

Estudos em homenagem a CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

CÂNDIDO DA SILVA DINAMARCO • CARLOS ALBERTO CARMONA
FLÁVIO LUIZ YARSELL • JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE
JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI • PEDRO DA SILVA DINAMARCO
(ORGANIZADORES)

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA • ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
ANTONIO CARLOS MARCATO • ANTONIO DO PASSO CABRAL • ARAKEN DE ASSIS
BRUNO DANTAS • BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA • BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES
CAIO VICTOR RIBEIRO DOS SANTOS • CAMILO ZUFELATO
CARLOS ALBERTO DE SALLES • CAROLINA PAES DE CASTRO MENDES
CAROLINE DAL POZ EZEQUIEL • CASSIO SCARPINELLA BUENO
CINTIA ROSA PEREIRA DE LIMA • CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE
DANIEL RAICHELI DEGENSZAJN • EDUARDO TALAMINI
FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI • FERNANDO FONTOURA DA SILVA CAIS
FERNÃO BORBA FRANCO • FLÁVIO LUIZ YARSELL • GILSON DELGADO MIRANDA
GIOVANNA FILIPPI DEL NERO • GUSTAVO BADARÓ • GUSTAVO SAAD DINIZ
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO • HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
JOÃO BATISTA LOPES • JOÃO CÁNOVAS BOTTAZZO GANACIN
JOÃO FRANCISCO NAVES DA FONSECA • JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO
JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI • JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR • JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI • KAZUO WATANABE
LEONARDO GRECO • LIA CAROLINA BATISTA CINTRA • LUCAS BURIL DE MACÊDO
LUIGI PAOLO COMOGLIO • LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI
LUIZ EDSON FACHIN • LUIZ GUILHERME MARINONI • LUIZ R. WAMBIER
MARCELO ABELHA RODRIGUES • MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI
MARCELO PACHECO MACHADO • MÁRCIA CONCEIÇÃO ALVES DINAMARCO
MARINA PACHECO CARDOSO DINAMARCO • MAURÍCIO GIANNICO
MAURICIO ZANOIDE DE MORAES • MILTON PAULO DE CARVALHO
MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO • NELSON LUIZ PINTO
OSWALDO DAGUANO JÚNIOR • PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL
PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO • PEDRO DA SILVA DINAMARCO • REMO CAPONI
RICARDO DE BARROS LEONEL • ROBERTO BUCH • RODRIGO BARIONI
RODRIGO REIS MAZZEI • ROGÉRIA DOTTI • ROGÉRIO ALESSANDRE DE OLIVEIRA CASTRO
SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR • SERGIO SHIMURA • SIDNEI BENETI
SUSANA HENRIQUES DA COSTA • SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA
TERESA ARRUDA ALVIM • THIAGO FERREIRA SIQUEIRA



EDITORA
JusPODIVM

MALHEIROS
EDITORES

www.editorajuspodivm.com.br

AS TRÊS FIGURAS DA PREVENÇÃO

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

1. Introdução. 2. Uma breve consideração preliminar: as três figuras da prevenção. 3. A primeira figura da prevenção. 4. A segunda figura da prevenção. 5. A terceira figura da prevenção. 6. Justificativa das três a figuras da prevenção: o princípio da competência adequada. 7. A confusão entre as figuras da prevenção. 8. Conclusão.

1. Introdução

Este breve ensaio é uma forma de homenagear um dos grandes nomes da ciência processual brasileira, o professor Cândido Rangel Dinamarco. Para mim é uma imensa honra somar-me a esta justa homenagem que lhe é prestada, dada a relevância da obra de Dinamarco na formação de meu pensamento. Desde a leitura do clássico *Teoria Geral do Processo*, por ele escrito em coautoria com Antonio Carlos de Araújo Cintra e com minha saudosa amiga Ada Pellegrini Grinover, que li ainda nos bancos da Graduação, passando por livros como *A Reforma do Código de Processo Civil* (uma das bases para a elaboração de meu livro de estreia, *Lineamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, escrito há já um quarto de século), *Litiscônsórcio*, *Intervenção de Terceiros*, *Capítulos de Sentença*, *Manual das Pequenas Causas*, além das fundamentais *Instituições de Direito Processual Civil*, sempre estudei com atenção e profundidade o pensamento do notável Professor de São Paulo. Não posso, porém, deixar de destacar seu livro *A Instrumentalidade do Processo*, não só pela sua importância intrínseca, mas por ter sido responsável por me apresentar a obra de Elio Fazzalari, um dos marcos teóricos fundamentais de meu pensamento.

Dinamarco, nas vezes em que estivemos juntos, sempre mostrou ser não só um grande jurista, mas uma pessoa espetacular. E sempre me deixou honrado e comovido com a recordação de um exemplo que empreguei em palestra por mim proferida na única oportunidade em que dividimos uma mesa em um seminário, e por ele sempre mencionado em todas as vezes que, depois daquela oportunidade, voltamos a nos encontrar. Caso ele se dê ao trabalho de ler essas breves linhas, certamente se lembrará do exemplo do Chevette velho e de sua ligação com a multa pelo não cumprimento voluntário da sentença.

O título deste breve ensaio é, também, uma referência à obra de Dinamarco, uma vez que remete diretamente ao título de um artigo de sua autoria, “As três figuras da liquidação de sentença”.¹

1. Cândido Rangel Dinamarco, “As três figuras da liquidação de sentença”, in Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª ed., t. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp.

Minha intenção, com este breve texto, é mostrar que as fontes normativas do direito processual, ao tratar de questões ligadas à competência, se valem do verbo “prevenir”, do substantivo “prevenção” ou de seus cognatos (como “prevento”) em três sentidos diferentes, e que a inadequada compreensão deste ponto tem levado a inadmissíveis confusões.

2. Uma breve consideração preliminar: as três figuras da prevenção

Como dito, os textos normativos do direito processual usam o verbo “prevenir”, o substantivo “prevenção” ou cognatos seus, como “prevento”, em três sentidos diferentes quando se referem a temas ligados à competência. E isso pode ser visto pela leitura do texto de diversos dispositivos do Código de Processo Civil.

Citem-se, então, alguns exemplos. Basta ver os arts. 58; 59; 60; 286, III; 304, § 4º; 930, parágrafo único – entre outros. Também em outros diplomas legais, como a Lei da Ação Civil Pública (art. 2º, parágrafo único), a Lei da Ação Popular (art. 5º, § 3º) ou a Lei da Improbidade Administrativa (art. 17, § 5º), os termos aqui mencionados podem ser vistos em pelo menos um desses três sentidos.

Ocorre que a inadequada compreensão desse tríplice significado da prevenção tem gerado tremendas confusões, que poderiam ser evitados. Daí a razão deste estudo.

O problema que se põe aqui é, sem dúvida, terminológico. Mas sobre problemas como este é fundamental rememorar o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira:

Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia – a quem suponha, digamos, que em Geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em Anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas – digamos com franqueza – tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar.²

Impende, então, examinar separadamente as três figuras da prevenção. Não se pode, porém, deixar de registrar que em algumas ocasiões o texto legal usa o verbo “prevenir” ainda em um quarto sentido (como se dá, por exemplo, no art. 139, III, ou no art. 684, II, ambos do CPC). Nessas hipóteses *prevenir* é empregado no sentido de

1.233-1.266. Não posso deixar de registrar que o próprio Dinamarco afirma, em seu texto, que o título é inspirado em um estudo de Machado Guimarães (*As Três Figuras do Litisconsórcio*). Sendo Machado Guimarães o Mestre maior de José Carlos Barbosa Moreira, figura maiúscula da Escola Processual do Rio de Janeiro, a que tenho a honra de pertencer, sou levado a afirmar que este é mais um capítulo do profícuo diálogo que processualistas de São Paulo e do Rio de Janeiro têm sempre travado ao longo do tempo.

2. José Carlos Barbosa Moreira, “Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz”, in José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 121.

“evitar, tomar precauções (para impedir que algo aconteça)”.³ Não é este, porém, ponto que vá ser abordado neste estudo. Aqui, limita-se o exame aos três sentidos que o termo “prevenção” recebe das fontes normativas do direito processual civil: (1) técnica destinada a determinar em que juízo serão reunidos, para julgamento conjunto, processos entre os quais há risco de decisões conflitantes ou contraditórias; (2) forma de fixação da competência funcional; (3) técnica de determinação do relator nos processos que tramitam perante os tribunais.

Passa-se, então, ao exame de cada uma dessas três figuras de prevenção.

3. *A primeira figura da prevenção*

Em algumas passagens os textos normativos processuais falam da *prevenção* como técnica destinada a permitir que se determine em que juízo serão reunidos processos que tramitam simultaneamente perante órgãos jurisdicionais distintos – reunião, esta, que se dará para que os processos sejam julgados conjuntamente, evitando-se o risco de que neles se profiram decisões conflitantes ou contraditórias.

É neste sentido que o termo aparece, por exemplo, nos arts. 58 e 59 do CPC.

Veja-se que, neste caso, haverá dois processos tramitando simultaneamente, perante juízos distintos, existindo o risco de que neles sejam proferidas decisões conflitantes ou contraditórias. É o que se dá, por exemplo, quando perante um juízo tramita processo cujo objeto é o reconhecimento da invalidade de um contrato, enquanto perante outro juízo tramita processo que tem por objeto exigir de uma das partes o cumprimento desse mesmo contrato. Parece evidente que há risco de que, em um caso assim, sejam proferidas decisões conflitantes. Basta pensar na possibilidade de o primeiro juízo afirmar a nulidade do contrato e o segundo juízo condenar uma das partes a cumprir as obrigações que aquele mesmo contrato previa.

Pois para evitar esse risco, ainda que as causas não sejam propriamente conexas (art. 55, § 3º, do CPC), deverão elas ser reunidas para julgamento conjunto, eliminando-se, deste modo, qualquer risco de que as decisões sejam conflitantes ou contraditórias.

Perceba-se que neste caso se está diante de *causas de modificação da competência*.⁴ Dito de outro modo, aqui se têm dois ou mais processos tramitando simultaneamente, perante juízos distintos, e cada um desses juízos é competente para conhecer do processo que lhe foi atribuído. Em razão de haver um interesse público em evitar que, nesses processos que tramitam perante juízos distintos, sejam proferidas decisões conflitantes ou contraditórias, admite-se a modificação dos critérios de competência relativa, a fim de que haja a reunião dos processos para julgamento conjunto.

3. Significados que podem ser encontrados, por exemplo, no *Dicionário Aulete Digital*, verbete “Prevenir”: <http://www.aulete.com.br/prevenir>, acesso em 29.8.2020.

4. Olavo de Oliveira Neto, “Conexão e continência”, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/179/edicao-1/conexao-e-continencia>, acesso em 29.8.2020.

Observe-se que, no caso em exame, há a modificação de critérios de *competência relativa*, que é fixada para proteção de interesses das partes.⁵ Pois pode haver, em casos assim, um interesse público (no caso, o de evitar decisões conflitantes ou contraditórias – o que seria prejudicial para a segurança jurídica e para a necessidade de coerência entre decisões judiciais) que, por força de opção legislativa expressa, prevalece sobre os presumidos interesses das partes. Daí a determinação legal de que esses processos sejam reunidos para julgamento conjunto.

Aliás, é exatamente por conta da circunstância de que o interesse público só será protegido nesse caso se houver o julgamento conjunto desses processos que originariamente tramitavam em juízos distintos que, na forma do disposto no art. 55, § 1º, do CPC, não haverá a reunião dos processos no caso de um deles já ter sido sentenciado. Perdoe-se a obviedade, mas se em um dos processos já se proferiu sentença não haveria mais como decidi-los conjuntamente.

Pois, estando presentes os requisitos para a reunião desses processos (isto é, havendo risco de que neles sejam proferidas decisões conflitantes ou contraditórias, e não tendo ainda sido prolatada a sentença em nenhum deles), deverão esses processos ser reunidos no juízo *prevento* (como estabelece o art. 58 do CPC), assim considerado aquele para o qual se encaminhou o processo em que tenha sido por primeiro registrada ou distribuída a petição inicial (art. 59).

Fica claro, assim, que no caso de que ora se trata a *prevenção* é empregada como uma técnica destinada a determinar perante qual juízo serão reunidos aqueles processos que a princípio tramitavam separadamente, modificando-se, assim, a competência relativa.

4. A segunda figura da prevenção

Completamente diferente é o fenômeno da prevenção como indicativo da competência funcional, como se tem, por exemplo, no disposto no art. 304, § 4º, do CPC. Explique-se o ponto.

A expressão “competência funcional” é uma expressão equívoca, podendo ser usada em sentidos diferentes. Há, porém, uma ideia básica acerca do ponto, e que se constrói a partir da doutrina alemã: fala-se em competência funcional quando mais de um juízo atua no mesmo processo, repartindo-se funções entre eles. É o que se tem, por exemplo, nos casos em que, em processo que tramita perante determinado juízo, a colheita de uma prova depende da atuação de juízo de localidade distinta (e aí se tem *competência funcional horizontal*, já que ambos os juízos se encontram no mesmo plano hierárquico) ou na atribuição, a um tribunal, de competência para apreciar recurso proferido por juízo de instância inferior (caso em que se fala em *competência*

5. Assim, por todos, Flavio Galdino, “Comentário ao art.62”, in Ronaldo Cramer e Antonio do Passo Cabral, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2016, p. 109.

funcional vertical, ou competência hierárquica, já que os órgãos jurisdicionais estão em planos hierárquicos distintos). Há, porém, um outro sentido em que se fala em competência funcional: quando há a atuação de um só órgão jurisdicional em mais de um processo, havendo entre eles algum vínculo, pouco importando se esses processos são simultâneos ou subsequentes.⁶

Há casos, então, em que a competência funcional é fixada para processos distintos,⁷ como se dá no caso em que é fixada a competência para conhecer de embargos de terceiro ou da “ação de oposição”. Nesses dois exemplos, note-se, ambos os processos tramitarão simultaneamente. Pode acontecer, porém, de se usar esse mesmo critério para a determinação de competência para processos sucessivos, como se dá no já citado art. 304, § 4º, do CPC, que fixa a competência para conhecer da demanda de revisão, reforma ou invalidação de tutela antecipada estável no mesmo juízo em que tenha tramitado o processo original, no qual ocorreu a estabilização da tutela antecipada.

Perceba-se que, não obstante se fale aí em *prevenção* (e o texto normativo é expresso, já que ali se lê que fica “prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida”), não se está a tratar do mesmo fenômeno a que anteriormente se referiu. Afinal, não se está, aqui, diante de uma *causa de modificação da competência relativa*, mas de um *critério de determinação de competência absoluta*.⁸

A prevenção, aqui, portanto, é critério de determinação de uma competência funcional fixada *entre processos*, ou seja, fixada para um processo a partir da circunstância de que um determinado juízo já havia exercido (ou está a exercer) função jurisdicional em outro processo, ficando – por conta de um interesse público na maior eficiência da prestação da atividade jurisdicional – com sua competência desde logo fixada, de modo automático, também para esse novo processo.

Pois é neste sentido (que nada tem a ver, como se pôde perceber, com o anterior) que a lei processual fala em prevenção, por exemplo (e além do exemplo já apresentado, do art. 304, § 4º, do CPC), no art. 381, § 3º, do CPC (que exclui a prevenção, isto é, afasta a predeterminação da competência do juízo em que tenha tramitado o processo de produção antecipada de prova para eventual processo subsequente em que a prova anteriormente colhida vá ser empregada). É também neste sentido que se fala em prevenção em algumas decisões judiciais, sempre a tratar da existência ou não de uma prefixação da competência para conhecer de um determinado processo em razão da prévia atuação em outro processo.⁹

6. José Carlos Barbosa Moreira, “A expressão competência funcional no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública”, in Édís Milaré (coord.), *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*, São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 252-254.

7. Assim, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Direito Processual Civil*, São Paulo, José Bushatsky, 1975, p. 127.

8. Alexandre Freitas Câmara, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, GEN/Atlas, 2020, p. 51.

9. Assim, por exemplo, veja-se o acórdão proferido pelo STJ no julgamento dos ED no AgR no CComp 131.642-DF, rel. Min. Herman Benjamin, em que se afirma, expressamente, que “o ajuizamento da execução coletiva não torna prevento o respectivo juízo para fins de execução individual”.

Como nesta situação a *prevenção* é, na verdade, uma forma de determinação de competência funcional, não há que se cogitar aqui de *modificação de competência*, diferentemente do que se teve na primeira figura de prevenção. E, por evidentes razões, também aqui se afasta a incidência do disposto no art. 55, § 1º, do CPC. Afinal, não haveria mesmo qualquer sentido em dizer que não se aplicaria a prevenção se um dos processos já foi julgado em casos nos quais a lei expressamente se refere a um segundo processo que se inicia quando o primeiro já foi sentenciado, como se dá no caso previsto no art. 304, § 4º, do CPC, em que só se pode cogitar do ajuizamento da demanda de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estável se essa estabilização já ocorreu, e esta só ocorre em processos que já tenham sido encerrados.

5. A terceira figura da prevenção

Por fim, usa-se o termo “prevenção” (e seus cognatos) para se tratar da técnica empregada para determinar quem será, num tribunal, o relator de algum processo de competência originária, recurso, remessa necessária ou incidente processual. É o que resulta do texto do art. 930, parágrafo único, do CPC, segundo o qual “o primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”.

Deve-se ter claro que neste caso não se está propriamente a tratar da competência do órgão jurisdicional que deve atuar (a Câmara, Turma, Seção, Órgão Especial ou outro órgão colegiado), mas de quem será o magistrado responsável por, dentro da estrutura daquele órgão julgador, conduzir o processo até que ele esteja pronto para ser apreciado pelo colegiado (cabendo-lhe, ainda, em casos excepcionais, decidir monocraticamente, como se pode ver pelo disposto no art. 932, III a V, do CPC).

Também aqui se está diante de um critério de competência absoluta, funcional, mas que não é propriamente *do órgão*, e sim da própria pessoa do magistrado a quem incumbirá a função de relator.

Esse mesmo sentido do termo “prevenção” aparece em outros dispositivos do Código de Processo Civil, sempre a tratar da determinação de quem será o relator no tribunal, como se vê nos arts. 1.012, § 3º, I, 1.029, § 5º, I, e 1.037, § 3º.

Também aqui, à evidência, não se aplica o disposto no art. 55, § 1º, do CPC, já que não se está a tratar de modificação da competência, mas de um critério de prefixação do relator. Não há, pois, que se cogitar de reunião de processos para julgamento conjunto. Assim é que, por exemplo, o fato de um magistrado ter sido designado relator do agravo de instrumento contra a decisão que versa sobre tutela de urgência prefixa sua atuação como relator para o futuro e eventual recurso de apelação (que, evidentemente, chegará ao tribunal, ao menos como regra geral, depois de já julgado aquele agravo de instrumento). Também aqui não há que se falar em aplicação da regra de prevenção apenas quando houver risco de decisões conflitantes ou contraditórias. Basta pensar que o relator designado para conhecer de agravo de instrumento contra decisão que indefere o benefício de gratuidade de justiça ao autor fica *prevento* para relatar, por exemplo, agravo de instrumento contra decisão que versa sobre o indeferimento de denunciação

**“PANJUSTIÇA”
– UMA HOMENAGEM
AO PROFESSOR CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA

1. Prólogo: sobre o Professor Cândido Rangel Dinamarco. 2. “Panjustiça”. 3. Da cultura de judicialização dos conflitos ao arrombamento dos umbrais do Poder Judiciário. 4. O Judiciário “law-maker”: 4.1 Crime criado por analogia: 4.1.1 O precedente Siegfried Ellwanger – 4.1.2 A Lei 13.300/2016 e as regras constitucionais relativas a direitos fundamentais que exigem reserva legal para o trato de certas questões – 4.1.3 Igualdades e “igualdades”? – 4.2 Política, decisões axiológicas dentro de margens de escolha (que há, mesmo em colisões de direitos fundamentais) e os confins do Poder Judiciário – 4.3 Da vedação do “non liquet” ao latifúndio judiciário – 4.4 Um governo de magistrados?. 5. O “continuum” do anedotário judicial cotidiano: das Cortes de superposição ao juiz substituto em foro do interior. 6. Levando a Justiça a sério. 7. Um caso especial: o semovente comovente, transferências afetivas instintuais e demais crises que a jurisdição não resolve, como a infelicidade humana. 8. Themis e a cirurgia bariátrica de emergência: “Deixai, ó vós que entrais, toda a esperança!”. 9. À guisa de conclusões (ou convite a reflexões?).

1. Prólogo: sobre o Professor Cândido Rangel Dinamarco

Peço a liberdade de escrever este primeiro tópico na primeira pessoa do singular (em verdade, já o fiz).

Aluno de professores, como Buzaid e Liebman. Professor de professores, incontáveis. Discípulos que – sem prejuízo de eventuais discordâncias – gravitam em torno de sua obra e de seu legado, este é, para mim, Cândido Rangel Dinamarco, a quem reputo o formador da maior, mais profunda e mais dinamicamente renovada escola de pensamento brasileira sobre o direito processual civil.

Natural que, com a proeminência, venham a reboque competição (no melhor cenário), como despeito, inveja e desonestidade intelectual (no pior). Falo, aqui, de desonestidade ou má-fé em sentido objetivo. Presumo a boa-fé subjetiva até prova em contrário. Mas faço o registro porque, tanto quanto difundida a obra do Professor homenageado, são ignorados por seus detratores (deliberadamente ou não, o diga o leitor) os meandros e os alicerces do edifício científico sólido, elegante e perene erguido por Cândido Rangel Dinamarco – tijolo após tijolo –, sempre anos à frente da engenharia doutrinária de cada época.

Contra o cume desse edifício, de tempos em tempos, bufam-se lemas acadêmicos que lhe vindicam a erosão. *Slogans* tão pomposos quanto obscuros, tão empolados quanto ociosos, tão pretensamente vanguardistas quanto (quando contêm alguma) repletos

de lições antigas. Quando nada significam, mais enfaticamente proclamados em discursos herméticos, aclamados pelo “oba-oba” das confrarias acadêmicas de que derivam e adornados por confetes midiáticos preordenados.

Sob a carapuça da prolixidade (aí está, a quem couber), sob linguajar oblíquo e uma imponente fachada de profundidade, córregos se vendem como oceanos, reapresentam-se sob novo matiz obras de arte antigas.

Se contrafação intencional ou plágio acidental, *Monalisa* vai repintada enquanto *A Gioconda* repousa incólume sob a espessa redoma de vidro que a conserva no *Louvre*. É tão clara a tentativa de disrupção quanto questionável o respeito à história da bibliografia que a tudo isso precede (e não raro precede o próprio homenageado).

Os detratores passam, porém. A obra, esta fica. Eis a imortalidade possível.

Imortalidade galgada ao longo de vida inteira, proficuamente dedicada a uma missão, disseminada em uma multitude de obras e de discípulos em número sem igual na literatura e nas fileiras acadêmicas do processo civil brasileiro.

Gênios há alguns. O saudoso José Carlos Barbosa Moreira – para citar apenas um –, a meu talante, o maior deles. Gênios formadores de escola, porém, existem em número expressivamente menor. A seu turno, gênios (*rectius*: gênio) formadores (*rectius*: formador) daquela que é “A Escola” (a maior, mais duradoura, velha e sempre nova Academia de Direito Processual no Brasil) é conjunto unitário, círculo que contém a pessoa do homenageado e nele se encerra: centro de gravidade, abertura e fecho, ponto de partida e de regresso de toda a longeva tradição e fecunda produção científica das Arcadas de S. Francisco na construção (e reconstrução contínua) do direito processual civil brasileiro.

Às veleidades contra ele lançadas não voltarei. Nenhuma linha mais sobre isso. Tudo que havia de ser dito – penso – disse-o noutra ocasião, em ensaio que, a meu ver, ainda não encontrou enfrentamento à altura dos argumentos nele contidos (quem dirá refutação!). Tomo, pois, a liberdade de remeter o leitor ao que lá está consignado.¹

A ocasião aqui é outra. Como diverso é seu fim. Trata-se de celebrar as tão prolíficas vida, obra e contribuição do professor Cândido Rangel Dinamarco; seu lugar imorredouro no panteão dos grandes processualistas deste País.

Para tanto, escolho revisitar um dos temas centrais do instrumentalismo processual: a noção de “universalidade da tutela jurisdicional”:² a abertura e a receptividade da *Justiça* (não só do Poder Judiciário!) aos mais variados litígios represados em nossa sociedade.

1. Bruno Silveira de Oliveira, “A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira)”, *RePro* 293/19-47, São Paulo, Thomson Reuters, 2019, *passim*.

2. Cândido Rangel Dinamarco. “Universalizar a tutela jurisdicional”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., t. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2000. Em sua obra mais recente o Mestre volta à noção, reafirmando-a e assinalando uma tendência jurisprudencial no sentido de “favorecer cada vez mais a ideia” (cf. Cândido Rangel Dinamarco e outros, *Teoria Geral do Processo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2020, p. 282).

Parece-me o momento de volver ao tema com o distanciamento histórico possível e – mais que isso – necessário entre os reclamos do tempo de reabertura democrática (época em que formuladas as ideias nucleares do instrumentalismo) e a realidade semicaótica do sistema de Justiça Civil que testemunhamos na atual quadra histórica: como um leviatã, parido pelo *Welfare State*, cevamos e conservamos, até hoje, hipertróficamente, nossa cara (com duplo sentido) “Panjustiça”.

2. “Panjustiça”

A necessária abertura, estimulada pela Constituição Federal/1988 para a “judicialização da vida” (valem-nos da feliz expressão de S. Exa. o Min. Luís Roberto Barroso),³ trouxe como contrapartida pouca ou nenhuma *promessa de riscos* àquele que – sem travas morais, econômicas e com nenhum pejo – leva assiduamente à Justiça Civil brasileira, uma após outra, torrentes de demandas lastreadas em remotíssima possibilidade de êxito (para dizermos o mínimo).

Em 19.12.2018 o colendo STJ divulgou – em tom de celebração – a inacreditável marca de mais de meio milhão de processos julgados ao longo daquele ano. Colhe-se da notícia que. “ao todo, foram julgados 511.761 processos em 2018, média de 15.508 para cada um dos 33 ministros, ou 1.402 julgamentos por dia, ou ainda 58 por hora. É praticamente um processo por minuto sendo julgado no STJ”.⁴

Indagamo-nos com franca dose de constrangimento o que pode haver de bom, em qualquer parte do orbe terrestre, na marca de um processo julgado por minuto? Que pastiche de julgamento se faz em um minuto?

Um forno de micro-ondas leva mais tempo para preparar pipocas industrializadas. É quanto basta para demonstrar que há algo de muito errado: (i) nesse volume de feitos; (ii) na circunstância de chegarem todos ao colendo STJ e muitos deles ao excelso STF (mesmo depois de criados por normas constitucionais e infraconstitucionais o filtro da repercussão geral nos recursos extraordinários e a técnica de julgamentos repetitivos nos especiais), sobretudo (iii) no tempo despendido para exame de cada um deles.

Enquanto se lia este parágrafo e a pipoca terminava de estourar em quatro minutos ao forno, o colendo STJ provavelmente julgou novos 4 processos. E se você chegou

3. Luís Roberto Barroso, *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, 288 pp. Para nos valermos da clara dicção de S. Exa., da judicialização (inevitável acesso ao Poder Judiciário em regimes democráticos) quer-nos parecer que passamos a experimentar um período de expansionismo da *iuris dictio*, quer pelo cada vez mais frequente ativismo judiciário (em lugar de autocontenção do Poder), quer pelas tendências de “hiperjudicialização” quantitativa e qualitativa, de que trataremos no curso deste ensaio e com a brevidade que o formato consente. Rodolfo de Camargo Mancuso fala, no mesmo sentido, em “judicialização do cotidiano” (*Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, 3ª ed., Salvador, JusPodivum, 2018, p. 66).

4. Disponível em <http://www.stj.ius.br/sites/STJ/default/ptBR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-julga-um-processo-por-minuto-e-passa-de-meio-milh%C3%A3o-em-2018> (acesso em 16.1.2019). Cf. ainda o relatório gerado por aquela colenda Corte: http://www.stj.jus.br/static_f%C3%ADles/STJ/M%C3%ADdias/arquivos/dados_stj_2018_v3.pdf.

até aqui com 10 minutos de leitura, outros 10 processos receberam julgamento nesse “lapso” (mais uma vez, tome-se o verbete em todos os sentidos!).

Por que deveria a mais soberana Corte do País no que tange à interpretação e à aplicação da lei federal viver atulhada de processos a ponto de não conseguir dispensar o mínimo de tempo necessário para efetivamente se debruçar sobre uma causa relevante a ponto de merecer seu escrutínio e julgá-la com a devida meditação? Deveria mesmo esse número aterrador de processos desaguar no STJ?

A nosso ver – e ousamos dizer que ao senso comum também – os números acima revelam claríssima disfunção. Denunciam estado de coisas já há muito insustentável e prenunciam o caos: aquilo que não é administrável.

O congestionamento *flerta intimamente com a própria negação da ideia de justiça* (destacamos), chocando-se com as longevas razões que levaram a cultura e a civilização ocidentais a se aparelharem em Estados de Direito dotados do monopólio da força e da prerrogativa de promulgarem e aplicarem equanimemente as leis por eles elaboradas.

A verdade é que vivemos em uma sociedade patologicamente conflituosa,⁵ na qual todo e qualquer tipo de situação (desde aquelas verdadeiramente carecedoras da atenção estatal – por colocarem em risco a convivência social em condições minimamente estáveis e harmoniosas – às mais frívolas e triviais) aflui para o já caudaloso rio, de lágrimas e lamúrias, em que se tornou o Poder Judiciário brasileiro. Nunca estiveram tão em voga e se fizeram assim claramente necessários os chamados meios alternativos de resolução de disputas (ADR's, na terminologia estadunidense).⁶

5. Ao discorrer sobre a cultura da litigiosidade no Brasil, certa a lição de Kazuo Watanabe, *in verbis*: “(...) o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda a ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma *sentença*, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’, do ‘preto ou branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de Direito do País, sem exceção” (“Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 685). Rodolfo de Camargo Mancuso, com precisão, afirma que “a *cultura demandista* ou *judiciarista* leva a especular que haveria, ao interno da coletividade brasileira, uma propensão a repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, fazendo com que o Judiciário opere como um *receptor imediato* (uma sorte de *guichê* universal de reclamações) para toda sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerância, ainda que de pequena monta ou de parca ou nenhuma complexidade ou relevância. Por aí, de um lado, despreza-se o milenar aviso romano: *de minimus non curat praetor*; de outro lado, cria-se ao interno da coletividade uma percepção de que *o antônimo de justiça privada é a justiça estatal*, propiciando a difusão da ideia de que o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito configura *manifestação da cidadania*” (*Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, cit., 3ª ed., p. 66-67 – grifos no original).

6. A propósito, em solenidade para entrega de premiação do colendo CNJ ao egrégio TJES por inovação no acolhimento de participantes em sessões de mediação, S. Exa., o então Presidente do excelso STF, Min. Dias Toffoli, destacou que “o alto índice de litigiosidade da sociedade brasileira exige que o Poder Judiciário capitaneie ações voltadas à superação da cultura do conflito pela cultura da paz, deixando para a estrutura judicial os casos de violação de direito não passíveis de recomposição

A certa altura chegamos ao risível (e assustador) número de uma demanda a cada dois habitantes.⁷ É como se as maternidades registrassem o nascimento de duas crianças e um processo “anexo”. Se gêmeas, já poderiam se chamar “autora” e “ré” (a depender do temperamento de cada), ou, se os pais preferirem, “litisconsortes A e B”, Caio e Tício. À porta do berçário, afixada bem à vista dos parentes e amigos, uma tabela taxonômica indicando a classe do processo e o assunto, elaborada pelo CNJ.

3. *Da cultura de judicialização dos conflitos ao arrombamento dos umbrais do Poder Judiciário*

Não bastasse a disseminação espontânea, fomentada desde os bancos acadêmicos, da já aludida “cultura da sentença” (ou da litigiosidade),⁸ nosso próprio Judiciário a retroalimenta.⁹ Ainda sentindo em tempo histórico os efeitos da reabertura democrática, assume atitudes paternalistas e expansivas; invade com suas soluções heterônomas todos os rincões da vida hodierna. Solapa qualquer biombo que se anteponha entre espaços públicos e privados e se imiscui nos aspectos mais íntimos e *socialmente indiferentes* (destacamos) da vida de relação.

Inevitável a evocação das disputas familiares que, há milênios, eram levadas a anciãos, patriarcas ou chefes do clã. O “Judiciário total” é o líder desse gigantesco, retalhado, multifário e amotinado clã a que chamamos sociedade pós-moderna, a ele lhe cabe julgar *tudo* (destacamos), sem exceção. Julga tanto e sobre tanta coisa, que ao decidir um caso entre “A” e “B” não raro afeta a sociedade como um todo.

A pretexto de lhe fazer o bem, acaba, involuntária ou reflexamente, por prejudicá-la, criando algo a que chamaremos *externalidades jurídicas* (destacamos) (efeitos

pelos métodos consensuais, e que clamam por respostas rápidas e efetivas” (disponível em <http://www.tjes.jus.br/tjes-recebe-premio-do-cnj-por-inovacao-no-acolhimento-de-participantes-de-sessoes-de-mediacao>, acesso em 7.2.2019).

7. Cf. <https://oglobo.globo.com/brasil/conflagrado-nos-tribunais-brasil-tem-um-processo-em-andamento-para-cada-dois-habitantes-16822691> (acesso em 22.1.2019).

8. Nossas faculdades de Direito ainda engatinham em ensinar – com a mesma destreza acumulada por décadas de aculturação e preparação para o litígio e a busca de soluções heterocompositivas – as técnicas de prevenção do mesmo. Mais que isso: falham clamorosamente, e assim também *in genere* a OAB, ao não ensinarem como monetizar o emprego de técnicas preventivas na posição de advogado (profissional que, desde o mais incipiente ingresso nos bancos acadêmicos, ainda sequer bacharel, é, na retumbante maioria das vezes, forjado para o combate judicial). Registremos louvável exceção no pioneirismo da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), há muito voltada para uma formação ética e técnica que invista seu egresso de múltiplas competências. Emblemática, nesse sentido, a existência há décadas, na grade curricular, de uma disciplina, ministrada logo ao início do bacharelado e concomitantemente à teoria geral do processo, voltada à identificação casuística das probabilidades de solução não jurisdicional dos conflitos e, uma vez bem demarcadas, à escolha do método mais adequado para sua resolução. Ilustrativa, nesse sentido, a obra do coordenador acadêmico da Instituição. Cf.: Ricardo Goretti, *Gestão Adequada de Conflitos: do Diagnóstico à Escolha do Método para Cada Caso Concreto (Mediação, Negociação, Conciliação, Arbitragem, Processo Judicial, Serventias Extrajudiciais, Orientação Jurídica)*, Salvador, Juspodivm, 2019, *passim*.

9. O ponto não passou despercebido a Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem o aumento da oferta de tutela jurisdicional contribui para retroalimentar o volume de demandas (*Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, cit., 3ª ed., p. 66).

INSTRUMENTALIDADE E ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO POR INICIATIVA DO LEGISLADOR, DO JUIZ E DAS PARTES

CAROLINE DAL POZ EZEQUIEL

Introdução – 1. Instrumentalidade e adequação. 2. Adequação procedimental por iniciativa do legislador, do juiz e das partes: 2.1 Legislador – 2.2 Juiz – 2.3 Partes – Conclusão.

Introdução

Em 1985 Cândido Rangel Dinamarco defendeu com sucesso *A Instrumentalidade do Processo* como tese de titularidade na Faculdade de Direito da USP. O estudo objetivava a revisão do modo como os estudiosos do processo civil compreendem a sua ciência e os institutos que compõem o conjunto de suas pesquisas. Para tanto, propunha a inclusão do pensamento publicista e do solidarista oriundos da Política e da Sociologia do Direito¹ nas reflexões sobre a técnica processual.

Elaborada e publicada em momento histórico em que a pesquisa jurídica privilegiava predominantemente a visão interna do processo, sem a consideração do contexto político e sociológico,² a tese representou verdadeiro marco teórico para o direito processual civil brasileiro ao defender que o processo é “instrumento para o exercício do poder” e, por esse motivo, deve ter sempre em vista objetivos sociais e políticos que ultrapassam os interesses individuais que o colocam em marcha.³

Da concepção de que a técnica processual não está voltada para si mesma, mas serve à efetivação e à garantia dos valores sociais, econômicos e políticos cultuados pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias, decorre a ideia de que o *instrumento* deve ser modificado e adaptado de acordo com a variação dos objetivos substanciais perseguidos.⁴ Instrumentalidade do processo e adequação procedimental, portanto, estão intimamente relacionados.

E tal concepção permanece atual: consciente desta relação entre instrumentalidade e adaptação, o processualista moderno ainda busca a melhor forma de tornar a técnica

1. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 11.

2. Cf. Eliane Junqueira, “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo”, *Revista Estudos Históricos* 18, Rio de Janeiro, 1996.

3. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 15ª ed., p. 59.

4. Idem, p. 37.

cada vez mais adequada ao direito material a que serve. Afinal, quanto mais adaptado o processo, mais efetiva é a prestação jurisdicional.

Nesse contexto, considerando os vários agentes que interagem com o instrumento no desempenho de suas atividades, é de se indagar a quem cumpre precipuamente a tarefa de adequar o procedimento: ao legislador, ao juiz ou às partes?

Revisitando a tese da *instrumentalidade do processo*, o presente trabalho tem por objetivo, além de homenagear o seu admirado defensor, analisar como o Código de Processo Civil/2015 respondeu à pergunta acima exposta por meio das técnicas arranjadas em seu corpo normativo.

1. *Instrumentalidade e adequação*

Atualmente é assente a concepção do processo jurisdicional como instrumento para a atuação da vontade do direito substancial. Não mais visto como um fim em si mesmo, o processo, além de promover a atuação concreta do Direito, também tem funções sociais e políticas, coincidentes com os objetivos estabelecidos pelo Estado.⁵ Disso decorre que a técnica processual – ou seja, os meios ordenados e predispostos a realizar os escopos processuais⁶ – deve sempre ser construída e interpretada de acordo com os objetivos a serem alcançados pela sociedade.

O processo, como instrumento, deve ser adequado ao seu objeto, o direito substancial,⁷ de forma que os fins almejados pelo sistema jurídico sejam atingidos com a maior efetividade possível. De nada adiantaria garantir às partes acesso ao sistema jurídico se não lhes fossem garantidas igualmente as ferramentas *adequadas* para a resolução da crise de direito material que enfrentam. O exercício do direito de ação não se esgota com a efetiva propositura da demanda, mas inclui, igualmente, o regular desenvolvimento do processo até a fase executiva.

5. Trata-se dos escopos *sociais, políticos e jurídico*, sistematizados por Cândido Rangel Dinamarco. De acordo com o autor, correspondem aos escopos sociais a pacificação com justiça, entendida como a eliminação de conflitos mediante critérios justos, e a educação, compreendida como a conscientização dos membros da sociedade para direitos e obrigações; os escopos políticos, por sua vez, correspondem aos modos pelos quais o processo influi politicamente, e podem ser traduzidos na decisão imperativa do juiz (poder), na concretização do culto à liberdade dos cidadãos e na participação destes nos destinos da sociedade política; já, o escopo jurídico diz respeito à atuação da vontade concreta do Direito, que de forma mediata concretiza os valores fundamentais da sociedade política, positivados no Direito (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 15ª ed., pp. 177-258).

6. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 15ª ed., p. 374.

7. Tratando dos escopos da jurisdição, José Roberto dos Santos Bedaque explica que “o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los mediante o desenvolvimento de todas as suas funções, incluindo a executiva e a administrativa. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político” (*Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 73).

Com base em tais ideias é possível afirmar que o processo é instrumento a serviço do direito substancial sem que com isso sejam desconsiderados os demais escopos da jurisdição. Todos são tratados em conjunto quando se faz referência à atuação do direito substancial pelo processo.

Tome-se o exemplo dos direitos coletivos, decorrentes da sociedade de massa contemporânea, cuja tutela se tornou difícil por meio do modelo clássico do processo, pensado e desenvolvido para conflitos de natureza sobretudo patrimonial, que têm por objeto direito cuja titularidade é facilmente identificável. Foi necessário o desenvolvimento de técnica especial, mais adequada, para tutelar esses “novos” direitos, traduzida, em nosso ordenamento, nas Leis da Ação Civil Pública, da Ação Popular e da Improbidade Administrativa e no Código de Defesa do Consumidor, entre outras normas que disciplinam o processo coletivo.⁸

Trata-se da ideia consubstanciada no *princípio da elasticidade processual*⁹ ou simplesmente *adequação*,¹⁰ de acordo com o qual o modelo processual padronizado disposto pelo legislador deve ser adaptado de acordo com as especificidades de cada caso concreto, para que a tutela jurisdicional prestada seja adequada às características da relação substancial – tais como as partes envolvidas, a complexidade do litígio, o objeto da demanda, a eventual urgência da tutela pleiteada, as especificidades regionais de cada tribunal, entre muitos outros aspectos que podem impor a adequação do procedimento.

A flexibilização da técnica tem papel fundamental para a eficácia do processo. Ora, a instrumentalidade é incompatível com neutralidade e indiferença quanto às necessidades colocadas no plano do direito substancial.¹¹ Dessa forma, a disposição, em abstrato, de um procedimento padronizado muitas vezes se torna incapaz de tutelar adequadamente a situação da vida trazida ao processo, por não considerar suas especificidades. Quando isso acontece, o processo e os escopos que ele pretende efetivar se distanciam e não há pacificação com justiça. É por isso que se entende que o devido processo legal abrange a garantia às partes da perfeita adaptação do instrumento à realidade subjacente àquele conflito, de forma que lhes reste assegurado tudo o que o ordenamento jurídico lhes garante.¹²

8. Ricardo de Barros Leonel, tratando do tema do processo coletivo, aduz que “a mudança das relações na sociedade moderna, afastando-se do individualismo clássico, cria a demanda destas novas formas de tutela, que implicam a necessidade de adequar o instrumento – processo – a seus novos escopos. Esta modificação de perspectiva, refletindo a maior interação entre o direito material e o processo, no que atina ao processo coletivo no Brasil, tem sido patenteada, entre outras coisas, pela previsão de nova regulamentação específica para tais questões” (*Manual do Processo Coletivo*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 25).

9. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, cit., 6ª ed., p. 74.

10. Cf. Galeno Lacerda, “O Código como sistema legal de adequação do processo”, *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*, Porto Alegre, 1976. Mais recentemente, adotando como premissas as ideias de Galeno Lacerda, também Fredie Didier Jr. trata do princípio da *adequação do processo à situação substancial*, conceituando-o como a “adequação do instrumento ao objeto a que servirá de conduto, de modo a melhor e mais facilmente alcançar os fins para os quais foi criado”. O autor diferencia, ainda, os princípios da *adequação* e da *adaptabilidade*, que, apesar de consubstanciarem garantias similares, direcionam-se ao legislador, no primeiro caso, e ao juiz, no segundo (Fredie Didier Jr., “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, *Revista da Ajuris* 27/166-178, n. 83, Porto Alegre, Ajuris, setembro/2001).

11. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, cit., 6ª ed., p. 70.

12. *Idem*, p. 101.

Nessa linha de ideias, se adequar o procedimento é preciso, a quem cumpre tal tarefa: ao legislador, ao juiz ou às partes?

Sabe-se que, historicamente, ao legislador, principalmente, foi atribuído o papel de adaptar o procedimento, por meio dos procedimentos especiais ou por meio de alternativas a determinados atos do procedimento-padrão, previamente estabelecidas na lei.¹³ Sempre prevaleceu em nosso ordenamento o princípio da *indisponibilidade dos procedimentos*, de acordo com o qual a jurisdição, por ser função estatal, deve ser exercida pelos modos disciplinados na lei, e não da forma como preferirem os juízes ou os jurisdicionados.¹⁴ Além disso, apesar de os Códigos Processuais de 1939 e 1973 apresentarem como regra programática a *liberdade das formas*, dispuseram tão minuciosamente a forma dos atos processuais que, como aduz Cândido Rangel Dinamarco, “com segurança se pode afirmar que o princípio consagrado foi realmente o da legalidade formal”.¹⁵ Todos esses fatores não contribuíram muito para que também ao juiz e às partes fosse possibilitada a adequação procedimental.

Tal panorama, contudo, foi sendo modificado nos últimos anos, seguindo movimento generalizado entre os principais ordenamentos jurídicos comumente estudados¹⁶ na busca pela maior aderência do processo ao direito material. Passou-se a discutir mais o gerenciamento do processo pelo juiz¹⁷ e a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pelas partes,¹⁸ como formas de tornar o processo mais adaptado e efetivo. Nesse contexto foi promulgado o Código de Processo Civil/2015, que trou-

13. Como explica Fernando Gajardoni, “por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso País se filiou, preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental [*flexibilização por força da lei*], com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização. A regra de flexibilização do procedimento no Brasil é, portanto, a do estabelecimento legislativo de variantes rituais previamente imaginadas pelo legislador” (*Flexibilidade Procedimental (Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual)*), tese (Doutorado em Direito), São Paulo, USP, 2007, pp. 158-159).

14. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 7ª ed., vol. III, São Paulo, Malheiros Editores, 2017, p. 408.

15. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 15ª ed., p. 287.

16. Na Itália, por exemplo, foi recentemente introduzido no *Codice di Procedura Civile* o art. 183-*bis*, que passou a conferir ao juiz o poder de modificar o procedimento em casos de menor complexidade ou permitir que um processo ajuizado sob o procedimento ordinário passe a tramitar sob o rito do procedimento sumário. Ao tratar da novidade, Vincenzo Ansellini afirma que o legislador italiano finalmente aderiu a uma tendência generalizada de adaptação do procedimento: “Una generale tendenza riformatrice che pare trovare il suo presupposto comune nella definitiva presa d’atto della circostanza che le controversie non sono tutte uguali; *rectius*, posseggono ognuna un diverso e specifico grado di complessità processuale. E, di qui, la necessità di prevedere percorsi processuali flessibili (e dunque variamente modulabili) in relazione al diverso tasso di complessità della controversia” (“Modulazioni della trattazione nella recente riforma italiana del processo civile: spunti minimi di raffronto comparato”, *Revista de Processo Comparado* 3/213-238, janeiro-junho/2016).

17. Cf. Marc de Cristofaro, “*Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”, *Rivista di Diritto Processuale* 65/282-305, n. 2, Pádua, 2010.

18. Cf. Loïc Cadiet, “Les conventions relatives au procès en Droit Français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero Speciale: Accordi di Parte e Processo* LXII/7-35, Milão, 2008.

xe modificações ao panorama traçado e, de forma inovadora, passou a possibilitar a iniciativa das partes para a adequação procedimental.

Nos itens a seguir será promovida breve análise dos regimes de adequação procedimental com base na sua iniciativa – legislador, juiz e partes. Dessa forma será possível confirmar como o Código de Processo Civil atualmente vigente responde à indagação apresentada acima, acerca da responsabilidade pela adaptação procedimental.

2. Adequação procedimental por iniciativa do legislador, do juiz e das partes

2.1 Legislador

Como visto no item anterior, a forma mais antiga e comum de adequar o procedimento é a criação pelo legislador de procedimentos especiais dispostos no Código de Processo Civil e em leis esparsas.¹⁹ Além disso, o legislador também cria normas particulares que alteram o procedimento comum²⁰ de acordo com determinadas particularidades do direito material. Nesse modelo legalista, ao direito positivo cumpre a tarefa de selecionar as demandas passíveis de serem veiculadas por meio de modelos procedimentais especiais, aos quais tais demandas devem se conformar para que seu processamento seja admissível.²¹

A razão de ser dos procedimentos especiais está na necessidade de adequar regras inconvenientes ou insuficientes para a tutela jurisdicional efetiva diante das particularidades do direito material.²² Tal fundamento, apesar de comum a todas as espécies de adequação tratadas neste trabalho, adquire especial importância quando se considera a complexidade do processo legislativo que dá origem aos procedimentos especiais.

A complexidade de que se fala decorre dos riscos de, por um lado, se deixar de adequar o procedimento comum em relação a determinado aspecto que tem se mostrado ineficiente e, por outro, de se promover modificação procedimental sem qualquer benefício à efetividade da atividade jurisdicional. Apesar de ambas as posturas serem indesejadas, tem-se que, historicamente, o legislador brasileiro incorreu mais no primeiro desacerto, ou seja, especializou de forma recorrente procedimentos sem razões de ordem prática – o que gerou o efeito inverso do pretendido pela adaptação: o processo tornou-se mais complexo e menos efetivo.²³

De acordo com levantamento realizado por Heitor Sica, o Código de Processo Civil/1939 dispunha sobre os procedimentos especiais de forma muito destacada: 376

19. São exemplos de procedimentos especiais inventário e partilha (CPC/2015, arts. 610 e ss.), interdição (CPC/2015, arts. 747 e ss.), mandado de segurança (Lei 12.016/2009), ação de alimentos (Lei 5.478/1968) e desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941).

20. É exemplo o julgamento antecipado do mérito (CPC/2015, art. 355).

21. Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, *Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, Salvador, JusPodivm, 2018, p. 33.

22. Heitor Vitor Mendonça Sica, “Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais”, *RePro* 208/61-89, São Paulo, Ed. RT, junho/2012.

23. Idem, *ibidem*.

artigos tratavam dos “Processos Especiais” e, somados aos procedimentos dispostos no Livro IV sob o título “Processos Acessórios”, tinha-se, ao todo, 61 procedimentos especiais, que correspondiam a quase metade de todos os dispositivos daquele Código. Contudo, apesar de a “Exposição de Motivos” do Código de Processo Civil/1973 haver criticado expressamente essa exacerbada disposição de procedimentos especiais, o então novo diploma não promoveu significativa alteração dessa situação: dedicou mais de 300 artigos ao tema, conservou em vigor 16 procedimentos especiais do Código/1939 e deixou de sistematizar, trazendo para o seu corpo, os inúmeros procedimentos especiais editados por leis extravagantes.²⁴

O Código de Processo Civil/2015 representou nova tentativa de limitar o exacerbado número de procedimentos especiais cuja existência, muitas vezes, não mais se justifica. Foram suprimidos, por exemplo, os procedimentos de nunciação de obra nova, posse em nome de nascituro, atentado, alimentos provisionais, usucapião de terras particulares e depósito.²⁵ Contudo, houve também a inclusão de novos procedimentos, tais como a dissolução parcial de sociedade, a regulação de avaria grossa, a ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo, além de procedimentos relacionados ao direito de família. Houve, na verdade, tímida redução de procedimentos especiais, mantendo-se em nosso ordenamento jurídico a característica de acentuada especialização do procedimento pelo legislador.

Apesar disso, há duas importantes novidades no Código de Processo Civil/2015 dignas de nota, posto que contribuem para a simplificação da aplicação dos procedimentos especiais dispostos em lei.

A primeira diz respeito à mitigação do princípio da *indisponibilidade dos procedimentos*. Anteriormente a escolha equivocada do procedimento pelo autor levaria ao indeferimento da petição inicial, de acordo com o que dispunha o art. 295, V, do CPC/1973; agora tal consequência não mais se verificará, na medida em que o art. 330 do Código vigente não mais inclui a má escolha do procedimento como causa de indeferimento da inicial. Ao contrário, com base no que dispõe o art. 321 do CPC/2015, o

24. Idem, *ibidem*.

25. Em relação aos procedimentos da usucapião e do depósito cabe a ressalva apresentada por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, de acordo com a qual “houve, na verdade, uma pseudoextinção do procedimento especial da ação de usucapião de imóvel – a única mudança aparente é a desnecessidade de anexar à petição inicial a planta do imóvel. (...) A ação de depósito era uma espécie de ação monitoria. O CPC/2015 incluiu expressamente a possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência, no mesmo caso antes previsto para a antiga ação de depósito (art. 311, III, do CPC). A extinção dos procedimentos especiais da ‘ação de usucapião de terras particulares’ e da ‘ação de depósito’ é, portanto, meramente simbólica, uma forma de fazer com que os jurisdicionados acreditem que a legislação ficou mais simples, pois o número de procedimentos especiais teria sido reduzido. Além de simbólica, essa alteração revela autoengano legislativo: essencialmente, a tutela diferenciada do direito ao reconhecimento da aquisição de imóvel por usucapião e dos direitos do depositante se mantém em nosso sistema, como dito, pela preservação das técnicas especiais que os caracterizavam desde a legislação anterior” (*Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, cit., pp. 53-54).

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO NÃO ADJUDICADA DE CONFLITOS: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO PROCESSUAL?

FLÁVIO LUIZ YARSELL

1. Introdução: (um pouco mais do que) indicação e justificativa do objeto de análise. 2. Processo como instrumento do poder (ainda que não estatal) para solução de conflitos. 3. Processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos. 4. Novas perspectivas?.

1. Introdução: (um pouco mais do que) indicação e justificativa do objeto de análise

Já perdi a conta dos textos que produzi para homenagear juristas, processualistas ou não; alguns mais de uma vez. Penitencio-me sinceramente por, em algumas dessas vezes, não ter tido maior cuidado na escolha do tema, de sorte a ajustá-lo à pessoa e à obra do homenageado – ainda que, em alguns casos, ele ou ela tivessem uma produção de tal forma extensa que qualquer escolha poderia ser tida como justificável. Percebo que nem sempre estive à altura da honra e da delicadeza que o convite encerrava.

Tendo agora essa consciência, percebi que não poderia repetir o erro diante da oportunidade de escrever um texto em homenagem a alguém com significado tão especial para mim: ao lado da professora Ada Pellegrini Grinover e do professor Antonio Junqueira de Azevedo, Cândido Rangel Dinamarco tem na minha formação jurídica e também pessoal uma importância correspondente à paternidade ou à maternidade intelectual e científica – sim, porque, dentre eles, não sei dizer exatamente quem fez o papel de pai e de mãe, e hoje, olhando para trás, percebo que eles se alternaram nessas figuras simbólicas, essenciais e ambíguas. Mesmo que eles não saibam ou até que eventualmente não tenham querido, fui criado à sua imagem e semelhança, inspirei-me em seus pensamentos e em suas condutas, fui por eles ajudado, formado e orientado; até o dia – diferente em relação a cada um deles – em que, como é imperativo, compreendi e assumi que era tempo de romper o cordão umbilical que nos ligava, para cumprir meu próprio destino, fazer minhas próprias escolhas e por elas responder, para o bem ou para o mal.

Cândido (como Ada) não foi meu professor na Graduação. Pelo interesse que o direito processual me despertou desde as primeiras aulas de Teoria Geral do Processo (com o professor Araújo Cintra), li suas obras antes de o conhecer pessoalmente. Ainda

aluno da Graduação, acompanhei o concurso para a titularidade e a defesa da icônica tese sobre a instrumentalidade do processo, com interesse e deslumbramento. Tenho razoável lembrança das objeções levantadas por Barbosa Moreira, Galeno Lacerda, José Olympio de Castro, José Ignácio Botelho de Mesquita e pela própria Ada; assim como das respostas seguras e elegantes, prenúncio da incontestável vitória e ilustração da importância histórica do que ali se passava. Inspirado pela trajetória de Cândido e pelas lições de Junqueira (que também nasceu processualista e que nos falava da doença chamada “processualite”...), nasci um instrumentalista e, ainda que inconscientemente, assumi comigo mesmo o compromisso de assim me manter.

Faltava estabelecer um contato pessoal com o Mestre, inclusive para almejar uma vaga na Pós-Graduação, que estava ávido para iniciar logo que concluída a Graduação. A oportunidade surgiu em aula que Cândido ministrou para a turma (do diurno) de direito privado (naquele tempo, era uma das opções para os alunos de quinto ano), a convite da querida Teresa Ancona Lopes – sobre fiança. Ao falar sobre a iniciativa do fiador diante da inércia injustificada do credor de acionar o afiançado (hoje, objeto da regra do art. 834 do CC), ele indagou se alguém sabia de que figura processual estava falando. Respondi que era substituição processual; mas emendei que, na verdade, não era... Paciente com meu entusiasmo juvenil, Cândido foi gentil e acolhedor. Conversamos rapidamente no final da aula e lhe falei sobre minha aspiração a uma vaga. Ele até foi receptivo, mas adiantou que preferia candidatos mais experientes...

Para encurtar (até porque este é um artigo em homenagem, e não um exercício inoportuno de egocentrismo): acabei sendo admitido e, se não erro, acredito ter sido o primeiro recém-formado a ser admitido por ele para uma vaga – os dois outros colegas admitidos naquele ano já eram juízes experientes. Cursei o Mestrado e o Doutorado sob sua orientação, acompanhei-o como assistente informal, inicialmente no Curso de Especialização (que então existia), depois na Graduação e em monitorias na Pós-Graduação (tendo posteriormente auxiliado outros docentes, dentre os quais Antonio Carlos Marcatto e José Rogério Tucci). Apenas praticamente 10 anos depois de começar essa jornada como docente voluntário foi aberto concurso para contratação; depois outro para ingresso na carreira e, assim, acabei assumindo minhas próprias turmas. Distanciamos-nos relativamente, mas o essencial já estava formado. Fiz o concurso de Livre-Docência (por ele presidido) e, logrando êxito no concurso para Titular, tive a honra de ocupar a cátedra que foi dele; o que apenas reafirma a certeza de que fui e sempre serei um discípulo do Mestre e um defensor de suas ideias – não por qualquer favor, mas porque elas me parecem, em perspectiva macroscópica, a forma mais correta de conceber o direito processual.

Nesse contexto, considerando o que o pensamento do professor Dinamarco representa no cenário jurídico (nacional e internacional) e, em particular, na minha própria formação, penso que refletir sobre o conceito de *processo* – e sobre implicações daí decorrentes – seja adequado. É, sem dúvida, desafiador. Mas, sem que isso seja garantia de resultado útil e relevante, é escolha que pretende ser afinada com a importância do homenageado e de sua obra. Espero sinceramente que essa também seja a percepção

dele, a quem deixo mais uma vez registrado meu sincero e perene agradecimento, por tudo que me proporcionou.¹

2. Processo como instrumento do poder (ainda que não estatal) para solução de conflitos

No pensamento de Dinamarco convivem as concepções de *processo* como ente complexo, resultante da soma de *procedimento* (aspecto formal) e de *relação jurídica processual*; e como *procedimento em contraditório*.² Em síntese das mais felizes, entende o Mestre que referida relação é a expressão *jurídica* de uma exigência *política* de participação, que é o contraditório.³ A participação – em alguns casos indispensável e em outros uma faculdade aberta aos interessados – legitima o ato de *poder* que, por sua própria natureza, se impõe aos destinatários de forma vinculante – afinal de contas, o poder é a capacidade de decidir e de impor decisões.⁴ O modo pelo qual essa participação ocorre depende das posições jurídicas reconhecidas aos diferentes sujeitos (poderes, sujeições, ônus, faculdades, deveres), pela lei ou pela vontade das partes (ainda que com limites).⁵ Portanto, ainda que implicitamente, na obra de Dinamarco não é

1. Registro meu especial agradecimento a Eduardo de Carvalho Becerra e Fabio de Souza Rodrigues Marques, jovens estudiosos do direito processual, pelo auxílio na pesquisa, intercâmbio de ideias e revisão final.

2. Essas concepções acompanham há anos suas obras. Cf., para ilustrar: Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 152; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 29; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 325; Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 2016, p. 124; e Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria Geral do Processo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2020, pp. 28-29.

3. “A disciplina legal das situações ativas e passivas que integram a relação jurídica processual é o reflexo infraconstitucional da garantia constitucional do contraditório. Atribuir situações ativas e passivas aos litigantes e ao Estado-juiz é instrumentalizar no plano jurídico a dupla exigência posta em nível político, de modo que um modelo legal portador de adequada disciplina dessas situações é um modelo respeitoso a essa garantia” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., 6ª ed., vol. 2, p. 29).

4. O entendimento é bem ilustrado pela seguinte passagem de sua obra: “Ao contrário dos atos negociais, que criam normas particulares *inter partes* e em princípio vinculam exclusivamente quem as criou (autonomia da vontade), os atos de poder projetam eficácia imperativa e inevitável sobre a esfera de direitos de pessoas diferentes daquelas que os realizam. Justamente porque imperativos e inevitáveis, não se originando da vontade dos destinatários nem dependendo do concurso dela, os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses hajam tido oportunidade de participar de sua formação: participação e contraditório” (cf. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., 6ª ed., vol. 2, p. 32).

5. Anteriormente à vigência dos arts. 190 e 191 do CPC, Dinamarco – na esteira de Liebman – havia refutado a possibilidade, ao menos como regra, de negócios jurídicos processuais, por recusar a ideia de que os efeitos dos atos processuais poderiam ser determinados pela vontade das partes. Posteriormente, ao ensejo do Código de Processo Civil/2015, o Mestre ponderou que “essa posição deve ser posta sob ressalva porque ele [o CPC/2015] abre caminho para entendimentos entre as partes

encampada a ideia de que contraditório e relação jurídica processual seriam elementos reciprocamente excludentes; ou que a segunda seria um dispensável clichê.⁶

Nesse cenário, Dinamarco associa o processo a todas as formas em que se exerce poder e, como dito, como forma de se legitimar o ato final de vinculação dos destinatários. Por um lado, isso permitiu que ele superasse com facilidade a limitação de processo como instrumento de poder jurisdicional – para aceitar a existência de autêntico processo administrativo e legislativo; e mesmo de processo como instrumento de poder não estatal – para admitir que há processo sempre que, mesmo em esfera privada de poder, este for exercido para a formação de um provimento vinculante dos respectivos destinatários.⁷ Por outro, o Mestre recusou a proposta de prestigiosa doutrina, de extensão do conceito para fora dos limites do exercício de alguma forma de poder (ainda que em esfera privada), isto é, para os domínios dos negócios jurídicos entre as partes, por entender que tal elastério não seria metodologicamente útil.⁸

mediante certos atos praticados não só com a vontade de praticá-los, mas, também, com a intenção de estabelecer novas situações concretas por elas próprias construídas, como se dá nos acordos sobre mudanças no procedimento e convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes, antes e durante o processo (art. 190). Já no Direito anterior se admitia, como continua existindo no novo Código, a possibilidade de uma inversão do ônus da prova por acordo entre as partes (CPC/1973, art. 333, par.; CPC/2015, art. 372, § 3s) e alguns sustentavam que também as eleições de foro fossem um negócio jurídico processual” (cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, cit., 31ª ed., p. 396).

6. Qualificativo dado por Fazzalari em festejada obra: “In proposito, il pensiero giuridico ha percorso un cammino apparentemente strano, ma storicamente spiegabile. I processualisti hanno sempre stentato, a causa dell’imponenza del fenomeno (la trave nell’occhio próprio ...), a definire il ‘processo’ – lo schema stesso della disciplina di loro competenza – e sono rimasti fermi, ancora durante alcuni decenni di questo secolo, al vecchio e inadatto *cliché* pandettistico del ‘rapporto giuridico processuale’” (cf. Elio Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, V ed., Pádua, CEDAM, 1989, p. 73).

7. “Processo é conceito que transcende ao direito processual jurisdicional. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades empresárias para aumento de capital etc.)” (cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, cit., 31ª ed., p. 318).

8. “Tais garantias não têm pertinência aos negócios jurídicos – e daí a impropriedade metodológica da assimilação destes à teoria geral do processo, como chegou a ser proposto por prestigioso doutrinador (Elio Fazzalari). A ideia dessa assimilação foi repelida e não obteve progresso na doutrina em geral porque, embora muitos negócios se realizem mediante procedimentos estabelecidos em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na autonomia da vontade e não em um suposto poder, com a sujeição jurídica de algum sujeito às decisões ou imposições de outro (...)” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria Geral do Processo*, cit., 32ª ed., p. 28). A bem da verdade, a crítica já constara de clássica obra anterior do Mestre, da qual se colhe que: “No extremo oposto àquele em que se coloca o processo jurisdicional, está a disciplina dos negócios jurídicos, com o seu estatuto formal e o das formas que os antecedem. Ainda que fosse lícito incluir tais atividades no conceito de processo, é tão grande a distância conceitual e funcional entre elas e as que caracterizam o processo jurisdicional, que, ao cultor do processo civil, tamanha amplitude da teoria geral acabaria por minar a sua utilidade metodológica” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 11ª ed., p. 78).

O que se extrai desse pensamento é uma vinculação entre *processo* e exercício de *poder*.⁹ Se o processo é um procedimento em contraditório; se o contraditório é exigência política de participação na formação de atos que vinculam; se o processo – via relação jurídica processual – assegura e regula essa participação; se a participação legítima o exercício do poder e os atos daí emanados, especialmente perante os respectivos destinatários, então, o nexa estabelecido faz mesmo sentido. Daí por que se entende, por exemplo, que se está diante de um procedimento – e não autenticamente de um processo – se o ato culminante não vincula os sujeitos que lhe são externos, conquanto relacionados com o objeto e razão de ser do procedimento. O inquérito (civil ou penal) seria disso talvez a melhor ilustração: destinado a formar o convencimento de quem acusa, ele não seria um típico processo, mas um mero procedimento;¹⁰ diferentemente da decisão dada pelo juiz, que se impõe e vincula as partes.

Ao que tudo indica, esse raciocínio parece estar atrelado exclusivamente à perspectiva de solução *adjudicada* de conflitos. Conquanto variem a natureza e a intensidade do poder exercido nas diferentes hipóteses (processo jurisdicional, administrativo, legislativo, extrajudicial), a ideia é sempre a mesma: há um terceiro em relação aos destinatários do provimento final e aos quais o ato se impõe. O processo – justamente porque garante a participação – legitima o exercício do poder e, portanto, o resultado da atividade assim realizada. Isso talvez explique a recusa, acima mencionada, à extensão de *processo* a negócios entre partes: conquanto eles possam ser vistos, ainda que sob ótica amplíssima, como forma de superação de um conflito, ali não há propriamente poder e, sobretudo, não há uma relação de subordinação, mas sim de coordenação – real ou presumida, regulada ou não regulada, mas de coordenação. Não é o ato de um terceiro que se impõe a outrem, mas as partes se vinculam pela expressão de sua própria vontade.

De fato, pensar em processo como um método ordenador da conduta das partes que negociam um contrato, sem qualquer participação de um terceiro, em pé de igualdade (ainda que ajustada substancialmente pela lei) ou, ao menos, sem subordinação de uma parte à outra, pode mesmo parecer uma construção artificial. Em muitos casos a formação instantânea do negócio jurídico sequer permitiria entrever uma sequência de atos – portanto, um procedimento; e tampouco vínculos entre os interlocutores (inconfundíveis com aqueles decorrentes do negócio entre eles celebrado).

Mas, quando se dá a devida atenção para os meios de solução não adjudicada de controvérsias, a ligação necessária entre *processo* e *poder* exercido por um terceiro que

9. É daí já ter o Mestre defendido que: “O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vista ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a posituação do poder)” (cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, cit., 31ª ed., p. 317).

10. Conforme já lecionou o Mestre, o inquérito não é processo na medida em que “não conduz a decisões que sob a forma de provimentos interfiram na esfera jurídica de pessoas”, “justamente porque não se endereça a provimento algum” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 11ª ed., p. 161).

imporá decisão adjudicada parece não mais se justificar. Com efeito, também na busca da autocomposição há – ou quando menos pode haver – um *procedimento* (isto é, uma sequência de atos encadeados para a produção de um fim, que é a solução do conflito), animado por uma *relação jurídica*, isto é, por uma série mais ou menos complexa (conforme o caso) de vínculos entre os protagonistas da controvérsia e eventualmente um terceiro (que nada adjudicará), traduzidos em posições jurídicas. Isso fica razoavelmente claro, para desde logo ilustrar, quando se pensa nas clássicas técnicas de *conciliação* e *mediação*; e em propostas talvez mais modernas, como é o caso dos comitês de resolução de disputas, no âmbito contratual (*dispute boards*).¹¹ Além disso, há situações nas quais a busca de superação do conflito mediante autocomposição coloca uma das partes diante de quem exerce poder. É o que se dá nos casos do *acordo de leniência*¹² e no de *colaboração premiada*,¹³ em que está também presente o exercício de poder, conquanto dele não resulte propriamente a solução adjudicada do conflito.

3. *Processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos*¹⁴

A releitura do conceito de *processo*, nos moldes aqui preconizados, passa pela revisão crítica da tradicional concepção de que ele é um procedimento em contraditório.

Com efeito, mesmo sob a ótica de instrumento para solução adjudicada de controvérsias, entender *processo* como um “procedimento em contraditório” – que envolve informação necessária e reação possível – é de certa forma reduzir a complexidade do fenômeno que ali se contém. A ideia de *reação*, que usualmente se identifica com a possibilidade de *defesa*, refere-se exclusivamente aos sujeitos parciais e desconsidera o sujeito imparcial – que nada defende ou que de nada se defende; e a quem não se dirige propriamente a exigência de *informação* – não ao menos sob a ótica de defesa.

11. Trata-se de instituto surgido nos Estados Unidos da América na década de 1970, por ocasião da inserção de cláusula em contrato que culminou na construção do Túnel *Eisenhower* (Colorado). A previsão contratual consistia na designação de três membros, especialistas na área de construção, responsáveis por emitir recomendações não vinculantes, no curso da execução contratual, acerca de eventuais discordâncias existentes entre as partes quanto à interpretação das obrigações assumidas de parte a parte. O instituto foi se desenvolvendo e, não de hoje, existem *dispute boards* que emitem recomendações vinculantes, ainda que provisórias, assim como *dispute boards* de natureza mista (que podem emitir recomendações vinculantes e não vinculantes). Em suma, trata-se de mecanismo pensado para o gerenciamento de crises contratuais, prevenindo-se o acirramento das divergências e o aprofundamento dos conflitos. Sua utilização é crescente entre nós, inclusive em contratos envolvendo a Administração Pública (as informações foram majoritariamente extraídas de apresentação feita por Fábio Peixinho Gomes Corrêa e que foi gentilmente compartilhada com o subscritor deste artigo).

12. V. Lei 12.846/2013 e, mais especificamente, os arts. 196 a 210 do Regimento Interno do CADE.

13. V. novamente a Lei 12.846/2013, alterada pela Lei 13.964/2019, no particular relativo à colaboração premiada.

14. Parte expressiva das considerações feitas nesse tópico consta, muitas vezes de forma literal, do nosso *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed., vol. 1, São Paulo, Marcial Pons, 2020, pp. 146-147, 155-156 e 294-295. Houve acréscimos e modificações, mas a ressalva deve ser feita de forma expressa ao leitor.