



A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

ALMEIDA, Marcelo Pereira de
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – UFF;
Advogado; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP;
Professor de Direito Processual Civil da UNILASALLE-RJ, da UNESA e da EMERJ;
Professor Adjunto e Professor Colaborador do Programa
de Mestrado de Justiça Administrativa da UFF
mpalmeida04@yahoo.com.br

166

MASCARENHAS, Eloisa Cinthia da Silva
Bacharel em Direito – UNILASALLE-RJ; Estagiária
eloisamascarenhas@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho versa sobre a garantia constitucional do princípio do contraditório. Parte-se da evolução histórica do contraditório com o fito de se identificar o tratamento atribuído ao contraditório em diferentes momentos históricos. A partir disso, busca-se averiguar, com base na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, o delineamento dos contornos dado à garantia do contraditório, encarado como direito humano. Em seguida, debruça-se na apuração de elementos que obstaculizam a efetivação da referida garantia. Com base na forma de Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos compromissos assumidos pelo Brasil na órbita internacional, procura-se rechaçar tais elementos que se encontram desde a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal até nas reformas legislativas operadas sob a influência do neoliberalismo.

Palavras-chave: Contraditório. Direitos humanos. Democracia

ABSTRACT

This essay deals with the constitutional guarantee of the contradictory principle. It is part of the historical evolution of contradictory with the aim to verify the treatment given to the contradictory at different historical moments. From this, we seek to determine, based on the Human Rights international jurisprudence courts, outlining the contours given to guarantee the contradictory, regarded as a human right. Then, it focuses on the determination of elements that hinder the effectiveness of such guarantee. Based on the form of a democratic state deployed by the Federative Republic of Brazil Constitution in 1988 and the commitments made by Brazil on an international level, we seek to reject such elements found from the case law of the Honorable Supreme Court to the legislative reforms operated under the influence of neoliberalism.

Key-words: Contradictory. Human rights. Democracy



1) INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por escopo traçar os atuais contornos da garantia constitucional do princípio do contraditório. Para tanto, parte-se da evolução histórica do contraditório, em especial do modelo de Estado Medieval, com o fito de se identificar o tratamento atribuído ao contraditório em cada momento histórico a ser analisado.

Em seguida, busca-se averiguar, com base na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, os delineamentos atribuídos à garantia do contraditório, elevado à categoria de direito humano.

Procura-se, ainda, apurar o conteúdo atual da garantia do contraditório a partir da doutrina, sem se olvidar da responsabilidade internacional do Estado brasileiro em caso de descumprimento de direitos e garantias previstas em tratados que seja parte.

2) A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRADITÓRIO E SUAS VARIAÇÕES

Em diferentes momentos históricos e sistemas processuais, o tratamento e a importância dada ao contraditório varia com avanços e retrocessos. As variações do contraditório ao longo do tempo ditam o modo de ser do processo e da própria atividade jurisdicional (PICARDI *apud* SCHENK, 2013, p. 25).

Em paralelo à evolução histórica do Estado, o contraditório evolui-se, recebendo tratamento distinto a depender do tipo de Estado que estamos a nos referir. Partimos do Estado Medieval.

Na Idade Média, não existia uma concentração de poder no Estado. Pelo contrário, no Estado Medieval havia uma fragmentação de poder. Cogitando sobre a afirmação do Império da Cristandade, o Papa Leão III conferiu a Carlos Magno o título de Imperador, no ano de 800. Ainda que a unidade política superior, no plano formal, fosse o império, na prática não havia uma autoridade e ordem que se correspondessem, pois coexistia *“uma infinita multiplicidade de centros de poder, como os reinos, os senhorios, as comunas, as organizações religiosas, as corporações de ofícios, todos ciosos de sua autoridade e sua independência”*, que não se



submetiam à autoridade do Imperador; e até mesmo o próprio Imperador recusava-se a se submeter à autoridade da Igreja (DALLARI, 2003, p. 67).

Nesse cenário, analisando o contraditório na perspectiva do Direito Medieval, o procedimento medieval, o *ordo iudiciarius*, tem como fundamento a “*ordem isonômica*” ou o verdadeiro *ordo substancialis*, representado por um complexo de regras e princípios que se constitui em uma metodologia de investigação da verdade, atualmente expresso pela fórmula “*princípio do contraditório*” (GIULIANI *apud* PICARDI, 2008, p. 128-129).

Essa metodologia de investigação da verdade resolvia-se na *ars opponendi et respondendi*, o que podemos traduzir como sendo a *arte de alegar e de responder*, através da regulamentação do diálogo que assegurava às partes reciprocidade e igualdade. Pela concepção medieval, a *citatio* e a *defensio* constituíam-se momentos de informação, justificação e contestação, ao passo que o contraditório representava um instrumento de investigação dialética da “*verdade provável*”, sendo esta aquela que “*nenhuma mente individual poderia pretender investigar autonomamente*”. Por esse método de investigação, ao se assegurar a reciprocidade e igualdade das partes, amplia-se o campo da informação e favorece a busca da causa da verdade, não sendo possível pré-constituir uma solução para o conflito ou mesmo racionalizar uma verdade objetiva e absoluta (GIULIANI *apud* PICARDI, 2008, p. 129).

Assim, no processo medieval predominava o contraditório, este visto não apenas como um simples princípio, mas como verdadeira técnica de descoberta da verdade provável (PICARDI *apud* SCHENK, 2013, p. 25-26). No século XV, o contraditório foi elevado ao símbolo dos direitos naturais (PICARDI, 2008, p. 132).

No Estado Moderno, as constantes instabilidades política, econômica e social da sociedade política medieval fizeram crescer uma intensa necessidade de ordem e autoridade com aspiração à antiga unidade do Estado Romano, “*despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial*” (DALLARI, 2003, p.70).

Jorge Miranda diz que “*o poder centraliza-se e concentra-se no Rei e toda a autoridade pública passa a emanar dele; ele atinge todos os indivíduos – por serem súditos do mesmo Rei; o território adquire limites precisos e a todas as parcelas o governo central vai fazer chegar a sua lei*”. (MIRANDA, 2009, p. 17)



Algumas intervenções no *ordo iudiciarius* e novidades começam a surgir com a vinda da codificação processual de Luís XIV, o chamado *Code Louis*, bem como da legislação canônica e da *Clementina Saepe*. A *Clementina Saepe* trouxe um modelo de processo sumário, destinado a específicas controvérsias a serem resolvidas *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*, caracterizando-se num rito diferente do processo ordinário, altamente desformalizado e simplificado. (PICARDI, 2008, p. 133)

O problema que surge ao se considerar um direito como sendo natural ou divino é o fato deste direito não admitir nenhuma derrogação, ao contrário do que ocorre com as disposições do direito positivo, que podem ser derogadas. Entretanto, com a inserção das regras do *ordo iudiciarius* no plano do direito positivo, abriu-se passagem para a intervenção do Príncipe. (PICARDI, 2008, p. 134)

Um dos maiores problemas enfrentados pelo processo medieval era a extenuante lentidão. Em virtude dessa excessiva lentidão que permitia, até mesmo, considerar as lides como imortais, surgiu uma revolta que motivou a transposição do processo para uma ordem assimétrica, ancorada numa racionalidade objetiva, formal e calculante, que deu abertura para o poder reformador. (GIULIANI *apud* SCHENK, 2013, p. 28)

Diante desse quadro, o Papa Clemente V, submetido à realeza francesa, radicado em Avignon, editou uma norma síntese de medidas de aceleração dos processos, conhecida como *Clementina Saepe*, de 13 de dezembro de 1306, destinada a dirimir dúvidas surgidas com a vigência do novo modelo processual. (FAIRÉN GUILLÉN *apud* SCHENK, 2013, p. 30)

Por esse novo modelo processual, os juízes assumiram um controle maior da causa, na medida em que a eles foram outorgados poderes para investigar a verdade material de ofício, rejeitar exceções protelatórias e encerrar a instrução da causa sempre que a seu critério o feito lhe parecesse maduro para julgamento. Foi dispensada a apresentação pelas partes de suas inconformidades sempre por escrito, autorizando-se a prática oral de determinados atos processuais. As chamadas *sententiae interlocutoriae* eram marcadas pela irrecorribilidade, passíveis de correção de erro apenas pela própria corte inferior ou por revisão em apelação interposta do julgamento final. (ALVARO DE OLIVEIRA *apud* SCHENK, 2013, p. 30-31)

Na concepção moderna, a base do processo é a “*ordem assimétrica*”. O processo foi construído com enfoque numa racionalidade objetiva, formal e calculante, sob uma ótica científica e mecânica. O papel do juiz muda radicalmente: a função judiciária passa a ser



“despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como Homo burocraticus, que agia, assim, segundo a lógica burocrática, e cuja atividade era previsível, fungível e controlável. A iurisdictio era agora concedida como pars summi imperii. O juiz perdia a função de simples controlador e tutor do ordo iudiciarius e assumia a direção de um processo ancorado no ius iurisdictionis, com caráter decisivamente publicístico” (PICARDI. *Op. cit.*, p. 128-136).

Com isso, chega-se à ordem assimétrica, fundada na autoridade e na hierarquia. A verdade é revelável pelo juiz independentemente da colaboração ativa das partes e o contraditório passa a ser visto como elemento acidental do processo (GIULIANI *apud* SCHENK, 2013, p. 33-35). O direito processual nos séculos XVIII e XIX foi marcado pelo tecnicismo, que esvaziou a garantia do processo, uma vez que a verdade era previamente revelada pelo legislador, sem depender da participação das partes para sua descoberta (ALVARO DE OLIVEIRA *apud* SCHENK, 2013, p. 33).

No final do século XIX, difunde-se a doutrina do positivismo jurídico, impondo-se, *“de uma vez por todas, constatar o exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório”*. (PICARDI, 2008, p. 137) Inobstante continuar-se falando em princípio do contraditório, essa fórmula havia perdido sua referência originária ao direito natural e sua carga ético-ideológica, deixando a locução princípio de *“indicar uma entidade preexistente às normas processuais no qual estas deveriam ser inspiradas ou, se se prefere, uma exigência “endoprocessual”, (...)”* para ser *“o resultado de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema. Em tal quadro, tornou-se inevitável que o contraditório, pouco a pouco, viesse rebaixado ao papel de categoria secundária, até perder qualquer ligação com a essência do fenômeno processual”* (PICARDI, 2008, p. 137-138).

No século XX, após a Primeira Guerra Mundial, prevaleceu a reconstrução do processo *sub specie* de procedimento, sob o influxo da teoria normativa do direito, o que permitiu *“uma reconstrução mais rigorosa da normatização do processo e, em particular, um estudo mais atento do ato processual”*, com a permanência do contraditório à margem do fenômeno processual (PICARDI, 2008, p. 138). Por volta dos anos de 1930, o contraditório era tido como um instrumento útil do processo nas situações em que existiam razões para contradizer, não as havendo, era visto como um obstáculo (SCHENK, 2013, p. 34). Essa concepção deu rumo à possibilidade de se aceitar ou impor às partes que *“uma decisão justa resultasse pura e*



simplesmente da atuação da vontade da lei, sem a cooperação ativa dos interessados no iter de sua formação. A essa altura, chegou-se a cogitar do banimento do contraditório do processo civil” (PICARDI apud SCHENK, 2013, p. 34).

Nicola Picardi recorda um último ato desse processo de desvalorização do contraditório, representado por um projeto elaborado na Alemanha, no final da década de 30, *“que objetivava abolir, de uma vez por todas, o contraditório no processo civil, absorvendo o processo das partes no procedimento oficial de jurisdição voluntária” (BAUMBACK apud PICARDI, 2008, p. 140).*

Após a Segunda Guerra Mundial, desperta-se uma sensibilidade nova para a problemática do juízo, uma vez que se evidencia a íntima natureza comum entre o processo e o juízo. Nicola Picardi cita Carnelutti:

Escrevia o último Carnelutti: “nós havíamos estudado, com muita delicadeza, as relações jurídicas nas quais se entrelaçam os vários sujeitos do processo (...), mas as nossas ideias são muito menos claras no que se refere ao que seja julgar.” É proposta, portanto, a questão: *quid est iudicium?* E se observa que “o processo não é outra coisa além de juízo e formação de juízo”. Vista em perspectiva, a sugestiva exortação “*tornemos ao juízo*” representou um claro sinal do despertar do interesse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração das partes na investigação da verdade (CARNELUTTI *apud* PICARDI, 2008, p. 140-141).

Com o segundo pós-guerra, na segunda metade do século XX, iniciam-se os movimentos de identificação, proclamação e proteção dos direitos humanos, assim como surge e evolui a doutrina do processo justo, alinhada à revalorização do contraditório, capaz de reinseri-lo no centro do fenômeno processual (GRECO *apud* SCHENK, 2013, p. 35).

3) O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO APÓS A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: ELEVAÇÃO À CATEGORIA DE DIREITO HUMANO

Após a Segunda Guerra Mundial, tendo como marco histórico inicial a edição da Carta de São Francisco no ano de 1945, foi estabelecido como um dos pilares da Organização das Nações Unidas (ONU) o dever dos Estados signatários em promover e garantir os direitos humanos a todos que estivessem submetidos às suas respectivas jurisdições, impondo se



assegurar a dignidade e o valor de todos os seres humanos independentemente da nacionalidade, que, associado a outros textos convencionais e tratados internacionais decorrentes da aquiescência dos próprios Estados sobre a necessidade da normatização internacional, proporcionou uma ampliação da proteção internacional do indivíduo, dentre os quais podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976, os quais são considerados a Carta Internacional dos Direitos Humanos por possuírem alcance universal e abranger várias espécies de direitos, que compõem os princípios gerais do Direito Internacional (RAMOS, 2012, p. 25-27).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, nos primeiros anos pós-1945, visando a reconstrução de seu papel no cenário mundial bipolar, tendo em vista os grandes vencedores da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América e a antiga URSS, os Estados europeus ocidentais optaram pela busca de sinergia e cooperação, o que resultou na instituição de várias organizações no âmbito da Europa Ocidental, como a União da Europa Ocidental (UEO) e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) - (RAMOS, 2012, p. 151).

Merece destaque o surgimento do Conselho da Europa, uma organização internacional intergovernamental criada em 5 de maio de 1949, pela assinatura, em Londres, de seu tratado institutivo pela Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido, com os objetivos principais de garantir a proteção dos direitos humanos, defender o regime democrático e pregar o Estado de Direito. Esses Estados europeus ocidentais fundadores do Conselho da Europa convencionaram a internacionalização da temática dos direitos humanos, vindo a ser firmada em 4 de novembro de 1950, na cidade de Roma, na Itália, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (RAMOS, 2012, p. 151-152).

No que toca às garantias processuais, além daquelas estampadas nos artigos 5º, 1, “a” e “c”; 10º, 2; e 13º, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, no seu art. 6º, 1, dispõe sobre o direito a um processo equitativo, assim entendido como aquele no qual qualquer pessoa tem direito ao exame equitativo e público de sua causa, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal



dirigida contra ela, por meio de julgamento público, podendo ser proibido o acesso à sala de audiências à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Em termos correlatos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992, nos artigos 7º, 6 e 8º, 1 e 2, prevê garantias processuais. Sua aplicação e interpretação compete à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É importante observar que a evolução da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, em especial a da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), foi uma das responsáveis por trazer o contraditório de volta ao centro do fenômeno processual (SCHENK, 2013, p. 42-47). A partir da jurisprudência da Corte EDH é possível extrair “*um conjunto de proposições que, depois de sistematizadas, permite identificar o conteúdo atual do contraditório*” (SCHENK, 2013, p. 48).

Leonardo Faria Schenk, ao analisar o artigo 6º, 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e o artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, com amparo nas decisões da Corte EDH, aponta os seguintes direitos assegurados pela garantia do contraditório às partes no âmbito de um processo contencioso:

- (i) o direito de ser ouvida em pelo menos uma audiência pública, perante um juiz independente e imparcial, para esclarecer os fatos relevantes da causa;
- (ii) o direito de conhecer, por meios reais e efetivos, e de se manifestar sobre todas as alegações e provas apresentadas pela parte contrária ou por qualquer interessado que, de algum modo, intervenha no processo;
- (iii) o direito de propor e produzir todas as provas relevantes para a defesa do direito material, com vistas a influenciar na decisão; e
- (iv) o direito de ter a causa apreciada e decidida com apoio nos argumentos e provas apresentados pelas partes, ou ao menos por elas previamente conhecidos e debatidos, cabendo ao Estado, em contrapartida, o dever de analisar adequadamente todos os pedidos, argumentos e provas existente nos autos, tomando-os em consideração na decisão. (SCHENK, 2013, p. 48)



Conforme a jurisprudência da Corte EDH, o conteúdo mínimo da garantia do contraditório assegura às partes a oportunidade real e efetiva de conhecer e se manifestar sobre alegações, provas e circunstâncias relevantes da causa em igualdade de condições; bem como o direito à prova, desde o momento de sua proposição até o momento de sua avaliação; e a oportunidade de participar de forma ativa e efetiva na formação da decisão, com o fim de influenciar a tomada da decisão, na qual deverá ser levado em consideração todos os pedidos, argumentos e provas apresentados pelas partes e demais interessados, mediante exame exaustivo e adequado a ser procedido pelo órgão julgador, sem que isso importe em uma indevida interferência no livre convencimento. O livre convencimento, pois, passa a ser visto como o espaço de liberdade que os órgãos julgadores têm para apreciar os elementos de prova produzidos em contraditório, com apoio nos critérios debatidos e selecionados em contraditório, e para determinar se eles são relevantes ou não para o julgamento da causa (SCHENK, 2013, p. 54-56).

Os tratados possuem mecanismos de aferição de responsabilidade do Estado de reparação pelos danos porventura causados pelo descumprimento das obrigações internacionais pactuadas, que se constituem em uma reação jurídica do Direito Internacional às violações de suas fontes normativas com fundamento no princípio da igualdade soberana entre os Estados e no respeito às fontes do Direito Internacional (RAMOS, 2012, p. 29-30).

O Brasil, ao se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ao aderir a vários instrumentos internacionais, com especial destaque aos que preveem garantias processuais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, comprometeu-se a garantir e a respeitar os direitos humanos e as garantias processuais, assumindo, ainda, o dever de adotar disposições de direito interno de modo a criar meios propícios para assegurar-los e torná-los efetivos.

Nesse contexto, é importante nos socorrer à interpretação e aplicação da norma internacional, que estampa as garantias processuais, atribuída pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não sendo bastante o simples apego à literalidade, nem, muito menos, a interpretação nacional da norma internacional protetora de direitos humanos.



A Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uma interpretação ampla do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No caso Vélez Loor contra o Panamá, julgado em 23 de novembro de 2010, a referida Corte firmou seu entendimento no sentido de que, embora a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, em alguns estados as autoridades públicas ou outros organismos também têm, em alguns casos, funções materialmente jurisdicionais e tomam decisões que envolvem direitos fundamentais. No entanto, o desempenho da gestão, nesses casos, tem limites intransponíveis, dos quais ocupa, em primeiro lugar, o respeito aos direitos humanos, tornando-se necessário que o seu desempenho seja regulamentado. Por isso, exige que cada autoridade pública, quer seja administrativa, legislativa ou judicial, cujas decisões possam afetar os direitos das pessoas, adotar tais decisões com pleno respeito às garantias do devido processo legal. Assim, o artigo 8º da Convenção estabelece as diretrizes do devido processo legal, que consiste um conjunto de requisitos a serem observados nas fases processuais, a fim de que as pessoas sejam capazes de defender adequadamente os seus direitos contra qualquer ação do Estado que possam afetá-los. Além disso, naquele julgamento, a Corte admitiu ser apropriada a interpretação atribuída pelo Tribunal de Justiça no sentido de que o leque de garantias mínimas estabelecidas no parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção aplica-se também à determinação de direitos e obrigações de qualquer ordem ou natureza, seja trabalhista, fiscal ou civil. Para a Corte, o devido processo é um direito que deve ser garantido a todas as pessoas, seja nacional ou estrangeiro. Isto significa que o Estado tem de assegurar a todos, mesmo pessoa estrangeira que se encontre em situação irregular, a oportunidade de fazer valer os seus direitos e defender seus interesses de forma eficaz, observada a igualdade processual (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>, acesso em 22 de junho de 2014).

Insta salientar que os atos internos, sejam leis, atos administrativos ou decisões judiciais, para o Direito Internacional são considerados “*expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente*” (RAMOS, 2012, p. 351).

Ademais, consoante o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009), o Estado não pode invocar as disposições de direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. O descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de ato interno, ainda que baseado



em legislação nacional ou norma constitucional, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado infrator da norma jurídica internacional, haja vista que a norma interna é encarada como mero fato. Este mesmo tratamento é dado aos demais atos internos, como as decisões judiciais e os atos administrativos.

Diante disso, o Estado brasileiro não pode justificar a violação de direitos humanos que se obrigou, no plano internacional, a respeitar e a garantir as pessoas que se encontram sob a sua jurisdição com base na inexistência de norma constitucional ou na teoria da separação dos poderes. Essas justificativas são inócuas e configuram o desrespeito à boa-fé em razão do descumprimento das obrigações internacionais (RAMOS, 2012, p. 352).

Trata-se, pois, de um problema sensível já que os atos internos, em especial os administrativos, no Brasil, não são desempenhados sob a luz dos direitos humanos, ao contrário do que orienta a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na verdade, a Administração Pública muitas vezes não observa os princípios constitucionais, impostos pelo Estado Democrático de Direito, norteadores de sua atuação.

Como formas de possibilitar o cumprimento dessas obrigações internacionais que o Estado brasileiro se comprometeu, podemos indicar a interpretação internacionalista dos direitos humanos ou, ainda, que se inicie um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais (RAMOS *apud* RAMOS, 2012, p. 31-32).

Deste modo, o recurso a fontes internacionais ou estrangeira em tema de direitos humanos é inteiramente pertinente, principalmente por conta do controle da eficácia de um conteúdo mínimo e uniforme destes direitos feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem olvidar que esses direitos constituem um rol de direitos fundamentais consagrados em instrumentos internacionais, aos quais o Brasil aderiu (GRECO *apud* SCHENK, 2013, p. 43).

4) OS PERCALÇOS E AVANÇOS NO TRATAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO BRASIL

Depois da Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, com inspiração na valoração ideológica do Estado Democrático de Direito, em âmbito mundial, o



constitucionalismo contemporâneo ergueu-se, tendo em seu núcleo a teoria dos direitos e garantias fundamentais e, como mola propulsora do ordenamento jurídico constitucional aberto e nuclear, irradiado pela solidariedade coletiva, o princípio democrático. E, no plano nacional, com o advento da Constituição de 1988, essa valoração ideológica foi formalmente consagrada, como se vê da leitura dos artigos 1º ao 17 e 225, dentre outros dispositivos constitucionais (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 134 e 338).

O modelo trazido pela Constituição de 1988 de transformação com justiça da realidade exigiu uma mudança de paradigma rumo à interpretação, à aplicação (efetivação) e ao respeito da Constituição como lei fundamental. Com o neoconstitucionalismo, surge uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, a fim de superar as barreiras impostas pelo positivismo a partir do Estado Democrático de Direito instituído por uma Constituição, que cria um sistema aberto de valores, estruturalmente dinâmico, capaz de transformar positivamente a sociedade através da efetivação concreta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 134-141 e 338).

A partir da década de 1990, no Brasil, começam a ser implantadas “*providências governamentais destinadas a adequar a interpretação do texto constitucional*” ao fomento de “*investimentos do capital estrangeiro*”, de modo a obstar que os direitos assegurados na CRFB/88, o uso da atividade jurisdicional e do processo “*impedissem o desenvolvimento do sistema financeiro*” (SANTOS *apud* ALMEIDA, 2013, p. 83-84).

Para tanto, foram sugeridas “*incursões em mudanças estruturais do processo*” e “*investimentos na criação de um modelo processual*” que não representasse riscos ao mercado ou gerasse desaceleração aos investimentos (ALMEIDA, 2013, p. 84). Defendia-se um modelo de processo que permitisse assegurar a “*previsibilidade dos provimentos jurisdicionais, com métodos de uniformização das decisões e a sumarização da cognição, de modo a alcançar o resultado em menor espaço de tempo e com maior previsibilidade*” (SANTOS *apud* ALMEIDA, 2013, p. 84).

Com isso, foram operadas várias reformas processuais enfocadas na supervalorização da celeridade processual e na previsibilidade dos provimentos jurisdicionais, a partir da “*otimização dos procedimentos e do emprego de métodos para impor padrões decisórios*”, objetivando reduzir a função fiscalizadora e construtora da atividade jurisdicional (ALMEIDA, 2013, p. 84).



Desta maneira, inobstante Constituição de 1988 consagrar inúmeras garantias, inclusive a do *“devido processo legal substancial em todas as suas dimensões”*, com as reformas processuais embasadas na perspectiva neoliberal, foi suprimida a participação efetiva dos interessados na condução do processo, ao passo que *“a interpretação dos princípios processuais passa a ser feita em dimensão meramente formal, como se fossem utilizados apenas para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro dos critérios quantitativos e não qualitativos, de sorte a atender aos objetivos do mercado”* (NUNES *apud* ALMEIDA, 2013, p. 80-85).

A influência do neoliberalismo, não só na estrutura do processo, mas também na atividade jurisdicional, pôde ser claramente identificada *“após a edição da Emenda Constitucional nº 45, responsável pela denominada Reforma do Poder Judiciário”*, bem como a partir da superveniente *“edição de várias leis destinadas a permitir que a proposta do constituinte derivado fosse efetivada”*. Dentre as alterações mais importantes, merece destaque *“a positivação do princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII da CRFB), a criação da súmula vinculante (artigo 103-A da CRFB), do processamento de causas piloto (artigos 543-B e 543-C do CPC), de julgamentos sumários pautados em padrões decisórios (artigo 285-A do CPC)”*, que proporcionou a redução da participação do jurisdicionado para a edição do provimento jurisdicional, dando abertura para a construção de *“entendimentos judiciais subjetivistas acerca da aplicação normativa”* (ALMEIDA, 2013, p. 85).

O discurso socializante das reformas, na busca de legitimar uma funcionalidade que atenda os anseios do mercado, leva a entender que o rápido desenvolvimento dos processos e o emprego de padrões decisórios são benéficos ao jurisdicionado, sem, contudo, se preocupar com a proteção e efetivação das garantias processuais (ALMEIDA, 2013, p. 85-86).

Nesse cenário, o neoliberalismo configura *“uma investida ilegítima do poder econômico mundial contra as conquistas sociais”* (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 159). A filosofia política neoliberal vai de encontro aos compromissos do Estado Democrático de Direito para com a transformação positiva da realidade social, movimentando-se em direção à dissolução do Estado nacional, ao enfraquecimento dos laços de soberania e à disseminação de uma falsa doutrina de despolitização da sociedade, que só tem gerado concentração de riqueza com aumento de pobreza (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 159-160).



De acordo com o art. 112, caput, da CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição. Entretanto, o referido Tribunal também parece ter sido afetado pela influência neoliberal, pregando pela aceleração dos feitos, o que nos permite identificar, em seus julgados, uma tendência de mitigação da garantia do contraditório. Leonardo Faria Schenk, em pesquisa da jurisprudência do Egrégio STF, verificou que:

[...] muito embora o contraditório esteja assegurado a todos, em processos judiciais e administrativos, com plenitude de defesa, pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição, a jurisprudência faz pouco da garantia ao afirmar, em regra quase não excepcionada, que as suas alegadas violações constituem, quando muito, ofensa reflexa ao texto constitucional, devendo receber tratamento e correção no âmbito infraconstitucional (SCHENK, 2013, p. 66).

De fato, em inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal prevalecem o entendimento de que a violação ao contraditório configura apenas uma violação reflexa, ou ofensa indireta, à Constituição.

Todavia, Leonardo Faria Schenk, em raríssimas três oportunidades, pôde identificar o tratamento dado ao contraditório que ultrapassa as barreiras da audiência bilateral: no Agravo de Instrumento 431.264, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 30 de outubro de 2007, o princípio do contraditório foi visto como direito de efetiva e oportuna participação e influência no desenvolvimento do juízo decisório, assim como foi ressaltado a necessidade da decisão ser resultado do diálogo e colaboração dos protagonistas presentes na causa; no Recurso Extraordinário 434.059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 7 de maio de 2008, na hipótese de *“ausência de defesa técnica, por advogado, em processo administrativo disciplinar, não revelaria ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição,”* desde que fossem assegurados os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados; e no Recurso Extraordinário 431.121, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 9 de março de 2004, reconheceu-se um conteúdo mínimo da garantia do contraditório e da ampla defesa, ligado à audiência bilateral, envolvendo *“a garantia de intimação válida para os atos relevantes do processo”* (SCHENK, 2013, p. 63-65).

Ocorre que o ápice do ordenamento jurídico brasileiro é ocupado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual implantou a forma de Estado Democrático de Direito, devendo as construções doutrinárias, as decisões judiciais, a atuação das autoridades e até o poder reformador constitucional e infraconstitucional manter correspondência e



obediência aos valores democráticos nela consagrados. E, o exercício do poder deve ser legítimo, ou seja, constituído democraticamente como resultado da soberania popular, e, no exercício da prestação jurisdicional, os motivos de uma decisão judicial legítima devem ser resultado do contraditório (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 143- 155).

Aliás, a CRFB/88, no art. 1º, consagra implicitamente o princípio da vedação ao retrocesso. Desta forma, é inadmissível o retrocesso em relação às conquistas sociais. (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2008, p. 155, 160 e 178). Não se permite regressar ao estado anterior e desconsiderar todas as conquistas alcançadas, principalmente com a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos tutelados em instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, os quais não podem ser transformados em peças de retórica, sob pena de responsabilidade internacional pela violação que der causa (RAMOS, 2012, p. 348).

Recordamos que é princípio diretivo do Brasil em suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (art. 4º da CRFB/88), que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição tem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CRFB/88) e não excluem outros decorrentes dos tratados em que a República Federativa do Brasil faça parte (art. 5º, §2º da CRFB/88), bem como que os direitos e garantias fundamentais incluem o rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88).

O art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88 consagra o princípio do devido processo legal. Marcelo Pereira de Almeida, citando Nery Junior, afirma que seria suficiente a adoção do princípio do devido processo legal pelo texto constitucional para que decorressem as demais garantias inerentes aos direitos a um processo justo e à uma sentença justa (NERY JUNIOR *apud* ALMEIDA, 2012, p. 32).

Como corolário desse princípio, temos o princípio do contraditório, que assumiu uma feição democrática (GROSS, 2013, p. 122). O art. 1º da CRFB/88 dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. O art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, expressamente assegura aos litigantes, em processo judicial e administrativo e aos acusados em geral as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.

A feição contemporânea da garantia do contraditório, além de assegurar a real, adequada e tempestiva comunicação do ajuizamento da causa e de todos os demais atos processuais, a fim de conferir às partes ampla oportunidade “*de impugnação, de modo que as*



questões apenas sejam resolvidas após o prévio contraditório (...), relaciona-se com o conjunto de prerrogativas reunidas sob o título de ampla defesa”, tais como o “direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material”, bem como a “flexibilidade dos prazos”, a “igualdade concreta” e “o direito de influir eficazmente na prestação jurisdicional, seja qual for a sua natureza, com todos os meios aptos a alcançar o resultado”, sendo este considerado uma “garantia da qual não pode ser privado qualquer cidadão, como exigência de participação eficaz, haja ou não litígio, haja ou não cognição exaustiva, haja jurisdição provocada ou de ofício, seja qual for o procedimento” (GRECO apud SCHENK, 2013, p. 59-60).

O conteúdo da garantia do contraditório deve ser respeitado e assegurado em todos os seus aspectos, levando-se em consideração a interpretação dada pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e, principalmente, a proteção da referida garantia pela Constituição de 1988.

5) CONCLUSÃO

O objetivo da presente pesquisa foi delimitar o tratamento atribuído ao contraditório, seja em sua evolução histórica, seja no plano internacional, em sua dimensão enquanto direito humano que deve ser protegido e assegurado pelos Estados a todos que se encontram sob a sua jurisdição, seja pela interpretação dada pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e pela doutrina.

Ao longo da pesquisa, foram abordados a persistência de alguns obstáculos à efetivação da garantia do contraditório. Dentre eles, encontra-se a influência do neoliberalismo, que, no âmbito do processo, prega pela solução rápida dos litígios sem se preocupar em assegurar e respeitar das garantias inerente ao processo. Constata-se que, embora o Brasil tenha se comprometido a se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual incumbe interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Estado brasileiro faz parte, no plano interno, as garantias processuais, principalmente o



contraditório, vem sendo mitigado pelas reformas processuais e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao qual compete a guarda da Constituição.

Esses relatos servem para demonstrar que o Brasil, caso seja acionada a Corte Interamericana de Direitos Humanos e apurada a violação de direitos e garantias protegidos pela referida Convenção, pode vir a ser responsabilizado internacionalmente por conta do descumprimento de obrigação internacional.

Com a vinda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o contraditório foi consagrado no rol dos direitos e garantias fundamentais, reforçando ainda mais a tese de ser devida a sua observância e respeito. Além disso, a CRFB/88 insculpiu o princípio democrático. Como foi visto ao longo da pesquisa, o mencionado princípio permite-nos ver o contraditório sob uma nova perspectiva, implicando num direito de efetiva e real participação. E, no processo civil, a garantia do contraditório assegura direito para as partes e, por outro lado, gera deveres, inclusive para o Estado-juiz.

Assim, o contraditório, no modelo contemporâneo e sob a visão democrática, abrange o direito de participação real e eficaz, os direitos de ouvir e de ser ouvido, o dever de cooperação entre as partes, a participação ativa do juiz na direção do debate judicial, o direito de desempenhar um papel ativo no processo, de se expressar ou reagir, e, até mesmo, o direito de ter conhecimento dos atos processuais e de ver seus argumentos serem considerados e apreciados pelo juiz.

Fala-se ainda em democracia deliberativa, por meio da qual o princípio do contraditório passa a ser compreendido como um direito de influenciar o exercício do poder jurisdicional, sem se surpreender, decorrendo dessa influência a legitimidade da decisão judicial. A nosso ver, a garantia do contraditório no processo civil, ao assegurar às partes, sem discriminação e em paridade de armas, o direito de participação efetiva e de influenciar o órgão julgante a formar seu livre convencimento, trata-se de uma verdadeira condição *sine qua non* para se alcançar um julgamento justo e legítimo.

Desta forma, tendo em vista a importância da garantia do contraditório no cenário constitucional-democrático brasileiro e nas obrigações assumidas pelo Estado no âmbito internacional, é relevante que se rechaçam toda e qualquer forma ilegítima de se obstaculizar a sua efetivação. Aliás, deve-se primar pela primazia da Constituição e pela prevalência da proteção dos direitos humanos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doutrina:

ALMEIDA, Marcelo Pereira de Almeida. *Processo coletivo: teoria geral, cognição e execução*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Conflitos sociais judicializados: crítica sobre a legitimidade dos precedentes na resolução das demandas individuais de massa*. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (Orientador Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva). Niterói, 2013.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I, 10. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil Italiano no quadro da contraposição “civil law” – “common law” (apontamentos históricos comparativos)*. In *Revista de Processo*. São Paulo: RT.

CAPONI, Remo. Note in tema di *poteri probatori dele parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001*. Le prove nel processo civile. *Atti del XXV CONVEGNO NAZIONALE*. Milano: Giuffrè, 2007

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Mallheiros, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto)”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 23, n. 90.

_____. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parâmetro per i poteri direttivi del giudice? *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2009, p. 1684-1700.

_____. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

_____. Stato di diritto e crisi dei modelli processuali nei sistemi di democrazia socialista. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, p. 240-283.



_____. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002, p. 702-758.

_____. Defesa i contraddittorio nei procedimenti in câmera di consiglio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1997, p. 719-766.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROSS, Marco Eugênio. *A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença*. In *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 38, nº 226, dez. 2013.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico*. In *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 35, nº 187, set. 2010.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. *Conselhos Comunitários de Justiça e Juizados de Conflitos de Vizinhaça: Uma proposta de acesso à Justiça nas cidades*. Rio de Janeiro, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998, p. 673-681.

_____. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 7-22.

_____. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. 2004, p. 41-71.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelos contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.



SILVA, Wagner José da. *A inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC*. In Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 38, nº 226, dez. 2013.

b) Jurisprudência Internacional:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Looz v. Panamá. Julgado em 23 de novembro de 2010, série C, nº 218.

c) Legislação e Instrumentos de Direito Internacional:

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992* – Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL, *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009* – Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), adotada em 4 de novembro de 1950.