



O direito humano processual ao contraditório: prevenção ao “processo kafkaniano”

João Paulo Kulczynski Forster¹
Renata Peruzzo²

Resumo: Aborda-se uma das garantias de um processo justo – precisamente aquela que previne um “processo kafkaniano”: o contraditório. O contraditório como direito humano e fundamental processual se encontra em evidência e em constante transformação. A análise da matéria, efetuada através de pesquisa bibliográfica, conta com abordagem da legislação brasileira e da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como da jurisprudência pertinente, resultando em reflexões sobre a realização do contraditório em meio à pandemia da COVID-19 e do direito de um terceiro a ser ouvido em hipótese de sofrer os efeitos de sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos processuais; Contraditório; Direito de ser ouvido; Processo Justo; Kafka.

The procedural human right to the adversarial principle: prevention of the “Kafkaian process”

Abstract: The study addresses one of the guarantees of the due process – precisely the one that prevents a “Kafkaian process”: the adversarial principle. The adversarial principle as a human and fundamental procedural right is in evidence and in constant transformation. The analysis of the matter, carried out through bibliographic research, has an approach to Brazilian legislation and the American Convention on Human Rights, as well as the pertinent precedents, resulting in reflections on the realization of the adversarial principle in the midst of the COVID-19 pandemic and the law of a third party to be heard in the event of suffering the effects of a sentence handed down by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Procedural human rights; Adversarial principle; Right to be heard; Due Process; Kafka.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito ao contraditório no direito brasileiro. 2.1 A vedação à decisão-surpresa. 2.2 O momento de realização do contraditório. 3. O direito ao contraditório no processo internacional de direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. Algumas reflexões. 4.1 O contraditório e a pandemia da COVID-19. 4.2 A eficácia das decisões da CIDH frente a terceiros no processo internacional: violação ao direito de ser ouvido? 5. Considerações finais. 6. Referências.

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Professor permanente do Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Advogado. E-mail: joao_forster@uniritter.edu.br. Endereço: Rua Padre Chagas, 147/405, Porto Alegre/RS, 90570-080.

² Mestranda em Direitos Humanos - Uniritter - Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil - IDC. Secretária de Desembargador - TJRS. E-mail: reperuzzo@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

O processo, para o desenvolvimento do presente trabalho, é compreendido como ferramenta “*indispensável para a realização da justiça e da pacificação social*” (OLIVEIRA, 2004, P. 120). É uma das obras literárias que evidencia bem a importância de alguns dos princípios que regem o processo é “O Processo”, de Franz Kafka. A trama ilustra com clareza a angústia que envolve a obra do início ao fim: estar sendo processado e não saber a razão. Mais do que isso, na realidade, o personagem principal, Josef K., teve a intimidade invadida, a liberdade tolhida, foi processado, condenado, morto e nunca soube a razão. Nunca foi chamado a participar efetivamente do processo. Não recebeu informações claras sobre o processo e o tribunal que o julgava. Sem informação e sem ser ouvido, também não teve defesa.

A obra de Kafka permite visualizar o processo não como um fim em si mesmo, mas como meio de exercício e efetividade do direito material, como meio de garantia de legitimidade desse exercício. Porque, por mais “certeza” que se tenha da titularidade de um direito, a circunstância de ele estar sendo objeto de litígio clama por reconhecimento de legitimidade. E essa legitimidade necessita de um processo. Não qualquer processo, como o em que o personagem principal de Kafka, Josef K., se viu envolvido³, mas um processo justo. E o que se considera processo justo?

Parte da resposta parece residir no direito ao contraditório, o qual, como garantia processual, pode ser visto tanto como direito fundamental - sob a ótica da previsão contida na Constituição Federal Brasileira (art. 5º, LV), quanto como direito humano, considerando a sua previsão também em cartas internacionais (FORSTER, BURALDE, PREVIDELLI, 2020, p. 347). E, enquanto possibilidade de influir e de formar as decisões do processo, consiste em respeito à personalidade e à dignidade humana como valor fundamental de um ordenamento jurídico (TROCKER, 1974, p. 378).

Consustanciado 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*” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 30), é essencial à realização da igualdade no processo. Afinal, onde houver cerceamento do direito de uma das partes ao debate e à influência nas decisões, não haverá igualdade (STJ, RESP 74.472/DF, 1996). E se não há igualdade, não há processo justo, ao menos não em conformidade com o disposto no art. 10º da Declaração

³ Uma das tantas passagens emblemáticas da obra “O Processo” se encontra logo em seu início e representa bem o motivo de ter se criado o adjetivo ‘kafkiano’ para descrever uma situação absurda, particularmente quando ligada a um processo: “K. indaga: — Mas, como posso estar detido? E desta maneira? — Começa outra vez (...). Não respondemos a tais perguntas. — Teriam de responder — retrucou K. — Aqui estão os meus documentos de identidade; mostrem-me vocês os seus, e, especialmente, a ordem de prisão. (...) Comporta-se pior do que uma criança. Que deseja? Porventura acredita que poderá acelerar o curso de seu maldito processo discutindo conosco, que somos apenas guardas, sobre os seus documentos de identidade e a ordem de prisão? Nós somos apenas empregados inferiores que pouco sabemos de documentos, já que nossa missão neste assunto consiste somente em montar guarda junto a você durante dez horas diárias e cobrar nosso soldo por isso. Aí está tudo o que somos; contudo, compreendemos bem que as altas autoridades a cujo serviço estamos, antes de ordenar uma detenção, examinam muito cuidadosamente os motivos da prisão e investigam a conduta do detido. Não pode existir nenhum erro. A autoridade a cujo serviço estamos, e da qual unicamente conheço os graus inferiores, não indaga os delitos dos habitantes, senão que, como o determina a lei, é atraída pelo delito e então somos enviados, os guardas. Assim é a lei, como poderia haver algum erro? — Desconheço essa lei — disse K. — Tanto pior para você — replicou o guarda KAFKA, Franz. O Processo. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 9.

Universal dos Direitos Humanos⁴, nem com o disposto no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵, art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶ ou art. 7.1 da Carta Africana Dos Direitos Humanos e dos Povos.⁷

O contraditório, pois, é realizado com a ciência bilateral das partes. Além de essencial à realização da igualdade entre as partes, o direito ao contraditório “*é composto de dois elementos: informação e reação*” (NOVELINO, 2020, p. 470). Corresponde ao direito à participação no processo com a finalidade de influenciar as decisões (TROCKER, 1974, p. 377-378).

Nada obstante a sua relevância, e tal como outros direitos igualmente relevantes, o direito ao contraditório não é absoluto, considerando que, por vezes, cede, ainda que temporariamente, a outros direitos, como aquele direito à tutela adequada e efetiva. É o que se apresenta, por exemplo, nas hipóteses de concessão da tutela de urgência *inaudita altera pars*, conforme previsão do art. 300 e seguintes do CPC.

Assim, o presente trabalho abordará uma das características – ou garantias - de um processo justo – precisamente aquela que previne um “processo kafkaniano”: o contraditório. É o contraditório como direito humano fundamental e processual. Para tanto, primeiramente, serão mencionados os principais dispositivos constitucionais e legais relacionados ao direito ao contraditório no direito brasileiro. Essa abordagem inicial se justifica em virtude do caráter subsidiário da jurisdição internacional dos direitos humanos (PEIXOTO, 2017, p. 153), a determinar, então, que se certifique o esgotamento das vias nacionais para aí se buscar a jurisdição internacional de direitos humanos (PIOVESAN, 2021, p. 257). Após, será abordado o direito ao contraditório no processo internacional de direitos humanos, dando-se ênfase a alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, são sugeridos dois temas relacionados ao direito ao contraditório para reflexão.

A pesquisa, realizada predominantemente pelo método bibliográfico, foi baseada também em jurisprudência e legislação pertinente.

2 O DIREITO AO CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

⁴ “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.”

⁵ “Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁶ “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

⁷ “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: a) o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor; b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente; c) o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha; d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.



Considerado desdobramento do conteúdo do devido processo legal (NOVELINO, 2020, p. 470), o direito ao contraditório está expressamente previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”).

Tradicional princípio hermenêutico preceitua que não há na lei palavras inúteis, sem valor ou efeitos jurídicos, de forma que há distinção entre o contraditório e a ampla defesa. Em poucas palavras, pode-se dizer que ampla defesa é a garantia conferida ao réu/acusado da maior possibilidade de se defender, apresentando provas e produzindo argumentos contrários à acusação/tese autoral. Contraditório, por sua vez, seria uma garantia conferida a ambas as partes de serem informadas acerca de todas as ocorrências processuais, de se manifestar sobre elas e, por fim, de terem a possibilidade de influenciar as decisões no processo (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 879). Ele, portanto,

não parte de uma igualdade, mas sim do reconhecimento da característica própria do réu. Ele se configura como um direito que o réu tem de se proteger diante da ação do autor – ou seja, ação e defesa são lados opostos da mesma moeda. Pode-se dizer que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – informação e possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. (FORSTER, 2014, P. 100).

Ainda, nos termos da Constituição Federal de 1988, verifica-se que se trata de direito fundamental a ser assegurado tanto em processo judicial quanto em processo administrativo. A doutrina vai além e explica que o contraditório deve ser observado não apenas em processos judiciais e administrativos, mas também no âmbito negocia (DIDIER JR., 2020, p. 110). A propósito, o contraditório é um dos princípios processuais que necessariamente deve ser observado no procedimento da arbitragem, consoante previsto no §2º do art. 21 da Lei nº 9.307/96⁸. No Código de Processo Civil de 2015, o direito ao contraditório, ao menos em uma previsão expressa, aparece no art. 7º, que preceitua a garantia às partes à paridade de tratamento no exercício de direitos e faculdades processuais, meios de defesa, ônus, deveres e sanções processuais, atribuindo ao juiz o zelo pelo “efetivo contraditório”.

E o que vem a ser “efetivo contraditório”? A resposta ao questionamento requer a compreensão de que o contraditório é composto de duas garantias: uma, denominada *formal*, e outra, denominada *substancial*.

O contraditório formal, é aquele realizado pela oportunidade de participação no processo; é o direito de falar e de ser ouvido no processo. Pode-se dizer que Josef K., personagem de Franz Kafka em “O processo”, teve a oportunidade de exercer, em pelo menos um momento, o contraditório em sua dimensão formal. Afinal, foi-lhe concedido o direito de falar, inclusive mesmo tendo chegado mais de uma hora ao local da “audiência” (KAFKA,

⁸ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (...) § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

2005, p. 71)⁹. Essa circunstância, naturalmente, não muda o fato de que a Josef K. não obteve acesso às informações contidas no processo, o que é por si só determinante de nulidade. De qualquer sorte, é um exemplo da dimensão formal do contraditório que bem serve para fins de ilustração. Mas nada do que Josef K. disse parece ter sido levado em consideração, dado o desenrolar da história e seu trágico fim. Pois reside aí, na possibilidade de influenciar a decisão no processo, a dimensão substancial do contraditório. Ou seja, não basta ter a oportunidade de falar, é preciso ter a oportunidade de influenciar na decisão que será proferida.

Há ainda pelo menos dois dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro que demonstram a preocupação com o contraditório efetivo. Cuida-se dos artigos 261 e 497, V, do CPP. O primeiro determina que seja sempre fundamentada a manifestação do defensor público ou dativo nomeado ao acusado ausente ou foragido – não se admite, então, uma defesa meramente formal no processo penal¹⁰. E isso é expressão do contraditório efetivo. Já o inciso V do art. 497 do CPP vai explicitar o dever de o juiz que preside o Tribunal do Júri nomear um novo defensor ao acusado quando considerar insuficiente a defesa que lhe vem sendo prestada¹¹. Ainda no âmbito o processo penal, interessante o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do direito do réu delatado se pronunciar apenas após a delação, viabilizando a contraposição de “todas as informações, alegações, testemunhos, documentos, indícios e provas” (RAMOS, 2021, p. 926).

2.1 Vedação à decisão-surpresa

Então, chega-se ao disposto no art. 10 do Código de Processo Civil, que veda a decisão-surpresa¹². A vedação, aí, é à utilização de fundamento que, mesmo extraído da prova dos autos, não tenha sido alegado por uma das partes e, conseqüentemente, acerca do qual não se deu oportunidade à outra se pronunciar. Nesse caso, não há problema em que o juiz o utilize para decidir, contanto que o faça após oportunizar às partes que se manifestem sobre ele. É o que consta do art. 10 do CPC.

Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é necessário observar o disposto no art. 10 do CPC com relação aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, como a tempestividade (STJ, AgInt no AREsp 1527405/SP, 2021). Também já foi explicitado pelo Superior Tribunal de Justiça que a vedação à decisão surpresa não se aplica a fundamentos jurídicos não invocados pelas partes, contanto que sejam embasados em provas submetidas ao contraditório (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1295964/SP, 2020)¹³.

⁹ Nesse ponto da trama de Kafka, pode-se perceber bem o esforço de Josef K. sobretudo em se fazer compreender, em demonstrar que a “acusação” que lhe é dirigida não tem razão de ser, embora ele sequer saiba de que acusação se trata. Nota-se, então, a importância de um dos elementos do contraditório: a informação. Sem informação, não há como elaborar a defesa. A reação, portanto, outro elemento do contraditório, fica prejudicada.

¹⁰ CPP, Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

¹¹ CPP, Art. 497. “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;”

¹² “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹³ Vale o destaque aos seguintes trechos da ementa do julgado: “(...) 2. Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015 o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio quando a regra jurídica aplicada já debatida



O que se depreende, então, é que fundamentos de fato não podem ser utilizados nas decisões sem que antes seja oportunizado às partes manifestação. Esses dispositivos do Código de Processo Civil permitem compreender o conteúdo do direito contraditório, ainda que sua amplitude venha sendo restringida pela interpretação conferida pelos tribunais brasileiros.

2.2 Realização do contraditório no processo: contraditório prévio, diferido e eventual

Há outros dispositivos legais que refletem a necessária observância ao contraditório ao longo do processo, deixando claro que a regra é que o contraditório seja prévio às decisões. É o caso do *caput* do artigo 9º do CPC, segundo o qual “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”. Outro dispositivo que denota essa compreensão é o art. 932, inciso V, do CPC, que determina a intimação da parte recorrida antes da prolação da decisão monocrática pelo Relator provendo recurso contrário à decisão que contrariou, por exemplo, súmula do STF. Nesse sentido, o contraditório é realizado previamente.

Todavia, há outras maneiras de realizar o contraditório.

De fato, o próprio art. 9º do CPC contém em seu parágrafo único exceções ao contraditório prévio, eis que preceitua que este não se aplica às hipóteses de tutela de urgência e a duas das hipóteses de tutela de evidência. Esses são exemplos de contraditório diferido, pois o direito ao contraditório será viabilizado à parte contrária após ter sido proferida a decisão judicial. No caso do deferimento liminar da tutela de urgência, dá-se prevalência à efetividade do processo em detrimento do contraditório prévio. Veja-se, em direito comparado, que o entendimento fixado é de que, em situações de medidas provisórias e urgentes, “a audiência tem de ser feita *a posteriori*, no mais curto espaço de tempo.” (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 516).

Ainda, há o contraditório eventual, que “*se realiza em outro processo na eventualidade de o interessado propor demanda para ampliação ou exaurimento da cognição*” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 885). É o caso das ações possessórias, que não admitem debate sobre o direito de propriedade. Assim, na eventualidade de uma das partes pretender discutir a propriedade do bem imóvel, deverá fazê-lo em ação própria. O mesmo se pode dizer dos embargos à execução de título executivo extrajudicial, que constituem ação própria.

Por fim, fala-se em contraditório inútil na hipótese em que o contraditório indubitavelmente não foi observado, mas dessa inobservância não advém prejuízo à parte, tendo em vista, por exemplo, que se sagrou vencedora no mérito (NEVES, 2017, p. 179). Nesse sentido, as hipóteses de sentença de improcedência liminar previstas no art. 332 do CPC. Na prática, outras situações são verificadas, como quando o primeiro grau remete ao Tribunal os autos com recurso de apelação sem intimar a parte apelada para apresentar contrarrazões: em antevendo o desprovimento da apelação, não se intima a parte contrária para apresentar contrarrazões. Trata-se de conduta que encontra abrigo nos §§1º e 2º do art. 282 do CPC¹⁴, segundo o qual o ato não será repetido nem a sua falta será suprida quando não prejudicar a parte e quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

3 O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A CONVENÇÃO AMERICANA DE

no curso do processo é emanção daquele princípio. 3. Não constitui julgamento surpresa aquele lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório (Enunciados nºs 2 e 6 da ENFAM). (...)”

¹⁴ “Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

DIREITOS HUMANOS

Até então foram vistos os principais aspectos relacionados ao direito ao contraditório no ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem dessa garantia, contudo, como direito humano processual, requer a análise dos seus principais aspectos no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o que passa a ser feito com ênfase nas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A primeira representação, diga-se assim, do direito ao contraditório no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o direito à audiência. De fato, a audiência de instrução está diretamente relacionada à elucidação de dúvidas e à produção de provas (FORSTER, PREVIDELLI, SCHAFER, BURALDE, 2020, p. 231), tornando-se parte do que influenciará as decisões no processo. E a previsão contida na primeira parte do art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos vai representar esse direito à audiência, ao dispor que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)”. Cuida-se de previsão semelhante à constante do art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, segundo o qual “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

No que tange à audiência de custódia, vale mencionar que, no Brasil, antes das alterações promovidas pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), vinha sendo realizada com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob a disciplina do CNJ – Resolução nº 213/2015 (FORSTER, PREVIDELLI, SCHAFER, BURALDE, 2020, p. 231-232).

Outra garantia processual diretamente relacionada ao direito ao contraditório no âmbito dos direitos humanos é o denominado direito a ser ouvido. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu artigo 8º as garantias judiciais, valendo destaque ao disposto na parte inicial do artigo 8.1, a explicitar que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)”.

Equivalente ao direito ao contraditório (FORSTER, PREVIDELLI, SCHAFER, BURALDE, 2020, p. 238), o direito a ser ouvido abrange “tanto o autor quanto o réu em qualquer processo”, e, para além de dizer respeito a um direito a ser ouvido oralmente em audiência, diz respeito a outras exigências (FONSÊCA, 2018, p. 38-39). Essas outras exigências podem ser encontradas em casos apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, observa-se que no julgamento do caso *Barbani Duarte e outros vs Uruguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou violado o direito de ser ouvido, em síntese, porque não houve análise completa da alegação de ausência de consentimento por parte de correntistas acerca da transferência de numerário de sua titularidade para outras instituições financeiras. Afirmou acreditar que se tivesse havido uma análise exaustiva das argumentações, o resultado poderia ter sido diferente. A Corte explicou que o dispositivo legal que criara o procedimento administrativo especial buscava garantir a resolução de questões como aquela sem a intervenção do Judiciário, sendo que no caso, a análise incompleta das reclamações configurava afronta ao direito de ser ouvido em prejuízo de 539 pessoas:

142. El Tribunal concluye que el procedimiento administrativo especial resultó inefectivo, a la luz de lo que se tenía que determinar (supra párrs. 133 a 136), debido a que el Banco Central realizó un examen incompleto del fondo



de las peticiones, por lo cual el Estado incurrió en una violación del ámbito material del derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las 539 personas que interpusieron una petición bajo el artículo 31 de la Ley 17.613, indicadas en el Anexo sobre víctimas de la presente Sentencia.

Nesse ponto da decisão, identifica-se uma similaridade muito clara entre o direito de ser ouvido e o direito ao contraditório efetivo, que, consoante referido anteriormente, em seu sentido substancial, diz respeito ao direito de influenciar a decisão do processo¹⁵. Teria sido essa a primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que distinguiu o direito de ser ouvido em sua dimensão formal do direito de ser ouvido em sua dimensão material (substancial) (FONSÊCA, 2018, p. 39). E, ao assim fazer, reconheceu que o direito de influenciar na formação das decisões do processo é em si um direito humano processual¹⁶.

Na mesma decisão, a Corte ainda considerou que no âmbito do recurso administrativo pelo Tribunal de Contencioso Administrativo houve insuficiência de análise do fundamento central da reclamação elaborada por onze dos autores de que não consentiram com ou não foram informados sobre a transferência de numerário de sua titularidade a outras instituições financeiras (§218-220). Concluiu, daí, que o Estado não garantiu aos autores um recurso judicial que os amparasse de forma efetiva contra a violação no âmbito material do seu direito de ser ouvido perante o órgão administrativo, concluindo violação ao disposto no art. 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁷ Ou seja, no momento em que a Corte visualizou a deficiência na análise dos argumentos alegados pelos autores, em afronta ao direito de ser ouvido, compreendeu que não foi garantido o direito a um recurso efetivo perante juízes ou tribunais competentes.

Há, ainda, outra garantia essencial à realização do direito ao contraditório: o direito a ser notificado da imputação formulada a si, extraído do art. 8.2 da Convenção¹⁸. Para ilustrar

¹⁵ “137. La Corte considera que, de haberse realizado un análisis completo del consentimiento al resolverse las peticiones presentadas al amparo del artículo 31 de la Ley 17.613, el resultado de las decisiones desestimatorias podría haber sido otro.”

¹⁶ Sobre a dimensão substancial do direito ao contraditório configurar em si o exercício de um direito fundamental, que remete, por sua vez, ao princípio da colaboração, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 2, nº 4, 2004, p. 127.

¹⁷ Dispõe o art. 25.1: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

¹⁸ “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente 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 tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a 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 obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

esse direito, um caso interessante é o caso *Álvarez vs Honduras*¹⁹. Basicamente, nesse caso, Alfredo López Álvarez foi preso e acusado de tráfico de drogas. A prisão preventiva de Álvarez durou mais de 6 anos. E a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outras, reconheceu violação ao art. 8.2b da Convenção Americana, pois Álvarez não foi comunicado dos crimes que lhe estavam sendo imputados antes de prestar a primeira declaração no procedimento a que havia sido submetido em Honduras. Ou seja, apresentou a declaração preliminar sem conhecer prévia e detalhadamente a acusação que havia sido formulada contra ele – semelhante ao ocorrido com o personagem principal de Kafka em “O processo”. Lembrando que o direito ao contraditório tem por elemento o direito à informação, sem o qual fica prejudicado o outro elemento, que é o direito à participação do processo.

Verifica-se, portanto, que as dimensões do direito ao contraditório são melhor compreendidas quando examinado sobre o prisma de direito humano processual, a partir do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos. Guarda igualmente relevância o enfrentamento das decisões da Corte Interamericana que se debruçam sobre estes direitos humanos processuais, pois seguramente fortalecem o conteúdo do direito no plano interno.

4 O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O estudo do direito ao contraditório suscita uma gama de questões e, no particular, duas merecem destaque no presente trabalho. A primeira decorre dos impactos da pandemia causada pela COVID-19, sobretudo no direito ao contraditório exercido oralmente em sessões de julgamento. A segunda se relaciona ao reflexo das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na esfera jurídica de terceiros.

4.1 O contraditório e a pandemia COVID-19

Com o reconhecimento da pandemia causada pela COVID-19, demandando cuidados para ao menos reduzir a disseminação do vírus, também a entrega da jurisdição pelo Estado restou impactada. Atos processuais antes praticados presencialmente, passaram a sê-lo virtualmente, o que, por sua vez, tem reflexo no direito ao contraditório, assim compreendido como o direito de ser ouvido em audiência.

De fato, em situação de normalidade, as audiências de instrução realizadas presencialmente tinham uma dinâmica: depoimentos das partes e das testemunhas eram tomados na presença do juiz e dos procuradores. Atualmente, a instrução em audiência se realiza de forma virtual, com os desafios típicos da tecnologia da internet que, aliás, enfrentamos diariamente nas aulas do mestrado. Não se pode afirmar que o contraditório não está sendo respeitado, mas igualmente não se pode afirmar que está sendo exercido com a mesma eficácia de outrora.

Também as sustentações orais perante os Tribunais foram adequadas a esse momento excepcional. Há sessões de julgamento realizadas por videoconferência, onde se viabiliza ao procurador das partes a realização de sustentação oral em tempo real, ainda que à distância, como os atos praticados em audiência na primeira instância. Mas a regra ainda é que a maioria dos processos seja julgada em sessões virtuais sem videoconferência, até em razão da limitação

¹⁹<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>, acesso em 21/04/2021. Esse caso é muito interessante também em razão da questão das minorias linguísticas. Álvarez era membro de uma comunidade garífuna (expressão de um processo de miscigenação entre africanos procedentes do tráfico de escravos e indígenas caribes-aruáques) e enquanto esteve preso era proibido de falar a língua materna.



tecnológica da plataforma utilizada para as sessões por videoconferência.

Nos casos de sessões sem videoconferência, viabiliza-se a sustentação oral por vídeo encaminhado pelos procuradores das partes aos julgadores, cumprindo a função primordial do direito de ser ouvido, mas ainda assim com alguma restrição.

Não se trata de restrições que comprometam o direito ao contraditório, mormente se considerada a possibilidade de ajustes no próprio processo, a indicar que não se trata de problemas insolúveis (FORSTER, BURALDE, PREVIDELLI, 2020, p. 353). Mas o impacto há de ser notado, especialmente por não se tratar de uma singela transposição do físico para o virtual. A área de audiências denominadas ‘telepresenciais’ traz perplexidades diversas aos direitos processuais em questão, afetando, de uma forma ou de outra, a devida participação no processo, ainda que apenas em um de seus atos.

4.2 O IMPACTO DAS DECISÕES DA CIDH A QUEM NÃO É PARTE NO PROCESSO: VIOLAÇÃO AO DIREITO DE SER OUVIDO?

O questionamento que ora se formula é oriundo do livro *La Constitución bajo tensión*, de autoria de Nestor Pedro Sagües (2016). O autor sustenta, em síntese, que pessoas que venham a ser atingidas pela sentença proferida pela Corte Interamericana de DH devem ter a oportunidade de ser ouvidas no processo. E para ilustrar - ou fundamentar - esse ponto de vista, cita dois casos: (a) caso *Bulacio vs Argentina* e (b) caso *Kimel vs Argentina*. De fato, em ambos os casos a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado (Argentina) violou direitos humanos, vindo a desconstituir decisões judiciais que haviam favorecido terceiros não integrantes do processo instaurado perante a CIDH: na primeira situação para determinar o prosseguimento das investigações; na segunda situação para absolver o réu.

No caso *Bulacio*, um dos acusados da prática de crime havia sido favorecido com uma sentença absolutória por prescrição da pretensão punitiva – o que foi alterado pela CIDH, que determinou a retomada da persecução penal. O acusado que antes havia sido beneficiado não foi chamado a participar do processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não obstante o resultado tenha lhe afetado diretamente.

Já no caso *Kimel*, o autor da queixa-crime havia sido favorecido com a sentença condenatória de *Kimel*. Todavia, processado o caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sentença penal condenatória foi cassada, com a afirmação, dentre outros, de inexistência de violação à honra do querelante – que não integrou a lide internacional.

Atualmente o processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos se desenvolve com a presença exclusivamente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da vítima e seus representantes e do Estado demandado. Consoante pontua André de Carvalho Ramos, “a legitimidade passiva é sempre do Estado: a Corte IDH não é um Tribunal que julga pessoas” (2019, p. 254). A esse respeito, nada há a ser referido.

Ocorre que não parece haver razão para não chamar à lide, ao menos na condição de interessado aquele que será atingido pela sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobretudo porque os julgados proferidos pela Corte – alguns dos quais abordados no presente trabalho – não deixam dúvidas de que ela considera o direito de ser ouvido um direito humano (direito humano processual). Em sendo assim, há de se ponderar que merece ser observado na sua integralidade e independentemente de quem seja o seu titular. Caso contrário, pode-se pensar que há direitos humanos que, a depender de quem os titule, não hão de ser respeitados – o que não parece compatível com a natureza dos direitos humanos.

Cuida-se de providência que não deve causar maiores despesas à Corte e nem àquele que é chamado a ser ouvido como interessado. Basta a clareza de que a inclusão no processo

nessa qualidade não terá o efeito de criar obrigações e nem direitos, senão o direito processual em si de ser ouvido e de influenciar na decisão a ser proferida no âmbito da CIDH, não alterando, portanto, a regra de que o polo passivo é destinado aos Estados.

É nesse contexto que a sugestão feita por Néstor Pedro Sagües (2016), de alteração do regulamento da CIDH, merece ser seriamente considerada, no sentido de que se viabilize a oitiva do terceiro que possivelmente venha a ser afetado pela sentença que será proferida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, a partir de uma abordagem do ordenamento jurídico brasileiro e dialogando com a obra literária “O Processo”, de Franz Kafka, expôs aspectos essenciais do direito ao contraditório como direito fundamental e como direito humano processual.

A temática relacionada ao direito ao contraditório é relevante, eis que está intimamente vinculada à garantia de um processo justo. Não à toa, consoante observado no voto do Juiz Diego Garcia-Sayán, proferido no caso *Barbani Duarte e outros vs Uruguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, até outubro de 2011, havia reconhecido a violação ao artigo 8^a da Convenção em mais dos 95% casos que analisou. O tema, ainda, tem se mostrado em constante transformação. Nesse sentido, o reconhecimento da dimensão substancial do contraditório, sobretudo a partir do século XX, e as adaptações às formas de exercício do contraditório em virtude da pandemia da COVID-19. Cuida-se de desafio a ser enfrentado e que exigirá dos atores processuais atenção, abertura e colaboração, a fim de que a essência, ao menos, das garantias processuais, como a do contraditório efetivo, sejam respeitadas.

Além disso, enfatizou-se um outro desafio a ser debatido, que é o direito de ser ouvido de terceiros diretamente afetados por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E isso em qualquer processo ou procedimento onde se deva observar o direito contraditório (direito de ser ouvido).

Trata-se, então, de assunto que para além de se relacionar diretamente à democracia e à dignidade da pessoa humana, está em constante transformação e necessita de estudo e defesa como um direito humano processual fundamental.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1527405/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 26/03/2021.

BRASIL. STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1295964/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 17/12/2020.

BRASIL. STJ, REsp 74.472/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/1996, DJ 24/06/1996.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.



FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, C. M. ; PREVIDELLI, J. E. A. “A prática de atos processuais eletrônicos em tempo de pandemia: proteção ou violação dos direitos humanos processuais?” *Revista Jurídica- Unicuritiba*, v. 5, p. 335-358, 2020.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; SCHAFER, G.; PREVIDELLI, J. E. A.; BURALDE, C. M. . “O Direito Humano à Audiência no processo: novo paradigma em tempos de pandemia”. *Revista Direito Público*, v. 17, p. 226-250, 2020.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. O direito fundamental à ampla defesa no estado constitucional: abrangência e conteúdo. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi, ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Processo e Jurisdição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, v. 2, nº 4, 2004, p. 119-130.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *O direito processual constitucional e a efetividade dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAGÜES, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIÉRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*.





Milano: Giuffrè Editore, 1974.

