

O PROCESSO ENQUANTO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E O
ACESSO À JUSTIÇA

THE PROCEDURE, THE PROCEDURE IN CONTRADICTION AND
ACCESS TO JUSTICE

Carlíane De Oliveira Carvalho.

RESUMO

A análise e apreensão da teoria processualista de Élio Fazzalari 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. Fazzalari apresenta o procedimento como uma seqüência de normas valoradas, geradoras de condutas em busca de um ato final, nesse contexto, o processo seria um tipo de procedimento que se qualifica pelo contraditório, o qual é viabilizado por meio da 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. A teoria fazzalariana contribui para o fortalecimento do cidadão na lide contra o Estado, ademais, a qualificação do acesso ocorre não só pela maior paridade de armas conferidas ao cidadão, conquanto, pelas características que o provimento final do processo de controle difuso de constitucionalidade apresenta, quais sejam: efeitos erga omnes, caráter vinculante e possibilidade de modulação prospectiva ou retroativa dos efeitos da decisão.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à Justiça; Controle Difuso De Constitucionalidade; Objetivação; Elio Fazzalari.

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. Fazzalari presents the procedure as a sequence of rules valued, generating behaviors in search of a final act, the process would be a type of procedure that qualifies for the contradictory, to give up

through the equalization of power between interested parties on procedure, so that the filling end-judge issued by the State shall be valid only if the set is regular legislative procedure with the fundamental guarantee. The theory fazzalariana contributes to the strengthening of citizen-plaintiff against the state, in addition, the qualification of access 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 feature, namely: effect erga omnes character binding and possible modulation propectiva or retroactive effects of the decision.

KEYWORDS: Access to Justice; Dispersed From Constitutionality; Objectification; Elio Fazzalari.

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.

Destaque-se que a imersão na teoria fazzalariana se deve à apreensão da metodologia de Merleau-Ponty, o qual defende a inexistência de objeto puro numa investigação científica, contudo, a reconstrução do elemento observado sopesando a percepção e experiências do investigador.²

Assim, considerando que a teoria processualista de Élio Fazzalari é o marco teórico da pesquisa, bem como, que as concepções do objeto de estudo se devem às experiências do investigador, imprescindível se faz emprestar-lhe especial atenção, uma vez que o resultado final da teoria sofre influência da trajetória percorrida no estudo.

O contraditório, em termos fazzalarianos, é verificado na equiparação de poderes entre os interessados processuais, de modo que, o provimento final expedido pelo Estado-juíz será válido somente se o conjunto normativo processual estiver regular com a garantia fundamental.

O presente estudo é fase elementar na pesquisa que busca demonstrar a qualificação do acesso à justiça por meio do evento de objetivação do controle difuso de

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

² MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p.70.

constitucionalidade experimentado no Brasil nos últimos anos, o que se verifica em decisões do Supremo Tribunal Federal por influência da teoria constitucionalista alemã. De modo que, o presente estudo tem por fim aprofundar o estudo da aplicação dos termos fazalarianos, sem, contudo, adentrar ao fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

O elemento do contraditório uma vez garantido em paridade entre o interessado e contra-interessado por intermédio da teoria fazalariana, também é elemento imprescindível no novo processo de controle difuso de constitucionalidade, visto que a maior equiparação entre autor e contraditor verificada na objetivação reflete 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.

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 à prospecção de seus efeitos.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco³, a existência conjunta do processo difuso de constitucionalidade ao lado do concentrado, no Brasil, gerou mudanças nos sistemas de controle originalmente instituídos em 1988.

O processo de objetivação é acurado por meio de inúmeras alterações interpretativas e circunstanciais identificadas no Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Dentre elas, cita-se: gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional^{4/5}; atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário⁶;

³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1038.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.”

transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade⁷; causa de pedir aberta em recurso extraordinário⁸; modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade⁹; emergência da súmula vinculante¹⁰; exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário¹¹.

Elencam-se as alterações e mutações acima a fim de que se vislumbrem, rapidamente, algumas das modificações normativas que o processo de controle subjetivo de constitucionalidade tem passado, conquanto, aqui elas não serão aprofundadas, limitando-se ao estudo dos elementos fundantes da teoria processual fazzalariana.

Assim, é necessária a apreensão da base jurídica de Fazzalari, imprescindível à compreensão da teoria em integralidade, para, então, fundamentar a qualificação do acesso à justiça pelo controle difuso de constitucionalidade, o que se demonstrará por uma gradação de etapas desenvolvidas coordenadamente.

2. NORMA JURÍDICA, DIREITO E JURISPRUDENCIA NA TEORIA FAZZALARIANA

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

Inicialmente, quanto ao direito, observa-se tratar da realização de uma ordem de convivência. Revelar-se-ia por meio de condutas na vida social, de modo que, pode se exprimir através de “experiência jurídica” em sentido objetivo, destacando a qualidade dinâmica do direito, ou mesmo em “ordenamento jurídico”, considerando-se o resultado¹².

Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: RT, 2001, p. 135-136.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239.

⁹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-130.

¹⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, *op cit.*, p. 1032 a 1037.

¹¹ 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.

¹² FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 26-47.

Alicerçando a teoria processualista, Fazzalari inicialmente 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 Legislativo¹³.

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 funda 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* deste.

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, sendo defeso negociá-los com ampla liberdade.

Afastada a primeira distinção, insubsistente, pois as normas 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, apresenta 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 vislumbra 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 destaca 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”

¹³ FAZZALARI, *Op. cit.*, p.29.

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 em suas mais diversas formas.¹⁴

O que se ressalta dos exemplos sucintamente trazidos é que, de regra, as normas que predominam são emanadas do Estado, inclusive quando não se verifica 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 esses quatro os modelos de “processo”, e considerando-se, como visto, que em todos se observa a regra de direito público, inicialmente se verifica o afastamento das normas de direito privado do objeto de estudo do Autor.

O Autor apresenta as normas de direito privado dentro do “processo arbitral”, por meio do qual se busca o provimento privado. Seria um mecanismo de justiça privado. Conquanto, destacada a maestria da diferenciação, tem-se por oportuno discordar no que toca ao juízo arbitral no Brasil¹⁵, especificamente, uma vez que, entende-se, que deve ser integrada ao objeto.

Para tanto, dispõe-se da clássica e ainda vigente noção de estado e de sua relação 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-executóriedade de seus interesses, de modo geral, transferindo tal competência ao estado então constituído como soberano.¹⁶

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 para o Estado a guarda, tutela e reconhecimento de seus direitos 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

¹⁴ FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 36

¹⁵ 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.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-119

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 chama de “justiça executiva privada” por meio do juízo arbitral, ele dispõe de meios de exercício mínimos que 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.

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” por Ele imposta.

Assim, Fazzalari limita seu 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 no Brasil.

Muito embora exposta delimitação, há o reconhecimento de que o processo se revela também fora e independente do ordenamento do Estado, referindo-se à configuração de processo enquanto procedimento em contraditório para o fim de um provimento¹⁷.

O autor igualmente sublinha a atuação dos órgãos transnacionais derivados de diversas *leges mercatoriae*, repercutindo em decisões para além do Estado, 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 teoria¹⁸.

A qualidade de jurídico da norma deve-se 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.

¹⁷ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.37.

¹⁸ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.38-41

Tratando da diferenciação, Fazzalari conclui que a “norma é o barro de nosso trabalho de ceramistas”, excluído do estudo todas as normas não jurídicas, ou seja, aquelas que não imponham vinculação e que não sejam exclusivas do Estado¹⁹.

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 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-versa²⁰.

Quanto à jurisprudência, tem-se que é a atividade desenvolvida pelo jurista nas etapas de procedimento de fixação e aplicação das normas, desenvolvendo-se nos planos da escolha da norma relacionada ao contexto histórico, ao reconhecimento, identificação, interpretação e criação da norma.

A identificação da norma se dá por etapas: escolha e elucidação do conteúdo singular da norma; extração do conteúdo das formas; e, teste do conteúdo. No que toca aos conteúdos, destaca-se, dependendo do ordenamento que integre a norma, a diversidade de interpretações, e a mutação delas, com validade quanto ao conteúdo.

Importante ressaltar o aspecto histórico na extração do conteúdo, visto que a interpretação humana, independente do contexto, é histórica e relativa.

Nesse sentido, a teoria fazzalariana se aproxima da filosofia de Sartre²¹ 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, entregá-los 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.”

¹⁹ FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 49

²⁰ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.52

²¹ 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, p.184

Portanto, a relatividade do conteúdo da norma fixado pelo contexto histórico gera a necessidade de o jurista teorizar e sistematizar as normas visando uma melhor compreensão delas. De modo que, a externalização 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.²²

Tem-se que, 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 tem 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.”²³

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”²⁴.

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.²⁵

²² FAZZALARI. *Op. cit.*, p.65

²³ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.

²⁴ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.80.

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992,

A norma é, em conseqüência, um ato valorado, do qual se extrai os conceitos de “faculdade” e “dever”, de modo que, 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.²⁶

Verificada a situação da norma, é importante destacar 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 uma posição de proeminência através da própria valoração alcança-se o direito subjetivo, que retrata uma posição fundamental de segundo grau.

Pelo exposto, tem-se que a norma pode apresentar-se como cânone de valoração, ato jurídico ou posição jurídica subjetiva.

‘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.²⁷

Assim, estando definida a norma, passa-se ao estudo do processo segundo Fazzalari, o qual, destaque-se, não sofre influencias das teorias processualista de Enrico Túlio Liebman e de Giuseppe Chiovenda, como se demonstrará.

3. O PROCEDIMENTO E O PROCESSO

A sucinta análise feita acima revela a importância da conceituação da norma em virtude de o procedimento apresentar-se como uma seqüência 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, de modo que aquela representa o pressuposto desta; culminando, ao final, no ato conclusivo.

Fazzalari apresenta o procedimento como uma seqüência 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.

O autor 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 seqüência 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.”²⁸

O procedimento, em outras palavras, apresenta-se como uma seqüência 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.

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

O critério teleológico que distingue processo e procedimento não se destaca na teoria fazzalariana, que tem por foco o contraditório. Por meio dessa exigência garantista é que se terá a qualificação de um processo, enquanto tipo de procedimento.

Fazzalari emprega o critério lógico para distinguir o processo do procedimento subtraindo o elemento teleológico de ambos, ainda que não possa ser eliminado de fato, pois o procedimento almeja um fim específico. Ressalta-se a posição de inclusão do

²⁸ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.93.

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 as partes, bem como o objetivo final de uma prestação jurisdicional imperativa, ou seja, norma reguladora de um ato final.

A intenção de teoria processualista fazzalariana é, após o isolamento do processo pelo ponto de vista formal da teoria geral, analisar os processos positivos a fim de identificar uma forma, por meio da identificação e separação em virtude do conteúdo, ou seja identificação de um modelo constante de processo.

A análise 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, analisar-se-á a os “processos arbitrais”. O terceiro passo investigativo se volta aos “processos de liquidação concorrential”, nos quais é possível identificar parcelas de “jurisdição voluntária”. Em um quarto e ultimo estágio, estudar-se-á os “processos”, destacadamente, os processos referentes à atuação da Administração pública, o “processo legislativo”.²⁹

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 utiliza-se de ampla verificação dos diversos tipos de procedimentos, para só então qualificar o que é processo.

O procedimento revela-se como seqüência 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 seqüência de atos, previstos e valorados pelas normas.

Destaque-se que a norma pode não estar integralmente estabelecida num artigo ou numa lei, representando uma fração da norma, necessitando de outras para se completar e disciplinar integralmente uma conduta.

²⁹ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.104.

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”³⁰.

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

O provimento final de um procedimento é que o identifica e nomina, o que pressupõe a apreensão das normas que o constitui, 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 seqüência 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, é que qualifica o procedimento enquanto processo. Dentro do processo os destinatários do ato final dialogam em simétrica paridade de posições e exercem conjunto de escolhas, reações e controles, bem como deve sofrer controle e reações dos demais interessados, estando sempre o autor do ato responsável pelos resultados; compondo-se a dialética entre interessados e contra-interessados, identificam-se autores de atos e destinatários das consequências deles, sempre em exercício de contraditório.

Ressalte-se que não é o tipo de interesse ou conflito que qualifica o processo, conquanto, é 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.³¹

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

³⁰ FAZZALARI. *Op. cit.*, p.114.

³¹ FAZZALARI. *Op. cit.*, p. 121.

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.

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 seqüência 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.

4. RELAÇÃO ENTRE PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E ACESSO À JUSTIÇA

Quanto ao acesso à justiça e coadunando-se com todo o exposto, Wilson Alves de Souza³² leciona que:

[...] de nada adiantaria garantir o direito de postulação ao Estado-juiz, sem o devido processo em direito, isto é, sem processo devido de garantias processuais, tais como contraditório e ampla defesa, produção de provas obtidas por meio lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões, etc.

Do exposto, 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.

Tal paridade de poderes é viabilizado, ainda que não integralmente, na técnica de mutação constitucional do controle difuso. De modo que, características antes restritas ao controle concentrado agora são atribuídas ao difuso, possibilitando ao cidadão comum a expressão e defesa de seus interesses em maior paridade de poderes, visto que, as armas que agora lhe são conferidas no controle difuso o fortalece face ao Estado.

³² SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça**. Salvador: Editora Dois De Julho, 2011, p. 26.

E trata-se evidentemente de um processo, pois se observa não só partes com interesses contrapostos, mas, e, sobretudo, a garantia do contraditório, a equiparação de poderes entre interessado e contra-interessado, com vistas a um provimento final, que será válido se o conjunto de normas, atos e resultados estiverem de acordo com a regra maior do processo, em termos fazzalarianos, o contraditório.

Assim, hoje é possível identificar mutações ou alterações nas normas do controle subjetivo, destacando-se: a gradativa definição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; a atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário; a transcendência dos motivos determinantes das decisões em controle difuso de constitucionalidade; a causa de pedir aberta em recurso extraordinário; a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade nas decisões em controle difuso de constitucionalidade; a emergência da súmula vinculante; a exigência da repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário.

5. CONCLUSÃO

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

A visão garantista do processo, exigindo-se paridade de condições processuais entre os interessados e contra-interessados, fortalece o cidadão na lide contra o Estado, ademais, a qualificação do acesso ocorre não só por meio da 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.

Por todo o exposto é que a teoria processual fazzalariana fundada na garantia do contraditório alicerça o estudo da qualificação do acesso à justiça por meio da objetivação do processo difuso de constitucionalidade.

6. 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.

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.

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.

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

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.

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

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.

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.

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.

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

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