

5

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do contraditório

5.1

Considerações acerca da relação Constituição e Processo

Um dos teóricos brasileiros precursores nos estudos sobre a relação entre processo e constituição é José Alfredo de Oliveira Baracho. Ensina ele que *os levantamentos sobre o processo constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e os limites das garantias constitucionais*.¹ Sobre a posição hierárquica de superioridade da constituição, afirma: *a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais*.² Baracho discorre sobre a importância do processo enquanto instituto consolidado nas constituições do século XX e que a consagração de princípios de direito processual se converte no reconhecimento e na enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que a eficácia desses direitos perfaz-se pelas próprias garantias declaradas que os tornem efetivos e exequíveis. O processo se consagra, então, pelo reconhecimento da superioridade da Constituição em relação às normas processuais.³

Pode-se deduzir, portanto, que a constitucionalização de princípios inerentes ao processo culminou na observância obrigatória do garantismo – isso significa que a violação de uma das garantias previstas constitucionalmente infringe o diploma de hierarquia superior. O cerceamento de qualquer das premissas básicas inerentes ao processo traz, por consequência, a devassa de direitos fundamentais consagrados como o suporte, o esteio, a base, o alicerce de todo o ordenamento jurídico.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 11.

² Ibid.

³ IDEM. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1994, p. 12.

A Constituição, como marco de supremacia, converte-se em um texto legal produzido (ou pelo menos é desejável que assim fosse sempre...) com a participação democrática. Como aduz Habermas:

O exercício do poder político se orienta e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.⁴

O que se pode concluir é a noção de que a soberania popular enquanto princípio balizador do Estado Democrático de Direito esculpe as normas constitucionais e as de todo o ordenamento que vão vigorar. À consequência desse raciocínio, pode-se deduzir que a constitucionalização de princípios processuais importa em determinação “retirada” do cerne da vontade do povo. Por conseguinte, a observância do *status* de normas constitucionais/processuais está imbuída da caracterização obrigatória dessas normas como direitos fundamentais.

Dessa maneira, convém apoiar-se no entendimento de Rosemiro Pereira Leal, ao discorrer sobre os princípios constitucionais do processo. Ele afirma:

Claro que os princípios constitucionais do Processo não são meros princípios procedimentais criados a esmo pela Constituição, mas princípios e institutos do Processo constitucionalmente construídos e unificados, que, por suas garantias, teóricas e juridicamente paradigmáticas, asseguram o exercício pleno da cidadania (...). A cidadania, como direito-garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e na reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.⁵

De acordo com Leal, a garantia dos princípios constitucionais compõe-se como verdadeira certeza do exercício da cidadania plena – fundamento de um regime democrático que se firma pelo processo de construção do paradigma dos direitos fundamentais como centro do universo jurídico.

O exercício da cidadania reflete valores permeados pelos interesses gerais que se condensam no bem comum, nos interesses por melhorias em todos os setores que afetam a vida em sociedade. O princípio da igualdade está

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 213.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005B, p. 53.

inteiramente arraigado na noção de cidadania. Para Baracho *a noção de cidadania é essencial à aproximação sociológica da temática do direito*.⁶ Entende-se oportuno trazer à baila as considerações sobre a relação cidadania-processo, posto que sob a ótica do processo constitucionalizado paira, obviamente, a igualdade formal e, não obstante, deve ser traduzida na igualdade material na prática – o que pressupõe o exercício das premissas da condição de cidadão/cidadã – categoria interligada diretamente ao processo no sentido de meio para a construção permanente do diálogo inerente à democracia participativa.

Deduz-se que o processo constitucionalizado – com os princípios balizadores de sua construção inseridos no marco da Carta Magna – contextualiza-se na sociedade plural contemporânea. Constrói-se, outrossim, um desafio enorme para os juristas comprometidos com o regime democrático, posto que as diferenças têm de ser respeitadas, mas a igualdade perante a lei garantida⁷ pelo paradigma constitucional. Depura-se que a guarida do processo e seus princípios na Lei Maior importa na consecução de todos os elementos estruturais de sociedade co-participativa, plural, igualitária (no sentido do garantismo legal e de aspectos extra-legais também) que é a responsável pelo alicerce do próprio modelo construído com a finalidade de estabelecer um feixe de direitos fundamentais. Para elucidar melhor, convém mencionar a anotação de Ivo Dantas, que relaciona o processo com a matriz constitucional que o recepcionou:

Dito de outra forma: mesmo que a ênfase constitucional do processo seja algo relativamente recente, não se pode olvidar que, a partir do Constitucionalismo Liberal, como consequência do fato de a Constituição ser encarada como Lei Maior, entendia-se que esta, teria o dever de tratar das linhas mestras referentes ao processo como meio de solucionar litígios, visto que tal providência é privativa da Função Jurisdicional como forma de manifestar-se do Poder Político.⁸

Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho de que a teoria da constituição do pluralismo, embasada em Härbele, representa um nítido esforço de superação do autoritarismo. A constituição não reside em uma decisão unitária, livre de contradições do poder constituinte, mas sim na confirmação de um processo

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 110-111.

⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. Da Impossibilidade de Supressão dos Princípios Institutivos do Processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 125.

⁸ DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 202.

historicamente condicionado e aberto – processo esse aglutinador e dinâmico de interesses individuais.⁹

Tais ensinamentos de Canotilho corroboram as considerações já feitas anteriormente – o processo constitucionalizado é garantia da participação coletiva e pluralista e tem a função de formatar o consenso em torno da lapidação do texto constitucional, bem como consolida-se, *a posteriori*, como garantia constitucional permeada por princípios de observância obrigatória. Em outras palavras, no regime democrático há ou deveria haver a participação da coletividade – síntese do princípio da soberania popular e do princípio da igualdade – na formação das leis que irão reger o Estado e os particulares. A forma participativa se constitui em um verdadeiro processo de elaboração e delimitação das normas, sobretudo da Constituição que é o marco superior. Ao se estabelecer nessa própria Constituição o respeito ao devido processo legal, ao contraditório, ao acesso à justiça, ao juiz natural – configura-se o teor fundamental que vai ser aplicado compulsoriamente aos processos que terão como resultado a construção participativa das partes na decisão final. Dessa feita, extirpa-se a possibilidade de tratamento desigual e impõe-se a isonomia como pressuposto central, tendo ainda por base a garantia da paridade das armas. Tudo isso se apresenta como garantia fundamental mediante a constitucionalização do processo. É o aniquilamento do arbítrio e da vontade pessoal de um juiz monocrático ou de julgadores coletivos em julgar extra ou paralelamente aos ditames constitucionais, tendo em vista que princípio ínsito à Carta Magna não pode ser contrariado, subjugado, desconsiderado ou inobservado diante da propositura do caso concreto.

Ainda para melhor compreensão da caracterização da democracia enquanto regime sinônimo de igualdade participativa, ensina Gisele Cittadino:

O direito como integridade encontra sua legitimidade na idéia de reciprocidade. Afinal, ainda que separados por projetos, interesses ou convicções – e a despeito de que nem mesmo os princípios de justiça e imparcialidade possuem um sentido unívoco – os indivíduos que integram as democracias contemporâneas compartilham, segundo Dworkin, uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Com efeito, o direito como integridade assegura a cada cidadão o seu lugar (princípio da participação), o

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 96.

seu interesse na vida coletiva (princípio da implicação), tanto quanto a sua autonomia em relação à comunidade (princípio da autonomia).¹⁰

Convém destacar que os processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, como lembra André Cordeiro Leal, ocupam-se do estudo do processo como modelo constitucionalizado.¹¹ De acordo com os autores, o desenvolvimento de uma teoria destinada a explicitar os elementos que tem de ser atendidos em relação aos procedimentos instituídos pela norma infra-constitucional tem de ser apresentada para que haja uma amoldagem em conformidade com os parâmetros do texto constitucional. Destaca Gonçalves¹² que a maioria dos ordenamentos contemporâneos têm dado grande realce ao exercício da jurisdição e ao processo – instituto por excelência de sua manifestação. Ensina o processualista brasileiro:

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera demonstram que já se pode falar em um modelo constitucional de processo formado, não mais apenas pela estrutura e organização do Poder Judiciário, mas também, em plano de igual importância, pelas garantias processuais dos jurisdicionados, ao lado das garantias do Poder Judiciário e dos juízes investidos na função jurisdicional. A importância da especial garantia da norma processual acolhida no plano constitucional já há mais de três décadas era ressaltada por Renzo Provinciali. As garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade, enquanto se coloca como comunidade de jurisdicionados perante o Estado, que detém a sanção em sua universalidade. São garantias de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, de que o Estado não instituirá juízos pós-constituídos, de que a privação dos bens da vida que Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação, de que não se dará sem a devida explicação aos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo Direito asseguradas.¹³

De acordo com Leal¹⁴, para maior percepção da correlação entre processo e Constituição, um autor que deu os primeiros passos no rumo dessa aproximação precisa ser estudado – Liebman.¹⁵ Tal estudioso da Ciência Processual concebeu a normatividade dos princípios aplicáveis aos institutos do processo como garantias.

¹⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 3 edição, p. 154.

¹¹ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões: A Evolução do Conceito de Processo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 87.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 183-184.

¹³ Idem.

¹⁴ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões: A Evolução do Conceito de Processo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Liebman preconiza a impossibilidade de se conceber uma jurisdição sem o pressuposto da igualdade processual – o que se pode apreender como a intrínseca relação do processo com a matriz constitucional.¹⁶ Destaque-se trecho da obra do processualista italiano:

Lo studio degli istituti del processo, se viene compiuto ignorando o trascurando il collegamento con gli altri rami del diritto e in particolare del diritto costituzionale, diventa un tedioso e sterile computo di formalità e di termini; esso acquista invece il suo vero significato e si arricchisce di motivi ben altrimenti importanti, quando venga inteso come lo studio dell'indispensabile apparato di garanzie e di modalità di esercizio, stabilito per la difesa dei fondamentali diritti dell'uomo, nel rigore della disciplina necessaria di una pubblica funzione.¹⁷

A constitucionalização do processo estabelece a superação do entendimento de sua concepção enquanto relação jurídica, posto que ao se pautar por tal acepção pressupõe-se um vínculo instituído entre sujeitos – conduta incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. Gonçalves discorre que não se pode mais admitir no processo que uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de condutas, por vínculos entre sujeito ativo e passivo.¹⁸ Segundo ele, não se pode mais aplicar a figura da relação jurídica como entendimento para o instituto do processo, posto que tal concepção construída no século passado, fruto do individualismo, não encontra meios para permanência no Direito.

Discorre ainda Gonçalves sobre o movimento de renovação do Direito Processual, que eclode em vários estudos doutrinários brasileiros e atua como fonte geradora de novas idéias e novas reflexões, com a anunciação da superação do tecnicismo do século XIX, em uma tentativa de superar as insuficiências de uma concepção deficiente de processo, do rito pelo rito e da forma pela forma, com a abolição do formalismo.¹⁹ E assim leciona:

¹⁶ SANTOS, Adriano Lúcio; MATTOS, Bruno Ferreira Bini de; QUEIROZ, Fábio Henrique. A Coisa Julgada em Liebman. IN: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Coisa Julgada*: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 76.

¹⁷ Ibid. A tradução livre também pode ser encontrada na referida obra: “O estudo dos institutos do processo, se vem realizado ignorando ou negligenciando a associação com os outros ramos do direito e em particular do direito constitucional, torna um tedioso e improdutivo cômputo de formalidades e de termos; ele adquire ao revés seu verdadeiro significado e enriquece de motivos de outra forma importantes, quando vem concordante como o estudo do indispensável aparato de garantias e de modalidades de exercício, estabelecido para a defesa dos fundamentais direitos do homem, nos rigores de uma disciplina necessária de uma função pública”.

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

¹⁹ Idem.

A penosa caminhada de uma sociedade, que ainda não resolveu seus problemas de ordem vital para a maioria de seus membros, desperta, nos estudiosos mais conscientes da dignidade reconhecida a cada ser humano pelo Direito, a indignação por sabê-lo existente e por vê-lo, não obstante, negado. A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la já. Compreende-se, então, o apelo para o que o Direito seja o elemento transformador da sociedade. Mas não se pode esquecer que a sociedade contemporânea não tem a pureza das primitivas, e já não aceita profetas com suas tábuas de leis. Quer fazer o seu destino e quer ser agente da sua história. Seus conflitos são trazidos à luz do dia e resolvem-se no jogo das pressões e contradições.²⁰

Urge entender que ao galgar novos vãos em direção à compreensão do processo e seus princípios institutivos como direitos fundamentais acabou por eclodir na conquista da superação de antigas concepções doutrinárias. O rumo é a inaceitação (como mencionado anteriormente) da vinculação entre sujeitos por meio da qual determinados atos possam ser exigidos. Verifica-se aqui, com a inauguração de novas perspectivas científicas do posicionamento do instituto do processo, o estabelecimento real de uma conexão com a noção de dignidade humana – pautada na garantia de igualdade, posto que não podem haver seres humanos mais dignos do que outros. Conceber-se o processo como instituto apto a fazer valer direitos fundamentais em respeito, principalmente e mais que nunca ao contraditório, é respeitar a condição digna das partes envolvidas e, como já argumentado, dignidade é atributo indissociável da natureza humana.

A essência dos caminhos incipientes chegou, então, ao conceito de que o processo enquanto instituto destinado à realização de seus fundamentos só se consagra de fato com a participação das partes em igualdade de condições, na oportunização pautada na “simétrica paridade”. O provimento passa a ser construído pelos interessados, pelos próprios destinatários que irão suportar os seus efeitos.²¹

Algumas premissas são indispensáveis para a configuração do processo ancorado no cerne das previsões constitucionais. Destaca Baracho:

- a) a Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 11.

²¹ *Ibid*, p. 115.

- c) a lei instituidora de uma forma de processo não pode privar ao indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- d) nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo controle de constitucionalidade das leis.²²

Depura-se das lições elencadas acima que a consagração do processo como garantia da pessoa humana coaduna com a reflexão acerca de seu papel preponderante de garantidor da dignidade humana. Como a dignidade é o centro de vários ordenamentos, tal como o pátrio, qualquer lei distribuidora de normas que tenham por escopo reduzir a termo qualquer dos elementos processuais tidos como princípios constitucionais é eivada de vício de inconstitucionalidade, não só pela discrepância com o dispositivo que diretamente contraria, mas por afetar também o inc. III do Art. 1º da Constituição da República de 1988. Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho:

O carácter das normas constitucionais como normas de normas ou **fonte primária da produção jurídica** implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as *determinantes positivas e negativas* das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um “processo gradual”, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí uma *hierarquia das fontes do direito*, isto é, uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma “pirâmide jurídica”²³ (grifos no original).

Permita-se fazer uma referência a Erhard Denninger, ao discorrer sobre a Constituição Alemã e o status que alcança o princípio da dignidade naquela Carta Política, tendo em vista a relevância de uma inserção comparativa na compreensão dos pontos de contato com o instituto do processo que se quer descortinar²⁴. Leciona o autor:

La Ley Fundamental alemana situa a la cabeza de todas las demás reglas el principio de *la inviolabilidad de la dignidad humana*. A continuación se proclaman los derechos inviolables e inalienables del hombre como de toda sociedad humana, de la paz y la justicia (...).

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 11.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 1023.

²⁴ DENNINGER, Erhard. La Reforma Constitucional en la Alemania Derechos Humanos ante el Tercer Milênio: Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Sevilla el 8 de mayo de 1993. Traducción castellana de Antonio-Enrique Pérez Luño. In: LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Editora Marcial Pons, 1993, p. 308.

Al mismo tiempo la dignidad humana se hace valer no sólo em la relación individuo-Estado, sino como principio universal com efectos *erga omnes*...²⁵

O instituto do processo inaugurado, sob a perspectiva democrática, validado pela ordem constitucional que o recepciona eleva-o à condição de estrutura dialético-discursiva pautada principalmente e, sobretudo, pela realização do contraditório, que se realiza com a possibilidade de o interessado no provimento poder exercer o direito de contradizer, contra-argumentar. *Mutatis Mutandi*, o Estado exerce a função jurisdicional no quadro de uma ordem jurídica pré-estabelecida. O poder que legitima o Estado a agir é limitado pela lei. O juiz exerce sua função julgadora vinculado ao princípio da legalidade.²⁶

Em suma, constata-se que a relação Constituição e Processo é estabelecida de acordo com destaque para pontos essenciais como:

- o direito constitucional de ação;
- o direito constitucional de defesa;
- o direito à prova: acolhimento e prova proibida;
- o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas;
- o direito aos recursos.²⁷

Não se pode olvidar, portanto, de mencionar que a garantia do devido processo legal, instituído como norma de envergadura constitucional veio para propiciar a abertura de um catálogo de outros direitos fundamentais relacionados ao instituto processual. Ao consolidar-se o Estado de Direito como resposta ao Estado Absolutista de outrora, buscou-se estabelecer o *due process of law*²⁸ como garantia inserida no rol dos direitos fundamentais. A posteriori, a constitucionalização e internacionalização desses direitos possibilitou a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, leciona Leonardo Greco:

Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das

²⁵ Idem.

²⁶ CARVALHO, Carlos Eduardo A. Fundamentação Racional das Decisões Jurídicas. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba, Editora Juruá, 2007, p. 105.

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 14.

²⁸ Não é proposta desta parte do trabalho apresentar um relato histórico sobre os primeiros registros do devido processo legal. O marco primário é a Magna Carta Inglesa de 1215. Para maiores esclarecimentos sobre o contexto histórico, ver: FERNANDES, Daniel André. *Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, Cap. II.

instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.²⁹

Habermas apresenta embasamento filosófico para a fundamentação das concepções dessa visão de modelo constitucionalizado do processo:

(...) as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito, devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximadamente.³⁰

Para adequação das definições de processo e de seus princípios com o paradigma do Estado Democrático de Direito, além dos pontos de contato com o princípio da dignidade, é mister que se faça referência à teoria discursiva – que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e o princípio da soberania do povo – e os estudos habermasianos.³¹

O Direito Processual e suas teorias modernas concebem o processo como estrutura normativa balizadora dos discursos garantidores de espaços para formação dialógica dos provimentos judiciais. Na visão da teoria democrática e discursiva do direito, os provimentos devem ser co-participativos e não permitem mais a aceção de que o magistrado carrega o peso sozinho da legitimidade procedimental. Sendo assim, o modelo constitucional de processo requer a garantia, na técnica processual, de espaços de diálogo aos sujeitos processuais – partes e juiz – anteriores a qualquer decisão, por força dos princípios constitucionais do processo, como os da ampla defesa, **contraditório**, devido processo legal.³²

No modelo garantista de processo, como já demonstrado, há de se respeitar a participação igualitária “o opor a contradita”, a manifestação em sentido

²⁹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. *Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Júris, 2006, p. 370.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 292.

³¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 137-138.

³² *Ibid*, p. 57-59.

contrário ao pedido de prestação jurisdicional para que de fato, na prática, se realize a consecução dos objetivos elementares do Estado Democrático de Direito.

A partir, então, das lições habermasianas, conclui-se que a estrutura e análise do processo democrático passam pela adoção de uma visão policêntrica de que não pode nem deve haver privilégio para nenhum dos sujeitos processuais, como ensina Nunes, que assim esclarece: *deve haver uma articulação dialógica da técnica processual seguindo comandos institutivos da principiologia processual constitucional que não reduza o papel institucional nem dos juízes nem das partes (e seus advogados)*.³³ Decorre daí, mais uma vez, a conclusão de que em caso de submissão de uma parte à outra ou de inobservância da garantia do contraditório em condições igualitárias, configura-se situação gritante de desconstrução do modelo democrático de Estado, que é alicerçado em princípios norteadores que visam a garantir a existência digna.

O processualista italiano Elio Fazzalari³⁴, ao apresentar a concepção do processo como espécie de procedimento em contraditório, inaugurou um grande marco na Ciência Processualista. A partir da compreensão de que o *iter* de formação de cada ato processual deve ser contemplada a partir da participação igualitária é que se alçou o contraditório ao patamar de elemento indispensável para a construção de um provimento que respeite de fato os princípios constitucionais balizadores do Estado Democrático de Direito. O processo entendido como essência para a elaboração do texto constitucional e como direito fundamental assecuratório da igualdade entre os sujeitos é que instiga a compreender um pouco mais sua íntima relação com o princípio da dignidade humana.

5.2 Relação Contraditório – Dignidade

A dignidade humana é representada pela autonomia ética de indivíduos situados no contexto histórico. Concretizada a partir da garantia dos direitos

³³ Ibid, p. 142.

³⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. da 8ª Ed. de Elaine Nassif Campinas: Bookseller, 2006.

fundamentais, certamente afirma-se como uma das valorações mais relevantes em termos de constitucionalismo comunitário. A concretização dos direitos constitucionais implica uma intensa atividade interpretativa tanto mais intensa e democrática quanto for o nível de abertura da constituição. Dessa feita, é por meio de um processo aberto e público que o constitucionalismo comunitário acaba por agregar hermenêutica, democracia e história, sobretudo, quando defende a participação de todas as correntes da comunidade política no processo de interpretação da constituição.³⁵

O contraditório afirma-se com a idéia de que ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial sem ter tido a oportunidade de participar, de influir na sua formação. A participação democrática pressupõe a realização do contraditório com possibilidade de comparecimento das partes em todos os atos processuais realizados, de modo a consagrar a igualdade de posição.³⁶

A origem do contraditório remonta aos tempos do direito natural, quando era visto como “princípio da razão natural”. A partir do Século XIII, foram atribuídos aos juízes poderes probatórios inquisitoriais que, em razão dos interesses de um modelo teleológico de processo eram considerados como julgadores oniscientes. No século XVIII começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório, uma vez que a racionalidade é supervalorizada e há uma tendência ao abandono do diálogo. Como o processo era tido como um decreto de direitos e obrigações permitia-se a percepção de verdades antes do debate processual. A posição do juiz era privilegiada, num entendimento de que ele poderia suprir a participação das partes.³⁷

No fim do século XIX o contraditório perde sua correlação com o direito natural e é relegado a um papel secundário, dissociando-se sua essência do processo. Insurgia-se assim uma perspectiva de socialização do processo. Nos primeiros trinta anos do século XX, chegou-se a crer que a falta do contraditório

³⁵ CITTADINO, Gisele. Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. *Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Júris, 2006, p. 104-105.

³⁶ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. *Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Júris, 2006, p. 379.

³⁷ Para maiores detalhes sobre a historicidade do princípio do contraditório, ver: NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência de Não Surpresa. In: TAVARES, Horta. *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 147-149.

não impediria o juiz (visto como um ser que dominava o ideal da busca do bem comum) de chegar a uma decisão justa. É após o advento da segunda guerra mundial com a ampla constitucionalização e internacionalização de garantias processuais que o contraditório passa a ser estudado e conceituado sob novas perspectivas.³⁸ Nos dizeres de Dierle José Coelho Nunes:

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um Estado democrático, com a **releitura do contraditório**, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsjemeninschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a co-participação na estrutura procedimental³⁹ (grifos nossos).

Além da conhecida definição de Fazzalari, convém lembrar que para ele o processo é o procedimento do qual participam *aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades*.⁴⁰ Ainda de acordo com o processualista italiano:

É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e as reações dos outros e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados.⁴¹

Segundo ensinamento de Nunes, é a partir das concepções de Fazzalari acerca do processo que a doutrina pátria, iniciada por Aroldo Plínio Gonçalves, passa a entender este instituto como espécie do procedimento. Por procedimento, entende-se uma estrutura normativa, realizada em contraditório, entre as partes, em que os atos e as normas subjetivas se conectam em forma de interdependência

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid, p. 151.

⁴⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. da 8ª Ed. de Elaine Nassif Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

⁴¹ Ibid, p. 119-120.

para a preparação e formação de um provimento, como já informado anteriormente.⁴²

Há uma íntima conexão entre a violação dos princípios processuais, como no caso de inobservância do contraditório – que é o impedimento da participação no processo em simétrica paridade – e lesão grave à dignidade humana. Os direitos fundamentais são expressões do princípio da dignidade e a violação de qualquer um deles importa no impedimento da plena vivência digna.

A fundamentação para correlacionar que o aviltamento de um princípio constitucional do processo importa no atingimento da dignidade parte, então, do entendimento de processo como instituição constitucionalizada e alicerçado em garantias para a construção do provimento, como na conceituação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz: *processo como espécie de procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes. Processo é um procedimento onde se garante a participação das partes.*⁴³ O impedimento da participação igualitária importa no aviltamento da dignidade.

O processo entendido por Fazzalari⁴⁴ como espécie de procedimento em contraditório exigiu a redefinição do conceito de procedimento, visto como uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas que se desenvolvem na preparação do provimento. E o processo passa a se definir pela participação dos interessados nesse provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. A essência dessa participação está na ‘simétrica paridade’.⁴⁵ Ora, em caso de desequilíbrio na oportunização participativa das partes em igualdade de condições na construção do provimento é facilmente perceptível a usurpação da dignidade de uma delas. O processo amparado em princípios constitucionais, como o contraditório, é garantia de sustento da condição digna.

Nos ensinamentos propugnados e apreendidos como concepções fazzalarianas, esclarece-se que a existência do processo está condicionada a

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 57.

⁴³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CRUZ, Álvaro de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 2004, p. 228.

⁴⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. da 8ª Ed. de Elaine Nassif Campinas: Bookseller, 2006.

⁴⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 98-113.

quando se forma o ato processual, com a contemplada participação de seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos em perfeita simetria **com o princípio do contraditório**, de modo que as atividades possam ser efetivamente desenvolvidas. Há a necessidade, portanto, para identificação do processo que haja uma série de normas reportadas aos destinatários dos efeitos do provimento, realizadas entre eles por meio do respeito ao contraditório igualitário, paritário. A participação efetiva dos sujeitos no processo constitui a sua legitimação para agir. Pode-se concluir, a partir das idéias de Fazzalari⁴⁶, que o estudo do processo se converte na apreensão das normas que o regulam, ou seja, na análise dos atos que o fundamentam. Sendo assim, os princípios processuais enraizados no amparo constitucional são, obviamente, os disciplinadores de cada atividade componente da estrutura processual. Daí, a importância incalculável de verter uma ampla compreensão da matriz constitucionalista da Ciência Processual moderna para conectá-la com um dos princípios fundantes da ordem jurídica – a dignidade da pessoa humana. Sobre a matriz do garantismo processual, da qual se apura a afirmação dos direitos fundamentais, assim se pronuncia José Adércio Leite Sampaio:

Podemos imaginar que o sistema de direitos humanos se desenvolveu com a gradual racionalização das penas e com a criação de instrumentos processuais que restringiram a arbitrariedade dos governantes e dos agentes públicos em geral. Segundo Peces-Barba, Sanchez-Pescador, García e Cascón (1987), a necessidade de humanização do Direito Penal e Processual, contra a insegurança e o arbítrio patrocinados pela indeterminação das penas, utilização da tortura como forma de investigação e de castigo, passou a ser atendida pelo surgimento das chamadas ‘garantias processuais’ ou, como são genericamente intituladas nos Estados Unidos, como *due process of law*.⁴⁷

Decorre daí o esclarecimento de Baracho, ao discorrer: *a paridade visa a propiciar a projeção endoprocessual do princípio constitucional da igualdade formal. A organização do processo civil beneficia-se do princípio da igualdade, no sentido formal. Assegura-se, assim, a paridade de tratamento nas situações objetivamente similares*.⁴⁸

⁴⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. da 8ª Ed. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122-127.

⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 148.

⁴⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 17.

Há uma íntima conexão entre a violação dos princípios processuais, como no caso de inobservância do contraditório – que é o impedimento da participação no processo em simétrica paridade – e lesão grave à dignidade humana. Os direitos fundamentais são expressões do princípio da dignidade e a violação de qualquer um deles importa no impedimento da plena vivência digna.

Ivo Dantas chama a atenção para o fato de que o contraditório concretiza-se na bilateralidade do processo, formada a partir da garantia do direito de defesa.⁴⁹ O contraditório corresponde ao direito de a parte se manifestar sempre e toda vez que sobre ela for manifestado algo.

Apenas a título de esclarecimento, abre-se um parêntese para fazer uma singela e oportuna diferenciação entre o princípio da ampla defesa e do contraditório. Daniel André Fernandes⁵⁰, apoiado em Pontes de Miranda, esclarece que uma coisa é o princípio da contraditoriedade processual e outra o direito à defesa. Importante esclarecer que a legislação infraconstitucional não pode estabelecer limites coibitivos ao exercício da ampla defesa, sob pena de ser coimada de vício de inconstitucionalidade. O contraditório realiza-se ao longo de todo processo e é, também, garantia não só da igualdade entre as partes, mas de que a defesa também está sendo exercida – os argumentos estão sendo assim colocados e influenciarão o alicerce da decisão final. Veja-se a lição de Nunes:

À primeira vista, não há como se estabelecer uma identidade dos conteúdos da garantia do contraditório com a da ampla defesa, mas pode-se vislumbrar um nexó instrumental entre elas, uma vez que a instauração e o desenvolvimento de um contraditório dinâmico são pressupostos do exercício da defesa, sendo que a inviolabilidade desta é uma condição essencial daquele.⁵¹

O contraditório é ele próprio direito fundamental constitucionalizado, como já amplamente informado e segue, também, com a missão de garantir a lisura e a observância do direito inviolável à defesa. É salvaguarda contra a inquisição e o arbítrio de ficar a cargo do julgador colher elementos para a decisão apenas de suas convicções a partir das alegações informadas por uma das partes. Sem defesa não há processo, sem contraditório não há defesa, e muito menos dignidade.

⁴⁹ DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 361.

⁵⁰ FERNANDES, Daniel André. *Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 30.

⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 151.

Afirma-se, então, que o relacionamento entre os aludidos princípios é intrínseca, íntima e “pessoal”.

É relevante, neste sentido, mencionar fragmento de Liebman, a fim de compreender o alcance prático do que significa respeitar o contraditório:

O princípio do contraditório. O juiz não pode processar nem julgar sem ter chamado diante de si todas as partes, para ouvir as suas razões (*audiatur et altera pars*: CPC, Art.101). É uma elementar exigência de justiça dar a todas as partes a ocasião e possibilidade de defender-se antes que o juiz pronuncie o seu julgamento (‘a defesa é direito inviolável em qualquer estado e grau de procedimento’: Const., Art. 24, 2 parte). Naturalmente, depois a parte convocada fica livre para fazer ou não fazer uso dessa ocasião de se fazer ouvir pelo juiz, que lhe foi necessariamente oferecida. Esse princípio imprime a todo procedimento uma estrutura contraditória, uma vez que o juiz atua sobre todas as partes e estas devem poder assistir ao seu desenrolar, defendendo e comprovando suas razões. Estamos diante de outras garantias da prolação de uma decisão tão justa quanto possível, as quais justificam aquela especial imutabilidade que é característica exclusiva dos atos jurisdicionais (autoridade da coisa julgada), naturalmente limitada apenas às partes e só ao objeto do processo.⁵²

O que se pode depurar das lições do jurista italiano é que o contraditório se configura mesmo como uma garantia para o próprio Poder Judiciário da propagação de decisões justas. “Justas” deve ser entendido no sentido de que os princípios primordiais referentes à construção do provimento foram devidamente observados. A jurisdição se resguarda no contraditório de que chamou o sujeito a se defender, a se pronunciar, oferecendo-lhe as chances previstas no ordenamento para se colocar e se apresentar sempre em todas as ocasiões necessárias de se estabelecer o “confronto” de argumentos e posições.

O constitucionalista José Luiz Quadros de Magalhães chama a atenção para o fato de o contraditório, assim como mencionado em outras linhas, estar intimamente ligado ao princípio do devido processo legal. O autor em apreço destaca que tais garantias (devido processo legal, contraditório, etc.) são direitos individuais apresentados nas constituições contemporâneas, os quais predominam como a idéia de que em relação à conduta do indivíduo cabe somente a ele decidir livremente.⁵³

Todavia, não há como exercer um leque de direitos fundamentais sem ancorá-los uns aos outros. É como a idéia, já apresentada em capítulo anterior, da

⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 11.

⁵³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84-186.

teoria da indivisibilidade dos direitos humanos. O que se quer afirmar é a impossibilidade de exercício do direito ao contraditório na aclamada igualdade de condições se houver, entre as partes, diferenças gritantes em decorrência da perversidade da lógica neoliberal que permite a uns poucos a prática dos direitos sociais e políticos em detrimento de muitos outros. Ora, a simétrica paridade não pode ser de fato desenvolvida se uma das partes é potencialmente mais acondicionada de direitos – se uma delas pode, por assim dizer, valer-se de todos os meios para participar dos atos processuais e a outra não. Como já se frisou, uma não pode ser mais digna que a outra, não pode haver mais possibilidades de contraditar a um sujeito do que para o outro – o Estado Democrático de Direito é ferido de morte quanto prevalece tamanha desigualdade no trato com os cidadãos e cidadãs, por vezes, os jurisdicionados - que vão dar ensejo à formação do provimento.

Destaque-se, neste ponto, os dizeres de Humberto Theodoro Júnior, acerca de sua concepção sobre contraditório, que para ele consiste

na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégio de qualquer sorte.

(...) Decorrem três conseqüências básicas desse princípio: a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; só há relação processual completa após regular citação do demandado, toda a decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.⁵⁴

O contraditório tem assumido um perfil de dinamismo em definições conceituais apresentadas pela doutrina processualista italiana – pioneira nas considerações das acepções constitucionalistas para o processo. Lembra Nunes que com esse dinamismo, o contraditório pode ser enquadrado *nas possibilidades de participação preventiva sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, cunhando-se a seguinte equação: defesa = contraditório = participação = audiência preventiva.*⁵⁵ O autor traz à tona a concepção do contraditório como a garantia de não surpresa:

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de Conhecimento. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84-186.

⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência de Não Surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta. *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: 2007, Editora Juruá, p. 152-153.

Assim, delineiam-se procedimentos onde existe uma fase metodicamente exata de preparação dos sujeitos processuais com a fixação de todas as questões (pontos controvertidos) jurídicas, fáticas e probatórias (fomentadora do debate), para, a seguir, ser realizada uma fase de problematização das questões já fixadas **com reduzida ou inexistente margem de surpresa aos sujeitos processuais**⁵⁶ (grifos nossos).

Pode-se entender que a referência ao contraditório como princípio da não surpresa significa abrir as questões processuais ao debate prévio, ao conhecimento dos fatos pelo julgador, que as partes sejam chamadas ao pronunciamento e apresentação de seus argumentos durante todo o desenvolvimento do processo. É garantia mesmo de reverência à soberania do regime democrático, do Estado de Direito lapidado por direitos fundamentais pré-conhecidos, pré-determinados e pré-reconhecidos. Não se pode deixar de lamentar que em um país marcado por desigualdades históricas como o Brasil, agravadas nos últimos anos pelas conseqüências da ideologia neoliberal, seja um tanto quanto distante a realidade em relação ao ideal de observância do contraditório nas linhas ideais de fato garantidoras da igualdade entre os sujeitos litigantes. Infelizmente, a teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais não é bem ancorada por aqui. Para parcela ínfima da população brasileira é possível adentrar numa disputa judicial em condições ideais de participação e de discurso, tal como nas linhas habermasianas, exaustivamente salientadas. O princípio da dignidade humana não raro é depreciado, seja por esses caminhos da inobservância de princípios processuais constitucionais – como o contraditório – seja por muitos outros aos quais não cabe analisar neste estudo.

Ensinações como o de Gonçalves ao afirmar que “entre uma decisão ‘justa’ tomada autoritariamente, e uma decisão ‘justa’, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que dignidade humana se realiza através da liberdade”⁵⁷, merecem uma reflexão aprofundada para que se entenda de uma vez por todas que o Estado Democrático de Direito é concretizado pela observância dos princípios aclamados pela soberania popular e, portanto, não cabe a quem quer que seja decretar entendimentos à revelia das escolhas democráticas. A existência digna é considerada como pressuposto básico para a consecução dos objetivos da

⁵⁶ Ibid, p. 159.

⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 174.

República Federativa do Brasil. O contraditório é um de seus eixos de observância, assim como o princípio da celeridade processual, recentemente inserido no rol dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna. É a respeito dele que discorreremos no próximo capítulo, por opção de linha investigativa neste trabalho.