

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O DEVER DE DIÁLOGO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE DEFESA

THE PRINCIPLE OF AN ADVERSARIAL PROCESS AND DUTY TO
DIALOGUE AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE RIGHT OF DEFENSE

Daniela Almeida Bittencourt¹

Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho²

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar, de modo sintético, algumas reflexões sobre a função democrática do princípio do contraditório, analisando suas características e natureza jurídica no âmbito da Constituição da República de 1988. Em seguida, apresenta-se a exposição da necessidade de relação comunicativa entre as partes como reflexo direto do princípio do contraditório na construção democrática do processo e sua influência nas decisões judiciais. A partir disso, serão feitas breves considerações sobre o dever de diálogo entre as partes e a importância da argumentação no processo como sinônimos de garantia constitucional ao devido processo legal e à ampla defesa no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Contraditório; Processo; Eficiência.

ABSTRACT

This paper proposes to study, so synthetic, some reflections on the democratic function of the adversary proceedings, analyzing the characteristics and legal under the Constitution of 1988. Then it presents the need for exposure of the communicative relationship between the parties as a direct reflection of the adversary proceedings in the construction of the democratic process and its influence on judicial decisions. From this brief remarks will be made about the duty of dialogue between the parties and the importance of argumentation in the process as synonyms constitutional guarantee of due process of law and full defense in a Democratic State.

¹ Mestranda do programa de mestrado em Direito na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade da Universidade Nove de Julho.

² Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e professor do programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Keywords: Adversarial processand; Process; Efficiency.

Introdução

Tendo em vista que o estudo pretendido nesse trabalho é centrado em considerações sobre o princípio do contraditório, a proposta desse estudo objetiva, de modo inicial, tecer uma breve apresentação das principais características do referido princípio constitucional, ressaltando a necessidade de democratização do processo, e a importância da participação simultaneamente ativa entre as partes na construção do processo.

Diante das noções gerais sobre o contraditório, será traçada uma análise sobre as suas definições terminológicas, a fim de compreender sua natureza — se de princípio ou de garantia, além da importância da relação comunicativa-argumentativa entre as partes durante a persecução processual.

A partir dessa análise geral, apresentar-se-á breves considerações sobre a relevância do dever de diálogo das partes envolvidas no litígio, apresentando enfoque de que o contraditório não garante apenas o direito à ampla defesa, mas também a um julgamento pautado na democratização na colheita das provas e na atividade equilibrada do juiz que preside a instrução processual.

Por fim, o trabalho será encerrado com algumas conclusões sobre essas questões.

1 Considerações iniciais sobre o contraditório

Com suas origens no regime absolutista, o Estado Moderno durante alguns séculos teve suas características confundidas com os defeitos e qualidades do monarca, em virtude, também, da centralização das atividades — uma circunstância lógica e necessária para a manutenção do monopólio e poder do Rei.

A partir das influências do Iluminismo e da Revolução Francesa, inseridas numa perspectiva de formação de um Estado dissociado da imagem personificada de poder (autoritária e estamental), o poder público passou a ser encarado como um inimigo da

liberdade individual, e qualquer restrição às garantias individuais era tida como ilegítima (DALLARI, 1989, p. 223).

Assim, no decorrer dos períodos históricos, os bens socialmente relevantes foram incorporados aos ordenamentos jurídicos, com o escopo de limitar a atuação do Estado e assegurar as garantias individuais declaradas.

Outros valores influenciaram a consolidação das garantias, especialmente a necessidade de maior efetividade da atividade jurisdicional e o desejo da revitalização do próprio direito.

Ademais, o desejo e aspiração social de fazer a Justiça mais célere e acessível aos jurisdicionados no Estado Democrático — manifestados na participação social em todo processo de criação e modificação dos sistemas legais —, tornam-se fatores imprescindíveis para transformações e impressões legítimas da sociedade.

Como destaca Carlos Arturo Cano Jaramillo (2003, p. 131-161):

Precisamente hoy cuando se habla de propuestas de formación ciudadana, de proyectos cívicos y éticos, se reconoce em primer lugar que las sociedades son pluralistas, abiertas, incluyentes y no totalitarias ni cerradas. (...) Existe vínculo entre el proceso judicial democrático y participativo con el enunciado fin esencial del Estado de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”, puesto que en el proceso se toman decisiones que afectan derechos de las personas, razón por la cual hay que facilitar la participación, porque de esa manera le damos cumplimiento y legitimidad a uno de los fines esenciales del Estado democrático.

Segundo Dierle José Coelho Nunes (2003, p. 38), no decorrer dos séculos XVIII e XIX, sob as influências dirigidas pelo Estado liberal, os litígios civis eram tratados numa perspectiva individualista, sendo certo que para assegurar uma aplicação igualitária das normas em todos os casos, houve a defesa do ideal de garantia de segurança jurídica atrelada à previsibilidade das decisões.

Nesse passo, tornou-se necessário, portanto, que o Poder Judiciário ficasse preocupado em democratizar o processo, eis que a atividade jurisdicional deve ser guiada pelo discurso e participação efetiva de todos os interessados, ou seja, que as decisões devem estar pautadas nas pretensões arguidas pelas partes durante o processo (BALESTERO, 2011).

Destaca-se, outrossim, que respostas jurisdicionais mais efetivas necessitam de uma concepção e construção processual, capazes de solucionar os problemas da atualidade, permitindo cada vez mais a efetividade da participação e do diálogo entre as partes envolvidas

no processo como reflexo de garantias aos jurisdicionados. Nesse sentido, Jorge Miranda (1993, p. 198-199) afirma:

O resultado almejado há-de ser uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades, e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e processuais da Constituição; e suscetível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem da vontade popular, expressa pelo voto.

Nessa baila, a participação simétrica dos interessados na construção do processo, numa perspectiva democrática, torna-se imprescindível na medida em que o contraditório torna-se uma garantia fundamental e, conseqüentemente, todos os problemas envolvendo os direitos fundamentais atingirão também o contraditório (NICOLITT, 2009, p. 47-48).

Note-se, outrossim, a importância da existência da garantia ao contraditório e o seu desenvolvimento dentro do sistema jurídico como método dialético na persecução processual em busca da verdade. De acordo com a lição de Giulio Ubertis (2005, p. 332):

Non va infatti obliterato l'innegabile (e imprescindibile) *valore euristico del contraddittorio*: secondo le acquisizioni dell'epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore finora escogitato dagli uomini per l'accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardante le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto. Garantire a ciascuna di esse di poter presentare alle altre e al giudice l'insieme dei dati (probatori, giuridici e argomentativi) ritenuti più idonei a sostenere la propria tesi, interloquendo su analoghi elementi presentati dalle altre (o inseriti d'ufficio) nel materiale processuale, significa anche consentire un espletamento della funzione giurisdizionale conforme a uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità.

Assim, dentro da dialética, sob a qual desenvolve-se todo o processo, reservou-se a Constituição da República de 1988 de conceber no artigo 5º, inciso LV, o exercício do contraditório e da ampla defesa como direito público subjetivo, tal qual o direito de ação. Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2006, p. 142):

A noção do direito de defesa é extraída do significado do contraditório: comporta as noções de alegação e demonstração, inseparavelmente. Para exercê-la a contento, indispensável o direito de ser informado de todos os atos processuais, decorrência do princípio do Estado de Direito, que, ao facultar aos cidadãos a tomada de opções, obriga-se ao dever de informar, especialmente acerca dos direitos e das possíveis restrições a tais direitos.

Ainda, como não poderia deixar de ocorrer, dentro da dialética sob a qual se desenvolve o processo, cuidou a Constituição, a atual e as anteriores, do exercício da defesa,

hoje compreendido como direito público subjetivo, assim como o direito de ação (CARVALHO, 2006, p. 143).

Nesse diapasão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 68) preceitua que o contraditório impõe a condução dialética do processo, e que, em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, na igualdade entre as partes.

Eduardo Couture (S/D, p. 66) assevera:

(...) a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia Hegel, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final.

Sendo assim, considera-se que o contraditório surge na dialética da busca às certezas dos fatos apurados no processo, como fundamento imprescindível nas esferas jurídicas cível, administrativa, penal, trabalhista, fiscal, arbitral, constitucional, desportiva etc, sejam elas variáveis ou contenciosas, com a invocação do direito subjetivo público do Estado-Juiz na verificação dos pressupostos necessários para concessão da tutela jurisdicional (CASTRO, 1996, p. 146-147).

Como assevera Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2006, p. 143):

Torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que, se há direito à ação, para o autor, há também direito à defesa para o réu. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia ao constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais. Se para o autor da ação penal existe a garantia do direito de ação, para o réu há garantia de desembaraçar-se desta, dentro dos prazos legais.

Dessa forma, no procedimento de formação do processo, a participação simétrica das partes interessadas na construção e desenvolvimento do procedimento é de suma importância, eis que as decisões devem ser movidas pelo discurso e efetiva atuação dos interessados, ou seja, as decisões devem ser pautadas nas pretensões arguidas e debatidas pelas partes durante o processo (BALESTERO, 2011, p. 354).

De acordo com Elio Fazzalari (2006, p. 119-120):

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento);

na relevância das mesmas para o autordo provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.

Dentro dessas perspectivas, o conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na bilateralidade dos atos processuais e na possibilidade de contraditá-los, mas também depende do provimento dos provimentos judiciais e da efetiva participação das partes.

2 O contraditório: princípio ou garantia?

O contraditório representa um dos pilares do sistema acusatório, aliado ao direito de defesa e do princípio da igualdade, todos diametralmente ligados entre si.

Como dito alhures, no Brasil a incidência do princípio do contraditório no processo é garantido pela Constituição no artigo 5º, inciso LV. Desse modo, como direito fundamental, de acordo com Luigi Ferrajoli (1999, p. 23-24), o contraditório configura-se como vínculo imposto à existência da democracia política: algo positivo que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer; e, algo negativo que impede a violação de qualquer maioria.

Márcio Ricardo Staffen e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (2010, p. 237) destacam que:

Por contraditório entende-se a garantia de participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, da simétrica paridade de suas posições e da mútua implicação das suas atividades destinadas, respectivamente a promover e impedir a emanação do provimento.

Algo de relevante importância é a questão terminológica, sendo que diversas vezes o contraditório é referido como princípio e outras como garantia.

Para José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 49):

A norma distingue-se do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões. Todavia, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios, construindo preceitos básicos da organização constitucional. Os princípios são núcleos de condesações nos quais confluem bens e valores constitucionais, i.é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas.

Humberto Ávila (2005, p. 70-72) apresenta considerações sobre o tema, conceituando os princípios como normas imediatamente finalísticas, primariamente retrospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, afirmando, ainda, que a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessário à sua realização.

Dessa conceituação tem-se que os princípios possuem função de defesa – ou resistência, mas não apenas isso. Eles possuem função protetora, tendo em vista que ao Estado não cabe simplesmente o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas principalmente promovê-los por intermédio de medidas que os concretizem do melhor modo possível (NICOLITT, 2009, p. 49).

Ainda nesse sentido, Ruy Barbosa (1978, p. 124) apresentou a distinção de garantias e direitos afirmando que as primeiras são assecuratórias e na defesa dos direitos limitam o poder. Já os segundos são declaratórios, não sendo raras a junção dos dois com a mesma definição.

José Afonso da Silva (2004, p. 151) fala das garantias constitucionais que impedem o arbítrio e limitam a atuação dos órgãos estatais ou até mesmo particulares, protegendo a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial, e ainda sua reintegração ou restauração nos casos de violação.

Sendo assim, o contraditório não deve ser compreendido como uma garantia que se esgote no cumprimento de um único ato. Ele requer uma série de manifestações e uma gama de normas disciplinadoras, conectadas entre si, de forma a orientar a sequência do seu desenvolvimento.

Daí compreende-se que contraditório é ao mesmo tempo uma garantia e um princípio, tendo em vista que possui caráter assecuratório e limitador da atuação Estatal.

3 O contraditório e a relação comunicativa entre as partes

O conceito do direito ao contraditório é determinado, e está inserido no ordenamento jurídico pátrio como garantia e princípio, podendo ser formulado das seguintes formas:

Para Nelson Nery Júnior (1994, p. 121-122):

Por contraditório, deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se 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 lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões a defesas, realizarem as provas que querem para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

E outras palavras, o contraditório é a organização dialética do processo por meio de teses e antíteses que legitimam a síntese. É a afirmação e a negação, ou seja, os atos processuais são desenvolvidos de forma bilateral, ao passo que as partes manifestam-se sobre cada ato do processo. Assim, o autor da demanda apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz a prova e a outra pode apresentar contraprova, sucessivamente – até o limite imposto pela legislação (NICOLITT, 2009, p. 50).

Sinteticamente, Germano Marques da Silva (2000, p. 77) expressa que “ este princípio traduz o direito que tem a acusação e a defesa de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas”.

Note-se, ademais, que a ideia de que para cada ato praticado deva haver informação à outra parte, também foi apresentada por Sergio La China (1970, p. 394) como articulação entre as partes nas suas manifestações técnicas, em dois aspectos ou tempos essenciais: informação, reação; necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja possibilitada).

Nessa esteira, destaca-se que a participação das partes envolvidas no litígio de forma simétrica na construção do processo requer, desse modo, que nenhum julgador profira qualquer decisão utilizando argumentos que não foram debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver, assim, um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo (BALESTERO, 2011, p. 355).

O juiz, então, deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais das partes, respeitando e assegurando a argumentação dispendida ao longo da instução processual.

Como leciona Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 197):

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.

Sob essa ótica, o processo seria uma sequência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo juiz, havendo uma conexão entre as normas e os argumentos lançados na construção do procedimento, atos e posições subjetivas das partes.

É exatamente nesse contexto comunicativo entre o processo e as garantias constitucionais que o princípio do contraditório ganha relevância na visão de Elio Fazzalari (2006, p. 94). Ele esclarece:

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos — de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanação do ato final — “*interessados*” em sentido estrito — e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra-interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”.

Em suma, para Elio Fazzalari é por meio do princípio do contraditório que se estabelece uma relação de comunicação argumentativa entre as partes — destinatários do provimento jurisdicional.

Márcio Ricardo Staffen e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (2010, p. 242) complementam:

No desenvolvimento do devido processo legal o princípio do contraditório constitui-se em instrumento portador da garantia inafastável de se produzir defesa em sua forma ampla, de se questionar a imparcialidade do julgador, de se exigir a tutela jurisdicional constitucionalmente assegurada.

Jürgen Habermas (1995, p. 92) observa que todo aquele envolvido na prática argumentativa tem que supor inicialmente que, a priori, todos os possíveis afetados podem participar — na condição de livres e iguais, na busca da verdade, na qual a coerção permitida é exclusivamente a do melhor argumento.

4. O processo e o contraditório: a necessidade do dever de diálogo

Uma das principais características da sociedade contemporânea é a presença do argumento e do diálogo, sendo que esses são necessários para conceber o mundo social de um modo participativo e democrático:

La argumentación y el diálogo están presentes em el mundo social. En el mundo social, concebido de una manera participativa y democrática, siempre serán necesarias la argumentación, el diálogo, de sostener y defender nuestras ideas, de controvertir las que otros exponen para acercarnos a la verdad, llegar acuerdos o tomar mejores decisiones. En los campos de la política, de la ética, del derecho, de la comunicación, etc., se argumenta, se debate, y se controvierte lo que piensa u outros piensan. En la familia, en el mundo laboral, en las relaciones cotidianas entre amigos, vecinos o compañeros de cualquier actividad, se discuten ideas, valores, actitudes, proyectos, que no sienpre son asumidos de manera pasiva; al contrario, son resistidos de acuerdo con la particular concepción del mundo de cada uno (CANO JARAMILLO, 2003, p. 133).

Nesse contexto, os operadores do direito e demais órgãos do poder público apresentam seus diálogos e argumentos por meio de textos ou de forma oral. Os diálogos e argumentos apresentados são submetidos ao contraditório, e, principalmente no direito, o contraditório também pode ser manifestado em momentos diferentes: durante a criação de uma lei, de uma audiência ou por métodos alternativos de solução de conflitos:

Abogados y diversos funcionarios del Estado de todas las ramas del poder públicos siempre producen textos escritos u orales argumentativos, que son sometidos a controversia:es decir que la práctica jurídica no es ajena al mundo de la argumentación de la refutación y del diálogo. En el derecho, estas habilidades intervienen em diferentes momentos: desde la creación de la ley, cuando se busca por parte del Congreso la solución a um problema presente en la sociedad; cuando el juez resuelve um conflicto y acude a la aplicación de la ley a um caso particular; cuando las partes utilizan mecanismos alternativos de solución de conflictos se espera que dialoguen, que ofrezcan argumentos acerca de sus posiciones (CANO JARAMILLO, 2003, p. 133)³.

Assim, o diálogo pode ser considerado necessário para o processo, no qual existe o dever de motivar, ou seja, de informar as razões e fundamentar as decisões, sendo esse último previsto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

O processo só pode ser reconhecido como legítimo e democrático quando garante a argumentação e a contradição, nesse sentido o processo judicial democrático é válido porque tem como aspecto essencial as posições contrapostas sustentadas pelas partes, que buscam solucionar o conflito por meio da razão:

³ Nesse sentido, Carlos Arturo Cano Jaramillo también complementa: “La argumentación, la refutación y el diálogo, entonces, son necesarios para el proceso judicial, en el cual existe el deber de motivar, de dar las razones o fundamentar las decisiones que puedan afectar los derechos de las persona. Esa motivación exige someter la prueba y el derecho a controversia”. (CANO JARAMILLO, 2003, p. 133).

El proceso judicial dialógico adquiere reconocimiento legítimo y democrático cuando garantiza la argumentación y la contradicción. El proceso judicial, junto con actuaciones que se dan en el interior del mismo, como la argumentación, la motivación de las decisiones, la contradicción y la impugnación, políticamente están vinculadas con la democracia, con paradigmas participativos. En efecto, el proceso judicial democrático es participativo y contencioso, por tanto bilateral, porque tiene como aspecto esencial una cuestión litigiosa entre partes discrepantes que sostienen posiciones contrapuestas, que buscan una solución pacífica por medio de la razón y no de la fuerza (CANO JARAMILLO, 2003, p. 140).

O processo legítimo e democrático remete ao apogeu da civilização grega, na qual estabeleceu-se a liberdade da palavra com a participação direta dos cidadãos em assuntos de ordem pública e nos tribunais.

Ressalte-se, ademais, que o atual sistema jurídico adotado, no qual a função de acusação é um dos pilares do Estado, permite uma situação que só é possível se for oferecido garantias e recursos necessários para o exercício do contraditório, e desse modo oferece ao acusado a oportunidade de manifestar sua defesa em condições de igualdade em face à acusação.

Nesse sentido, o direito a defesa técnica surge como garantia fundamental e essencial para a eficácia da relação jurídica no processo penal. Assim, a defesa técnica constitui uma prerrogativa do acusado de estar assistido por um advogado, o qual deverá utilizar todos os instrumentos e recursos necessários para responder ao órgão acusador:

A partir de este principio, surge el derecho a la defensa técnica como garantía fundamental y presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, consistente en la prerrogativa que el imputado tiene de estar asistido permanentemente por un abogado que le asesore y represente, y que em términos de equilibrio e idoneidad, pueda enfrentar el órgano represivo (CANO JARAMILLO, 2003, p. 141).

O princípio do contraditório não só garante o direito à defesa ampla, como também, no processo penal, por exemplo, garante ao acusado o direito constitucional de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir da citação do acusado, a relação processual é estabelecida, após citado o acusado poderá apresentar manifestações contra acusação e desse modo a defesa torna-se completa. Celso Silva Filho (1992, p. 74) contextualiza essa concepção da seguinte forma:

Ladeado pela garantia da ampla defesa, tal princípio fornece ao litigante todas as armas para lutar pelo também constitucional direito de ser considerado inocente até trânsito em

julgado de sentença penal condenatória. Mas, o que se deve entender por “defesa”? A relação processual propriamente dita completa-se com a citação válida do acusado. A partir desse instante, todas as suas manifestações formarão o conjunto da defesa que, de regra, contrapor-se-á ao da acusação. E esta defesa, denominada técnica, há de ser realizada por profissional habilitado – CPP, arts. 261 e 263 -, capaz de contrapor-se ao órgão acusatório, só assim sendo respeitada a garantia “da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, pois o acusado inabilitado não possui os conhecimentos técnicos indispensáveis à sua ampla defesa.

Outro ato essencial para garantir o contraditório é a audiência, a qual constitui ato fundamental de participação dos sujeitos da relação processual para concretizar o direito de defesa. Para materializar o direito de defesa, durante a realização da audiência o juiz deve dar atenção às intervenções orais manifestadas pelas partes. Carlos Arturo Cano Jaramillo (2003, p. 154) complementa:

Este es un acto fundamental de participación de los sujetos procesales para materializar el derecho de defensa. Debe estar rodeado de toda la seriedad y formalidad que demanda el acto de juzgar a un hombre. Ello exige de la dirección personal de la audiencia pública por parte del juez, quien debe intermediar en la práctica de las pruebas y ofrecer atención y escucha respetuosa a las intervenciones orales de las partes en audiencia pública.

Desse modo as normas constitucionais estabeleceram um conjunto de princípios que estão interligados e, se violados o processo constitui-se como ilegítimo.

Contudo, o juiz deve observar se a violação da norma impossibilitou a participação dos sujeitos da relação processual e assim sancioná-la conforme o sistema de nulidades. Nas palavras de Haroldi Pimenta (2008, p. 45):

A consequência da violação de normas processuais não pode estar associado a *priori* e de forma inexorável à sanção da inadmissibilidade. Deve o juiz apreciar se o ato processual praticado atipicamente feriu o direito de participação das partes no processo, sancionando-o ou não em conformidade aos princípios que informam o sistema de nulidades: princípio do prejuízo, princípio do interesse, princípio da convalidação etc.

Desse modo o contraditório constitui uma garantia entre as partes, as quais se submetem aos efeitos processuais. Flávio Quinaud Pedron (2008, p. 7) conclui:

Por isso mesmo, é importante ter em mente que o contraditório é garantia das partes, ou seja, daqueles a quem se destinam os efeitos do provimento. Lembra Theodoro Júnior (1981, p. 182) que sua inobservância representa causa de **nulidade**, de modo que deve sempre ser observado.

Assim, o Estado democrático permite a participação dos cidadãos em decisões que os afetem se cumpram e conseqüentemente permitindo o acesso a administração da justiça. O acesso a administração é garantido mediante a citação do acusado, a qual garante ao acusado exercer o direito de defesa. Esse direito concretiza-se por meio da contradição e da impugnação. Essas exigem que as pessoas competentes fundamentem as decisões.

A fundamentação pode ser considerada como um diálogo entre as provas analisadas e o direito aplicado. A análise das provas e o direito aplicado é uma garantia do devido processo legal, portanto em um Estado democrático deve-se garantir o devido processo legal.

Logo, que a construção procedimental é formada por atos concatenados com o escopo de garantir o devido processo legal, qualquer ato ou decisão que impeça o contraditório deve considerar o processo ilegítimo e revestido de nulidade e portanto não democrático.

Conclusões

Não há dúvidas que o princípio do contraditório é requisito obrigatório para construção democrática do processo, tendo em vista a sua elevação ao rol dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5º, LV, da Constituição da República de 1988. Ademais, seguindo o entendimento esposado por Elio Fazzalari, forçoso entender que o contraditório é essencial para a instauração e condução de qualquer processo, e, conseqüentemente, a essência do procedimento deve estar balizada pela participação simétrica das partes.

Como é cediço, para a aplicação das normas jurídicas é necessário, a priori, haver uma avaliação sob a ótica garantista constitucional, avaliando-se os preceitos e orientação ali insculpidas, a fim de obter um julgamento justo, pautado nos princípios democráticos da Constituição da República.

Assim, a avaliação participativa das partes na construção das decisões judiciais (inclusive nas decisões administrativas), consubstancia reflexo positivo, ao passo que o exercício do contraditório reflete o fomento ao espaço discursivo entre as partes envolvidas no processo.

Ante essa disposição, considere-se, outrossim, que o processo é compreendido como um instrumento de garantia processual, torna-se evidente que a garantia à defesa — e preconiza-se o exercício da defesa em toda sua plenitude, importa em garantia ao próprio

processo — garantia à regularidade dos seus atos e prazos. Se para o autor é assegurado o direito de ação, para o réu há expressa garantia de resposta às acusações, dentro dos prazos e limites estabelecidos pela Lei.

Conforme analisado alhures, as decisões judiciais devem ser pautadas a partir dos argumentos exarados pelas partes, oriundos da participação simétrica dos envolvidos, criando-se uma espécie de limitação ao julgador de decidir pautado em argumentos não debatidos em contraditório, afastando-se a ideia de que o juiz é o único portador de cognição para elaboração de decisões judiciais.

Ante todas as considerações acima exaradas, percebe-se que um processo desenvolvido sob a égide da Constituição da República permitirá aos cidadãos — destinatários dos procedimento jurisdicionais —, seja na esfera administrativa, legislativa ou judicial, eis que as decisões e provimentos não serão apenas expressão da vontade do julgador, mas sim reflexo da construção da discussão e argumentação proporcionada pelas partes durante a instrução processual em sua plenitude.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática*. Petrópolis, Vozes, 1978.

BALESTERO, Gabriela Soares. *A celeridade processual e a padronização das decisões com as Súmulas Vinculantes: o direito ao contraditório*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 15, n. 22, p.341-362, jul./dez. 2011.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción*. Derecho penal contemporáneo, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Garantias do contraditório e da ampla defesa*. In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.141-154.

CASTRO, Cláudio Henrique de. *Breves anotações sobre o direito ao contraditório*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 15, ago./nov. 1996, p.143-160.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, s/d.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.233.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1 ed., 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1, artigos 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES CANOTILHO; J. J.; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *O estado nação europeu frente os desafios da globalização*. In: Revista Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, nº 43, nov. 1995.

LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970.

MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1 – n. 1 – out/dez 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NICOLITT, André Luiz. *A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008*. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.47-57.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A possibilidade de recurso como garantia constitucional do devido processo legal (constitucional)*. Revista CEJ, Brasília, v. 12, n. 42, p.4-10, jul./set. 2008.

PIMENTA, Haroldi. *O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008*. Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v. 59, n. 186, p.43-48, jul./set. 2008.

SILVA FILHO, Celso. *Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o interrogatório do acusado*. Jus: Revista jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte, v. 23, n. 14, p.73-79, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 2000.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas*. Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, v. 4, n. 12, p.235-246, jul./set. 2010.

UBERTIS, Giulio. *Il contraddittorio nella formazione della prova penale*. In: YARSHELL, Flávio Luiz. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p.331-340.