente não pode caracterizar, como erroneamente se propaga, crime de desacato ou desobediência.

#### **3.4. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E A SÚMULA VINCULANTE N.º 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Conforme já mencionado, o artigo 5º, LV da Constituição Federal assegura a ampla defesa não só aos litigantes do processo judicial, como também às partes do processo administrativo.

Ademais, também já foi mencionado que a efetiva atuação da ampla defesa técnica representa pressuposto fundamental para que as alegações defensivas não fiquem em segundo plano e possam verdadeiramente influir na formação da convicção do julgador.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça sumulou jurisprudência no sentido de exigir defesa técnica no processo administrativo sancionador, conforme o texto de sua Súmula n.º 343: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.<sup>28</sup>

Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, a Corte Suprema editou a Súmula Vinculante n.º 05, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”<sup>29</sup>. Por se tratar de verbete vinculante, amarra todos os órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se, aí o Superior Tribunal de Justiça – motivo pelo qual a corretíssima Súmula n.º 343 desta Corte deixa de ser aplicada –, bem como todos os órgãos da Administração Pública.

---

<sup>27</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p.268.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 343. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=s%FAMula+343&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=s%FAMula+343&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25 de dez. 2013.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 05. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_032](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032)>. Acesso em: 25 de dez. 2013.

Com a devida vênia, acredita-se que o verbete vinculante acima é flagrantemente inconstitucional, por ofender não só o princípio da ampla defesa, como também o devido processo legal, o direito de ação e a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, entende-se que a melhor solução reside em exercer o julgador administrativo e o juiz controle concreto e difuso da Súmula Vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal Federal, de modo a reconhecer a sua inconstitucionalidade e não a aplicar no caso concreto.

## CONCLUSÃO

O presente estudo buscou fazer um apanhado das principais e mais atuais questões relacionadas ao princípio constitucional e garantia processual fundamental do contraditório e da ampla defesa.

Após a conceituação e competente diferenciação entre contraditório e ampla defesa, foram abordados os aspectos gerais de cada um, tais como previsão legal, abrangência, limitações e regramento de seu exercício, exceções e etc.

Por fim, como âmago do trabalho, pinçou-se uma série de questionamentos de ordem prática em que o princípio do contraditório e da ampla defesa salta aos olhos, traduzindo-se como personagem principal do processo e verdadeiro promotor da tão almejada justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2015.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 343. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=s%FAMula+343&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=s%FAMula+343&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25 de dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 05. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_032](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032)>. Acesso em: 25 de dez. 2013.

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

- DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira Junior. **Princípios do Processo Civil**: noções fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2012.
- FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Version consolidée au 2 août 2013. Disponível em : <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1310EF7777A869580B88BCCF2557E6FF.tpdjo03v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131219](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1310EF7777A869580B88BCCF2557E6FF.tpdjo03v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131219)>. Acesso em: 19 de dez. 2013.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33727>>. Acesso em: 19 de dez.2013.
- LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile**. Milão: Giuffrè, 1970.
- LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, v. 1.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. com a novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.
- PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Texto consolidado pela Direção-Geral da Política de Justiça. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_VF.pdf?nocache=1286970369.12](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12)>. Acesso em: 19 de dez. 2013.