

O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo à luz do modelo constitucional do processo

The contradictory and the broad defense in the administrative process considering the constitutional model of process

Eduardo Rodrigues dos Santos

Graduando em Direito pela ESAMC – Uberlândia. e-mail: rodriguessantos1988@gmail.com

Wendel Ferreira Lopes

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributário). Advogado e sócio do escritório Ferreira & Viola Advogados Associados. Professor de Direito Processual Civil na ESAMC – Uberlândia, e de Direito Tributário pela Faculdade Católica de Uberlândia.
e-mail: wendel@ferreiraeviola.com.br

Resumo: Trata-se de uma investigação filosófico-analítica que tem por objetivo apresentar dois dos mais relevantes princípios constitucionais do processo administrativo: o contraditório e a ampla defesa, que mais que princípios constituem garantias constitucionais de um processo justo e transparente, tutelados pelo artigo 5º de nossa Carta Maior. Inicialmente, aborda-se o Modelo Constitucional do Processo conceituando-o, descrevendo-o e apresentando-o como um modelo de processo oriundo da concepção neoconstitucionalista dentro do paradigma pós-moderno do Direito que visa, sobretudo, tornar o processo um instrumento realizador de justiça fazendo-o deixar sua feição pretérita de mero instrumento técnico. Após esta primeira análise, trabalha-se o conceito específico de Princípios Constitucionais do Processo, bem como suas acepções, suas características, origem e amplitude normativa. Em seguimento, apresenta-se o princípio do Contraditório, como garantia processual do devido processo legal e até mesmo como parte fundamental e inseparável do próprio conceito de Processo. Mais do que isso, demonstra-se o seu caráter isonômico, ou seja, de instrumento que visa garantir a paridade de tratamento e a bilateralidade da audiência com o escopo de dar às partes as mesmas oportunidades (de fala e de produção probatória) pondo-as em uma situação de igualdade. Passa-se então ao Princípio da Ampla Defesa, abordando-o como um princípio intimamente ligado ao Contraditório e apresentando-o enquanto um Princípio garantidor de direitos, que tem por essência evitar condenações arbitrárias. Conclui-se o trabalho reiterando a feição de “instrumento realizador de justiça” inerente ao Modelo Constitucional do Processo, bem como reafirmando o caráter garantidor dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Palavras-chave: contraditório; ampla defesa; modelo constitucional do processo.

Abstract: This is a philosophical research analysis which aims to present two of the most important constitutional principles of the administrative process: the contradictory and broad defense, which more than principles are constitutional guarantees of a fair and transparent process, protected by Article 5 of our Constitution. Initially, it approaches the Constitutional

Process Model conceptualizing it, describing it and presenting it as a process model derived from the design neoconstitutionalism within the postmodern paradigm of law that is aimed mainly at making the process an instrument maker of justice making it leave its bygone feature of mere technical instrument. After this initial analysis, we work the specific concept of the Process of Constitutional Principles and their meanings, their characteristics, origin and extent normative. Afterwards, we present the principle of contradiction, as a guarantee of procedural due process and even as a fundamental and inseparable part of the very concept of Procedure. More than that, it demonstrates its character equality, i.e., an instrument aimed at ensuring equal treatment and bilaterality of hearing, in which the parties are given the same opportunities (and speech production evidence) and put on an equal footing. Then we study the Principle of Broad Defense, approaching it as a principle closely linked to the contradictory and presenting it as a guarantor of rights principle, whose essence is to avoid arbitrary convictions. We conclude by reiterating the feature of a “justice facilitating instrument”, inherent in the Constitutional Process Model, as well as reaffirming the guarantor character of the principles of Contradictory and Broad Defense.

Keywords: contradictory; broad defense; constitutional model of process.

1. Introdução

O presente trabalho consiste em uma investigação filosófico-analítica que tem por objetivo apresentar dois dos mais relevantes princípios constitucionais do processo administrativo: o contraditório e a ampla defesa, que mais que princípios consistem em garantias constitucionais de um processo justo e transparente, tutelados pelo artigo 5º de nossa Carta Maior.

Trabalha-se o Modelo Constitucional do Processo como modelo processual pautado no Neoconstitucionalismo, movimento que surge na segunda metade do século passado e consiste na constitucionalização das normas, ou melhor, do ordenamento jurídico como um todo e que tem como escopo buscar a justiça do caso concreto dentro dos parâmetros constitucionais. Para tanto, apresenta-se os Princípios Constitucionais como instrumentos que possibilitam a eficácia deste modelo.

Por fim, abordam-se especificamente os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa como garantidores de um processo que respeite a paridade de tratamento entre as partes, a bilateralidade da audiência e possibilite ao acusado todas as oportunidades legalmente possíveis de se defender, bem como de provar sua inocência a fim de se evitar um processo autoritário e inquisitorial.

2. Modelo constitucional do processo

Autores da fase tardia do Pandectismo alemão proclamaram nas últimas décadas do século XIX a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a participação dos interessados.

Cravado aquele ramo autônomo do direito, no final dos anos sessenta e princípio da década de setenta do século passado, marcou-se o advento de uma virtual reno-

vação dos estudos do Direito Processual, quando se passa a enfatizar a consideração da raiz constitucional dos institutos processuais básicos.

Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. Nos Estados Unidos, Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik lançam em 1988 o primeiro manual tratando conjuntamente do Processo Civil, Penal e Administrativo, o que chamaram de Sistema Processual Federal, atentando para a conexão deles com o Direito Constitucional.

Fruto do Neoconstitucionalismo e influenciado pelo paradigma pós-moderno do Direito (Pós-Positivismo Jurídico), o Modelo Constitucional do Processo surge como um modelo processual garantidor, que visa efetivar as garantias do texto constitucional, mas também como um modelo que visa constitucionalizar o sistema processual, ou seja, tornar o Processo um instrumento Constitucional, fazendo-o transcender uma realidade pretérita de simples instrumento técnico, passando a assumir uma feição de instrumento realizador de Justiça. Nesse sentido, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco afirmam que a Constituição incumbe-se em tornar o direito processual um “instrumento público de realização da justiça”, fazendo-o deixar de ser um “mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 86).

O Modelo Constitucional do Processo, ou Direito Processual Constitucional, conforme explicam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco, consiste “em uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”, que por um lado abrange “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e por outro “a jurisdição constitucional” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 85).

Em consonância com o parágrafo anterior, Willis Santiago Guerra Filho, em sua obra *Teoria Processual da Constituição*, explica que há hoje um duplo movimento em que, por um lado, visa-se realizar uma materialização constitucional do processo, e por outro, visa-se atingir uma procedimentalização do Direito Constitucional a fim de por em prática a Constituição, como instrumento maior do ordenamento jurídico e da Justiça (GUERRA FILHO, 2007).

Candido Rangel Dinamarco, citado por Humberto Theodoro Júnior, em seu artigo “Constituição e Processo”, afirma que é “indispensável que cada processo produza os resultados substancias que melhor atendam à justiça do caso concreto” fazendo valer os valores sociais de alta magnitude, ou seja, aqueles valores mais consagrados na consciência da coletividade, que segundo o renomado autor, “no Estado Democrático de Direito, se confundem basicamente com as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 240). Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque, também citado por Theodoro Júnior, afirma que é insuficiente, ou melhor, de nada serve o processo regular determinada matéria, se ele não o fizer em consonância com os princípios e valores constitucionais pelos quais é regido (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Flaviane de Magalhães Barros, discorrendo sob o Modelo Constitucional do Processo proposto por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, afirma que tal modelo consiste em

“um esquema geral de processo” que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microsistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (BARROS, 2009, p. 334).

Com base nesta nova concepção, ou melhor, nesta atual maneira de pensar o Processo, pautado, substanciado e fundamentando de maneira prévia na Constituição, é possível perceber Princípios Constitucionais que vão irradiar seus efeitos no âmbito Processual de maneira fundamental e determinante. A nosso ver tais princípios têm ação direta na instrução do processo e é o que passa a ser investigado em seguida.

3. Princípios constitucionais do processo

Inicialmente há de se esclarecer que neste artigo utilizar-se-á uma visão neo-constitucionalista acerca dos Princípios, fundada nas ideias dos renomados juristas Ronald Dworkin, Gomes Canotilho, Robert Alexy, Karl Larenz, Karl Engisch e Willis Santiago, ignorando-se assim a clássica visão positivista dos não menos renomados H.L.A. Hart e Hans Kelsen.

Gomes Canotilho agracia-nos com um excelente conceito de Princípios Constitucionais. Assim, segundo o renomado constitucionalista, “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 1995, p. 171).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, pondera que estes princípios têm diversas funções, tais como: expor as valorações e motivações políticas fundamentais que levaram o legislador constituinte a elaborar a Constituição; orientar a produção legislativa ordinária, atuar como garantia direta aos cidadãos, ou seja, servir como fonte normativa direcionada diretamente ao caso concreto; e auxiliar na interpretação e integração da legislação infraconstitucional com a Constituição (NUCCI, 2008).

Em relação à aplicação dos princípios frente aos casos concretos, ou seja, em relação à imperatividade normativa do princípio, afirma Dworkin, que os princípios têm uma dimensão que avalia o peso, a importância, a relevância frente ao caso concreto, diferentemente das normas, que se aplicam pautadas em um critério de tudo ou

nada. Assim, quando “os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força normativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42). Nesse sentido, Willis Santiago em análise à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, afirma que há a necessidade de se sopesar os princípios, além da mera subsunção dos fatos às normas, principalmente quando o caso concreto necessita de uma interpretação à luz da Constituição, tudo isso dentro de um critério de proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2007, p. 101). Pondera ainda o consagrado autor brasileiro que

os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente (GUERRA FILHO, 2007, p. 254).

Nesse sentido, o próprio Alexy afirma que

princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento [...] (ALEXY, 2008, p. 117).

Por sua vez, Karl Larenz afirma que o direito pode se desenvolver superando o simples texto legal-positivo, ou seja, as regras jurídicas ordinárias, o que ele chama de Direito Superador da Lei, porém tal desenvolvimento tem de estar em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, tratando-se assim “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base” (LARENZ, 1997, p. 588-590).

Em sentido semelhante, Karl Engisch, em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, afirma que existem princípios de direito que não dependem de posituação para existir, pois estão acima da lei, por isso pertencem ao Direito Supralegal, *verbi gratia*, o princípio da igualdade, que não necessita estar posto em um texto legal para ter validade. Segundo Engisch, aquele que aplica o direito, o magistrado, tem o poder, ou até mesmo o dever, “de declarar inválida, ou então corrigir, qualquer estatuição positiva no caso de ela estar em contradição com o Direito Supralegal” (ENGISCH, 2001, p. 326-327). Engisch cita, a título de exemplo, alguns destes princípios, como princípios supremos da justiça, do bem comum, do Direito justo, da moralidade etc. A partir desses exemplos, nota-se a preocupação do autor de que o Direito deve focar-se na Justiça, ou em outras palavras, deve tê-la como escopo fundamental. Não obstante, após a análise dos textos de Engisch e Larenz, nota-se que os princípios a que eles se referem comumente estão presentes nas Constituições, pois se trata dos mais elevados e valorados princípios do Direito, que já se consagraram há muito tempo, porém não tinham efetividade factiva, que é o que se pretende atingir.

Para Luiz Roberto Barroso, os princípios têm um status muito maior do que meras disposições axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional. Para ele os princípios possuem *status* de norma jurídica, e entre os princípios e as regras jurídicas não há hierarquia. Para Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e em alguns casos “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça” (BARROSO, 2001, p. 20).

Nesse sentido percebe-se que, no Pós-Positivismo, a norma anteriormente enquadrada apenas nas regras, cede espaço agora também para os princípios. Nessa nova maneira de ver o Direito a norma passou a ser gênero, do qual são espécies: princípios e regras. Princípios têm força atual de comando, deixando de ser apenas um objetivo político ou um instrumento informador. Assim, estudar-se-á, a partir deste momento, dois dos principais Princípios do Processo Administrativo a luz da Constituição brasileira: o Contraditório e a Ampla Defesa.

4. O contraditório

Na Constituição brasileira o Princípio do Contraditório é tutelado no inciso LV de seu Art. 5º, que traz o seguinte dispositivo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Especificadamente em relação ao Processo Administrativo, a lei 9.784 de 1999 – que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – em seu artigo 2º é contundente ao afirmar que: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa, contraditório*, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifo nosso). Ainda em relação ao Processo Administrativo, Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco afirmam que sempre que houver litigantes ou acusado, há de se assegurar o Contraditório e a Ampla Defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009). Nada obstante, a lei 8.112 de 1990 – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – em seu artigo 153 afirma que “O inquérito administrativo *obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa*, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito” [grifo nosso].

Por sua vez, Marçal Justen Filho afirma que “a Constituição de 1988 foi enfática ao submeter a atividade administrativa à observância do devido procedimento administrativo” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 135). Justen explica que este devido procedimento administrativo pauta-se, bem como visa a garantir, os princípios e garantias constitucionais processuais, o que inclui o Contraditório e a Ampla defesa.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello é contundente ao afirmar que há “a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e ampla defesa (MELLO, 2009, p. 115).

O Princípio do Contraditório, também identificado como o Princípio da Paridade de Tratamento ou Princípio da Bilateralidade da Audiência, conforme explicam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, consiste na garantia constitucional de que é necessário dar-se à parte ré a possibilidade de conhecimento do pedido que corre em juízo em seu desfavor, bem como, “dar ciência dos atos processuais subsequentes” a ambas as partes, aos terceiros interessados e aos assistentes e, também, “garantir possíveis reações contra decisões, sempre que desfavoráveis” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 82).

Francesco Carnelutti por sua vez, afirma que o Contraditório é o instrumento processual que possibilita o aparecimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade” (CARNELUTTI, 2002, p. 67).

Em análise ao Contraditório, o constitucionalista José Afonso da Silva afirma que tal princípio é “pressuposto indeclinável de realização de um processo justo”, sem o qual a apreciação judicial é ausente de valor. Pondera ainda que a natureza processual do Contraditório encontra-se na regra *audiatur altera pars*. Segundo tal regra, deve-se dar ciência a cada litigante “dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados” (SILVA, 2009, p. 154).

O processualista Edílson Mougenot Bonfim afirma ser o contraditório “uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participaram da formação da convicção do órgão julgador”, ou seja, não basta dar ciência às partes de cada ato praticado, faz-se necessário que elas tenham participação ativa em cada um desses atos no decorrer do processo. Assim, é primordial que o órgão julgador de igual oportunidade às partes de se manifestarem, para que então, ele possa proferir uma decisão. Mougenot pondera ainda que em respeito ao princípio da igualdade, deve-se assegurar as partes não só a igual oportunidade de se manifestarem, mas também, “iguais direitos de participar da produção da prova e de se manifestar sobre os documentos juntados e argumentos apresentados pelo *ex adversu* ou pelo órgão julgador” (BONFIM, 2010, p. 73-74).

Nesse sentido ponderam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco que o contraditório é composto por dois elementos essenciais: a informação e a reação. Para os consagrados processualistas, o órgão julgador só pode proferir uma sentença por meio de um processo dialético, formando ele sua síntese pela “soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese)”, devendo ser consideradas inconstitucionais as normas que não respeitem o contraditório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 61-63).

Em consonância com o exposto acima, Hely Lopes Meirelles afirma que a Constituição Federal de 1988 jurisdicinalizou o Processo Administrativo, pois antes da referida Magna Carta, o Contraditório e a Ampla Defesa eram assegurados apenas nos processos administrativos punitivos, ou seja, onde haviam acusado, porém com o ad-

vento da atual Constituição essa tutela se estendeu a todo e qualquer litigante que esteja envolto em um processo administrativo, bem como aos terceiros interessados (MELLES, 2009).

Em sua *Teoria Processual da Constituição*, Willis Santiago lembra-nos que a mais moderna doutrina italiana, representada principalmente pelos professores Picardi e E. Fazzalari, da Universidade de Roma, em relação à natureza jurídica do processo, afirma que “o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório”, por meio do qual se deve sempre “buscar a participação daqueles, cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento”; portanto, conclui Santiago, “não há processo sem respeito efetivo ao contraditório” (GUERRA FILHO, 2007, p. 28-29). No mesmo sentido, Alexandre Freitas câmara afirma que o Contraditório integra o conceito de processo, sendo que “não existe processo, onde não existir contraditório” (CÂMARA, 2004, p. 55).

Humberto Theodoro – em seu artigo “Constituição e Processo” – é extremamente incisivo ao discorrer a respeito do Contraditório, afirmando que a concepção moderna do processo é “dominada pela participação ativa de seus sujeitos” e não permite que o órgão julgador decida sem chamar com antecedência as partes para se manifestarem sobre a questão em litígio e sem conceder a elas um prazo razoável para prepararem suas alegações. Pondera ainda que não se admite a decisão de surpresa, ou seja, fora do contraditório, pois a decisão tem de ser fruto do debate entre as partes, tendo o órgão julgador de motivar sua decisão com base nos argumentos dessas, seja em favor ou em desfavor das mesmas (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 253).

Já em seu *Curso de Direito Processual Civil*, Theodoro Júnior afirma que é por meio do contraditório que se realiza “o principal consectário do tratamento igualitário das partes”, não podendo haver privilégios a nenhuma das partes. Segundo Theodoro o Contraditório é absoluto, devendo “sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo”; porém isso não implica uma “supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios”. Há vezes em que o contraditório tem de ceder momentaneamente a algumas medidas para que se possa dar efetividade ao processo justo; porém isso não anula o contraditório, “mas apenas se protela um pouco o momento de seu exercício”, a fim de se garantir o acesso à justiça, bem como um procedimento adequado, justo e célere que venha a satisfazer os objetivos do Direito (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27-29).

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que nos casos em que a urgência demande a postergação da ampla defesa e do contraditório, em geral a Administração não poderá tomar as providências por si mesma, necessitando demandar ao Poder Judiciário para que ele as determine liminarmente. Entretanto, será admitida a ação da Administração sem as referidas cautelas sempre que o “tempo a ser consumido na busca da vida judicial inviabilizar a proteção do bem jurídico a ser defendido”, devendo sempre ser dada a oportunidade do contraditório e da ampla defesa imediatamente após a tomada das medidas, sem prejuízo da responsabilização do agente público e do Estado nos casos em que forem constatados abusos (MELLO, 2009, p. 116).

Por fim, é de suma importância ressaltar, como nos alerta Montenegro Filho, que o princípio do contraditório não pode ser adotado de forma literal e irrestrita, pois se isso ocorresse poderia se dizer que as partes teriam direito a recursos e a atos de fala ilimitados o que implicaria uma perpetuação do processo (MONTENEGRO FILHO, 2010).

5. A ampla defesa

Na Constituição brasileira o Princípio da Ampla Defesa está tutelado no mesmo dispositivo que o Contraditório, devido à sua essência, que os torna intimamente ligados e dependentes. Não obstante, a Ampla Defesa é tutelada especificadamente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XI, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu Artigo 8º, que trata das garantias judiciais. Como se sabe, em nosso país, por força do § 2º do Art. 5º da própria Constituição Federal, os Tratados e Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário complementam a legislação federal, além de que aqueles que versam sobre direitos humanos, que forem aprovados no Congresso Nacional por um processo similar ao da Emenda à Constituição, serão equivalentes a elas, conforme o § 3º da nossa Carta Magna. Assim, vejamos o que dizem os artigos supracitados.

Artigo XI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido *asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*. [grifo nosso].

Artigo 8º - Garantias Judiciais, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) *concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;*
 - d) *direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*
 - e) *direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

- f) *direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*
 - g) *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;* e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça [grifos nossos].

Apesar de predominantemente assegurarem uma defesa de ímpeto penal, pode-se extrair de algumas disposições diversas garantias que se aplicam também ao Processo Administrativo, como por exemplo, “a concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”, prevista na alínea “c” do inciso 2 do Art. 8º da Convenção Americana, que garante um lapso temporal mínimo ao acusado para que prepare sua defesa e que se aplica perfeitamente ao Processos Administrativos Disciplinares. Outro dispositivo que também abrange o Processo Administrativo está contido na alínea “f” do artigo já mencionado, que garante ao acusado o direito de inquirir testemunhas e tê-las presentes no tribunal (frente ao órgão julgador, no processo administrativo), bem como peritos, a fim de elucidar o caso.

O renomado jurista argentino Agustín Gordillo afirma, em seu Tratado de Derecho Administrativo, ao tratar de “La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones”, que

la defensa en juicio es inviolable, dicen p. ej. la Constitución y normas superiores. Ese es un principio que establece un límite de la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse (GORDILLO, 2003, p. VI-27).

Conforme explica Edílson Mougenot o Princípio da Ampla Defesa consiste no direito do réu, dentro dos limites legais, oferecer argumentos em seu favor, bem como constituir prova para demonstrá-los. Mougenot pondera que tal princípio não supõe “uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo”, pois essa produção deve realizar-se “pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado pela lei*” (BONFIM, 2010, p. 75).

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho afirma que “a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais” (GRECO FILHO, 2003, p. 56), ou seja, a lei estabelece os parâmetros para a defesa, devendo o réu, dentro desses parâmetros,

produzir sua defesa, bem como as provas inerentes a ela, sendo que o resultado (condenação ou absolvição) será consequência única e exclusivamente de sua atividade.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que em respeito ao Contraditório e mais especificamente em respeito à Ampla Defesa, deve o réu falar por último, o que não exclui a fala daquele que propôs a ação, sempre que o réu trazer fatos, provas, ou qualquer elemento novo ao processo (TOURINHO FILHO, 2009). Em consonância com o processualista brasileiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que o princípio do contraditório, que abrange a ampla defesa, implica o

direito de o réu intervir no processo e se pronunciar e contraditar os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo (CANOTILHO; MOREIRA, 2003, p. 206).

De forma genérica, a defesa pode ser dividida em defesa técnica e em autodefesa, conforme explica Mougenot. “A defesa técnica é aquela exercida em nome do acusado por um advogado habilitado, constituído ou nomeado” e é ela que garante a paridade de armas no processo. Já a autodefesa é aquela “exercida diretamente pelo acusado”, que se constitui pelo direito de audiência e pelo “direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença)” (BONFIM, 2010, p. 75-76).

Inocência Mártires Coelho, citando Rogério Tucci, afirma que a garantia da ampla defesa, segundo a concepção moderna, compreende “o direito a informação (*nemo inauditus damnari potest*); a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e o direito a prova legitimamente obtida ou produzida” (COELHO, 1994, p. 107).

No caso da produção probatória, com base nos ensinamentos de Bonfim, caso aqueles que estejam julgando o Processo vedem a produção de alguma prova que seja essencial para a apuração da ocorrência de um determinado fato que seja objetivamente relevante para o processo, “configura-se o cerceamento ao exercício do direito a ampla defesa”, o que gera nulidade (BONFIM, 2010, p. 76).

Por fim, vale dizer que a defesa pode ser dividida em Meritória e Processual, como explicam Wambier e Talamini. A Defesa de Mérito consiste em uma defesa que visa atingir os fatos e/ou os direitos trazidos em seu desfavor pelo Estado ou até mesmo por um particular, podendo ser subdividida em Direta (contestação dos fatos) e Indireta (contestação dos direitos). Já a Defesa Processual consiste em uma defesa que visa romper a relação jurídica processual, ou seja, tem o escopo de atacar o processo em si. Pode ser subdividida em Peremptória (quando visa “impedir que seja proferida decisão de mérito”) e Dilatória (quando visa “protelar o momento em que venha ser examinada” a decisão) (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 384-385).

De tudo isso, pode-se afirmar que o Princípio da Ampla Defesa apresenta-se como um princípio garantidor de direitos, que tem como essência evitar que alguém seja condenado sem poder antes se defender de forma plausível, coerente e justa, o que poderia resultar em um ato autoritário e ditatorial, ferindo o Estado Democrático de Direito e solapando a Constituição Federal.

6. Conclusão

Apesar desta magnífica evolução Processual e Constitucional das ultimas décadas que se pauta em ideários de justiça e igualdade, há de se ressaltar que a prática não é um espelho da teoria, ou seja, apesar da doutrina e da jurisprudência garantirem e lutarem pela efetivação dos princípios e garantias constitucionais processuais. Infelizmente o Processo administrativo, principalmente o punitivo, ainda está distante de dar real efetividade a estes princípios e garantias, inclusive a Ampla Defesa e ao Contraditório, conforme nos demonstra Nelson Figueiredo, em seu Artigo “A eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar” (FIGUEIREDO, 2004).

Entretanto há de se ressaltar, conforme Figueiredo, que desde o advento da Constituição de 1988 tem havido um processo evolutivo muito significativo no sentido de cada vez mais dar eficácia a estes princípios, bem como as demais garantias constitucionais (FIGUEIREDO, 2004).

Por fim, há de se reiterar que garantir a efetividade dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo, bem como das demais garantias processuais constitucionais não é simplesmente uma tentativa de tornar o Processo algo constitucional. É muito mais do que isso. É tornar o processo um instrumento “realizador de justiça”, sob a égide da Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição, in: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 18 de abril de 2010.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O Acusado e seu Defensor – a garantia da ampla defesa e os recursos inerentes a ela. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 31, nº 122, abr./jun. 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FIGUEIREDO, Nelson. A Eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar, in: *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1. Tomo: Parte General. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey/ Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil, in: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.