

Tenho o prazer de apresentar um ensaio, em 10 capítulos, sobre a processualidade, examinada à luz de uma nova visão que engloba processo e procedimento.

Qual o norte dos escritos? O estudo do direito processual a partir da análise de um campo específico da realidade social para determinar a melhor resposta processual para a crise de direito em jogo. Isso significa examinar os conflitos que existem na sociedade, para chegar à tutela processual adequada. E como a tutela processual adequada, em última análise, se perfaz por intermédio do procedimento adequado, nesses trabalhos o procedimento assume uma nova dimensão, sendo, ao lado do processo, instrumento para o atingimento da pacificação.

Falamos em tutela processual e não em tutela jurisdicional, porque, assim como a jurisdição hoje, em nossa visão, não se restringe à estatal e à arbitral – abrangendo os meios consensuais de solução de conflitos – ela é sobretudo *garantia do acesso à justiça*. Enquanto o processo administrativo em contraditório – embora não jurisdicional – tem natureza processual e também é

instrumental à solução de conflitos, mas não tem a ver com o acesso à justiça. Nele há processo, mas não há jurisdição.

Desses pressupostos metodológicos, surge a necessidade de reestruturar os conceitos clássicos dos institutos fundamentais do direito processual: a *jurisdição* não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício do poder. Ela passa a ser, em nossa visão, *garantia do acesso à justiça*, que se desenvolve pelo exercício de *função e atividade* respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal. Seu principal escopo social é a pacificação com justiça. E esta se atinge por intermédio do *processo e procedimentos* adequados, que levam à *tutela jurisdicional adequada*. Por outro lado, as características essenciais da jurisdição não podem mais ser detectadas segundo a doutrina clássica: não há *lide* na justiça conciliativa, assim como não há *lide* no processo penal e no processo civil necessários; tampouco há *substitutividade* na justiça conciliativa, e é uma ficção a ideia de que o juiz se substitui à vontade das partes, que não souberam ou não puderam se autocompor: a vontade das partes é despicienda em todos os casos de processos necessários, penais e não penais, motivo pelo qual não se pode falar em substituição, e é enfraquecida no novo processo civil cooperativo. Sem falar que na justiça conciliativa ninguém se substitui à vontade das partes, que constroem, pelo consenso, a solução que desejam para o conflito. A *definitividade*, por sua vez, não é prerrogativa da jurisdição, pois a preclusão administrativa também leva a um grau de imunidade comparável ao da coisa julgada. E a própria *coisa julgada* perdeu sua

característica de verdadeiro dogma e, ao mesmo tempo, a concepção restritiva de só poder acompanhar a sentença oriunda de cognição profunda e exauriente, uma vez que a mesma estabilidade reveste outros pronunciamentos judiciais que – segundo alguns – não fazem coisa julgada. Quanto à *inércia*, depende ela exclusivamente do sistema processual adotado, podendo haver situações em que a jurisdição estatal se automovimenta, como também ocorre no Brasil. Assim como pode automovimentar-se a justiça conciliativa.

A *ação*, por sua vez, torna-se cada vez mais abstrata, pois são processo e procedimento instrumentais ao direito material, e não ela. Perde sua centralidade no sistema, pois pode haver jurisdição sem ação. Transforma-se em apenas num dos tantos meios utilizáveis para o acesso à justiça. E assim institutos já conhecidos (como a própria ação penal, a reclamação aos tribunais superiores e a antecipação da prova fora da situação de urgência do CPC, que escapam do conceito clássico de ação (em que alguns se esforçam por enquadrá-los) podem ser examinados fora dos esquemas tradicionais do instituto. Mas o estudo da ação foge aos limites deste ensaio.

Há também mudanças no *princípio dispositivo*, em face – de um lado – dos poderes ampliados do juiz – sobretudo, mas não só, nos processos coletivos – e, do outro, dos poderes das partes, numa nova simbiose entre *público e privado*, que ainda suscita debates estéreis.

Velhas polêmicas em torno da teoria unitária e da teoria dualista do processo ficam superadas diante da percepção de que há processos que simplesmente aplicam

o direito material, e processos que criam o direito, como no precedente vinculante e em matéria de políticas públicas. E aqui ressurgem o estudo da função criadora dos tribunais, escapando também do velho esquema que considerava a jurisprudência mera interpretação. Claro que a caracterização da jurisprudência como interpretação ou como fonte do direito processual depende de cada ordenamento, mas não se pode desconhecer a cada vez mais forte vinculação existente entre *civil law* e *common law*, discutindo-se hoje se ainda se pode falar em duas famílias distintas. E, a propósito de *ordenamento jurídico*, fala-se correntemente nele (o novo Código de Processo Civil chega a utilizar a expressão em diversos dispositivos, em substituição ao termo “lei”), mas pouco se fala em suas conceituação e características e, sobretudo, em seu conteúdo.

O que resta aparentemente incólume é a *defesa*, reforçada pelos princípios e regras constitucionais e legais e os das convenções internacionais sobre direitos humanos, embora ela também esteja submetida – e eventualmente mitigada – a um método de interpretação pouco estudado: o evolutivo.

Por seu lado, a conceituação de processo como relação jurídica processual confunde o conteúdo do processo com sua natureza. O processo contém a relação jurídica processual, mas não é a relação jurídica processual. *Processo é procedimento em contraditório* (e o conceito de contraditório é indissolúvel dos poderes, deveres, faculdades e ônus existentes na relação processual, de modo que essa conceituação a abrange). Sendo assim, o *procedimento* não é

mais uma simples técnica a serviço da condução do processo, mas se torna um instrumento – tanto quanto o processo – para o atingimento da tutela adequada (jurisdicional ou não). E aqui avulta a importância de examinar também o processo administrativo, seja sancionatório, seja aquele em que há litigantes. Nessa ampla visão, a processualidade abarca também o processo legislativo, que é procedimento em contraditório (de natureza política) embora não esteja ligado ao acesso à justiça (jurisdição). Mas também visa à solução de conflitos, como escolha e regulação normativa para reger as controvérsias.

Em suma, a processualidade compreende a *jurisdição*, tal qual espécie e gênero. E a *jurisdição* é conceituada como *garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social*.

O que se pretende fazer, com essas ideias, é deitar os fundamentos de uma nova Teoria Geral do Processo, à luz de conceitos que correspondam à renovação de institutos e técnicas adotados pela processualística contemporânea. Ou seja, penso que até agora o discurso não foi levado até o fim e dou um único exemplo: o *acesso à justiça* foi analisado profundamente, mas não se percebeu que ele deve integrar o próprio conceito de *jurisdição*, sendo o elemento fundamental que a distingue, como espécie do gênero *processualidade*.

O modelo utilizado para tratar a Teoria Geral do Processo – assim como a processualidade, nestes estudos –

só pode ser o *método indutivo*, aqui abandonado somente quando se trata de análises teóricas que precedem as conclusões. Pois é a partir do método indutivo, examinando as características de cada processo e procedimento utilizado para a solução de conflitos diversos, que é possível extrair os princípios gerais que regem cada disciplina processual. Só assim se pode construir uma verdadeira teoria geral do processo e do procedimento, que nada mais é do que um método de estudar todas as facetas do direito processual, à luz da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo, tendo como objetivo a busca da tutela adequada e a indicação dos verdadeiros princípios gerais aplicáveis a todas as disciplinas processuais.

Quanto à sistemática adotada nos trabalhos ora apresentados, evitaram-se as referências bibliográficas, até porque no atual estágio da ciência processual parece que tudo foi dito e redito; os nomes mencionados entre parênteses destinam-se a salientar posições realmente significativas ou que representem importantes linhas de pensamento. Tampouco houve preocupação com a transcrição de artigos de lei ou de acórdãos específicos, indicando-se apenas o dispositivo e os dados do acórdão, quando estritamente necessário. E não houve cuidados com a homogeneidade da extensão de cada capítulo, pois alguns tratam de temas amplos, que se subdividem em múltiplos aspectos, enquanto outros, mais sucintos, são dedicados a assuntos mais pontuais.

Evidentemente, por tudo isto, esta obra é destinada precipuamente a especialistas e a pós-graduandos, mas o estudante de graduação mais curioso e crítico poderá,

por ela, confrontar os conceitos e institutos processuais clássicos, normalmente transmitidos em aulas, com um enfoque que os revisita, tirando suas próprias conclusões. Minha grande esperança, porém, é que esse ensaio, escrito na maturidade, possa inspirar a promissora geração de jovens processualistas para a elaboração de uma nova teoria geral do processo, que revise seus fundamentos conceituais, que só podem ser completamente diferentes daqueles traçados há mais de um século atrás.

Ada Pellegrini Grinover