

# REAFIRMAÇÃO E EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO: PROJEÇÕES NO ENSINO DESSA DISCIPLINA NO CURSO DE GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Advogado

## 1. Relevância atual da teoria geral do processo

Sem embargo das críticas que remontam à sua concepção, a *teoria geral do processo* mantém sua vitalidade. Mais do que útil, ela se afigura imprescindível.

Com efeito, neste passo do desenvolvimento da ciência processual, não mais convence o discurso segundo o qual essa perspectiva metodológica seria inviável e até indesejável; o que um dia se disse sob o argumento de que a tutela da liberdade – valor protegido de forma indisponível pelo sistema, no âmbito do processo penal – jamais poderia se afeiçoar a institutos próprios da atuação estatal em matéria de direitos disponíveis, supostamente reservada ao processo civil<sup>1</sup>.

De um lado, não é de hoje que o dogma da indisponibilidade de direitos no processo penal foi mitigado e, em alguns casos, até superado. Para além da longa concepção de ação penal privada e da divisibilidade da ação penal pública<sup>2</sup>, é pensar nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo; e, de forma ainda mais ampla, na colaboração premiada e no acordo de leniência.

De outro lado, há muito o processo civil deixou de se limitar ao trato de direitos disponíveis de natureza individual. Para além dos (desde sempre) existentes

processos (contenciosos) ditos *necessários* (nos quais determinado efeito jurídico só se produz mediante a intervenção estatal), convém lembrar que o processo civil é, cada vez mais, instrumento a serviço de direitos e interesses de repercussão transindividual. Isso ocorre não apenas nos processos que tratam de interesses difusos e coletivos (em sentido estrito), mas também em muitos dos que tratam de direitos individuais homogêneos. A complexidade de alguns desses processos é bem ilustrada por controvérsias como aquelas decorrentes de acidentes ambientais de grandes proporções, assim como pelo conteúdo daquilo que se convencionou denominar *processos estruturais*. Isso tudo sem falar no fenômeno da *litigância repetitiva*, que levou à criação de instrumentos aptos à formação de jurisprudência uniforme e estável, para preservação da isonomia e da previsibilidade das decisões – o que diz diretamente com o interesse público e atinge indistintamente as esferas civil e penal.

Ainda, longe de estar confinado a direitos patrimoniais disponíveis, o processo civil é palco também de inúmeros e relevantes processos de cunho sancionador, de que são exemplos eloquentes os feitos que tratam de improbidade administrativa e também os eleitorais – dos quais podem resultar sanções limitadoras de direitos políticos, como ocorre nos casos de inelegibilidade (como sanção ou, eventualmente, como efeito secundário dela). Não é à toa que os estudiosos do Direito Administrativo passaram a dar ainda maior destaque à respectiva “processualidade”. Não de hoje, o processo civil é instrumento a serviço da tutela das liberdades públicas e de direitos fundamentais, de controle de atos administrativos, de tutela do patrimônio público, da constitucionalidade das leis (com eficácia restrita ao caso ou *erga omnes*) e até da formulação de políticas públicas.

Nesse contexto, os argumentos usualmente empregados para contestar a teoria geral do processo foram se esmaecendo. Para não falar no quase abandono do clássico conceito de *lide* (quanto tempo empregado para tentar ajustá-lo aos contornos clássicos do processo penal...), não é mais possível, por exemplo, pensar

<sup>1</sup> Parte relevante das considerações que seguem, embora com acréscimos e alterações, foi extraída de artigo precedentemente publicado: **Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a Teoria Geral do Processo**, in 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro, org. Flávio Luiz Yarshell e Camilo Zufelato, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 326/333.

<sup>2</sup> Questionável, diga-se de passagem, diante do postulado da impessoalidade e da circunstância de que, também no processo penal, há situações de unitariedade, isto é, situações em que o próprio delito apontado pressupõe multiplicidade de (supostos) autores, a afastar margem de escolha para o titular da ação penal – exceto se entender por não promover a denúncia de nenhum dos envolvidos. Ilustram a situação os casos de corrupção (que abrangem necessariamente corruptor e corrompido) e de cartel, que, por definição, é uma conduta concertada.

que o processo civil e o penal se apartam, respectivamente, pela igualdade e pela desigualdade das partes. Para ilustrar, atente-se para a intensidade da repressão aos atos de improbidade administrativa e no papel aí desempenhado pelo Ministério Público. Nessa seara, não raro as sanções não se limitam a prestações pecuniárias, mas impõem restrições pessoais e patrimoniais severas (como o caso já mencionado da inelegibilidade, além da proibição de contratar com o Poder Público e de obter recursos públicos, por exemplo); que, em muitos casos, são mais intensas e gravosas do que as impostas em processos tipicamente penais.

Mesmo as diferentes perspectivas da ação no âmbito civil e no penal já não são exatamente as mesmas de outrora<sup>3</sup>.

É certo que, enquanto a ação civil continua a ser vista na perspectiva de alargamento das vias de acesso à tutela jurisdicional, o significado da ação penal segue diverso: ninguém poderá ser apenado se não mediante a instauração do devido processo legal; o que se dá pelo exercício da ação penal – que, sob esse ângulo tradicional, não é garantia do acusador, mas do acusado. Contudo, embora isso continue a ser correto, não há como negar que violações a direitos fundamentais (para dar apenas um exemplo) levaram a repensar o processo penal à luz da posição das vítimas, cuja condição não deve ser aviltada pela eventual inércia estatal na persecução dos acusados; o que é objeto de debate em Cortes internacionais.

Vale dizer: a ausência da persecução penal, sob a ótica individual (das vítimas) e especialmente da coletividade (não apenas nacional), passou também a ser vista como potencialmente violadora de direitos fundamentais; donde, se talvez não se possa falar em direito fundamental à persecução de condutas que podem atentar contra direitos de igual natureza, não se pode simplesmente ignorar que o acesso à ordem jurídica justa passou também a fazer algum sentido sob a ótica da coletividade, que busca a repressão de condutas atentatórias a valores que se entende sejam fundamentais – o que, mais uma vez, aponta para tratamento pela ótica de teoria geral do processo. O combate à corrupção no Brasil – desconto dado a todos os equívocos que parece terem sido cometidos nesse âmbito<sup>4</sup> – ajuda a ilustrar.

<sup>3</sup> Boa parte das considerações feitas neste tópico, embora com modificações e acréscimos, foi extraída de artigo precedentemente escrito, publicado na Revista do Advogado, editada pela Associação dos Advogados de São Paulo: **Momento de imperatividade da sentença penal condenatória: nova relativização da coisa julgada?**, Revista do Advogado nº 139, Homenagem a Mário Sérgio Duarte Garcia, setembro de 2018, pp. 56/61.

<sup>4</sup> A referência é feita aos fatos emergentes das interceptações de comunicações – cuja licitude não se pode reconhecer,

Aliás, debate dessa natureza está à base da discussão sobre a possibilidade de execução da sanção penal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (após sua emissão por órgão colegiado de tribunal) – outro tema que, em parte pelas razões já indicadas, tem inegáveis contornos de teoria geral e realça sua importância atual, já que o momento de imperatividade é assunto que diz respeito a toda e qualquer decisão jurisdicional.

Com efeito, na linha de raciocínio acima exposta, não parece mais possível afirmar que a tutela a ser prestada no processo penal siga invariável e exclusivamente vista sob a ótica de proteção do acusado. Esse terreno, reconheça-se, é delicadíssimo e precisa ser examinado com enorme dose de cautela para que, em nome da efetividade da ordem penal substancial, não sejam comprometidos direitos fundamentais, conquistados e consolidados em experiência secular. Contudo, parece razoável ponderar que condicionar a imperatividade da decisão condenatória ao trânsito em julgado – dado não apenas o tempo necessário para tanto, mas a possível falta de plausibilidade dos recursos pendentes – pode significar o esvaziamento da autoridade estatal. Entre processualistas civis se aceita que, para além do escopo jurídico (atuação da vontade do direito objetivo), a jurisdição tem escopos social e político: aquele envolve a pacificação mediante a superação do conflito e, segundo alguns, a educação para os direitos; o outro consiste na afirmação do poder do Estado que, sem a imperatividade, desnatura-se e, pior, dá ensejo e estimula o surgimento de centros de poder paralelos e ilegítimos. Aparentemente, não há como negar que tais resultados são igualmente desejados no exercício da jurisdição em matéria penal. Ao menos, é preciso refletir sobre isso e a teoria geral é ferramenta adequada para tanto.

Assim, a excessiva delonga na efetivação do quanto se decidiu – se aliada à falta de plausibilidade dos recursos pendentes – pode prejudicar o próprio escopo da sanção. No limite, uma pena aplicada a idosos, por exemplo, pode se tornar desumana a ponto de mais se aproximar de uma vingança do que propriamente uma censura social adequada e tempestiva. Então, se a condição do trânsito em julgado para a imperatividade da decisão penal condenatória de alguma forma puder colidir com valores fundamentais como aqueles acima mencionados, talvez – e seja repetido, talvez – houvesse aí um caminho racional e principalmente jurídico para a superação da

mas cujo conteúdo acabou vindo a lume, sem imediata e mais consistente negativa dos interlocutores – entre juiz e membros da acusação, em processos relacionados à operação Lavajato.

literalidade de uma norma constitucional que, não custa lembrar, tutela um direito fundamental; que só poderia ser superado diante da justificada prevalência de outro direito de igual ou superior dignidade e relevância.

Ademais, e ainda a respeito desse ponto, a distinção entre ação civil e penal parece se afigurar válida e útil na perspectiva das decisões adjudicadas.

É que, ainda que sujeito a controvérsia e crítica, o instituto da colaboração premiada confirmou a superação do dogma da vinculação entre aplicação de pena e processo (se visto como instrumento de decisão imperativa de terceiro). Assim ocorre na medida em que as sanções podem resultar da vontade das partes envolvidas, sujeita ao controle de legalidade por parte do órgão judicial, a quem compete apenas homologar o ato das partes. Aliás, muitos dos problemas atualmente surgidos ao ensejo da validade e da eficácia de acordos de colaboração (ou mesmo de leniência) só mesmo pela teoria geral podem ser resolvidos; inclusive pela teoria geral do direito civil, fonte à qual é imprescindível recorrer para tratar de temas como existência, validade e eficácia daquele que, a rigor (e respeitadas opiniões contrárias), é um autêntico negócio jurídico. Para determinar se houve – e quais as consequências de – omissão dolosa, erro, coação, simulação e outros eventuais vícios sociais ou de consentimento, é mesmo à teoria geral que se terá que recorrer<sup>5</sup>.

Ainda para ilustrar, agora passando-se ao campo do direito probatório, o dogma da oposição entre busca da *verdade formal* e da *verdade real*, preservada convicção em contrário, está superado; a começar pela equivocada qualificação que se pretendeu fazer da *verdade*. Em qualquer caso, o juiz decide com base na verdade “processual”, que é essencialmente formal – sem que esse qualificativo a deprecie. O mais se resolve substancialmente pela disciplina dos ônus de alegação e de prova; e, eventualmente, pela atuação de ofício pelo juiz, via poderes de instrução. Portanto, o tema deve ser corretamente visto à luz dos juízos de probabilidade feitos pelo legislador, de forma geral e abstrata, ou pelo juiz, no exame do caso concreto. Aliás, a ideia de que, no processo penal, o juiz deveria buscar a “verdade real” sempre encerrou um paradoxo: se ao determinar a prova o juiz não sabe a quem favorecerá o respectivo resultado (argumento empregado por quem preconiza ampla intervenção, inclusive em processo civil), como aceitar

que a iniciativa do juiz em matéria probatória poderia eventualmente redundar em prejuízo à defesa? Na busca da “verdade real” o juiz poderia, então, suprir omissões do acusador?... O que ocorre aí é que não há como dar resposta adequada a uma indagação que parte de premissa equivocada, consistente, repita-se, na indevida qualificação da verdade como formal ou real (um dos pontos centrais das críticas dirigidas à teoria geral do processo).

Ainda dentro da teoria da *prova*, é particularmente instigante o tema da respectiva pré-constituição. No processo penal isso nunca foi novidade porque sempre se concebeu que a litispendência fosse precedida da colheita de elementos de instrução (facultativamente) em inquérito policial ou investigação preliminar pelo Ministério Público. Essa pré-constituição de prova não apenas se presta a formar a convicção do acusador, mas igualmente justifica o ônus que se impõe à pessoa processada; e, mais modernamente, inspira o acusado na decisão de aceitar, ou não, eventual transação penal ou suspensão condicional do processo. Mas, não tão recentemente, a previsão de inquérito – a cargo do Ministério Público, no âmbito da ação civil pública – com igual e talvez até mais abrangente escopo (por exemplo, estimular a celebração de termos de ajustamento de conduta), passou a vigorar em matéria civil.

A utilidade da disciplina tão uniforme quanto possível da prerrogativa de pré-constituir prova, dentre outros, reside na circunstância de que, em última análise, o verdadeiro poder de investigar está em mãos do órgão jurisdicional. Mesmo nos casos nos quais as providências de instrução preliminar – porque a cargo de autoridade – dispensem prévia autorização de juiz ou árbitro, o controle jurisdicional não fica excluído quando se avenge a violação ou ameaça de violação a direito, tendo em vista a natureza do referido controle, que não pode ser afastado (Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XXXV). Assim, se o controle posterior ou prévio da investigação – seja ela pública, privada, penal ou civil – é feito pelo órgão jurisdicional, não será despropositado dizer que, em termos mais exatos, esse último é o incumbido, mediata ou imediatamente, de investigar.

Tudo isso evidentemente não significa que inexistem diferenças entre processo civil e penal; apenas quer dizer que o diálogo entre os dois ramos – que, afinal de contas, gravitam em torno do exercício do poder – é imprescindível. E o método para que isso se dê está na *teoria geral do processo*.

## 2. Teoria geral do processo em evolução

Sem embargo de tudo o que foi dito no tópico precedente, mas justamente por conta de tudo o que se

<sup>5</sup> Entre nós, para ilustrar, houve caso em que o acordo de colaboração encerrava discussão ligada ao *adimplemento substancial* das obrigações assumidas no negócio jurídico; discussão engendrada no âmbito civilista, mas da qual agora estão os penalistas obrigados a lançar mão.

examinou, é preciso reconhecer que alguns dos conceitos caros à *teoria geral do processo* têm merecido renovada reflexão, críticas e propostas de revisão<sup>6</sup>; o que pode desde logo ser explicado por algumas das razões anteriormente apontadas como justificadoras da utilidade de se recorrer àquela postura metodológica: ao menos em parte, os mesmos fatores que levaram à superação das tradicionais críticas dirigidas à teoria geral do processo são aqueles determinantes de sua imprescindível revisão.

Reflexão dessa ordem pode ser bem ilustrada pelas sucessivas edições da clássica obra dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover<sup>7</sup> e também no ensino da disciplina ministrada (no terceiro semestre do curso de graduação) há mais quarenta anos por diferentes docentes do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – obra e disciplina, com idêntica nomenclatura. Embora ambas tenham mantido suas linhas mestras ao longo de tanto tempo (a evidenciar a solidez e a coerência de conteúdo e de método), elas acompanharam as mudanças do direito positivo, as novas ponderações da doutrina e a evolução da jurisprudência.

Assim, segue a *teoria geral do processo* como um organismo em desenvolvimento, que passa por mudanças e experimenta eventuais perdas; que, em última análise, são condição para o crescimento e para novos ganhos. Daí, então, ser compreensível e louvável o inconformismo da doutrina com alguns dos conceitos solidificados, mas que de fato precisam ser continuamente repensados. Isso é seguramente preferível à inércia própria do conforto ou, pior que isso, do envelhecimento intelectual. A renovação doutrinária é, para além das imperfeições humanas, um sinal de vitalidade. Bons exemplos dessa onda, no Brasil, são as obras lançadas individualmente por dois dos autores acima lembrados: Ada, pouco antes de nos deixar, apresentou ao público seu “Ensaio sobre a processualidade” (Editora Gazeta Jurídica) e Cândido (em coautoria com Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes) nos ofertou sua “Teoria geral do novo código de processo civil” (Editora Malheiros). Antes disso, aliás, preocupação com a relevância da teoria geral e com a necessidade de sua revisita já houvera inspi-

<sup>6</sup> As ideias expostas a respeito da revisão da teoria geral, tal como segue, foram extraídas (por vezes, de forma literal) de artigo anteriormente publicado sobre o tema (cf. **Teoria geral do processo: vida que segue**, in Carta Forense, São Paulo, edição de fevereiro de 2017).

<sup>7</sup> Em homenagem à disciplina, à obra e aos autores foi editado o livro *Teoria geral do processo: 40 anos*, com artigos de diferentes autores relacionados ao tema (São Paulo, Malheiros, 2017).

rado tese de livre-docência apresentada e defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Fredie Didier Júnior.

Não é esta a sede adequada para se fazer tal revisão. Mas, a título de ilustração, é possível tomar o tradicional conceito de *processo*<sup>8</sup>.

Tradicionalmente, ele foi concebido e associado à perspectiva de *solução adjudicada* das controvérsias. Ainda que isso continue a ser correto, essa visão notoriamente se tornou insuficiente. Atualmente, o *processo* também deve ser entendido como instrumento presente nas atividades desempenhadas pelas partes – e eventualmente por terceiros (agentes a serviço do Estado, ou não) – na busca de soluções de autocomposição. Nesse último caso, o terceiro de que se cogita não intervém para se substituir às partes em conflito e, ao final, impor-lhes uma decisão; ele atua para auxiliar para que as partes, elas próprias, encontrem a solução da controvérsia – o que, por sinal, afasta a natureza propriamente jurisdicional dessa atividade. Isso ocorre na *conciliação*, na *mediação* e nos mecanismos de colaboração premiada e de acordo de leniência. Em todos eles é possível identificar não apenas um procedimento (sequência de atos encadeados), mas uma autêntica relação jurídica, da qual emergem poderes, sujeições, direitos, faculdades, ônus e deveres.

De outra parte, a tradicional forma de conceber o processo como procedimento em contraditório também pode e deve ser revista.

De acordo essa concepção, toda sequência de atos teleologicamente encadeados, desde que informada por *informação necessária* e *reação possível*, mereceria ser qualificada como *processo*. Contudo, esse modo de ver o fenômeno acaba por desconsiderar outras posições ou vínculos jurídicos, que vão além da ciência necessária e da possibilidade de reação. *Processo* não é apenas composto por *defesa* (por mais ampla e genérica que possa ser sua concepção); prerrogativa limitada aos sujeitos parciais, visto que o sujeito imparcial nada defende (ou de nada se defende), a ele não se dirige propriamente informação (sob a ótica de defesa), nem ele manifesta reação (da qual, na verdade, é destinatário). *Processo* é também composto por *poderes*, *sujeições* e *deveres* que, em termos mais rigorosos, não são defesa nem podem ser qualificados como reação. Portanto, a menos que se dê ao conceito de contraditório uma outra concepção (diversa da que se deu até aqui), parece ser incorreto reduzir o conceito de *processo* a (algumas das) posições

<sup>8</sup> As considerações e ideias que seguem expressam o pensamento exposto em nosso Curso de direito processual civil, conforme teor da segunda edição, revista e atualizada, no prelo (**Curso de Direito Processual Civil**, São Paulo, Marcial Pons).

exercidas apenas pelos sujeitos parciais, ainda que se reconheça uma participação ativa do juiz na direção do processo e na observância do contraditório.

Aliás, se contraditório for tomado como sinônimo de ampla defesa, a limitação apontada fica ainda mais evidente. É pensar, para além das considerações feitas no tópico anterior acerca da prova, na atividade de *investigação*, ora objeto de inquérito policial ou de procedimento de investigação a cargo do Ministério Público; ora objeto de inquérito civil, também a cargo dessa última instituição; ora a cargo de outros órgãos da Administração. Nesse contexto, conquanto o agente investigador não precise atuar de forma *imparcial*, ele tem o *dever* de agir de forma *impessoal* e de se pautar pela *legalidade*. Em alguns casos, ele *deve* garantir acesso à informação e mesmo a *publicidade* de seus atos; em outros ele *deve* assegurar justamente o inverso, isto é, o *sigilo* dos atos de investigação. Referido agente *deve* respeitar os limites impostos à atividade de instrução e deve se abster de produzir prova ilícita.

Então, para além do procedimento, na atividade de investigação há um conjunto de vínculos entre o Estado, o investigado e até mesmo terceiros. O poder aí exercido não pode ser arbitrário e ele só pode ser atuado dentro de uma relação jurídica que pode e deve ser qualificada como processual; ainda que nela não se possa falar em *informação* e *reação* com a mesma intensidade com que se fala quando se pensa na atividade tipicamente jurisdicional. Mas, a intensidade não infirma o conceito.

A recusa à qualificação de *processo* dada a procedimentos “meramente” investigativos pode ter efeitos negativos: entendendo-se não submetido ao devido processo legal e às respectivas formas de controle (já que neles não haveria margem para plena reação ou “ampla defesa”), o agente poderia indevidamente se apropriar da atividade ou dificultar seu controle. Melhor, então, considerar que toda e qualquer forma de poder – inclusive as atividades de mera investigação – só pode ser exercida no ambiente de um procedimento animado por uma relação processual – que envolve poderes, sujeições, deveres, ônus e faculdades.

Tudo isso, enfim, demonstra que não se pode limitar o conceito de processo a *informação* e *reação* e que, portanto, a ideia de procedimento em contraditório é insuficiente: quer porque aquelas são posições relativas apenas aos sujeitos parciais (ligadas à ideia de “defesa”) e não ao sujeito imparcial (ou impessoal) – e que, mesmo em relação aos sujeitos parciais, não abrangem outras posições, como é o caso dos deveres; quer porque há procedimentos em que a amplitude de reação é limitada e não há “ampla defesa”, mas há outros importantes vínculos, de outras ordens, entre os sujeitos envolvidos.

Nem mesmo o apelo à ideia de vinculação dos sujeitos parciais pelo ato final – presente em típico processo (a justificar o contraditório) e ausente em meras atividades de investigação ou “meros” procedimentos (a justificar a ausência ou mitigação do contraditório) – infirma a proposta de revisão assim exposta. Para se tomar como exemplo o inquérito, embora ele realmente seja dirigido a formar a convicção do titular da ação (civil ou penal), nem por isso se pode dizer que a simples pendência do procedimento e, com maior razão, seu resultado, produzem efeitos na esfera dos indivíduos. Negar esse fato seria irrealista e, em alguns casos, a depender dos termos, da duração e da divulgação prematura e indevida do conteúdo da investigação, ela pode ser tanto ou mais dura do que sanções impostas num processo. Além disso, a prova produzida no inquérito – ainda que reconhecidamente não tenha força para, por si só, levar à imposição de uma sanção – tem eficácia, possa ou não ser “repetida”<sup>9</sup> em juízo.

Essas considerações valem igualmente sob a ótica de *processo* como instrumento de soluções não adjudicadas de conflitos, em que, até com maior razão, não se pode reduzir o conceito de processo a procedimento em contraditório: quer porque neles mal se ajusta o conceito de *defesa*; quer porque as posições jurídicas dos sujeitos vão além do que se possa entender por *informação* e *reação*.

Aliás, essa concepção se acomoda à perspectiva segunda a qual a jurisdição estatal ou arbitral não tem apenas um escopo jurídico, mas também social, de pacificação mediante a superação dos conflitos. Portanto, mesmo quando confinado ao ambiente da jurisdição, o processo não pode mais ser visto como instrumento de atuação do direito objetivo. A busca de soluções consensuais não deve mais ser uma eventualidade ou providência incidental tomada em processo instaurado para a solução adjudicada; e os diferentes mecanismos de busca de soluções consensuais são disso uma comprovação.

Nem por isso, convém ressaltar e sem embargo de opinião em contrário, é possível reconhecer natureza jurisdicional às atividades tendentes a soluções não adjudicadas. É que, ainda que exigível a isenção do terceiro que intervém na conciliação e na mediação<sup>10</sup>, não é possível divisar atuação em ca-

<sup>9</sup> A ideia de repetição não é perfeita no contexto. A prova produzida já se consumou. O fato a investigar remanesce o mesmo e, até em termos lógicos, a atuação dos meios de prova sobre determinada fonte fatalmente configurará a produção de uma nova prova.

<sup>10</sup> Na leniência e na colaboração premiada fica menos clara a condição de “terceiro” do CADE e do Ministério Público; condição que, em termos lógicos e jurídicos, até mesmo poderia ser negada, dado que, reputando-se aqueles dois

ráter substitutivo: a solução da controvérsia ocorre essencialmente pela conduta das partes; que, portanto, não são substituídas pelo terceiro. Ademais, ainda que tais atividades estejam voltadas à pacificação social, não há o escopo de atuação do direito objetivo, o qual, a exemplo do que se passa em relação ao agente da Administração, funciona como um limite para a atuação dos terceiros.

### 3. Repercussão sobre o ensino da teoria geral do processo no curso de graduação

Este tópico, convém advertir ao potencial leitor, é quase que exclusivamente uma resenha do que, no contexto referido nos tópicos anteriores, acabou por ocorrer no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Portanto, pouco ou nada aqui se encontrará de dogmática. Ainda assim, talvez o relato possa provocar o interesse dos que de alguma forma se preocupam com o ensino jurídico.

Há alguns anos, na esteira das diretrizes de ensino vigentes e na busca de aperfeiçoamento do ensino, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mercê do valoroso e democrático trabalho de sua Comissão de Graduação, capitaneado pela competente e dedicada Professora Maria Paula Dallari, deu início ao estudo e execução de medidas integradas no assim denominado “projeto político-pedagógico”. Dentre as medidas tidas como necessárias e adequadas encontrava-se, então, a proposta de redução das disciplinas obrigatórias e de ampliação das optativas, pelos Departamentos.

O Departamento de Direito Processual – que teve a honra de chefiar por duas vezes, em períodos diferentes, nos últimos dez anos – procurou fazer sua parte (e assim continua). A redução das obrigatórias foi considerável<sup>11</sup> e, ao ver dos docentes (não sem protestos), ela chegou ao limite do que se poderia reputar como mínima carga de formação do discente em Direito Processual. A oferta de disciplinas opcionais (não sem uma boa dose de resistência inicial) ocorreu de forma progressiva. Ela considerou a disponibilidade física do corpo docente; a circunstância de que conteúdos especiais geralmente exigem prévia for-

entes como adequados representantes da sociedade, eles seriam ou a parte envolvida ou seu representante (o que, a rigor, daria no mesmo). Mas, essa circunstância só reforça a ideia de que a atividade não é jurisdicional. Talvez, o ato de homologação assim o seja. Mas, é assunto a aprofundar em outra oportunidade.

<sup>11</sup> Para ilustrar, tornaram-se disciplinas optativas as relativas a recursos em espécie e execuções em espécie. Além disso, teoria geral do processo, que ocupava todo o segundo ano, teve a carga reduzida para um semestre.

mação sobre aspectos gerais da matéria estudada – à míngua do que uma boa ideia pode não ir além disso, sem proveito substancial para os alunos; e um limite que, anos atrás, parecia – penso que a praticamente todos os docentes do Departamento – intransponível: entendia-se ser inviável oferecer disciplina optativa de Direito Processual para os alunos do primeiro ano do curso de graduação. O limite já era o da teoria geral do processo, ministrada (como disciplina obrigatória) no primeiro semestre do segundo ano, quando se supunha tivesse o aluno estudado disciplinas introdutórias, adquirido conhecimento básico de teoria geral do Direito, além de ter tido algum contato com disciplinas de Direito substancial – ao menos de Direito Civil; para somente então passar à “abstração” do processo...

Contudo, as razões que, ao longo do tempo, serviram para reafirmar a utilidade da teoria geral do processo, assim como as que levaram à revisão de seus institutos mostraram que era sim possível<sup>12</sup> e, mais do que isso, útil oferecer ao aluno de primeiro ano (no segundo semestre) uma visão introdutória sobre os meios de solução de controvérsias, com as seguintes inspirações e objetivos inicialmente pensados<sup>13</sup>:

- a) Permitir o estudo do Direito processual a partir dos conflitos e situações carentes de tutela no plano substancial<sup>14</sup>;
- b) A partir disso, dar conhecimento acerca das técnicas e métodos de solução de controvérsias, mediante autotutela, autocomposição ou adjudicação por terceiro – em relação aos quais o processo se apresenta com características e objetivos eventualmente diversos;
- c) Permitir a compreensão de que a complexidade e a diversidade das controvérsias no mundo contemporâneo exigem respostas diferenciadas e adequadas, que podem ser adjudicadas por um terceiro ou não;
- d) Capacitar o aluno a compreender as múltiplas possibilidades de resolução de conflitos e avaliar a relação de adequação entre controvérsia e respectivo modo de superação.

<sup>12</sup> Importante registrar que, embora não exatamente com o mesmo conteúdo do que veio a constar do programa da disciplina adotada pela Faculdade de Direito de São Paulo, a de Ribeirão Preto (também da USP) já previa uma disciplina com a mesma inspiração e objetivo, oferecida aos alunos do primeiro ano. Ela estava então a cargo do Professor Paulo Eduardo Alves da Silva, que contribuiu com ideias e que, infelizmente, não pode integrar a atividade oferecida em São Paulo.

<sup>13</sup> E que constam do programa oficial.

<sup>14</sup> Sem que isso significasse invadir os domínios da sociologia. Posteriormente à criação da disciplina, o estudo dos conflitos, na perspectiva acima mencionada, foi guindado à posição de linha de pesquisa do Departamento (uma delas).

A disciplina foi ofertada e ministrada pela primeira vez no segundo semestre de 2019, com expressivo número de alunos matriculados e, mais do que isso, visivelmente interessados nos temas versados, nos textos oferecidos à leitura e nos debates travados, quer em aula, quer em atividade de seminário.

Terá a oferta da disciplina cumprido suas finalidades?

Como tive oportunidade de dizer aos alunos, tratando-se de uma disciplina assumidamente introdutória, somente ao longo do curso é que se poderá dar uma justa resposta. Ao menos aparentemente, romperam-se (ao menos essa ruptura ficou mais clara) alguns importantes paradigmas: a) os conflitos e as controvérsias apresentam diferentes características (objetivas e subjetivas) e graus de complexidade, de tal sorte que é impossível imaginar que um único instrumento seja apto a, de forma ágil e eficiente, resolvê-los; b) com base na constatação anterior, é preciso conhecer as peculiaridades dos conflitos e, assim, considerar e analisar as possibilidades das diferentes formas de solução, para, então, chegar-se à determinação dos métodos e técnicas empregados para tanto; c) processo não é um conceito atrelado a soluções adjudicadas por terceiros (que devem ter sempre caráter subsidiário), mas é instrumento de soluções não adjudicadas.

A isso tudo se pode acrescer o fato de que a evolução tecnológica é um dado avassalador, com enorme importância e que confirma a importância do método contido na teoria geral do processo: “*on line dispute resolutions*” e inteligência artificial que o digam... Mas, esse é um assunto para outro trabalho e, quem sabe, a evolução da disciplina possa propiciar relevantes reflexões e debates em torno desses novos temas, em combinação com os demais. Para isso, a ajuda dos alunos – quiçá mais preparados nesse particular do que os próprios professores – será fundamental.

Quem viver verá.

São Paulo, janeiro de 2.020.