



Princípio constitucional do contraditório

Autor: Gerson Godinho da Costa

Juiz Federal, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Professor da Esmafe/RS

publicado em 29.08.2014

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente ensaio aborda o princípio constitucional do contraditório a partir de seu viés constitucional, bem como os efeitos daí emanados em direção aos ramos jurídicos processuais, civil e penal. Examina o pressuposto da “paridade de armas entre os litigantes”, bem como outros aspectos nos quais o preceito constitucional apresenta-se significativamente sensível, como nos casos de assistência profissional e tutelas antecipatórias. Outrossim, é abordado no que concerne ao que se convencionou denominar ‘prova emprestada’ e sua influência nos procedimentos administrativos.

Palavras-chave: Contraditório. Princípio constitucional. Processo civil. Processo penal. Procedimentos administrativos.

Sumário: Introdução. 1 Conceituação. 2 Paridade de armas. 3 Assistência profissional. 4 Prova emprestada. 5 Tutelas antecipatórias. 6 Oportunidade processual do contraditório. 7 Contraditório nos procedimentos administrativos. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O princípio do contraditório é ínsito ao conceito de Estado Democrático de Direito. Conforme assinala José Joaquim Gomes Canotilho, o preceito em tela manifesta-se como garantia processual e procedimental, dimensão formal do princípio do Estado de Direito.(1)

No ordenamento jurídico pátrio, encontra-se previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.(2)

A estreita vinculação do princípio do contraditório com o Estado Democrático de Direito é evidenciada, ainda que apenas sob o aspecto formal, com a correspondente, porém acanhada, posituação contida na Carta anterior, originada no estado de exceção iniciado em meados da década de sessenta. Deveras, dispunha o § 16 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.(3)

Deve-se destacar, dessa assertiva, que a posituação do princípio do contraditório não assegura sua exigível aplicação. Em outros termos, sua previsão formal é insuficiente para assegurar eficaz incidência. Duas questões de ordem prática evidenciam essa noção, ambas apreendidas ainda sob a égide da Carta anterior.

A garantia, nos termos em que inculpada, não evitou as mais distintas e graves violações dos direitos humanos, sob o fundamento de contenção de movimentos de cunho nitidamente político, procedimento assaz longínquo da determinação

constitucional. A práxis repressora implementada pelo governo militar de antanho tornou meramente figurativa a regra que estabelecia o contraditório.(4)

Por outro lado, paradoxalmente, nos estertores desse regime, de acordo com Nelson Nery Junior,(5) o alcance do aludido dispositivo foi sensivelmente alargado pela doutrina, que lhe emprestou abrangência equivalente à presente regra constitucional.

Nesse contexto, afigura-se isenta de reparos a afirmação de que o princípio do contraditório não se implementa no momento de seu puro e simples acolhimento formal. O Estado Democrático de Direito pressupõe, necessariamente, seu cumprimento substancial.

Conquanto lógica tal conclusão, o exame de algumas circunstâncias, inclusive consubstanciadas em práticas forenses sob respaldo legal, denotam que o princípio do contraditório não está próximo de satisfatória imposição. Algumas dessas discussões pontuais, observáveis na prática do processo civil ou do processo penal, serão objeto de desenvolvimento, sem a pretensão, no entanto, de exauri-las, ou mesmo de qualificar outras como desimportantes.

1 Conceituação

Qualificando-se o princípio do contraditório como vértice do Estado Democrático de Direito, dentre outros não menos importantes, é previsível que sua definição pressuponha essa especial qualidade. Porém, não deve ser olvidado que se encontra, outrossim, particularmente associado ao princípio da igualdade das partes e do direito de ação, erigindo-se como garantia constitucional individual, conforme professa José Afonso da Silva.(6)

Não obstante, mesmo sua estreita vinculação com aludidos preceitos não proporciona desacidatada conceituação, naturalmente por conta de seu sinuoso emprego em determinados contextos históricos, políticos ou sociológicos.

Ainda assim, a ingente tarefa deve ser cumprida, não sendo desautorizado conceituá-lo como instrumento jurídico que assegura aos litigantes a discussão das questões apresentadas ao juízo, possibilitando-lhes, com prévio conhecimento do que foi apresentado pela parte contrária,(7) razoável manuseio de suas articulações e seu material probatório, quando necessário.

Diante desse conceito, deslumbra-se a necessidade de diálogo com outro preceito constitucional, igualmente congênito ao Estado Democrático de Direito, o da ampla defesa. É incompreensível cogitar de resistência, ou de sua efetiva possibilidade, quando não inteirado sobre seu objeto. Por isso, Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover compreendem o princípio do contraditório como “ciência bilateral dos atos contrariáveis”,(8) inclusive referindo a necessidade de informação com possibilidade de reação.(9) Não por outro motivo, Vicente Greco Filho vincula sua finalidade à “garantia de efetivação da ampla defesa”.(10)

Oportuno transcrever, por sinalizar com essas tematizações, a definição de Nelson Nery Junior(11):

“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.”

Importa, pois, o ônus de **ação** ou **reação** (defesa), na medida do possível em idênticas condições. Constitui-se, assim, consoante suas diretrizes conceituais, conforme acentua Ovídio Araújo Baptista da Silva, “princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional” .(12)

2 Paridade de armas

A inequívoca relevância do princípio do contraditório para realização do Estado Democrático de Direito, não apenas intrinsecamente, mas também por suas relações com outros princípios constitucionais importantes, exige a noção do que se convencionou denominar “paridade de armas”.

É pressuposto do contraditório que, no cenário específico do embate processual, sejam observados parâmetros que ensejem disputa equânime, sem estabelecimento de mecanismos que possam desequilibrá-la. Dessa constatação é extraída outra relação do contraditório, agora com o princípio da isonomia processual. De outro lado, autoriza a observância de fundamentos racionais que sugere readequações para disputa proporcionalmente harmoniosa.

Exemplificativamente, inexistindo razão suficiente que determine distinção, às partes contrapostas devem ser oferecidos prazos para manifestação idênticos. Sob outra ótica, nada obsta que se intervenha na atuação do profissional habilitado, inicialmente contratado por qualquer dos litigantes, com o escopo de garantir efetiva reação à pretensão apresentada, mormente nas hipóteses das ações penais, situação que será examinada adiante.

Com base nessas premissas, torna-se discutível a possibilidade de qualquer das partes manter contato direto, ou por intermédio de seu representante, com o julgador, especialmente por conta de autorização contida no inciso VIII do art. 7º da Lei nº 8.906/94.**(13)**

Não deve ser olvidado que o magistrado decide questões que, em regra, concentram interesses contrapostos, cada qual representado, quase sempre, por um advogado. Esses interesses são transmitidos ao processo de forma que não apenas o julgador deles conheça, mas que especialmente a parte contrária seja cientificada. É assim que se instaura a necessária dialética processual. Cada litigante deduz suas pretensões, sempre de forma a permitir que seu adversário possa opor algum tipo de resistência. A observância desse mecanismo é que efetiva o contraditório. E inerente a essa mecânica está o preceito da publicidade. O juiz precisa firmar suas convicções com base no material argumentativo e probatório apresentado pelas partes, como forma de objetivar sua decisão, demonstrando à sociedade que não exerceu seu papel constitucional arbitrariamente.

Portanto, é autorizado indagar se essa lógica é observável nas hipóteses em que pretensões e resistências são formuladas diretamente ao julgador sem conhecimento da parte contrária, podendo influenciar na formação da convicção do juiz, que a externará sem base nos elementos dispostos nos autos. Nesse cenário, parece evidente que os interesses opostos àqueles representados pelo advogado que influenciou na decisão serão lesados. E o prejuízo terá origem não em eventual tibiez de argumentos ou provas.

Não é demais repisar que ambos os litigantes são representados por advogados. Logo, o desequilíbrio não é apenas entre as partes, mas igualmente de exercício profissional, o que está a indicar, ainda que de forma reflexa, violação à prerrogativa do advogado alijado do contato que seu colega manteve com o juiz.

Obviamente, por conta dessas circunstâncias, o julgador não deve atuar em prejuízo da jurisdição. Pelo contrário, é recomendável que, quando necessário, estimule contatos com ambas as partes. Também há situações em que se revela oportuna comunicação direta com o advogado, sem qualquer prejuízo ao contraditório ou à publicidade. Por exemplo, para a correção de um equívoco material encontrável em medida de natureza urgente.

Longe das situações antes aventadas, cuja informalidade é verificável tão somente no momento da prática processual, insta registrar que também o sistema jurídico pode recomendar ou determinar tratamentos díspares que, afinal, têm por objetivo apenas equilibrar a disputa. Ao julgador compete “assegurar às partes igualdade de tratamento”(art. 125, inciso I, do CPC). **(14)** Nesse norte, é preciso investigar sobre a legitimidade constitucional de o magistrado intervir no processo com a finalidade de garantir a efetivação do contraditório.

Retoma-se, para resposta à indagação, a necessidade de o contraditório, para sua caracterização, apresentar-se sob o aspecto substancial, e não apenas formal. Ele apenas se consolida quando se afigura, nas palavras de Nelson Nery Junior, “efetivo, real e substancial”.(15)

Sendo a ampla defesa, enquanto reação, outro desdobramento do princípio do contraditório, ela recebe peculiar tratamento no sistema processual penal, devendo o julgador inclusive nomear defensor ao acusado que dele não dispõe (artigos 261 e 497, inciso V, do CPP).(16) A garantia se estende a ponto de a jurisprudência ter consolidado entendimento de que é nulo o processo tanto por ausência quanto por deficiência de defesa, neste caso quando houver prejuízo ao acusado. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, curiosamente sob o páro de governo autoritário, editou a Súmula 523 nos seguintes termos: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.(17)

O processo civil apresenta solução distinta, especificamente no que tange ao revel em litígio que trate de direitos disponíveis (art. 319 c/c o art. 320, inciso II, do CPC). Interessante é que, autorizado o paralelo, cogita-se dos efeitos da revelia seja por ausência (art. 319 do CPC), seja por deficiência de defesa (art. 302 do CPC). Sem embargo, setores doutrinários, embora sem respaldo majoritário, têm preconizado desenlace distinto, aproximando, nesse aspecto, ambas as áreas processuais, mediante preocupação indistinta com a qualidade da atuação das partes. Assim, estaria o julgador autorizado, pela apreciação das provas coligidas, ainda que em decorrência de determinação *ex officio*,(18) a mitigar a aplicação dos efeitos da revelia, porquanto caracterizada como *juris tantum* a presunção de que trata o art. 319 do CPC.

Sobre a matéria, Rui Portanova informa interessante interpretação da sistemática específica do instituto da revelia sob a égide da Carta Constitucional vigente(19):

“Ainda em relação à revelia, vale salientar o entendimento do juiz Paulo Becker. O digno magistrado costuma nomear curador ao réu revel, mesmo quando citado regular e pessoalmente. Sustenta aquele magistrado que o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal lhe dá amparo. É que de disposição análoga contida nos parágrafos 15 e 16 do art. 153 da Constituição de 1969 sempre se deduziu que as normas jurídicas de hierarquia inferior deveriam dispor que, se acusado criminalmente não providenciasse sua defesa, o próprio Estado, por nomeação judicial, devesse suprir a omissão, por meio de defensor dativo.”

Perfilhando similar orientação, foi proferido aresto do qual se extrai da ementa o seguinte excerto(20): “A intempestividade da contestação tem como consequência a decretação da revelia do réu, o que, por si só, não impõe ao julgador o acolhimento total da pretensão deduzida pelo demandante na inicial”.

E do voto da Relatora, o fragmento que segue:

“Da análise dos autos, constata-se que o mandado de citação foi juntado aos autos em 19.12.2002 (fl. 21, verso), e a contestação foi apresentada em 26.12.2002 (fl. 25). Portanto, em tendo decorrido o prazo contestacional, deve ser decretada a revelia do demandado, o que, por si só, não impõe ao julgador o acolhimento total da pretensão deduzida pelo demandante na inicial. Cumpre esclarecer que, nos termos do art. 319 do CPC, ‘Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor’. Entretanto, ‘(...) A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, em face da revelia do réu, não é absoluta, mas relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz. (...)’ (REsp nº 104.136-SE, 3ª Turma, STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 04.12.97). Assim, embora deva ser reconhecida a revelia do réu, tal não acarreta a procedência do pedido inicial.”

Diversamente ao disposto no art. 130 do CPC, o art. 156 do CPP expressamente

autoriza ao juiz, de ofício, a produção de provas, porém somente nas hipóteses de produção antecipada de provas ou para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Não obstante, a reforma implementada pela Lei nº 11.690/2008 não aproximou o sistema processual penal pátrio substancialmente do chamado modelo acusatório. Pelo contrário, admitiu outra hipótese de atuação judicial que dispensa prévia provocação dos litigantes: “a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida”.

Prevalece a orientação, tanto na doutrina(21) quanto na jurisprudência,(22) de que o aludido dispositivo não viola o princípio do contraditório. Entretanto, essa interpretação tem sido censurada especialmente por parte de adeptos do denominado garantismo penal. Para estes, incumbe exclusivamente às partes a produção de provas suficientes à condenação ou à absolvição do denunciado, (23)em estrita obediência ao princípio do contraditório. Mas a crítica merece reparos, especialmente quando o julgador intervier por deficiência da defesa técnica, suprindo omissões que poderiam beneficiar o próprio denunciado.

Dessarte, o julgador, ainda que não possa atuar de forma parcial, em defesa de interesses de uma das partes, em prejuízo do necessário equilíbrio exigido pelo contraditório, ao mesmo tempo deve priorizar soluções sustentadas em elementos outros que não simples presunções legais. E, assim como no processo penal, deverá pautar-se, no processo civil, em busca de elementos que lhe ensejem julgamento o mais próximo possível de como os fatos ocorreram, ou, para se utilizar de expressão jurídica comezinha, mas carente de precisão filosófica, tentar alcançar a “verdade real”, não limitado, pois, à denominada “verdade formal”.

3 Assistência profissional

É inegável premissa acerca da complexidade da ciência jurídica, que a cada instante apresenta novas especializações alcançadas em suas mais diversas áreas. Entrementes, é improvável, exceto em situações peculiares, que o leigo em assuntos dessa natureza possa alcançar sucesso em demanda proposta sem o auxílio de profissional habilitado. Conforme pontifica Rui Portanova, “dado essencial para a plena efetividade do contraditório é a obrigatória e efetiva participação do advogado”.(24)

Todavia, deve ser apreciada a correção da assertiva sob três circunstâncias distintas: quando as partes litigantes encontram-se representadas por causídicos regularmente habilitados, quando ambas estão desacompanhadas e quando apenas uma pode contar com préstimos profissionais.

É evidente que, no que se refere ao tópico em comento, nas primeiras situações, não haverá prejuízo, em tese, ao contraditório. Eventual deficiência de representação foi referida anteriormente, assim como sua ausência. Consequentemente, se uma das partes não se encontra representada, ou adequadamente assessorada, ou mesmo não atua em causa própria quando para tanto autorizado legalmente, certamente se estará diante de violação do princípio. Porém, não é defeso adjetivar de incorreta a conclusão quando o próprio sistema sinaliza com a possibilidade de a demanda ser apresentada em juízo com a dispensa de capacidade postulatória, aliás, resguardando e ressalvando a situação em que uma das partes apresente-se representada.

Por conta dessa ressalva, estar-se-á admitindo o sistema erigido por diplomas legais que têm por objetivo facilitar o acesso ao Poder Judiciário, implementado pelas Leis nºs 9.099/95(25) e 10.259/2001.(26)

4 Prova emprestada

Independentemente da posição adotada pelo operador quanto à admissibilidade de intervenção judicial na produção das provas, outra discussão impõe-se nesta mesma área, agora relacionada à possibilidade de aproveitamento do material probatório produzido alhures.

A recomendação doutrinária, para aqueles que consentem a prova emprestada, visto que a matéria não é pacífica,(27) é que as partes expressamente a ratifiquem, e, mesmo quando haja identificação dos litigantes do processo atual com aquele no qual foi originalmente produzida, seja ensejada sua rediscussão. (28)

De qualquer sorte, a fim de obstaculizar eventual violação ao princípio do contraditório, é aconselhável solução tópica a respeito da pertinência da prova emprestada. No plano prático, ante a impossibilidade de contradita (art. 414, § 1º, do CPC) ou questionamento (art. 416, *caput*, do CPC) e apresentação de quesitos (art. 421, § 1º, inciso II, do CPC), respectivamente quando da produção das provas testemunhal(29) e pericial,(30) é praticamente inviável a transferência de elementos probatórios.

Note-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido, em algumas situações, contanto que observada a cautela de se atentar para o princípio do contraditório, a utilização da prova emprestada:

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO IMPETRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DA NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO E DA NULIDADE DA PROVA EMPRESTADA: IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal provas emprestadas de outro processo-crime. Precedentes. 2. Este Supremo Tribunal assentou que, no sistema processual penal vigente, a declaração de nulidade depende de demonstração de prejuízo efetivo para a defesa ou a acusação, ou de comprovação de interferência indevida na apuração da verdade substancial e na decisão da causa; não se declara nulidade processual por presunção. Precedentes. 3. Não procede o argumento de inocorrência da intimação pessoal do Defensor Público. 4. Os fatos descritos na sentença penal condenatória caracterizam a dedicação da Paciente às atividades criminosas e foram sopesados pelas instâncias de mérito para o fim de afastar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. 5. Ordem denegada.”(31)

5 Tutelas antecipatórias

O princípio do contraditório pressupõe a adoção de medidas judiciais após manifestação dos litigantes, no mínimo depois de angulada a relação processual com a citação do demandado. Sem embargo, há hipóteses em que são alcançadas à parte tutelas jurisdicionais específicas, em caráter excepcional, e temporalmente situadas antes da manifestação da parte contrária. São as situações de tutela antecipatória pela concessão de medidas liminares, previstas em diversos diplomas legislativos,(32) mas com conteúdo genérico previsto no art. 273 do CPC.

Da mesma forma, no Código de Processo Penal são encontrados exemplos de medidas antecipatórias, destacando-se as medidas assecuratórias (art. 125 e ss.), a prisão preventiva, a prisão domiciliar e outras medidas cautelares, estas últimas decorrentes de sensível alteração no regime das prisões cautelares por determinação da Lei nº 12.403/2011 (art. 311 e ss.).

Nas situações antes aventadas, contudo, não se cogita de violação ao preceito ora sob comento. Resolve-se a questão pela harmonização da tensão havida entre os princípios constitucionais do contraditório e da efetividade do processo, consoante percuciente escólio de Teori Albino Zavascki.(33)

É indubitável, nesse espaço, a contaminação da ciência processual por institutos de natureza nitidamente constitucional. Deveras, há que se destacar a inexistência, pelo menos no sistema pátrio, de princípios jurídicos absolutos. Ao contrário do apregoado por Humberto Teodoro Junior,(34) também o contraditório pode ser relativizado, cedendo espaço, topicamente, a outro princípio mediante interpretação hierárquico-sistemática, na linha da doutrina sustentada por Juarez Freitas.(35)

Forçoso reconhecer, ainda, que por vezes é facultado às partes o exercício do contraditório, porém de forma diferida, porquanto as medidas antecipatórias possuem caráter provisório, podendo ser processualmente impugnadas, permitindo o sistema sua revisão ou revogação.(36) O contraditório estará assegurado, pois, em virtude da sindicância plena da decisão que concedeu tutela antecipatória.

Não obstante, há situações em que é inviável o contraditório, especialmente quando se tratar das emblemáticas decisões antecipatórias satisfativas, que esgotam o objeto da demanda pelo seu próprio cumprimento. Ainda aqui se estará diante do conflito de princípios constitucionais, cuja solução somente encontra pertinência quando de sua aplicação prática.

6 Oportunidade processual do contraditório

Em linhas gerais, o processo civil dispõe de três mecanismos de atuação distintos e identificáveis da tutela jurisdicional, apesar de, por vezes, confundirem-se por conta de especificidades de determinados procedimentos (dos quais são notáveis exemplos as denominadas ações executivas *lato sensu*(37)): processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

Tais conteúdos são também observáveis no processo penal: processo cognitivo (do qual advirá condenação ou absolvição do acusado), processo executivo (em caso de procedência da vestibular acusatória – Lei nº 7.210/84, Lei de Execuções Penais) e processo cautelar (de que são exemplo as medidas assecuratórias e as restrições cautelares à liberdade).

Embora alguns setores da doutrina entendam inexistir contraditório no processo executivo, é indubitável que, em qualquer dos âmbitos alcançados por tal classificação, submetem-se ao aludido princípio constitucional.(38) Afigura-se inconvincente a tese de que o processo executivo não o observa,(39) porquanto há instrumentos específicos que permitem a discussão de certos aspectos, (40)e.g., a denominada exceção de executividade,(41) resultado, aliás, de criação pretoriana.(42)

7 Contraditório nos procedimentos administrativos

Tudo indica que não remanescem alterações sobre a necessidade de observância do princípio do contraditório pelos procedimentos administrativos. Segundo Hely Lopes Meirelles, o contraditório configura princípio básico da Administração Pública,(43) enquanto para Celso Antonio Bandeira de Mello reveste-se de salvaguarda do próprio interesse público.(44)

Não deve haver hesitação quanto à escorreita aplicação do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que expressamente menciona processo administrativo, frente à edição do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, que prescreve: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.(45)

Expressiva particularidade, entretanto, deve ser tecida no que tange ao inquérito policial, instituto específico do processo penal, mas cujas conclusões podem ser, eventualmente, extensíveis, no que couber, ao inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85).

Segundo doutrina(46) e jurisprudência(47) prevalecentes, o inquérito policial não se submete ao princípio do contraditório. Sustenta-se que, primeiro, vinculado tal procedimento administrativo ao sistema inquisitório (e não ao contraditório, como sucede com o processo penal)(48), não pode o suspeito **reagir** aos atos praticados nessa oportunidade, mesmo porque, posteriormente, ser-lhe-á assegurada ampla defesa. Defende-se, em segundo lugar, que o inciso LV, ao referir-se a **acusados em geral**, não estaria albergando os investigados pelo processo penal, senão tão somente após o indiciamento.(49)

A ilação, entretanto, tem se submetido a restrições.(50) Ainda que inexigível contraditório pleno – porque contrário à sua própria finalidade investigativa –,

um mínimo de possibilidade de intervenção do investigado deve ser permitido, especialmente quanto à necessidade de comunicação imediata da existência de investigação e à participação na produção antecipada de provas irrepetíveis, como oferecimento de quesitos.(51)

A propósito, o Supremo Tribunal Federal sedimentou orientação no sentido de inadmitir intervenção de interessados quando da realização de diligências investigativas, conforme exposto no julgado que segue(52):

"I. *Habeas corpus* prejudicado dado o superveniente julgamento do mérito do mandado de segurança cuja decisão liminar era objeto da impetração ao Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, deste. II. *Habeas corpus*: inviabilidade: incidência da Súmula 691 '(Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar)'. III. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. *Habeas corpus* de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas."

De resto, a Lei nº 11.960/2008 alterou significativamente o art. 155 do Código de Processo Penal ao estabelecer que o julgador "formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Dessarte, embora não submetido o inquérito policial ao contraditório, pelo menos em maior amplitude, é imprestável para embasar, por si só, condenação criminal.

Conclusão

O princípio do contraditório é exemplo de que o Direito não deve apresentar construções e institutos estanques, visto configurar instituto que dialoga com outros pertencentes a campos jurídicos diversos.

Parece evidente que sua natureza constitucional predomina sobre as demais, menos pela rarefeita disciplina contida na Carta Magna do que pela necessária hierarquização havida entre esta e as normas infraconstitucionais.

Por esse motivo, o princípio do contraditório opera a partir da Constituição

Federal, irradiando efeitos nos demais ramos do Direito, até então muito pouco impregnados dessa característica específica.

No entanto, não sem importantes e profundos reflexos sucede essa operação. Como visto, antes se reputava hermeticamente restrito no processo penal, isento de contaminações constitucionais, o que redundava no seu alijamento do inquérito policial. Somente a reversão dessa realidade é que determinou o alheamento dessa rigorosa separação.

Por outro lado, não devem ser obstaculizadas construções que resultaram na forma pela qual hodiernamente são encaradas as disciplinas infraconstitucionais. Há, *e.g.*, justificativa constitucional para instrumentos de tutela antecipatória, entretanto, erigidos sob a ótica e os comando dos delineamentos científicos processuais. Sua extirpação, dessarte, antes de preservar a efetividade constitucional, apresentaria resultado exatamente contrário.

O que está a exigir a Constituição Federal dos operadores do Direito é o balanço equânime desses institutos, independentemente de suas naturezas jurídicas, visando emprestar-lhes a mais ampla eficácia e preservar, no mais alto grau, a ideia de sistema.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 706p.

ARNS, Paulo Evaristo et al. **Brasil nunca mais**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. 314p.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 1292p.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506p.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 370p.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 309p.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 514p.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 267p.

_____. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 502p.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1404p.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 378p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 770p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 938p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 740p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 306p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1156p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 308p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 882p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 588p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 718p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 644p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. 234p.

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>

<<http://www.stj.gov.br/SCON/>>

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>

<<http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php>>

<<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao>>

Notas

1. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 274.

2. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

3. <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=364989&seqTexto=1&PalavrasDestaque>.

4. Há farta bibliografia sobre o período histórico em comento, cujo início cinquentenário foi comemorado no ano corrente, igualmente não sendo poucos os trabalhos que se detiveram especificamente sobre prisões sem observância de prévio processo penal que observasse o contraditório, além de diversas ilegalidades, sem olvidar da prática de tortura por agentes do Estado. Apenas exemplificativamente, pela atualidade e percuciência: GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. E pelo caráter de denúncia, em que são apresentados depoimentos colhidos com os torturados: ARNS, Paulo Evaristo et al. **Brasil nunca mais**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

5. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170.

6. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 430.

7. O que implica necessária comunicação de todos os atos processuais, não apenas os praticados pelas partes, mas igualmente aqueles determinados pelo julgador. Nesta parte sucede outra intrincada discussão referente às

comunicações fictas, como as intimações e citações por edital ou por hora certa. Outra vez deve ser ressaltada a importância do tema, o qual, sem embargo, não será tratado neste trabalho por conta de sua especial conexão com o princípio da publicidade dos atos processuais.

8. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 58.

9. *Ibid.*, p. 59.

10. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 58.

11. NERY JUNIOR, *ob. cit.*, p. 172.

12. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70.

13. <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=349751&seqTexto=1&PalavrasDestaque>.

14. BRASIL. **Código de Processo Civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Doravante, todas as citações do Código de Processo Civil – CPC estarão informadas pela presente nota.

15. Nery Jr., *op. cit.*, p. 172.

16. BRASIL. **Código de Processo Penal**. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. Doravante, todas as citações do Código de Processo Penal – CPP estarão informadas pela presente nota.

17. <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>.

18. A despeito da regra contida no art. 130 do CPC, é polêmica a assertiva, pelo menos quando a controvérsia limitar-se a direitos disponíveis. Alguns arestos reafirmam a vedação invocando o brocardo latino *iudex secundum allegata partium iudicare debet* (REsp 33.200/SP, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J.U. 15.05.1995, p. 13407; AC 97.04.40077-2/PR, Terceira Turma do TRF4ªR., Rel. Juíza Luíza Dias Cassales, D.J.U. 03.05.1999, p. 125), enquanto outros emprestam amplitude irrestrita à norma processual (AC 70006399182, Quinta Turma Cível do TJRS, Rel. Desa. Ana Maria Nedel Scalzilli, D.J.E. 07.08.2003; – AC 195159934, Nona Câmara Cível do TJRS, Rel. Desa. Regina Maria Bollick, D.J.E. 15.02.1996). Na hipótese de direitos indisponíveis, é razoável – parecendo não transgredir o princípio do dispositivo – a possibilidade de o julgador determinar de ofício a produção de determinadas provas. Solução diversa embaraçaria adequado julgamento de, por exemplo, ação de reconhecimento de paternidade em que a parte-autora, por desídia ou ignorância, deixasse de expressamente postular a realização de exame de DNA (REsp 192.681/PR, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J.U. 24.03.2003, p. 223; REsp 222.445/PR, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J.U. 29.04.2002, p. 246). Com relação aos acórdãos citados, prestaram-se à consulta os seguintes sítios da rede mundial de computadores – Internet:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> (Supremo Tribunal Federal), <http://www.stj.gov.br/SCON/> (Superior Tribunal de Justiça), <http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php> (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) e http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

19. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 161.

20. AC 70008567828, Décima Terceira Câmara Cível do TJRS, Rel. Desa. Lúcia de Castro Boller, data do julgamento 31.03.2005, acórdão publicado em 06.05.2005.

21. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 346.
22. A respeito, os julgados que seguem: RHC 12.757/BA, Sexta Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Medina, D.J.U. 15.09.2003, p. 401; HC 70014318141, Segunda Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez, D.J.E. 04.05.2006.
23. ACrim 70008219909, Quinta Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, D.J.E. 30.09.2004. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 539 et. seq.
24. Portanova, op. cit., p. 164.
25. <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=348608&seqTexto=1&PalavrasDestaque>.
26. <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=330060&seqTexto=1&PalavrasDestaque>.
27. Pedro Batista Martins apresenta posicionamento no sentido da inadmissibilidade da prova emprestada (apud Nery Jr., ob. cit., p. 191).
28. MS 9.850/DF, Terceira Seção do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, D.J.U. 09.05.2005, p. 293; AC 2004.71.07.001031-4/RS, Segunda Turma do TRF4ªR., Rel. Des. Dirceu de Almeida Soares, D.J.U. 23.11.2005, p. 837; AC 2005.04.01.010210-1/RS, Primeira Turma do TRF4ªR., Rel. Des. Álvaro Eduardo Junqueira, D.J.U. 29.06.2005, p. 494; COR 2004.04.01.030649-8/RS, Sétima Turma do TRF4ªR., Rel. Des. José Luiz B. Germano da Silva, D.J.U. 13.10.2004, p. 717; AC 70014604649, Décima Câmara Cível do TJRS., Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, D.J.E. 28.06.2006.
29. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça acatando o aproveitamento de depoimentos testemunhais em processo distinto, mas mediante expressa concordância da parte (HC 9.950/MS, Sexta Turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal, D.J.U. 18.10.1999, p. 282).
30. O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, todavia, tem admitido a utilização em processo previdenciário da prova pericial produzida perante a Justiça do Trabalho, bastando que não haja impugnação do ente público litigado (AC 2000.04.01.088049-5/RS, Quarta Turma do TRF4ªR., Rel. Juiz Eduardo Tonetto Picarelli, D.J.U. 02.10.2002, p. 798; — AC 96.04.07.050-9/RS, Sexta Turma do TRF4ªR., Rel. Juíza Cláudia Cristina Cristofani, D.J.U. 31.03.1999, p. 417).
31. HC 112341/SP, Segunda Turma do STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, D.J.E. 12.09.2013.
32. Procedimentos específicos admitem a concessão de tutelas antecipatórias, previstos tanto no CPC, como os das ações possessórias (art. 928) ou dos processos cautelares (art. 797), quanto em legislações esparsas, *v.g.*, do mandado de segurança (inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/51), da ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347/85), da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade (artigos 10 e 21 da Lei nº 9.868/99), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 5º da Lei nº 9.882/99). Todos os diplomas citados foram consultados no Código de Processo Civil já referido.
33. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58 et. seq.
34. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 28.
35. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 309 p.
36. Nery Jr., op. cit., p. 185 et. seq.

37. ZAVASCKI, op. cit., p. 5 et. seq.

38. Nery Jr., ob. cit., p. 178.

39. Respeitável doutrina professa que os princípios relativos ao processo cognitivo não informam o executivo, o qual é balizado pelas seguintes diretrizes: autonomia, título, patrimonialidade, resultado, disponibilidade e adequação (ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99).

40. Portanova, ob. cit., p. 162.

41. Pertinente o magistério de Nery Jr. sobre o que se convencionou reconhecer, impropriamente, como **exceção de pré-executividade** (ob. cit., p. 180 et. seq.).

42. Outros exemplos podem ser alinhados, em reforço à tese, como os embargos à execução e a discussão a respeito da correição de cálculos.

43. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94.

44. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

45. <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=322239&seqTexto=1&PalavrasDestaque>

46. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 91; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 217.

47. HC 82.354/PR, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.U. 24.09.2004, p. 42; RHC 15.507/PR, Quinta Turma do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, D.J.U. 31.05.2004, p. 328; REsp 55.178/MG, Sexta Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, D.J.U. 19.12.1994, p. 35338.

48. Como característica do princípio do contraditório, assinala-se exatamente sua oposição ao sistema inquisitorial (ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32).

49. Nery Jr., ob. cit., p. 177, satisfaz-se com o acesso aos autos, quando então se estará prestando obediência ao contraditório. Todavia, o simples acesso aos autos não se confunde com o contraditório, que pressupõe participação ativa do investigado.

50. DINAMARCO; CINTRA; GRINOVER, op. cit., p. 58.

51. LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 269-270.

52. HC 87.827/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.U. 23.06.2006, p. 53.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

COSTA, Gerson Godinho da. Princípio constitucional do contraditório. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.61, ago. 2014. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Gerson_da%20Costa.html>

Acesso em: 02 out. 2014.