

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

REPENSANDO O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: TRIBUTO A ELIO FAZZALARI

*“Falto eu mesmo e esta lacuna é tudo.”
Machado de Assis*

Márcio Ricardo Staffen¹

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fazzalari e o princípio do contraditório no processo administrativo disciplinar; 2. O princípio do contraditório na perspectiva da teoria discursiva de Habermas; À guisa de considerações finais...; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo científico propõe-se a estudar a função democrática do princípio do contraditório no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar a partir dos ensinamentos de Elio Fazzalari e de Jürgen Habermas. Para tanto, realiza-se uma breve análise da visão instrumentalista do processo, preocupada tão-só com os fins da tutela jurisdicional. Em seguida, a exposição do princípio do contraditório e sua função que se constrói com a inserção da noção fazzalarina, para ao final, demonstrar a confluência do contraditório em Fazzalari com a teoria discursiva de Habermas aplicada ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito. Utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito do Estado e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Mestrado e Doutorado) e da graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC e da UNIVALI. E-mail: cademartoridml@univali.br.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório; Democratização do processo; Elio Fazzalari; Jürgen Habermas.

ABSTRACT

This paper proposes to study the function of the democratic principle of adversary proceedings under the Administrative Procedure Disciplinary from the teachings of Elio Fazzalari and Jürgen Habermas. The study presents a brief critique of the instrumentalist view of the case, concerned merely with the purposes of judicial review. Then, the exposure of the adversarial principle and function that is constructed by inserting the notion fazzalarina to the end, prove the confluence of contradictory Fazzalari with Habermas's discursive theory applied to process the paradigm of the democratic rule of law. It was used for the development of this research, the inductive method, operated by the techniques of operational concepts and literature.

KEYWORDS: Contradictory; Democratization process; Elio Fazzalari; Jürgen Habermas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar a partir dos postulados de Elio Fazzalari³ e Jürgen Habermas⁴. Na constância do Estado Democrático de Direito já não satisfaz a [simplória] visão instrumental do processo, interessada tão somente com as questões individuais, típicas do modelo liberal-normativista que se aproxima progressivamente do panorama kafkiano.

³ Elio Fazzalari (1925-2010), exerceu a docência na Universidade de Perugia, na de Pisa e na de Roma "La Sapienza", da qual é Professor Emérito de Direito Processual Civil. Foi presidente da Associação Italiana de Estudiosos de Processo Civil. Dentre suas principais obras: *Istituzioni di diritto procesuale* e *Lezioni di diritto procesuale*.

⁴ Jürgen Habermas(1929), filósofo e sociólogo licenciado pela Universidade de Bonn. Atuou no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt. Lecionou na New School for Social Research de Nova York. Trabalhou no Instituto Max Planck. É professor aposentado da Universidade Johann Wolfgang von Goethe, em Frankfurt.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Respostas jurisdicionais mais efetivas necessitam de uma nova construção processual, apta a solucionar os problemas da atualidade. Pois, como é sabido, as questões do século XXI são discutidas, ainda a partir da lógica jurídica do século XVIII, lecionada nos moldes elaborados pelos glosadores medievais.

A máxima processual de que os fins justificam os meios [visão instrumentalista] é geradora da ineficácia de grande parcela da tutela jurisdicional produzida pelo *erro in procedendo* da maior parte das decisões proferidas que no intuito de satisfazer o fetiche da efetividade, da compulsão pelas metas, “deletam” o devido processo legal. O processo não pode[rá] ser a canalização da vontade dominante, a síntese (sem antítese) das opções axiológicas de uma sociedade excludente de pensamento único ditada por um juiz, como quer Dinamarco⁵. Como está, às mazelas da instrumentalidade revigoram as lembranças da literatura machadiana. ⁶

Com urgência, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é preciso recuperar o devido processo legal e, especialmente o princípio do contraditório. Assim, as partes poderão, através deste princípio, trazer ao processo [administrativo disciplinar] todas as suas alegações de modo democrático eis que, a democracia não é somente o “governo do povo”, mas essencialmente a [garantia da] participação popular nas deliberações do Estado.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34-35.

⁶ “Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz, nesse caso, é a destruição ; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. [...] Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas.” ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Quincas Borba**. São Paulo: Escala Educacional, 2007, p. 18.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

1. FAZZALARI E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ao longo dos períodos históricos os bens socialmente considerados de maior relevância foram incorporados em documentos escritos que buscaram estabelecer limites ao Estado, declarando direitos e assegurando medidas garantidoras das disposições declaratórias. O princípio do contraditório decorre do devido processo legal, assim como o juiz natural e a ampla defesa. A instituição do devido processo legal aos moldes atuais, remonta à publicação da *Magna Charta Libertatum*, na Inglaterra, em 1215.

No Brasil, a incidência do princípio do contraditório no processo, inclusive, administrativo disciplinar, é garantido pela Constituição de 1988, está previsto como Direito Fundamental no art. 5º, LV. Assim, enquanto Direito Fundamental, segundo Ferrajoli configura-se o princípio do contraditório como vínculo substancial imposto à democracia política: vínculo positivo que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer; e, vínculo negativo que impede a violação por qualquer maioria.⁷

Por contraditório entende-se a garantia de participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, da simétrica paridade das suas posições e da mútua implicação das suas atividades destinadas, respectivamente a promover e impedir a emanção do provimento.⁸

Nestes termos, o princípio do contraditório não deve ser oportunizado em um único momento singular; ou melhor, o princípio do contraditório não é garantia que se esgote no cumprimento de um único ato. Ele requer toda uma série de

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 1999, p. 23-24.

⁸ Nesse sentido: FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119, "Como repetido, o 'processo' é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor não possa obliterar as suas atividades."

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

manifestações e uma série de normas disciplinadoras, em conexão entre si, de forma a reger a seqüência de seu desenvolvimento. Sem maiores rodeios, o princípio do contraditório importa a condução dialética do processo, haja vista, que compreende o acesso a qualquer informação necessária à defesa, bem como a condição de reação [facultativa] das partes.

Contudo, se tal posição não é pacífica nos meios judiciais⁹ a defesa no princípio do contraditório é deveras prejudicada no âmbito do processo administrativo disciplinar. Tal fato decorre sobretudo: da inobservância do princípio do juiz natural (autoridade competente existente *ex post facto* que, concentra em uma única pessoa a função acusatória, instrutória e decisória); da confusa técnica legislativa dispensada e, especialmente com a publicação da Súmula Vinculante n. 5 que, ao dispensar a defesa técnica desconsidera o contraditório em flagrante demonstração de inconstitucionalidade.

De igual forma, o contraditório não se exaure com a mera oitiva da parte, cuja máxima ainda impera na noção de *audiatur (...) et altera pars* (visão instrumental). Urge a superação da ideia de relação processual, capitaneada no Brasil por Candido Rangel Dinamarco¹⁰, em benefício da compreensão do processo como procedimento em contraditório, cuja teoria remonta a Elio Fazzalari.

Pela proposta de Fazzalari, a referência à estrutura dialética como a razão distintiva permite ir além das anteriores tentativas de definir o processo, como

⁹ Pode-se exemplificar tal afirmação com a transcrição de pensamento como o de Sérgio Pinto Martins, para quem, “a confissão é considerada a rainha das provas” – assim como no período da “Santa” Inquisição –, em flagrante desconsideração dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 315.

¹⁰ DINAMARCO. **A instrumentalidade...**, *op. cit.*

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

aquela categoria definida a partir de um conflito de interesses originário de uma pretensão resistida¹¹.

Acrescente-se, que, na proposta de Fazzalari, a exteriorização do princípio do contraditório se opera em dois momentos, conforme atesta Alexandre Morais da Rosa. Inicialmente, com a *informazione*, se estabelece o dever de informação a fim de que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, em seguida, num segundo momento, a *reazione*, revelada pela possibilidade de movimento processual, sem se constituir, todavia, em obrigação.¹²

Colhe-se, ainda, da lavra do professor emérito da Universidade de Roma "La Sapienza" que o processo como procedimento em contraditório não se resume somente a participação do autor, mas, essencialmente, dos destinatários dos efeitos da decisão¹³. Para que se caracterize o processo, é necessária uma série de normas, que remetam aos destinatários do provimento, realizando entre eles um contraditório paritário, ou como prefere Aroldo Plínio Gonçalves, é necessário "o direito de igual participação das partes, em simétrica paridade".¹⁴

Sobre esta óptica, o contraditório traz em seu bojo ainda um ônus. Tal princípio é portador da obrigação de uma parte aceitar a atuação da outra (adversa), com idênticos direitos, ou seja, a exposição fazzalariana de simétrica participação dos contraditores, que é de fundamental importância na seara do processo

¹¹ "A referência à estrutura dialética, como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o 'processo', como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato, nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos." FAZZALARI. **Instituições...**, *op. cit.*, p. 120.

¹² ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 264.

¹³ FAZZALARI. **Instituições...**, *op. cit.*, p. 120-121.

¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 126.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

administrativo disciplinar, no qual, repita-se, a Administração Pública figura, ao mesmo tempo, com funções acusatórias, inquisitórias e decisórias, sem observar a incidência compulsória do princípio do juiz natural.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS

Para os fins almejados por este artigo a portentosa obra de Habermas é acolhida de maneira pontual, especificamente para a compreensão do princípio do contraditório na perspectiva da teoria discursiva.

Pela teoria discursiva é proposto um novo conceito de democracia que supera as concepções esgotadas e insuficientes do modo liberal-republicano. É a democracia deliberativa procedimental, proveniente de uma sociedade multicultural e racionalista que nega o individualismo exacerbado e a metafísica dos costumes. Júlio Cesar Marcellino Junior atesta que Habermas, por sua vez, entende que “um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade.” Em passagem posterior, afirma que paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais:

[...] é possível referir os princípios do Estado de Direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização dos Direitos fundamentais, os quais enquanto princípios não saturados necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior¹⁵.

Com isso, explica Habermas, “o modelo de contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de

¹⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 159.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso." ¹⁶

Embora já consignado alhures, ainda vivencia-se um momento de solução de conflitos orientado pela matriz individual-liberal-normativista suportada pelo primado da auto-regulação. Todavia, como nos instrui Dierle José Coelho Nunes, a noção de legitimidade está vinculada aos procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva do indivíduo na construção do provimento, sendo que a legitimidade do direito "se dá pela empreitada cooperativa, que se apresenta por meio de procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas." ¹⁷

No mesmo sentido determina Habermas:

Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de boa ou uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir seus problemas e o modo de solucioná-los. ¹⁸

Assim, a razão instrumental típica da modernidade é substituída por uma razão comunicativa emancipatória que defende a democracia, como um modelo constitucional oriundo de manifestações opinativas populares. Vale ressaltar que

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (Tanner Lectures, 1986). In: _____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 309. Nesta obra o autor propõe a superação da racionalidade prático-moral para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra que, pela linguagem visualiza a tensão existente entre facticidade e validade. É precisamente esse *feedback* que possibilita ao Direito uma vivência democrática de realimentação dialética.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 52.

¹⁸ HABERMAS. Direito e moral..., *op. cit.*, p. 190.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

antes de qualquer outro fator, a linguagem apela para a cognição. Esse corpo cognitivo da linguagem, que autoriza Habermas a dizer que, nesse discurso em condição livre, discurso esse que se coloca contra o discurso do outro, sem o intuito dominador, mas exatamente para ser compreendido, encontra aí a substância nuclear da linguagem, esteio de todos os outros discursos, do nosso saber, do nosso esclarecimento, das nossas decisões.

De outra forma, parte Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa da estrutura de que quem argumenta pressupõe que essa teoria pode ser justificada em quatro níveis: I- o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; II- o conteúdo do que é dito é verdadeiro; III- o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocados no uso do vernáculo; IV- o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. “Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida.”¹⁹

A passagem da ação para o discurso é percebida da seguinte forma por Manuel Atienza:

Na interação ordinária, as pretensões de validade que se ligam a cada ato de fala são aceitas de modo mais ou menos ingênuo. Mas essas pretensões podem ser também problematizadas, e quando o que se problematiza são as pretensões de verdade ou de correção, ocorre a passagem da ação (ação comunicativa) para o que Habermas chama de discurso. Isso quer dizer que o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático). No que se refere às outras duas pretensões, a de inteligibilidade é condição, mas não objeto, da comunicação (e dá lugar ao que Habermas chama de ‘discurso explicativo’), e a de veracidade não é resolvida discursivamente: se um falante é ou não sincero, só se pode reconhecer em suas ações.²⁰

¹⁹ ROSA. **Decisão...**, *op. cit.*, p. 268.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 182.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Desse modo, a relação do discurso com a Constituição efetiva-se na medida em que:

[...] a teoria do discurso dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, concebe os princípios do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião.²¹

Nessa linha, Lênio Luiz Streck observa em Habermas a propositura de um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, como a ideia da jurisprudência de valores, nem em conteúdos substantivos, “mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”.²²

De modo sintético, para Habermas, o modelo de democracia que legitima o Estado Democrático de Direito é o procedimentalista, fundamentado na política deliberativa. Desse modo, o princípio da democracia destina-se a “enquadrar” procedimentos de normatização legítima do Direito. Isso significa que as leis somente podem ser legítimas (ou válidas) se houver assentimento de todos os integrantes em processo de normatização discursiva. Conforme autor, no entrelaçamento entre o princípio do discurso e a forma jurídica está a origem lógica dos direitos, que pode ser reconstruída de modo paulatino.

Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdade subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular no qual o código do direito e o

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, 1995, p. 117.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da exploração do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.²³

A partir do desenvolvimento do princípio democrático, formula-se a política deliberativa (modelo procedimental nomeado pelo autor). Daí, o tema central passa a ser a relação externa entre facticidade e validade, ou seja, a tensão entre a autocompreensão normativa do Estado de Direito, vista na Teoria do Discurso e a facticidade dos procedimentos políticos, que desembocam em formas constitucionais.²⁴

Neste quadro renovado, a Constituição se constitui (perdoem o pleonasma) para articular-se com uma visão lingüística-discursiva da Democracia, que necessita ser compreendida, essencialmente, como a interpretação e a estruturação de um sistema de Direitos Fundamentais que subsidia as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação, nos dizeres de Marcelo Antonio Cattoni Oliveira.²⁵

Não é difícil concluir que Habermas encontra a resposta do Direito nas posições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação e de justificação de validade que servem de fala de aplicação e de fundamentação do Direito²⁶. A sede pelo consenso via racionalidade, é que fomenta aos indivíduos a faculdade de demonstrar suas fundamentações. Somente quem é o destinatário das ações do Estado é que tem a legitimidade de eleger quais os procedimentos normativos serão válidos.

²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 158

²⁴ _____. Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia. *In*: _____. **Direito e democracia...**, *op. cit.*, p. 21.

²⁵ OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001, p. 257.

²⁶ Nesse sentido: BONFIM, Vinícius Silva. Devido processo constitucional: o recurso como possibilitador do espaço procedimental discursivo na perspectiva da teoria discursiva de Habermas. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 391.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

À luz de Habermas “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, ao mesmo tempo, se reconhecerem como autores das leis”²⁷. Habermas compreende na linguagem uma função fundamental para os envolvidos nos processos de integração social, de inclusão e de cognição racional, pedra angular de todos os outros discursos, que exige uma nova postura dos interessados no provimento jurisdicional guiado sempre por um processo comunicativo-constitucional-democrático.

É exatamente neste contexto comunicativo-processual-constitucional que o princípio do contraditório na percepção de Fazzalari ganha relevância. Através do princípio do contraditório é que se estabelece racionalmente uma relação comunicativa [argumentativa] entre os destinatários do provimento jurisdicional, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Recordando as aulas de Física, o princípio do contraditório necessita urgentemente ser praticado como uma força centrípeta que, por sua dinâmica tem o condão de trazer todas as considerações para o núcleo do processo [administrativo disciplinar]. No desenvolvimento do devido processo legal o princípio do contraditório constitui-se em instrumento portador da garantia inafastável de se produzir defesa em sua forma ampla, de se questionar a imparcialidade do julgador, de se exigir a tutela jurisdicional constitucionalmente assegurada.

Como bem observa Habermas, todo aquele que se envolve numa prática argumentativa tem que supor inicialmente que, em princípio, todos os possíveis afetados podem participar, na condição de livres e iguais, de uma “garimpagem cooperativa” em busca da verdade, na qual a coerção que se admite é a do melhor argumento, exclusivamente²⁸. Logo, o processo deixa de ser uma luta, cujo objetivo é erradicar o adversário, para assumir o caráter de um jogo, em que impera a racionalidade dos atores que buscam vencer pela maior “liquidez” de seus argumentos.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. O estado nação europeu frente os desafios da globalização. *In: Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n. 43, p. 92, nov. 1995.

²⁸ HABERMAS. Direito e moral..., *op. cit.*, p. 215.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Pela perspectiva habermasiana, pode-se afirmar que todos os participantes do processo, quaisquer que sejam seus fundamentos, fornecem, via princípio do contraditório, contribuições ao discurso que, praticado em simétrica paridade possibilitam que a decisão final seja uma “fusão de horizontes”, como quer Hans-Georg Gadamer²⁹.

Não resta dúvida que, segundo Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram do seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final.³⁰

A verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso num ambiente de total liberdade e de simetria entre os envolvidos no diálogo discursivo-argumentativo.³¹

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS...

Indubitavelmente o princípio do contraditório é requisito compulsório do processo [administrativo disciplinar], haja vista sua elevação ao rol de Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito, ainda que uma súmula com força vinculante venha dizer o contrário³². Seguindo o raciocínio de Fazzalari o

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 591-592.

³⁰ GONÇALVES. **Técnica...**, *op. cit.*, p. 167.

³¹ Neste sentido: ATIENZA. **As razões...**, *op. cit.*, p. 163.

³² Advirta-se que a Súmula Vinculante n. 5 do STF surgiu para pacificar um embate proveniente da caserna que, instruiu uma volumosa série de processos administrativos

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

contraditório é fundamental para se instaurar o procedimento e, em decorrência direta, a gênese do processo só acontece pelo procedimento realizado em contraditório em simétrica paridade.

Na lição de Fazzalari o processo precisa ser visto e praticado como uma tarefa democrática inafastável, em que o contraditório operado em simétrica paridade assume função basilar. Isto importa em afirmar que todo provimento jurisdicional (entenda-se ato estatal) deve ser construído nos estreitos ditames do Estado Democrático de Direito, concretizando a prática da cidadania, assegurando a defesa de todos os Direitos Fundamentais (e as normas processuais o são) como quer Ferrajoli, conseqüentemente, efetivando o exercício verdadeiro do devido processo substancial.³³

Em sede de processo administrativo disciplinar faz-se necessário e urgente a abertura da Administração Pública às luzes da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Afinal, se as Constituições nasceram para limitar o poder do Estado como pode a Administração Pública manter-se hermética à Constituição? Ou, porque a Administração Pública tão receosa com o princípio da legalidade se recusa a cumprir as disposições constitucionais?

Vilipendiar os Direitos e Garantias Fundamentais significa romper com a ordem constitucional, pois estes são limites e vínculos de todos os poderes, tanto público quanto privado para com o indivíduo, com os quais não se negocia, não

disciplinares sem a observância do devido processo legal praticado sem ampla defesa, contraditório e autoridade natural, que, se declarados nulos colocariam o Ministério da Defesa em xeque. O STF optou, sem respaldo na Constituição em dar razão ao Estado em detrimento ao indivíduo.

³³ Conforme a classificação dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, as normas processuais fazem parte de uma das quatro classes de direitos, a dos direitos civis. Sobre o tema ver FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2001. cit, p. 22-3 e CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da Cidadania: da comunidade ao Estado Liberal. **Revista Seqüência**, Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano XXVII, n. 55, p. 65-94, dezembro de 2007.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

se aliena, não se renuncia, não se decide, nem por maioria,³⁴ sobre a óptica da Teoria Garantista, formulada por Ferrajoli.

No que tange aos limites e vínculos de exercício dos atributos dos Poderes Públicos, tanto a Administração Pública quanto o Estado estão vinculados a balizas de atuação em grau máximo e mínimo, em uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) e, em uma proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Logo, negar a prerrogativa do contraditório praticado em simétrica paridade caracteriza a desconsideração de um dever de proteção mínimo, em suma, tipifica o desrespeito a ordem constitucional.³⁵

Na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa, preliminarmente, sofrer uma “iluminação” constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade formal e material da norma jurídica, bem como dos atos administrativos. Ou, como quer Streck: “A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”³⁶. Ademais, conforme advoga Eros Roberto Grau, já não faz mais [se é que um dia fez] sentido defender que a interpretação de qualquer situação jurídica deve ser feita, sempre, em qualquer circunstância, da norma até a Constituição.³⁷

Neste diapasão, vislumbra-se uma perfeita confluência da visão fazzalariana de contraditório com a teoria discursiva de Habermas. A forma participativa para a

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001, p. 21. Acerca do garantismo expõe Cademartori: “Como modelo explicativo de Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta deste aparato de dominação com extrema competência, eis que apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do poder político.” CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 72.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica...**, *op. cit.*, p. 291-325.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica...**, *op. cit.*, p. 224.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

construção das decisões se materializa como o ponto que liga a teoria discursiva com a noção de processo como procedimento em contraditório, neste ponto este princípio passa a exercer uma força centrípeta fomentadora do espaço discursivo [argumentativo], a partir DO (de um) paradigma de Estado Democrático de Direito. Afinal, como deixa consignado Jon Elster, um estado democrático não representa tão somente o governo do povo, mas fundamentalmente, a oportunidade de participação popular nas questões do Estado ³⁸. Em pleno Estado Democrático de Direito o contraditório deve ser arquitetado como um *ethos* de cidadania e participação dos envolvidos.

Em suma, no âmbito do processo administrativo disciplinar necessita-se a superação da instrumentalidade em favor da compreensão do processo como procedimento em contraditório, praticado nos ditames da Constituição e do devido processo legal. Que, além disso, esteja aberto a simétrica paridade da faculdade das alegações no intuito de obter-se um provimento resultante da fusão de horizontes. Em poucas palavras, num Estado Democrático de Direito não pode haver espaço para o processo como instrumento de opressão, lembrando aqui Kafka³⁹. Paraphraseando Damaska, a discussão não se sustenta somente na questão do tipo de processo que se quer, mas, também no tipo de organização de Estado que se possui. ⁴⁰

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Quincas Borba**. São Paulo: Escala Educacional, 19[___].

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. Título original: *Las razones del derecho. Teorias de la argumentación jurídica*.

³⁸ ELSTER, Jon. Introducción. In: _____; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33.

³⁹ KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁴⁰ DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del estado**. Santiago: Jurídica do Chile, 2000.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BONFIM, Vinícius Silva. Devido processo constitucional: o recurso como possibilitador do espaço procedimental discursivo na perspectiva da teoria discursiva de Habermas. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, 385-396.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da Cidadania: da comunidade ao Estado Liberal. **Revista Sequência**, Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano XXVII, n. 55, p. 65-94, dezembro de 2007.

_____; JOSÉ, Caroline Lorenzon. Prolegômenos sobre a democracia em Jürgen Habermas. Revista Pensar, Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR, Fortaleza,

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del estado**. Santiago: Jurídica do Chile, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ELSTER, Jon. Introducción. *In*: _____; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Título original: *Constitutionalism and democracy*.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. Título original: *Istituzioni di diritto processuale*.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibanez a Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. Título original: *Il diritto come sistema de garanzie*.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. Título original: *Wahrheit und methode I*.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (Tanner Lectures, 1986). *In*: _____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 193-248, Título original: *Faktizität und Geltung*.

_____. Para uma reconstrução do direito (I): o sistema dos direitos. *In*: _____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I. Título original: *Faktizität und Geltung*.

_____. Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia. *In*: _____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 9-56, Título original: *Faktizität und Geltung*.

_____. Três modelos normativos de democracia. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, n. 3, p. 107-121, jan./jun. 1995.

_____. O estado nação europeu frente os desafios da globalização. *In*: **Revista Novos Estudos**. São Paulo, n. 43, p. 65-110, nov. 1995.

KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título original: *Der Prozess*.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.