

**A DEFINIÇÃO DE REGRAS DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO E A ADI
4414/AL¹**

***SETTING RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE AND THE DIRECT
UNCONSTITUTIONALITY SUIT 4414/AL***

Lucas Lopes Dória Ferreira

Graduado em Direito e especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributário (IBET). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor convidado da Escola Superior da Magistratura de Alagoas (ESMAL). Juiz de Direito. Ex-Professor de Direito Processual Civil do Centro de Estudo Superior de Maceió (CESMAC). Maceió/AL. lldoria@hotmail.com

RESUMO: O trabalho propõe-se a examinar decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Constitucionalidade, registrada que foi sob o n. 4414/AL, na qual o Pretório Excelso debruçou-se sobre a constitucionalidade de lei estadual que instituiu juízo coletivo no primeiro grau de jurisdição, dentre outras disciplinas relativas ao processamento de feitos perante aquele novel órgão judiciário. Para tanto, a Corte Suprema teve que, diante das normas constitucionais de repartição de competência, definir, em tese, o conceito de processo e de procedimento, de modo a poder, após proceder a comparação com a lei local, concluir tratar-se de norma desta ou daquela natureza, o que conduziria, por conseguinte, a sua conformidade, ou não, com a Constituição da República. Partido desse caso concreto, o artigo volta-se a investigar criticamente a posição firmada pela mais alta Corte de Justiça do Brasil, promovendo comparativo com as premissas firmadas no julgamento e os conceitos dogmáticos escritos na história por grandes processualistas.

¹ Artigo recebido em 31/03/2015 e aprovado em 17/05/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Processo, procedimento, Juízo Coletivo, Ação Direta de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The paper herein attempts to examine the ruling handed down by the Supreme Court in a Direct Constitutionality Suit, which was filed under no. 4414/AL and in which the highest court in the land looked into the constitutionality of a state law establishing panel ruling in state trial courts, in addition to other matters relating to the proceedings carried out before that new court. To that end and in view of the constitutional rules regarding allocation of jurisdiction, the Supreme Court, in theory, had to define the concept of practice and procedure and, after comparison with state law, determine if it fit the former or latter description, which would thus determine its compliance or non-compliance with the Federal Constitution. Based on this case, the paper aims to critically investigate the ruling made by the Highest Court of Justice in Brazil, comparing the assumptions validated at the trial with the dogmatic concepts espoused by renowned legal procedure experts.

KEYWORDS: Practice, procedure, Panel Ruling, Direct Constitutionality Suit.

1. Introdução

Em 2012, o órgão plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414/AL, proposta pelo Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) contra lei do estado de Alagoas que instituía, no primeiro grau de jurisdição, juízo coletivo, composto por vários magistrados. Sobre esse elemento central, a lei estadual disciplinou diversos aspectos de funcionamento daquela unidade judiciária – bem como deixou outros espaços em aberto, o que ocorrera com a falta de ressalva relativa à competência do Tribunal do Júri –, tais como regra de conexão, modo de protocolamento e distribuição dos processos dirigidos àquela vara *especial*, forma diferenciada de modificação de competência, investidura por designação política e a termo certo (frente à regra do art. 399, § 2º do CPP) etc.

Todas essas questões, com raiz na primeira delas – relativa à composição colegiada –, conduziram a Suprema Corte ao debate sobre o alcance das *regras* encartadas nos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição da República, que definem, respectivamente, ser competência privativa da União legislar sobre

“*processo*” e, competência concorrente desta com os Estados-membros (e também o Distrito Federal²) editar normas sobre “*procedimento em matéria processual*”. Mas, logicamente, para a definição precisa do conteúdo de qualquer corpo legislativo infraconstitucional como veículo de concretização de um ou de outro comando constitucional, ou mesmo para a identificação do assunto que em qualquer norma esteja tratado, é necessário definir, previamente, o conceito de *processo* e de *procedimento*, sem o que não se poderá identificar qual o limite dos legisladores *nacional e regional* segundo a Carta da República (nesse campo de atuação). Assim também teve que proceder o Pretório Excelso naquele julgamento, indicando um conceito de *processo* e outro de *procedimento*, para, em seguida, cotejá-lo com o conteúdo da legislação estadual, identificando fosse a matéria versada de uma ou outra natureza jurídico-processual, quando, então, seria possível definir a sua conformidade com a regra constitucional de repartição constitucional de competência.

Sob esse pano de fundo, o objetivo deste ensaio revela-se, portanto, em pretender identificar qual foi o conceito (dogmático) de *processo* agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal naquela ocasião e, após isso, confrontá-lo com algumas construções doutrinárias acerca da temática, de maneira a concluir por sua correção/conformidade e atualidade.

2. Texto, norma e conceito jurídico fundamental (ou lógico-jurídico)

Antes, contudo, de adentrar no campo de investigação sobre a conceituação de *processo* e de *procedimento*, seja na quadra do acórdão base do Supremo Tribunal Federal ou na da doutrina processual especializada, é importante – muito embora não seja imprescindível – promover alguma breve delimitação dos contornos e distinções havidos entre o que seja *texto, norma jurídica*³ e *conceito jurídico fundamental*. Essa

² A concorrência dos Estados-membros nessa particular espécie de repartição constitucional de competência haverá de ser sempre estabelecida para com a União e jamais com o Distrito Federal, que é indicado, expressamente, na cabeça do artigo. O dispositivo registrou, textualmente, o Distrito Federal porquanto este não se confunde com os Estados-membros, consoante disciplina do art. 18 da Constituição da República, e o seu particular regramento insculpindo no art. 32 da Lei Maior, o qual lhe reserva competência conferida tanto aos Estados como aos Municípios. Desse modo, a sua competência legislativa será, em maior escala (territorial), correspondente a dos Estados, de sorte que é impossível extravasar os limites para outro ente estatal da federação, hipótese única de concorrência, algo que somente pode vir a se concretizar entre a União e os Estados-membros ou entre aquela e o Distrito Federal.

³ *Norma jurídica, per se*, é um *conceito jurídico fundamental* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 51; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa Desconhecida. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 43/44). Mas isso não

abordagem prévia intenta definir o que é a construção sintática presente nos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição da República: se um *texto*, se uma *norma*, se uma *regra* ou se um *princípio*. Além disso, busca-se, ainda, identificar se, em quaisquer delas, há algum *conceito jurídico fundamental*, cuja presença revela-se importante para o processo de interpretação do direito positivo.

2.1. Texto (ou enunciado normativo) e norma jurídica

Parte da doutrina promove uma distinção entre *texto* (ou *enunciado normativo*) e *norma jurídica*, onde ressaltam que um e outro compreendem realidades jurídicas distintas, sendo, assim, detentores de conteúdos diversos. Destarte, explica que a *norma* não é a oração sintática que se encontra representada nos diplomas legislativos, mas sim o produto da interpretação produzida pelo operador do Direito sobre o *texto* normativo, de sorte que não se há prescindir, para a construção da norma, da participação do homem, que haverá de voltar atenção para o *direito positivo*. De forma clara, HUMBERTO ÁVILA (2013, p. 33) ensina que “*Norma não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.*” Sobre isso, o jurista gaúcho destaca, ainda, a descoincidência existente entre o enunciado (= *texto*) e a *norma*, de maneira que, embora a *norma* possa ser extraída do *texto*, isso não é uma operação marcada pela necessidade, haja vista que pode haver *texto* sem *norma* (consequente) e *norma* que não provenha de apenas um texto, porém de vários, ou, ainda, simplesmente, de nenhum – mas haverá de ser passível de extração do ordenamento, pensamos.

Ao que HUMBERTO ÁVILA designa de *texto* ou de *dispositivo*, ROBERT ALEXY (2008, p. 53), acompanhado por outros doutrinadores que relaciona, intitula de “*enunciado normativo*”, semelhantemente defendendo que a *norma* encontra-se contida dentro deste – o que imaginamos igualmente entenda que somente possa ser legítima e devidamente extraída por atividade do intérprete/operador do direito, muito embora destaque, expressamente, que a importância da distinção está em permitir se

é suficiente para explicar a sua formação/construção e nem definir o seu conteúdo. Serve, no máximo, para identificar a sua natureza ou a sua categoria jurídica – o que é importante, sem sobra de dúvidas. Portanto, a abordagem a ser trabalhada no corpo do texto não pretende afirmar que a *norma (jurídica)* seja um conceito fundamental para a Ciência do Direito, mas sim dizer em que ela consiste e como se forma.

Sobre essa construção contemporânea, seria permitido estabelecer, possivelmente, um paralelo com os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, que traceja evidente distinção entre “*regra jurídica*” e “*incidência*”, sendo esta operada no *mundo dos pensamentos*, ante a constatação, pelo operador do direito, de que o “*suporte fático*” concreto viera a se consagrar na realidade da vida. (MIRANDA, 1970, 6/7). É que o próprio autor, já no prefácio de sua obra, adverte que: “*Para que se saiba qual a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que se diz nela. Tal determinação do conteúdo da regra jurídica é função do intérprete, isto é, do juiz ou de alguém, jurista ou não, a que interesse a regra jurídica.*” (MIRANDA, 1970, p. IX).

2.1.1. Construção da norma jurídica

A separação entre *texto* e *norma* conduz à mão do intérprete (ou operador do direito) a tarefa/dever/função de *construir* a *norma* jurídica a partir de disposição textual de determinado documento legislativo – ou mesmo sistematicamente a partir do ordenamento, como acontece, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica. Assim, a interpretação não se apresenta como um processo de mera descrição dos significados dos signos de determinado dispositivo legal, mas, sobretudo, como “*ato de decisão*” que consista em construir o seu significado. (ÁVILA, 2013, p. 34).

Esse processo de construção do conteúdo da *norma* jurídica ganha espaço mais largo nas hipóteses de uso, pelo *texto*, dos conteúdos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, que requerem, inexoravelmente, a atuação do intérprete frente a um determinado problema concreto. Sobre isso, há de se recordar que, mais ainda no contexto contemporâneo, em que se vivencia evoluções/mudanças cada vez mais velozes, propiciada, no mais das vezes, pela tecnologia (v.g. processo eletrônico), os *textos* também sofrem processo de envelhecimento, cujo rejuvenescimento somente encontra possibilidade na leitura e aplicação que dele faça o intérprete, até o momento em que não mais encontrem identidade com a realidade social, sendo, então, o tempo de decretação da sua morte (hermenêutico-normativa).⁴

⁴ Exemplo eloquente de que a disposição normativa sofre com o processo de envelhecimento parece está contida nas situações de “*inconstitucionalidade progressiva*”, ou, na linguagem do Supremo

2.1.2. Limite à construção imposto pelo (significado mínimo do) texto

Mas a defesa da ideia de que a construção das *normas* jurídicas seja feitas através da leitura produzida pelo intérprete não deve conduzir à conclusão de que inexista qualquer significação que preceda ao processo de interpretação. (ÁVILA, 2013, p. 35). Isso reconduziria a disposição normativa à iniquidade e não autorizaria sequer a defesa de que o processo produzido pelo aplicador do direito consistiria em técnica de interpretação, haja vista que, para interpretar (em sentido *lato*), faz-se necessário haja um objeto cognoscível, sobre o qual recairá a atenção investigativa. Na inexistência ou imprestabilidade do *texto* (sem recondução a outros sistemas jurídicos), mais próprio seria indicar que o operador do direito, diante do caso concreto, desenvolveria a construção da *norma* em processo de livre decisão.

O *texto*, portanto, apresenta elementos estruturais mínimos, a partir do qual o intérprete lançará suas convicções em prol da construção da *norma* jurídica. A expressão “vida”, por exemplo, goza de alguma zona de incerteza – ainda quando a doutrina civilista definia o seu marco inicial com a respiração e o final, com a morte encefálica –, o que se poderia representar em hipótese de criança recém-nascida portadora de anencefalia que venha a respirar (tem ela, por exemplo, capacidade sucessória? Figure a situação em que a mãe tenha morrido no parto, quando a interpretação sobre o nascimento com vida ou não dessa criança determinaria rumo diverso do patrimônio sucedido), mas detém, por outro lado, uma grande zona que se

Tribunal Federal, das “*normas ainda constitucional*”, que entremeiam entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. Constitui situação concreta representativa dessa hipótese o julgamento do RE n. 147.776/SP, o qual possui o seguinte resumo: EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136)

distancia da penumbra e se expõe à luz, de modo a, nesses casos, compreender o núcleo reducionista máximo comportado pela palavra, sendo, portanto, prescindível a sua construção fundamentada pelo interprete. É daí que HUMBERTO ÁVILA (2013, p. 36) iluminado pelas lições de MIGUEL REALE sobre *condição a priori intersubjetiva*, diz que “há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.” Nesse espaço, pensamos, também se inseririam os conceitos jurídicos fundamentais, cuja compreensão de suas inteiras significações precede ao momento de interpretação do dispositivo em que estejam inserido.

2.2. Conceito jurídico fundamental⁵

Os conceitos jurídicos fundamentais também são designados de conceitos lógicos-jurídicos, jurídicos próprios ou categorial. Eles não são construídos a partir de uma determinada realidade normativa positivada pertencente a algum ordenamento jurídico individual. Ao contrário, são produzidos pela Filosofia do Direito e detêm a pretensão de aplicação universal (em qualquer que seja a conformação da ordem jurídica específica), almejando, com isso, contribuir para a compreensão do fenômeno jurídico.

Observa-se, assim, ser conceito preexiste ao direito positivo individual, funcionando, portanto, aprioristicamente. Mas, muito embora seja independente da realidade jurídica particular, precedendo-a, não prescinde do conhecimento sobre o fenômeno jurídico, o qual serve de base para a criação desses conceitos. São, por isso, conceitos lógico-formais, e, portanto, invariáveis,⁶ os quais, sozinhos, não são capazes de revelar o conteúdo de normas jurídicas.

Exemplifica a doutrina os *conceitos jurídicos fundamentais*, dentre outros, com os seguintes: “fato jurídico”, “relação jurídica”, “invalidade”, “efeito jurídico”, “ato jurídico” “fonte do direito”, “norma jurídica”, “regra jurídica”, “princípio” etc. (DIDIER JR. 2013, p. 44).

⁵ Como referencial teórico deste item, utilizar-se-á da obra de Fredie Didier Jr., intitulada *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*.

⁶ Revela-se proveitoso trazer a seguinte transcrição: “Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a se extraído dos enunciados normativos do Direito positivo” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 43).

2.2.1. Texto e conceito jurídico fundamental

Os *conceitos jurídicos fundamentais* vêm vazados em algum ou alguns signos (que representam os instrumentos de comunicação dos seres-humanos e, por conseguinte, também dos sujeitos de direito) (FROTA, 2011) e este, por sua vez, **poderá** vir a figurar em algum *texto* de determinado diploma normativo, fazendo, deste, parte integrante; inserido que estará em seu conteúdo. Porém, o *texto* não é *conceito jurídico fundamental* e nem tampouco com este se confunde. O *conceito jurídico fundamental* estará para o *texto* – nas hipóteses em que nele inserido – na condição de conteúdo, sendo este, portanto, continente em relação àquele.

A lição de FREDIE DIDIER JR. (DIDIER JR. 2013, p. 44) aponta para a existência de diversos *conceitos jurídicos fundamentais* relacionados ao processo.

Eis a transcrição da passagem, *in verbis*:

“Há conceitos *lógico-jurídicos* estreitamente relacionados ao processo: competência, decisão, cognição, admissibilidade, norma processual, processo, demanda, legitimidade, pretensão processual, capacidade de ser parte, capacidade processual, capacidade postulatória, prova, presunção, tutela jurisdicional etc.”

Desse trecho, impende-se destacar a “**norma processual**” e o “**processo**”. Este último, com efeito, bem serve para demonstrar a distinção havida entre *texto* e *conceito jurídico fundamental* segundo a proposição teórica acima apresentada, além de fazê-lo em campo pertinente ao assunto tratado neste ensaio.

A *regra constitucional* do artigo 22, inc. I, da Constituição da República dispõe que compete a União, privativamente, legislar em matéria processual.

Textualmente, consta naquele documento:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

A leitura do dispositivo permite enxergar, de modo claro, a distinção havida entre *texto* e *conceito jurídico fundamental*. O *texto* compõe-se pela inteireza da cabeça do artigo em conjunto (indissociável) com o seu inciso (no caso, o primeiro), sendo, portanto, o *conceito jurídico fundamental* apenas uma partícula do todo, que está

2.2.2. Norma e conceito jurídico fundamental

A *norma* representa, como acentuado no item 2.1., a significação construída pelo intérprete a partir da investigação que exerce sobre os *textos* normativos. Estes, portanto, são os objetos cognoscentes da interpretação, e a norma, o resultado desse processo. A norma jurídica, pois, leva em conta, na sua construção, todo o texto normativo – e, quiçá, faz uma análise sistemática da ordem jurídica, sobretudo para atender as diretrizes fixadas pela Constituição da República, que representa o norte jurídico –, contenha-se nele, ou não, *conceitos jurídicos fundamentais*, de sorte que, em caso positivo, será este objeto de interpretação em conjunto com todos os elementos que o circundam. A *norma*, destarte, é, de certa forma, resultado da interpretação do *conceito jurídico fundamental*, esteja este integrando o *texto* objeto de interpretação ou se faça necessário para o descortino da norma jurídica de determinado dispositivo que não o veicule expressamente. Assim é que o *conceito jurídico fundamental* somente comporá o produto da interpretação quando necessário à compreensão do sentido e alcance do *texto*, eis que, antes disso, considerado isoladamente, será objeto de estudo da Teoria Geral do Direito, enquanto linguagem epistemológica sobre a linguagem da dogmática jurídica.⁷

É de se ressaltar, assim, que os *conceitos jurídicos fundamentais* possuem, antes de sua inserção em qualquer *texto*, um conteúdo significativo definido pela teoria que o compreenda (a exemplo da Teoria Geral do Direito ou do Processo), o qual, por si só (= isoladamente), contudo, não se revela *bastante-em-si* para determinar a interpretação de todo o dispositivo normativo, é dizer: os contornos da norma jurídica construída pelo exegeta. Essa sua significação prévia, com efeito, contribuirá, decisivamente, para o resultado do processo hermenêutico promovido pelo intérprete, sobretudo porque funcionará como fator reducionista da complexidade. Assim, quando em determinado *texto* haja algum *conceito jurídico fundamental*, deverá o intérprete conhecer sua significação e integrá-la aos demais elementos componentes da disposição textual, para, a partir daí, extrair a norma jurídica diretiva do caso concreto.

⁷ Sobre a distinção entre Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual, o que, certamente, pode aplicado à Teoria Geral do Direito e a Ciência do Direito, ver: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 60.

3. Norma jurídica como gênero de duas espécies: regras e princípios

Muito embora a investigação da dogmática sobre a distinção entre normas e princípios não seja recente (ALEXY, 2008, p. 86), sem que se tenha chegado a uma resposta definitiva e sobre a qual repose absoluto consenso, parece tenha-se evoluído para alguma pacificação em torno da ideia de que a norma jurídica venha a funcionar como gênero de duas espécies, que seriam exatamente as regras e os princípios. É assim, ao menos, em, ROBERT ALEXY (2008) e HUMBERTO ÁVILA (2013).

O objetivo dessa passagem, contudo, não é investigar cada um dos critérios distintivos criados pelos diversos pensadores do Direito e, quando viesse ao caso, criticá-los, vindo, ao final, acolher quaisquer das teses, ou, ainda, na hipótese de total discordância em relação a todas elas, propor uma construção diversa e nova. Isso – salta aos olhos –, além de extrapolar os limites físicos e finalísticos deste trabalho, exigiria esforço intelectual para o qual se demandaria dilatado tempo e dedicação que não encontra, neste, espaço. Intenta-se, então, resumidamente, apresentar a distinção que melhor nos convence – o que não significa seja o critério definitivamente correto e infenso a ajustes e, eventualmente, à evolução –, de sorte a permitir o enquadramento das normas (-gênero) dos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição da República em uma das duas espécies – o que, no final das contas, explicará o próprio título deste esboço.

Inclinamo-nos pelas lições apresentadas por HUMBERTO ÁVILA (2013, p. 85), para quem a distinção pode ser extraída de seu próprio resumo:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas⁸, primariamente prospectiva e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

Com efeito, as normas sobre as quais nos propomos a investigar a classificação aludem à atribuição de competência, quais não encontram encaixe perfeito no critério distintivo proposto. É daí que o próprio autor preocupa-se em destacar esse caso específico, explicando que os principais elementos de caracterização das regras estão presentes nas chamadas “regras de competência”, especialmente o “caráter descritivo e a exigência de avaliação de correspondência entre a construção factual e a descrição normativa.” (ÁVILA, 2013, p. 87/88).

Sumariamente, portanto, tem-se que as normas que atribuem competência à União para legislar em matéria processual e aos Estados-membros e ao Distrito Federal para legislar, em concorrência com a União, em matéria de procedimento constituem, enquanto espécies normativas, regras jurídicas.

4. O conceito de *processo*, de *procedimento* e a ADI 4414/AL

Firmado, pois, que o *processo* constitui um *conceito jurídico fundamental*, cujo contorno precede e independe do direito posto, e que a norma do artigo 22, inc. I, da Constituição da República pertencente ao subconjunto das regras jurídicas, estamos, portanto, habilitados a ler a definição que foi agasalhada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e, em seguida, legitimados a consultar algumas das relevantes contribuições doutrinárias sobre a matéria. E por que foi importante todo esse percurso?

⁸ “(...) os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. (...) um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva* (*richtungsgebende Funktion*) para determinação da conduta. Objeto do fim é conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.” (Ibidem. p. 85/86)

É que, com essa formatação, deixa-se bem esclarecido que o conceito de *processo* precede à norma constitucional (que não o define) e é construído pela doutrina, limitando e influenciando, determinantemente, na norma a ser extraída daquela regra jurídica. É dizer: o construtor da norma terá que observar o limite do *conceito jurídico fundamental* em seu processo de interpretação. Daí surge o questionamento fulcral: e fê-lo o Pretório Excelso? É o que nos propusemos a investigar (rasamente). Além disso, o estabelecimento da norma de competência enquanto regra jurídica permitiu (e explica) a particularização da enunciação desse trabalho pela espécie, não pelo gênero.

O julgamento da ADI 4414/AL contou com uma peculiaridade referente ao ritual normalmente seguido pelo Supremo Tribunal Federal: não houve a formalização de votos escritos individuais por cada um dos Ministros. Embora extenso o acórdão, integram-no o voto redigido pelo Ministro-Relator, Luiz Fux, e os debates orais travados no plenário daquela Casa Suprema de Justiça. Essa formatação reduz ao campo de investigação quase que exclusivamente ao voto do Relator, reservando-se o espaço restante para apurar se, no ponto, houve a concordância dos demais integrantes. Isso porque não houve (e dificilmente haveria) a definição do conceito de *processo* ou de *procedimento* articulada em colocação oral. Esses contornos, ao que se percebe, foi extraído da doutrina com a finalidade de subsidiar o argumento de legitimidade da criação de vara coletiva através de lei estadual, que foi a posição do relator. Em assim sendo, os demais membros, máxime os que concordavam com a exposição do Relator, não retomavam à premissa – com exceção dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que, rapidamente, expuseram fundamentos diversos; concorde o segundo com o desfecho e o primeiro, não –, limitando-se a assentir compreendesse a instituição de colegiado em primeiro grau norma de caráter procedimental, e não processual, daí porque inserida dentro da competência concorrente dos Estados-membros (cf. CR/88, art. 24, inc. XI).

O voto do Relator não cuidou de delimitar o que compreendia por *processo*. Mas o fez em relação à norma processual e ao *procedimento*. É intuitivo que a norma processual venha a disciplinar matéria relativa a *processo* (mesmo que em parte)⁹. Assim, saber o que é *processo* precede ao conhecimento do material veiculado por meio

⁹ Muito embora intuitiva a construção, serve de expressivo suporte, nesta passagem, o escólio de Francisco Wildo Lacerda Dantas, segundo o qual: “A norma processual tem por objeto, pois, o exercício da jurisdição, que corresponde ao processo, com o que se chega à óbvia conclusão que a norma processual tem por objeto o próprio processo.” (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo: Jurisdição, Ação (Defesa), Processo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 539.)

de norma processual (ou de/sobre processo). Entretanto, se se conhece, em dada perspectiva/visão, do que deva tratar a norma processual, talvez seja possível reconstruir o que seja, para ela, *processo*. Com base nesse raciocínio, tentar-se-á identificar os caracteres que estariam minimamente compreendidos na significação de *processo* segundo os horizontes daquele trabalho de ordem jurisdicional.

De toda extensão do voto, é possível pinçar trecho expressivo sobre a leitura do Relator e decisivo para os fins desta breve abordagem.

Ei-lo:

“(…) a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo – envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo.”¹⁰

Dessa passagem, pode-se enxergar que, para o Relator, muito possivelmente, o conceito de *processo* compreende tanto a relação jurídica processual (dissociada da relação jurídica de direito material) como o *procedimento* – embora não seja possível, ainda, dessa conclusão, definir os contornos deste para o Ministro. É que, ao dizer que a lei processual dedica-se aos “poderes”, “faculdades” e “deveres” dos “sujeitos processuais”, bem como à “coordenação de suas atividades”¹¹, reconhece exista um liame relacional entre os figurantes da demanda e um conjunto de atribuições própria da atividade processual, em tudo distinta do comportamento exigido e necessário na quadra da relação jurídica de direito material¹². Além disso, expressamente refere-se ao *procedimento* como conteúdo da lei processual – muito embora o faça ao aludir à “ordenação do procedimento”, o que pode não ser de fácil explicação, haja vista vir sendo aceito pela doutrina a definição de *procedimento* enquanto algo como

¹⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 03/07/2014.

¹¹ De forma bastante próxima, destaca semelhantes elementos Cândido Rangel Dinamarco ao indicar a *relação jurídica processual* como um dos elementos do conceito de processo: “O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a *relação jurídica processual* (poderes, faculdades, deveres e ônus).” (sem destaque no original) (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 25).

¹² Nada mais representa do que ressonância da doutrina de Oskar Von Bülow (BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. 2ª ed. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: LZN Editora, 2005, p. 06.).

“ordenação” dos atos processuais¹³. Mais adiante, agora já no espaço reservado ao tema da instituição de vara coletiva por lei estadual, a decisão destaca o escólio de SÉRGIO BERMUDES para *procedimento*, que, resumidamente, expõe que a matéria veiculada segundo a competência do art. 24, inc. XI, da Constituição da República deve guardar respeito ao “modo de desenvolver-se a relação processual” – e não a sua forma de constituição, destaque-se logo –, “à sua dinâmica” e “ao seu movimento”. Exemplifica, em seguida, que o *procedimento* é, portanto, pertinente “ao modo de postular”, “a oportunidade das manifestações posteriores”, “a suscitação de incidentes”, “a distribuição”, “ao modo de citar-se”, “aos meios de praticar atos em outra comarca”, “ao lugar dos atos processuais” etc. Sobre isso, ainda ressalta o autor, em passagem que se fez transcrever, que o *procedimento* estaria compreendido na “forma e estrutura dos pronunciamentos jurisdicionais” – mas não em seu modo de construção, se, por exemplo, colegiado ou individual – e na “respectiva comunicação”. Ainda com MACHADO GUIMARÃES, o Relator sublinha que o “procedimento não é senão a maneira por que se exterioriza uma relação jurídica...” – que se dá através dos atos praticados pelas partes (= forma de exteriorização da relação jurídica), nenhuma correspondência guardando com o formato da relação jurídica em si.¹⁴

Muito embora, ao que tudo sinalize, tenha sido essa a construção conferida pelo Supremo Tribunal Federal – sim, na medida em que a maioria sufragou a fundamentação urdida pelo Relator – para o conceito de *processo*, segundo o que se pôde extrair das razões de decidir do acórdão, veio, em seguida, a concluir que, “quando se diz que uma norma está criando um órgão jurisdicional colegiado, na verdade o que se extrai é que determinados atos processuais serão praticados, exteriorizados, mediante a chancela de mais de um magistrado”, vindo, por isso, a incidir a regra do art. 24, inc. XI, da Constituição da República.¹⁵ Estranhamente, com efeito, os mesmo argumentos não foram suficientes para legitimar que, no procedimento do Tribunal do Júri, a presidência das sessões – não o Conselho de Sentença, porque, neste particular, poderia

¹³ Por todos, leia-se, dentre tantas outras, passagem colhida em Cândido Rangel Dinamarco: “(...) o *procedimento*, como série de atos coordenados a partir de uma iniciativa de parte (demanda) e direcionados a um provimento do juiz (no processo de conhecimento, sentença de mérito)...” (sem destaque no original) (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 68).

¹⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 03/07/2014.

¹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 03/07/2014.

se objetar tratar de regra constitucional, muito embora mesmo esta delegue à lei a forma de composição do órgão decisório (art. 5º, inc. XXXVIII, da CR/88); e aí, por que não através de lei estadual? Afinal de contas, a composição do Conselho de Sentença também não seria, igualmente, apenas a mera “exteriorização da relação jurídica”? – pudesse ser, igualmente, colegiada, segundo alteração que também viesse a promover a legislação estadual, pois que, nessa quadra, o Supremo entendeu haver reserva de competência legislativa da União, segundo a regra do art. 22, inc. I, da Constituição da República.¹⁶

5. Contribuições doutrinárias

5.1. O conceito de *processo* em Oskar Von Bülow

OSKAR VON BÜLOW abre a sua importante obra destacando que não se ignore – mesmo naquele estágio de desenvolvimento da Ciência do Processo – que o *processo* comporte uma relação jurídica, na qual se insere direitos e obrigações recíprocos. O que faz ver, contudo, é que essa relação, porque dela participantes funcionários do estado, não se confundia com a de direito privado, sendo, portanto, essencialmente pública. Além disso, afirma o histórico doutrinador que a relação processual contida no *processo* tem a peculiar característica de comportar evolução contínua, o que, novamente, a distinguiria da relação jurídica objeto de debate judicial (= a de direito material). (BÜLOW, 2005, p. 5/6).

Com isso, ao invés de enxergar o *processo* como o encadeamento de atos, confundindo-o com o *procedimento*, permitiu-se compreendê-lo como relação jurídica autônoma e de caráter publicista, que apresenta constante “movimento e transformação”. Ainda quando tenha se pretendido superar essa construção, ela vem convivendo mesmo com as objeções articuladas por JAMES GOLDSCHIMDT (2003) e ELIO FAZZALARI (2006)¹⁷.

¹⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 03/07/2014.

¹⁷ “A proposta de GOLDSCHIMDT, apesar de sua notável originalidade e de ser considerada verdadeiramente revolucionária, não foi suficiente para suplantar a ideia de uma relação jurídica processual.”. “Além disso, a consideração do processo como procedimento em contraditório não se revela incompatível com a ideia de relação jurídica processual.” (DIDIER JR. , Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 136 e 138).

5.2. O conceito de *processo* em Giuseppe Chiovenda

Em GIUSEPPE CHIOVENDA, certamente animado pela teoria de OSKAR VON BÜLOW – mas também, como ele diz, por HEGEL, BETHMANN-HOLWEG e KOHLER –, é possível encontrar, de modo claro, o acolhimento à teoria que propala contenha o processo civil uma relação jurídica de natureza autônoma e complexa, em tudo distinta da “relação jurídica substancial deduzida em juízo”, que constitui, propriamente, objeto da relação jurídica processual. (CHIOVENDA, 1998, p. 78/79).

Mas tomando o devido distanciamento da doutrina de BÜLOW, CHIOVENDA entendia, ainda, que o processo, além de sua relação jurídica própria, era, também, um “*complexo de atos*”, os quais vêm a atuar de forma sucessiva, conjunta e relacional, tendo, pois, por objetivo, promover a “vontade da lei” (na literalidade de sua doutrina). (CHIOVENDA, 1998, p. 72). Esse encadeamento de atos, propugnado pelo autor, é, portanto, o que constitui, propriamente, o *procedimento*, o qual, vê-se, integra o próprio conceito de *processo*.

5.3. O conceito de *processo* em Enrico Tullio Liebman

Essa linha de conceituação do *processo* enquanto **entidade complexa**, composta tanto por uma relação jurídica autônoma como pelo procedimento, também vem a ser agasalhada, posteriormente, por ENRICO TÚLIO LIEBMAN, quando destaca que: “Na disciplina legal do processo, dois são os aspectos que requerem particular realce (...): trata-se da relação existente entre seus atos e da que se estabelece entre seus sujeitos.” (LIEBMAN, 2005, p. 62)

Mais adiante, o jurista destaca que, do ponto de vista da relação entre os atos, essa ligação da pluralidade de atos individuais, a mais das vezes com interesses e finalidades pessoais diferentes, deve ser enxergada como elemento de um todo, haja vista o escopo formal comum de atingir o ato final do processo, representado pela sentença (*lato sensu*). A esse conjunto de atos, tanto em sua sucessão como em sua unidade formal, destaca possuir a designação técnica de *procedimento*. (LIEBMAN, 2005, p. 63).

5.4. O conceito de *processo* em Cândido Rangel Dinamarco

Em todas as abordagens de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é possível extrair, claramente, a sua adesão à tese de que o conceito de processo é complexo e compreende

tanto o elemento da relação jurídica como o do procedimento. (DINAMARCO, 2005, p. 25). Em nota ao Manual de Direito Processual Civil de LIEBMAN, destaca a “reabilitação” do *procedimento* enquanto elemento componente do conceito de *processo* na doutrina moderna, o qual havia sido afastado com a doutrina de BÜLOW, que não o incluía como parte integrante de sua definição. (LEABMAN, 2005, p. 62). Semelhante abordagem promove em sua obra intitulada “A instrumentalidade do processo”, quando destaca que:

“Ganha corpo em tempos presentes uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera sequência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do *processo como relação jurídica* e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo.” (DINAMARCO, 2008, p. 149).

Sobre isso, o autor manifesta concordância, em parte, com as lições de ELIO FAZZALARI, em que qualifica o *procedimento* para efeitos de conceituação do *processo*, haja vista que, para este jurista italiano, 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...”. (FAZZALARI, 2006, p. 118/119). Porém, inobstante a sua expressa concordância em incluir o *procedimento* enquanto elemento do *processo*, exigindo-se que aquele esteja animando pelo contraditório, discorda de FAZZALARI na passagem em que rejeita a inclusão da relação jurídica como elemento conjunto do conceito de *processo*. (DINAMARCO, 2008, p. 159/161).

6. Conclusão

Depois de todo esse apanhado, conclui-se que, ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal partiu da premissa de que o conceito de *processo*, tal como entende

boa parte da doutrina, compreende dois elementos, tendo, por isso, natureza complexa: a (a) relação jurídica processual (autônoma relativamente à de direito material) e o (b) procedimento. Sob essa perspectiva, e como a norma de processo deve lidar, essencialmente, com o processo – fez-se ver, acima, nessa linha (intuitiva), passagem de FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS –, qualificar-se-ia como norma de processo toda aquela que viesse a, de algum modo, tocar a relação jurídica processual ou o conjunto interligado de atos: o procedimento, propriamente.

Contudo, a ser assim, a espécie normativa que venha a disciplinar o elemento subjetivo da relação jurídica de direito processual terá a natureza de norma de processo e, por isso, sujeita ao regramento de competência legislativa discriminado na Constituição da República, que, particularmente, é reservada à União em caráter privativo.

Não obstante isso, na maioria das definições doutrinárias do contorno de *processo*, destaca-se a presença do *procedimento* como espécie, de modo que este passa a ser elemento integrante daquele, sendo, pois, um e outro, indissociáveis, a se concluir que: *procedimento é processo*; muito embora o contrário não seja exato, pois que *processo* seria *procedimento* mais relação jurídica, levando-se ao acerto apenas parcial da assertiva: *processo é, em parte, procedimento*. Isso, embora pareça estar correto do ponto de vista dogmático, pode vir a levar ao esvaziamento da norma do art. 24, inc. XI, da Constituição da República e, por isso, demanda uma reflexão mais aprofundada.

Sutil seria a diferença se adotada a tese de ELIO FAZZALARI – integralmente ou em parte, como o fez CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO –, pois, nessa hipótese, poderia se reservar a competência concorrente do art. 24, inc. XI, da Constituição da República às hipóteses em que a disciplina estivesse relacionada ao *procedimento* desqualificado (= não qualificado): aquele que não viesse a ser animado pelo contraditório, haja vista que, em todas as vezes que, no *procedimento*, houvesse disciplinamento ou relação necessária com qualquer atividade dialética (*rectius*, contraditória), estar-se-ia diante de (ou do, a depender do acolhimento total ou parcial da teoria de FAZZALARI) elemento do conceito de *processo* e, assim, a norma teria natureza processual, e não meramente procedimental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. 2ª ed. . Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: LZN Editora, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. Vol. I. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo: Jurisdição, Ação (Defesa), Processo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.
- DIDIER JR., Fredie, e Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodv, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- . *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- . *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2006.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os Deveres Contratuais Gerais nas Relações Cíveis e de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Campinas: Editora Minelli, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.