

O PROCESSO ENQUANTO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO.
ÉLIO FAZZALARI E A ANARQUIA METODOLÓGICA

FAZZALARI'S PROCEDURAL THEORY AND FEYERABEND'S
METHODOLOGY

Carliane De Oliveira Carvalho.

RESUMO

A análise e apreensão da teoria processualista de Élio Fazzalari revelam imensa importância para a compreensão garantista do processo, na medida em que o autor destaca o contraditório como elemento central do conceito de processo. A teoria fazzalariana contribui para o fortalecimento do cidadão na lide contra o Estado no processo subjetivo de constitucionalidade objetivado, qualificando-o, o que ocorre não só pela maior paridade de armas conferidas ao cidadão, contudo, pelas características que o provimento final do processo de controle difuso apresenta, quais sejam: efeitos erga omnes, caráter vinculante e possibilidade de modulação prospectiva ou retroativa dos efeitos da decisão. De modo que, com base na filosofia de Merleau-Ponty, faz-se necessária a imersão no processo de conhecimento do autor a fim de melhor compreendê-lo e aplicá-lo à situação brasileira com as devidas adequações históricas filosóficas, antropológicas, culturais, dentre outras. Alcançando-se, por fim, conclusão quanto ao método adotado por Élio Fazzalari.

PALAVRAS CHAVE: Maurice Merleau-Ponty; Paul Feyerabend; Elio Fazzalari; Contraditório.

ABSTRACT

The analysis of the theory and seizure proceduralist Elio Fazzalari reveals immense importance for understanding guarantees from the process, in that the author highlights the contradictory as the central element of the process concept. The theory fazzalariana contributes to the strengthening of citizen-plaintiff against the state, qualifying access to justice in constitutional objectified subjective process, which occurs not only by the greater number of arms granted to the citizen, however, by providing features that the

end of the process of fuzzy control features, namely: effect erga omnes character binding and possible modulation prospectiva or retroactive effects of the decision. So, based on the philosophy of Merleau-Ponty, it is necessary immersion in the process of knowledge of the author in order to apply the theory developed procedure to the Brazilian situation with appropriate adjustments historical philosophical, anthropological, cultural, among others. Reaching up, finally, conclusion as to the method adopted by Elio Fazzalari.

KEYWORDS: Maurice Merleau-Ponty; Paul Feyerabend; Élio Fazzalari; Contradictory.

1. INTRODUÇÃO

A análise e apreensão da teoria processualista de Elio Fazzalari¹ revela imensa importância para a compreensão garantista do processo, na medida em que o autor destaca o contraditório como elemento central do conceito de processo.

A necessidade de imersão na teoria fazzalariana se deve à apreensão da filosofia de Merleau-Ponty, que verifica a inexistência de objeto puro na metodologia científica, conquanto a reconstrução dele sopesando a percepção e experiências do investigador. (2006, p.70).

Assim, considerando que a teoria processualista de Élio Fazzalari é deveras importante para a compreensão da qualificação o acesso à justiça por meio do processo objetivo de constitucionalidade, bem como, que as concepções do objeto de estudo da teoria de base se devem às experiências do investigador, imprescindível, pois, emprestar-lhe especial atenção, uma vez que o resultado final suporta influência da trajetória percorrida no estudo. Importa destacar que o presente trabalho dedica-se ao aprofundamento na filosofia fazzalariana.

O processo de objetivação experimentado no Brasil é acurado por meio de inúmeras alterações interpretativas e circunstanciais identificadas no sistema de controle de constitucionalidade. Dentre elas, cita-se: gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional^{2/3}; atribuição de efeitos gerais às decisões em

¹ CF. FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8 ed. Elaine Nassif. 1 ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. *In*: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073.

controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário⁴; transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade⁵; causa de pedir aberta em recurso extraordinário⁶; modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade⁷; emergência da súmula vinculante⁸; exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário⁹.

Elencam-se as alterações e mutações acima a fim de que se vislumbrem, rapidamente, algumas das modificações normativas por meio das quais o processo de controle subjetivo de constitucionalidade tem passado, conquanto, aqui elas não serão aprofundadas, limitando-se ao estudo da formação e adequação dos elementos conceituais fundantes da teoria processual fazzalariana. A imersão metodológica dar-se-á por análise textual dos conceitos por ele aplicados durante a apreensão de suas estruturas.

Assim, o mergulho se inicia nos conceitos de norma, direito e jurisprudência, finalizando-se na conceituação de processo enquanto procedimento em contraditório.

2. NORMA JURÍDICA, DIREITO E JURISPRUDENCIA NA TEORIA FAZZALARIANA

O estudo da teoria fazzalariana requer alguns esclarecimentos quanto à apreensão do Autor no que pertine ao direito, à norma jurídica e à jurisprudência.

Inicialmente, quanto ao direito, a investigação refere-se à realização de uma ordem de convivência. Revela-se por meio de condutas na vida social, de modo que, pode-se exprimir através de “experiência jurídica” em sentido objetivo, destacando a

³ Cf. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 6., n. 34, mar./abr., 2005, p. 96.

⁴ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.” **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001, p. 135-136.

⁶ Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239.

⁷ Cf. BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-130.

⁸ Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, *op cit.*, p. 1032-1037.

⁹ Cf. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5ª ed.. Revista, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 315.

qualidade dinâmica do direito, ou mesmo em “ordenamento jurídico”, considerando-se o resultado. (FAZZALARI, 2006, p. 26-47)

Alicerçando a teoria processualista, Fazzalari, primeiramente, preocupa-se em distinguir a qualificação das normas processuais de que se ocupa.

De pronto, o autor questiona a divisão correntemente empregada entre normas de direito público e normas de direito privado. Destaca que tal distinção baseada na origem de emanção das normas já não se mantém considerando-se que, hoje, todas as normas são públicas, visto que se originam do Estado por meio de seus órgãos, em especial, o Poder Legislativo. (FAZZALARI, 2006, p.29)

Ademais, rechaça a distinção fundada na regulamentação da disciplina de atuação dos concidadãos em relação recíproca e dos Estados, quando se verifica a prevalência do *ius imperie* sobre os súditos, ou cidadãos. Dita distinção se baseia na origem das normas, as firmadas entre os concidadãos teve nascimento no comércio, o que justifica a prevalência da vontade das partes, já as normas em que o Estado está inserido se originaram do *ius imperie* desse.

Também se diferenciam as normas em virtude dos bens que são dispostos nas relações. As normas de direito público se distinguiriam das de direito privado, pois nestas se trata de bens próprios dos interessados, dos quais poderiam dispor livremente, ao revés, as normas de direito público, referem-se a bens públicos, não podem ser negociados com ampla liberdade.

Afastada a primeira distinção, pois insubsistente, visto que as normas vinculantes são hoje integralmente fixadas pelo estado, as demais perduram, embora frágeis, considerando a predominância das características dos bens dispostos.

Assim, o objeto de investigação consistente no processo de modo geral, tem predominância de características públicas. Observam-se quatro tipos de “processos” (as aspas são devidas, pois se verificará que não se trata especificamente de processos, conquanto de procedimentos de modo geral): 1) os processos em que se tem a atuação do Estado por meio da Jurisdição—seriam os arquétipos processuais; 2) os “processos” nos quais se identifica convergência de interesses entre o Estado e o provocador, cabendo àquele a guarda e tutela dos interesses que lhe são confiados — não se verifica aqui a busca de um provimento no qual se exige um contraditório, de modo que se tem, em regra, mero procedimento; 3) os “processos” nos quais se enfatiza a atividade estatal, podendo ou não desenvolver-se na busca de um provimento final, situação na qual se faz imperioso o contraditório no procedimento; e, 4) o “processo” por meio do

qual o Estado determina as regras; trata-se da atuação do Poder Legislativo por meio de sua função típica, não objetivando provimento imediato, conquanto direção do Estado nas mais diversas formas. (FAZZALARI, 2006, p. 36)

O que se denota dos exemplos sucintamente trazidos é que, de regra, as normas que predominam são emanadas do Estado, inclusive quando não se reconhece o conflito de interesses no provimento deste, identificando-se, sobretudo, a guarda de interesses particulares, mas sempre por normas estatais.

Então, onde estariam as normas de direito privado inclusas no objeto de estudo de Elio Fazzalari? Observando-se que todos os procedimentos acima descritos com alcunha inicial de “processos” resguardam interesses dispostos pelo Estado, vigiados e tutelados pelo mesmo poder público. Sendo quatro os modelos de “processo”, e considerando-se, como visto, que em todos se identifica a presença da regra de direito público, pode-se, inicialmente, defender-se o afastamento das normas de direito privado do objeto de estudo do Autor.

Fazzalari apresenta as normas de direito privado dentro do “processo arbitral”, por meio do qual se busca o provimento privado, ou seja, a decisão final emitida por pessoa privada. Tratar-se-ia de mecanismo de justiça privado. Conquanto, destacada a maestria da diferenciação, tem-se por oportuno discordar da exclusão, considerando a posição do juízo arbitral no Brasil, especificamente, entendendo-se que deve ser integrado ao objeto.

Para tanto, dispõe-se da clássica e ainda vigente noção de estado e de sua relação dele com os súditos. Isso, pois, na oportunidade em que o estado se fez emergir por vontade do povo, considerando a necessidade imediata deste de proteção pessoal física e de seu patrimônio, com o fortalecimento da proteção conferida pelo estado, os súditos renunciaram ao direito de auto-tutela e auto-executoriedade de seus interesses, de modo geral, transferindo tal competência ao estado então constituído como soberano. (DALLARI, 2012, p. 59-119)

De modo que, a soberania conferida ao estado retira do homem parcela da liberdade que lhe é nata, no que concerne à imposição e exigência pessoal daquilo que considera direito subjetivo, transferindo ao estado a guarda, tutela e reconhecimento dos direitos que lhe são próprios quando contrariados, bem como a imposição de respeito aos mesmos, por meio do *ius imperie*. Não só quando o exercício de determinado direito subjetivo é contrariado, mas também para o exercício de alguns outros, mesmo que não

negados ou ameaçados, o estado deve intervir, pois assim estabeleceu em sua origem por meio da Constituição, é o que se costuma chamar de jurisdição voluntária.

Desse modo, quando o estado permite ao cidadão o exercício do que Fazzalari denomina de “justiça executiva privada” por meio do juízo arbitral, ele dispõe de meios de exercício mínimos, os quais devem ser observados para que os provimentos finais sejam válidos. Em não se verificando os preceitos mínimos, o estado intervém para garantir os direitos por ele estipulados, em outras palavras, para garantir a manutenção das normas impostas.

De maneira que, pode-se afirmar, em verdade, a inexistência de jurisdição verdadeiramente privada, conquanto haja a previsão do exercício de direito pessoal, resguardados preceitos mínimos, a fim de que o Estado não intervenha para reestabelecer a “ordem” definida.

Observa-se que, ao delimitar e explicar o objeto de que se utiliza, Fazzalari incorre nas regras cartesianas, especialmente a Regra V e a Regra VI, que assim podem ser traduzidas:

Todo o método consiste na ordem e na disposição dos objectos para os quais é necessário dirigir a penetração da mente, a fim de descobrirmos alguma verdade. E observá-lo-emos fielmente, se reduzirmos gradualmente as proposições complicadas e obscuras a proposições mais simples e se, em seguida, a partir da intuição das mais simples de todas, tentarmos elevar-nos pelos mesmos degraus ao conhecimento de todas as outras.(DESCARTES, p.31)

Para distinguir as coisas mais simples das mais complexas e prosseguir ordenadamente na investigação, é necessário, em cada série de coisas em que directamente deduzimos algumas verdades umas das outras, notar o que é mais simples e como todo o resto dele está mais ou menos, ou igualmente afastado. (DESCARTES, p.33)

Ademais, após conferir importância ao método de estudo para se alcançar uma conclusão aceitável, ou seja, uma verdade, Fazzalari busca eliminar elementos que possam causar obscuridade ao estudo, determinando assim o campo de atuação nas disposições positivadas; ato contínuo, procura elementos comuns dentro do objeto de investigação, a fim de classificá-los em grupos.

Fazzalari limita o objeto aos processos contemplados e regulados pelo ordenamento estatal, excluindo o juízo arbitral. Entendimento contra o qual,

oportunamente, manifesta-se discordância, em virtude do quanto acima exposto, bem como de o juízo arbitral receber tratamento estatal limitador no Brasil¹⁰.

Muito embora exposta abordagem, há o reconhecimento de que o processo revela-se também fora e independente do ordenamento estatal, referindo-se à configuração de processo enquanto procedimento em contraditório em prol de um provimento. (FAZZALARI, 2006, p.37)

Almejando tal fim, o Autor sublinha a atuação dos órgãos transnacionais derivados de diversas *leges mercatoriae*, repercutindo em decisões para além do estado e sua soberania, definidos por fatores econômicos não especialmente distintos conquanto *extra* ao *ius imperie* estatal, como é o caso da Corte Internacional de Justiça. Os quais, embora não sejam objeto desse estudo, guardam respeito ao “due process of law”, que verbera na garantia do contraditório, elemento principal caracterizador do “processo” em sua teoria. (FAZZALARI, 2006, p.38-41)

Referido reconhecimento é devido em virtude da necessidade de se isolar por absoluto o objeto de estudo, pontuando o que pode vir a ser encontrado no percurso da pesquisa, e já excluindo a possível influencia de elementos não desejados.

Observa-se que a qualidade de jurídico da norma é atribuída ao caráter de ordem vinculante e exclusiva da conduta—norma vinculante, uma vez não tendo essas características não se esta diante de uma norma jurídica, conquanto norma social para a qual não se tem obrigatoriedade de cumprimento sob pena de coerção.

Tratando da diferenciação, Fazzalari conclui que a “norma é o barro de nosso trabalho de ceramistas”, excluído do estudo todas as normas não jurídicas e não positivadas, ou seja, aquelas que não imponham vinculação e que não sejam exclusivas do Estado. (2006, p.49)

Esclarece, ainda, que a norma jurídica deve ser inscrita na esfera de “valor”, de modo a agregar aos valores sociais, éticos, científicos, dentre outros, os valores estatais de imposição e exclusividade.

Os caracteres de vinculação e exclusividade são garantidores da jurisdição da norma, ao passo que ela se apresenta como condição de existência e reconhecimento da

¹⁰ Cf. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013.

sociedade, sejam tais normas aprovadas ou não, diretamente, pelos que lhes são submetidos.

Assim, enquanto condição de existência, sociedade e ordenamento jurídico estabelecem entre si correspondência biunívoca: para determinada sociedade, um correspondente ordenamento jurídico, e vice-versa. (FAZZALARI, 2006, p.52)

A identificação da norma se dá por etapas: escolha e elucidação do conteúdo singular da norma; extração do conteúdo das formas; e, teste deste conteúdo. Os conteúdos comportam diversidade de interpretações, dependendo do ordenamento que integre a norma, o que justifica a mutação interpretativa desta.

Observa-se que, ao delimitar a norma, o Autor apropria-se da Regra XIII de René Descartes, qual seja: “se compreendermos perfeitamente uma questão, devemos abstraí-la de todo o conceito supérfluo, reduzi-la à maior simplicidade e dividi-la em partes tão pequenas quanto possível, enumerando-as.” (DESCARTES, p. 83)

Importante ressaltar também o aspecto histórico constante na extração do conteúdo, visto que a interpretação humana, independente do contexto, é reconhecidamente histórica e relativa. Nesse sentido, a teoria fazzalariana se aproxima da filosofia de Jean Paul Sartre ao defender a impossibilidade de se excluir o homem de seu contexto histórico:

Tanto mais facilmente quanto dispõe de uma filosofia, de um ponto de vista, de uma base teórica de interpretação e de totalização, ele se imporá abordá-los num espírito de empirismo absoluto e os deixará desenvolver-se, entregar por si próprios o seu sentido imediato, na intenção de *aprender* e não de *reencontrar*. É neste livre desenvolvimento que se encontram as condições e o primeiro esboço de uma *situação* do objeto em relação ao conjunto social e de sua totalização, no interior do processo histórico. (SARTRE, 1987, p.184)

Portanto, a relatividade do conteúdo da norma fixada pelo contexto histórico gera necessidade de o jurista teorizar e sistematizar as normas visando melhor compreensão delas. De modo que, a exteriorização da interpretação se limita, em certa medida, pelo conteúdo objetivo da norma, conquanto, carregue consigo a valoração histórica do interprete.

Após o ato de interpretar, mas não fora da interpretação, tem-se a aplicação da norma ao caso concreto, ou seja, a valoração jurídica do ato. Nesse contexto, ainda que se trate de interpretação anterior ou posterior ao ato, o jurista revela-se enquanto autor qualificado e privilegiado do direito. Antes de considerar o fato no direito, o jurista realiza o “juízo de fato”, ou seja, reconstrução do fato, gerando o ato projetado ou completo. (FAZZALARI, 2006, p. 65)

Da valoração atribuída à interpretação e, portanto, à aplicação ao fato ou ato, ou seja, a reconstrução, a jurisprudência guia-se por valores, na medida em que Fazzalari considera a jurisprudência uma ciência mais prática que outras, não se restringindo ao saber, conquanto alcance o atuar.

Firmando-se que a norma possui natureza valorativa, sua estrutura lógico-formal ocorre pela descrição e ligação ao ato enquanto lícito e obrigatório. Pois que:

Ao lado da qualificação de 'licitude' e de 'obrigação', não se deve contemplar a característica do 'ilícito': com efeito, não é correto pensar que, pela norma, matar um homem seja 'ilícito', pois o correto é considerar que o 'não matar' seja 'um dever'. 'Ilícita' é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada na norma, mas àquela concretamente mantida por um sujeito, e de forma diferente do modelo de conduta 'devida': assim como a conduta daquele determinado devedor que, em concreto, não paga a dívida. (FAZZALARI, 2006, p. 78)

Se a conduta revela uma vontade, ela é, portanto, o “padrão de valoração”. A escolha é feita por integrantes da sociedade face à regra geral e abstrata do Estado, refletindo um “ato vinculado”. (FAZZALARI, 2006, p. 80)

A conduta ilícita apresenta-se como comportamento contrário ao disposto na norma, ou seja, ela não se encontra dentro da norma abstrata. Tal entendimento contraria a posição adotada por Kelsen ao focalizar o estudo da juridicidade no ilícito. De modo que o ilícito é a inobservação do dever, inclusive na seara criminal. (GONÇALVES, 1992, p.155)

A norma é, em consequência, um ato valorado, do qual se extrai os conceitos de “faculdade” e “dever”, assim, ainda que valorada, a norma apresenta traços objetivos mínimos, relativamente estáveis sobre os quais se exerce a interpretação. Extrai-se da norma a descrição de uma conduta que se relaciona com a valoração normativa, posição subjetiva de primeiro grau. (FAZZALARI, 2006, p. 80-81)

Ora, o que faz Fazzalari senão delimitar o objeto de pesquisa aos processos estatais, e depois, dentro dessa fixação, recortar os elementos que deve analisar detidamente, quais sejam: os princípios, tais quais elementos básicos da disciplina positiva. Ao passo que, com dita definição de elementos—efetivamente cartesiana—, Fazzalari afasta de seus estudos princípios que não sejam positivados, como é o caso dos costumes e também de princípios implícitos (acrescenta-se), excluindo possibilidades de dúvidas e conclusões obscuras.

Após tal definição, o Autor destaca que o passo seguinte consiste em apropriar-se dos princípios e explicá-los dentro de cada setor jurídico, exemplificando com processos jurisdicionais voluntários e contenciosos (FAZZALARI, 2006, p. 42), encontrando pontos comuns entre eles.

Para tanto, estabelece que a apreciação deve limitar-se à razão, conquanto não despreze a prática, escapando, assim, de uma metodologia puramente cartesiana. Conquanto, ainda que não desconsidere a prática, descarta em absoluto a dedução prática idealizada por Francis Bacon o que representa uma contradição uma vez que afirma fundar-se na filosofia baconiana (BACON, p.112) (FAZZALARI, 2006, p.42-45).

Seguindo na análise. Verificada a situação da norma, é importante delimitar qual a situação do sujeito em relação a ela, ou seja, qual seria a “posição (jurídica) subjetiva” indicada pela “faculdade”, uma vez que a conduta se relacionada com a norma por meio da valoração.

A conduta é valorada como lícita quando retrata uma faculdade, como dever, quando impõe uma obrigação, cabendo ainda a valoração enquanto poder; todas representando posições subjetivas primárias. Tem-se, então, que a partir da norma se posiciona o sujeito. O conceito de direito subjetivo é aquele extraído da posição do sujeito em relação ao comportamento exposto na norma, e dessa posição subjetiva tem-se um dever para os demais sujeitos.

Por meio do vínculo entre objeto do comportamento contido na norma e sujeito que apresenta posição de proeminência através da própria valoração alcança-se o direito subjetivo, que retrata uma posição fundamental de segundo grau.

A norma pode apresentar-se como cânone de valoração, ato jurídico ou posição jurídica subjetiva. Senão, note-se:

‘Padrão de valoração’, ‘ato jurídico’ e ‘posição jurídica subjetiva’ são os perfis usados mais frequentemente pela norma. No uso corrente quer-se privilegiar em relação a esta ou aquela ‘forma’ uma ou outra componente da tríade: por exemplo, como veremos, ‘o ordenamento jurídico’ é frequentemente considerado do ponto de vista das normas, já o contrato, do ponto de vista dos atos; a ação judicial, por sua vez, do ponto de vista das posições jurídicas. Mas em verdade qualquer norma pode ser contemplada por todas as três angulações. (FAZZALARI, 2006, p. 82)

Observa-se que, somada a influência do fator histórico na investigação científica, o elemento humano, além de investigador, também é objeto investigado, na medida em que se analisa a posição subjetiva do indivíduo face à norma. Verifica-se

contradição na metodologia fazzalariana, visto que afirma não utilizar-se da sociologia, conquanto não se observe ser possível excluir o fator antropológico da investigação (independente da seara), ainda que se considere tratar de posição subjetiva logico-processual.

Assim, demonstradas as bases metodológicas da definição da norma, passa-se ao estudo do conceito de processo, o qual, destaque-se, não sofre influência das teorias processualista de Enrico Túlio Liebman¹¹ e de Giuseppe Chiovenda¹², como lateralmente se evidenciará.

3. O PROCEDIMENTO E O PROCESSO

Sucinta análise feita acima revela a importância da conceituação da norma em virtude de o procedimento apresentar-se como sequência ordenada de normas, atos e posições subjetivas, por meio da qual a norma anterior, valorada como lícita ou devida, juntamente com a conduta, desencadeia outras normas e condutas, aquela representa o pressuposto desta, culminando, ao final, no ato conclusivo.

Fazzalari apresenta o procedimento como uma sequência de normas valoradas, geradoras de condutas em busca de um ato final. Nesse momento, o Autor não estabelece a situação das partes face à norma, ao revés, em qualquer situação tem-se procedimento. Assim exemplifica:

[...]a verdade não é que o contrato de doação produza, como efeito próprio, o dever do doador de entregar; mas sim que a lei—na sequência em discurso, e precisamente mediante a segunda norma—ata o ‘dever de entregar’ ao pressuposto (se queira à ‘fatispécie’) de que se constitui a doação. (FAZZALARI, 2006, p. 93)

O procedimento, em outras palavras, apresenta-se como uma sequência de normas constituída dentro da qual uma norma valora uma ou mais condutas, enquanto lícitas ou devidas, e a norma sucessiva utiliza-se da conduta anterior como pressuposto para sua própria validação, ou qualificação, de faculdade ou de obrigação de outro comportamento.

¹¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985.

¹² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1, A. São Paulo: Saraiva, 1965.

A diferença se apresenta no momento em que se faz necessária a existência de um procedimento em que as partes possuam paridade simétrica de garantias, ou seja, no qual deve haver a garantia caracterizada pelo contraditório. Tem-se, então, o processo, que se revela como procedimento em contraditório, sendo o procedimento gênero dentro do qual o processo se inclui e é espécie.

O critério teleológico que João Porto Silvério Júnior (com base nas teorias de Oskar Von Bulow, Hélio Bastos Tornaghi e Cândido Rangel Dinamarco) adota, considerando o processo como instrumento destinado ao alcance de fins metajurídicos, o procedimento se mostraria como sequência de atos que expressa o processo (SILVÉRIO JÚNIOR, 2011), afastando-se, nesse ponto, da teoria fazzalariana, que tem por foco o contraditório. Por meio dessa exigência garantista é que se terá a qualificação de processo, enquanto tipo de procedimento.

Fazzalari emprega o critério lógico para distinguir o processo do procedimento subtraíndo o elemento teleológico de ambos, ainda que não possa ser eliminado de fato, pois o procedimento almeja um fim específico.

Ressalta-se a atuação do Autor na necessidade de definir a posição de inclusão do processo dentro do procedimento, após, passa-se à caracterização da distinção entre eles, sublinhando que se diferem pela caracterização do processo enquanto procedimento em contraditório, o que pressupõe a oposição de interesses entre partes, bem como o objetivo final de uma prestação jurisdicional imperativa, ou seja, norma reguladora de um ato final, embora essa norma final também seja importante, não é a necessidade dela que caracteriza o processo, mas a necessidade da garantia do contraditório.

A metodologia fazzalariana almeja (após o isolamento do processo pelo ponto de vista formal da teoria geral) analisar os processos positivos a fim de identificar uma forma geral, por meio do destaque e separação em virtude do conteúdo, ou seja, identificação de um modelo constante de processo nos diversos procedimentos analisados.

A investigação processualista se inicia dos “processos jurisdicionais”, nos quais se verifica a jurisdição penal, constitucional, civil e administrativa, inclusive. Em segundo momento, e considerando a possibilidade da jurisdição civil ser substituída pela composição privada, analisam-se os “processos arbitrais”. O terceiro passo investigativo se volta aos “processos de liquidação concorrencial”, nos quais é possível identificar parcelas de “jurisdição voluntária”. Em um quarto e último estágio, estudam-

se os “processos”, destacadamente, aqueles referentes à atuação da Administração pública, o “processo legislativo”. (FAZZALARI, 2006, p. 104)

O direito processual geral e o direito processual civil representam os arquétipos do processo, visto que são os modelos mais completos, referindo-se ao direito processual civil de modo a refletir o conjunto das noções relativas à jurisdição civil. Ou seja, o Autor realiza ampla verificação dos diversos tipos de procedimentos, para só então qualificar o que é processo.

Nesse particular, aproxima-se de Mario Bunge na medida em que considera a ciência como uma disciplina que utiliza o método científico com a finalidade de encontrar estruturas gerais—leis. Utilizando-se de técnicas exaustivas fundadas em leis, tentativas e contrastação. (1985, p.45-48)

Fazzalari busca estruturas gerais afastando-se da possibilidade de uso do elemento cultural do direito, afirmando que, a menos que haja um modo de esclarecer acerca da pesquisa sociológica e acerca da cooperação entre jurista e sociólogo, os dados sociológicos devem se limitar à pesquisa sociológica e não interferir na jurídica, ainda que se criem inconvenientes práticos. Acrescente que a pesquisa sociológica só pode nos acudir uma vez não tendo apreendido a normativa. (FAZZALARI, 2006, p. 45)

Ora, por vezes Fazzalari se apega ao fator histórico (como visto acima ao tratar do conceito de norma), por outras se afasta do elemento sociológico por considerar que pode vir a causar inconvenientes práticos na pesquisa. Ora, o que é isso senão a teoria de Bunge, que considera o elemento humanístico retardador da pesquisa. (BUNGE, 1985, p.43)

E, ademais, descrita postura demonstra o afastamento da teoria de Paul Ricoeur, o qual questiona a racionalidade atribuída ao Direito, que estruturalmente seria vista como completo e objetivo, negritando que, ainda que o Direito intencione citada objetividade, não há como subtrair-lhe o conteúdo social. A forma só vem a comprovar o conteúdo, na medida em que só há forma se há conteúdo. Assim, esclarece que quanto aos modelos dos objetos de pesquisa tem-se tolerância de tipos de explicação, ao mesmo tempo em que defende inexistir análise estrutural sem inteligência hermenêutica. (RICOEUR, 2008, p. 153-155)

Quanto à pesquisa qualitativa, Boaventura de Sousa Santos entende que a limitação da investigação por meio da técnica geraria ao resultado do estudo falhas

qualitativas insuperáveis, que não se corrigiriam por meio de novas tentativas, ou seja, nova aplicação da mesma técnica. (SANTOS, 2006, p. 13-14)

Para suprir tal mácula, a prática metodológica deve se adaptar à necessidade científica, deve-se revisitar os conceitos de ser-humano, cultura e sociedade, de modo a inserir tais elementos dentro dos fatores integrantes da investigação da ciência social. Tem-se aproximação das ciências naturais para as sociais e esta para o homem, há um conhecimento humanístico em destaque. (SANTOS, 2006, p. 50-53)

Seguindo no estudo da teoria fazzalariana, o procedimento revela-se como sequência de normas que se concretiza no mundo empírico por uma conduta, que pode ser qualificada como direito ou obrigação, até a norma reguladora de um ato final. Ao passo que o procedimento é uma sequência de atos, previstos e valorados pelas normas.

É importante destacar que a norma pode não estar integralmente estabelecida num artigo ou numa lei, representando estas apenas uma fração da norma, que necessita de outras frações para se completar e disciplinar integralmente uma conduta.

Portanto o procedimento é uma série de “faculdades, poderes e deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas”. (FAZZALARI, 2006, p. 114)

Considerando-se norma, ato e posição jurídica, tem-se que o procedimento se destaca do ponto de vista dos atos, posto que, numa série, um ato segue o outro, consoante determinação da lei. Essa sequência válida ou não os atos em virtude da observância da ordem imposta.

O provimento final de um procedimento é que o identifica e nomina, pressupondo a apreensão das normas que o constitui, de cada norma em especial, para então alcançar-se a regra do procedimento. A validade e eficácia de cada ato do procedimento prescindem da análise da regularidade do ato anterior, que pode vir a maculá-lo, bem como aos demais posteriores.

O procedimento de um provimento pode apresentar-se por sequência de fases, a exemplo da preparatória, da constitutiva e da integrativa da eficácia; quando se identificarem mais de um provimento, cada um deles estabelece o epílogo da fase seguinte.

A estrutura dialética do procedimento — isto é, o contraditório — qualifica o procedimento enquanto processo. Dentro do processo os destinatários do ato final dialogam em simétrica paridade de posições e exercem um conjunto de escolhas,

reações e controles, bem como devem sofrer controle e reações dos demais interessados, estando sempre o autor do ato responsável pelos resultados dele. Compondo-se a dialética entre interessados e contra-interessados, identificam-se autores de atos e destinatários das consequências deles, sempre em exercício de contraditório.

Imperioso ressaltar que não é o tipo de interesse ou conflito que qualifica o processo, conquanto a estrutura fundada no contraditório por meio da dialeticidade, de modo que, se a norma não o contempla em sua estrutura procedimental, não há que se falar em processo. (FAZZALARI, 2006, p. 121)

As normas que definem o processo devem resguardar aos destinatários dos efeitos do provimento final —os contraditores— um contraditório equilibrado e igualitário. A qualificação como possíveis destinatários do provimento final é que legitima a atuação dos contraditores.

O autor do provimento final não é um contraditor, ele se situa distante dos interesses das partes, a paridade de contraditório é garantida entre o interessado e o contra-interessado, e o processo se qualifica pela garantia de que os contraditores exerçam seus poderes em paridade simétrica.

Desse modo, é possível afirmar que o contraditório é verificado na equiparação de poderes entre os interessados processuais, de modo que o provimento final expedido pelo Estado-juiz será válido somente se o conjunto normativo processual estiver regular com a garantia fundamental.

O elemento do contraditório, uma vez garantido em paridade entre o interessado e contra-interessado por intermédio da teoria fazzalariana, é imprescindível no novo processo de controle difuso de constitucionalidade, visto que a maior equiparação dialética entre autor e contraditor verificada na objetivação reflete diretamente no acesso à justiça, ao passo que a influência experimentada pelo cidadão brasileiro quanto ao processo difuso de constitucionalidade, agora, mostra-se como atuação individual mais equilibrada contra o Estado, que resguarda a norma impugnada pelo cidadão.

O provimento final do controle difuso de constitucionalidade, estando fundado num processo, ou seja, num procedimento em que os interessados detêm paridade de armas, respeitando efetivamente o contraditório, estabelece efeitos com potencial de repercutir em toda a sociedade, de modo que a decisão final emitida pelo Estado-juiz tem o condão de gerar eficácia *erga omnes*, efeito vinculante, bem como ter seus efeitos modelados quanto à retrocessão ou prospecção.

O processo, como espécie do gênero procedimento, se denomina ou identifica em virtude do ato final que lhe põe fim, entretantes, esse ato deve representar o epílogo de um processo regular, que tenha garantido a paridade simétrica entre autor e contraditor. De modo que, se um ato da sequência processual é irregular, maculando a exigência do contraditório, todos os demais o serão, alcançando, por fim, o provimento final, de modo a repercutir na validade de todo o processo.

Observa-se que a teoria fazzalariana identifica o processo não mais como relação jurídica angularizada, conquanto como procedimento em que as partes interessadas gozam de paridade de poderes, ou seja, do contraditório, possibilitando a visualização mais clara do processo de qualificação do acesso à justiça por intermédio da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, depreende-se que a teoria processual fazzalariana destaca a garantia do contraditório para caracterizar o processo, que se aplica perfeitamente à investigação na qual se busca demonstrar a qualificação do acesso à justiça por meio da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Filosoficamente, observou-se que, embora Fazzalari alegue utilizar-se dos ensinamentos de Bacon, há conjunção metodológica, na medida em que métodos científicos diversos são utilizados, por vezes contraditoriamente, contudo não integralmente. (FAZZALARI, 2006, p. 42)

O autor chega a afirmar que “é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos”. Ao passo que a jurisprudência, quanto à aplicação da norma, não pode descurar-se de estruturas conceituais, o que remete em absoluto à norma. (FAZZALARI, 2006, p. 75)

Conquanto, muito embora a verificada defesa prévia ao repudiar o sincretismo metodológico, verifica-se e defende-se a presença de Feyerabend em Fazzalari, destacando-se que:

A tarefa do cientista, contudo, não é mais “buscar a verdade” ou “louvar a deus” ou “sistematizar as observações” ou “aperfeiçoar as previsões”. Esses não passam de efeitos colaterais de uma atividade para a qual sua atenção está agora principalmente dirigida que é “tornar forte a posição fraca”, como diziam os sofistas, e, desse modo, sustentar o movimento do todo. (FEYERABEND, 2006, p. 47)

Destarte, as metodologias, por mais geniais que possam aparentar-se em sua lógica, possuem limites; os quais, em Fazzalari, foram demonstrados por meio da análise prática da teoria processualista, que por vezes se apega a uma metodologia e momentos depois se afasta da mesma teoria antes adotada. Defende-se, assim, na teoria fazzalariana, a anarquia metodológica, visto que “um anarquista é como um agente secreto que participa do jogo da Razão de modo que solape a autoridade da razão”. (FEYERABEND, 2006, p.49)

Para a pesquisa jurídica, diversos conhecimentos são necessários, uns mais que outros importando o objeto humano analisado. Não se concebendo um estudo jurídico baseado somente na lei, conquanto, também, faz-se necessária a análise de questões históricas, antropológicas, sociológicas, culturais, dentre outras, e também de conhecimentos técnicos, dependendo do objeto e causa de análise, questões técnicas ambientais, por exemplo, podem ser necessárias.

Assim, numa pesquisa jurídica, ao mesmo tempo em que os textos libertam quanto ao método a ser aplicado e à possibilidade do resultado alcançado não representar uma verdade para todos, já que não há uma verdade única e absoluta, mas tantas quantas forem os observadores, há a preocupação quanto à definição do método mais adequado ao fim pretendido, bem como de quais seriam os elementos que embasariam a escolha de método que legitime o resultado pretendido. E mais, tem-se o perigo de a escolha de um método específico poder legitimar a indução ao resultado intimamente pretendido pelo investigador.

Por todo o exposto, baseando-se na análise da teoria processual fazzalariana é que se defende a anarquia metodológica em prol de uma conclusão legítima em todos os ângulos de pesquisa: jurídico, científico, antropológico, histórico, dentre outros.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.” **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997.

BACON, Francis. **Novum Organum. Ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Disponível em: <Vbooks02@terra.com.br>. Acesso em: 20 mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013.

BUNGE, Mario. **La Investigación científica**. Edición Corregida. Traducción de Manuel Sacristán. Editorial Ariel SA: Barcelona/Espanha, 1985

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1, A. São Paulo: Saraiva, 1965.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho**. Ediciones Arayú: Buenos Aires.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DESCARTES, René. **Regras para a direção do Espírito**. Textos Filosóficos. Edições 70 LDA: Lisboa-Portugal.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5ª ed. Revista, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FEYERABEND, Paul. **Tratado contra el método**. Disponível em:<
http://www.inicia.es/de/diego_reina/filosofia/fil_ciencia/feyerabend_metodo.htm>. Acesso em: 28 jul. 2013

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto

Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Trad. Márcio Suzuki. Coleção Subjetividade Contemporânea. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a Eles Dirigidos. *In*: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

RICOEUR, Paul. **Hermenéutica y acción. De La Hermenéutica Del Texto a La Hermenéutica De La Acción**. Prólogo de Juan Carlos Scannone. Prometeo Libros: Buenos Aires, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. 4 ed.. Cortez Editora: São Paulo, 2006.

SARTRE, Jean Paul. **Questão de Método**. Traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1987.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **O processo Constitucional como Metodologia de Garantia dos Direitos Fundamentais**. In: Diritto Brasiliano, il 12/-5/2011. Disponível em:< <http://www.diritto.it/docs/31618-o-processo-constitucional-como-metodologia-de-garantia-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.