

## Opinião: Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos

O cenário processual civil brasileiro ainda é dominado pelo instrumentalismo, isto é, pela combatida ideia de "instrumentalidade do processo",<sup>[1]</sup> cujo fôlego é renovado pela "cooperação"; no último caso, importante registrar, sem o devido escrutínio de suas origens.<sup>[2]</sup> Usualmente, o instrumentalismo é apresentado pela doutrina não apenas como discurso dominante, senão marcado por pretensão de exclusividade; pior, há quem o transporeça como um dado objetivo, jamais uma ideologia em sentido estrito.<sup>[3]</sup>

Ainda hoje, no raiar de seu contato com o direito processual, o estudante é torpedeado por lições arcaicas que, acriticamente, são alçadas à categoria de pilares acadêmico-(de)formativos. Nesse orbe, a equivocada redução do processo à mera técnica de realização do direito objetivo, à pacificação de conflitos ou mesmo à concretização da justiça. Conquanto largamente difundidas, o que se tributa ao seu lastro retórico,<sup>[4]</sup> essas orientações derivadas da instrumentalidade não têm arrimo em nossa ordem jurídica constitucional. Inclusive, sem perder de vista o deslize epistêmico, pois o "objeto cognoscível" é explicado a partir de seu uso, e não de seu "ser".<sup>[5]</sup>

Por outro lado, em sua novel perspectiva, o instrumentalismo prega a hegemonia discursiva do processo como ambiente cooperativo à realização da justiça (artigo 6º, CPC),<sup>[6]</sup> vendendo o ilusório reposicionamento do magistrado ao patamar dos sujeitos parciais, malgrado, em seu reboque, não se tenha presenciado a diminuição dos poderes do julgador, senão seu aumento (suficiente a leitura do artigo 139 do CPC).

Em linhas gerais, o instrumentalismo é refratário ao DNA do processo, verdadeira "instituição de garantia", tal como vem sendo desenvolvido por Eduardo José da Fonseca Costa,<sup>[7]</sup> donde deflui uma concepção epistêmica com relevantes efeitos políticos, dado que o "objeto cognoscível" não pode ser apoderado pelo Estado.

Sucedo que um véu se erigiu diante dos olhos daquele estudioso em seu contato ainda ingênuo com o direito processual, o que remonta à experiência bacharelesca da Teoria do Processo, quando o discente ainda estava despido de sólida formação na dogmática constitucional, eventualmente, quando ainda muito influenciado pelo conceitualismo. Afinal, é sempre difícil afrontar a auctoritas exercida pelo mestre.

Tal como estudada na graduação, a Teoria do Processo seria alicerçada em conhecido tripé (jurisdição-ação-processo), sem olvidar a referência à exceção/defesa. Pois bem. Conquanto jurisdição e ação/defesa (ação processual) já sejam perspectivadas constitucionalmente, emancipadas do purismo metodológico e conceitual da Escola Sistemática, o instrumentalismo fez/faz com que o processo fosse/seja subjugado a reverberações procedimentais, tomado em sinonímia aos autos ou mesmo travestido em mera técnica a serviço da jurisdição.<sup>[8]</sup>

Historicamente, o apego a visões apegadas do processo tem concorrido à hipertrofia da jurisdição, impulsionando o aumento dos poderes dos magistrados à realização de fins externos ao processo e à jurisdição, encartados ao sabor da ideologia de plantão. Assim, basta resgatar o CPC austríaco (1895) à memória, tido como o responsável pelo surgimento do "vírus autoritário",<sup>[9]</sup> cujo idealizador, Franz

---

Klein, enxergava o processo como um "mal social" que afetava a economia; logo, algo a ser extirpado.

Sem medir esforços para esse desiderato, Klein supunha um descompromisso das partes com o encerramento dos processos, motivo pelo qual apostava no aumento dos poderes judiciais à rápida condução e julgamento. Rigorosamente, Klein nutria concepção publicista, antiliberal e moralista do processo, consoante denunciado por Franco Cipriani,[\[10\]](#) o que não impediu seu pensamento de exercer influência na Europa e além-mar, desembarcando no Brasil.[\[11\]](#)

Como se intui com tranquilidade, dessa cosmovisão sobressai a dimensão hipertrofiada do poder (jurisdição), em detrimento da dimensão de liberdade que lhe deveria contrastar (processo). Pior, negligencia-se que o processo é uma garantia contra o próprio Estado-juíz, cuja imparcialidade não é — e nem pode ser (!) — abrigada apenas pela inércia (artigo 2º, CPC) e pela ausência das causas de comprometimento estipuladas em lei (artigo 144 e ss., CPC), senão pelo devido respeito à (re)partição de funções (imparcialidade funcional ou objetiva).[\[12\]](#) Constitucionalmente, a missão do juiz é de atuar como garante ou guardião,[\[13\]](#) o que também é decorrência do juiz natural.

Já inaugurada,[\[14\]](#) esta série de ensaios visa a reforçar e difundir um debate já existente, mas ainda não ecoado, desnudando o enviesamento ideológico e consectários carreados pelo instrumentalismo. Para tanto, a partir da corrente teórica denominada Garantismo Processual, nosso lugar de fala, recorreremos ao pensamento de seus mais conhecidos expoentes, indicando obras para iniciantes e iniciados (vide nossas referências bibliográficas).

O Garantismo Processual atravessa o fenômeno processual como um todo (civil, penal, administrativo, eleitoral etc.), postulando o irrestrito acatamento da Constituição; feitas por Adolfo Alvarado Velloso em artigo dedicado a explicar o garantismo,[\[15\]](#) as assertivas têm sido corroboradas entre nós.[\[16\]](#) É voltando os olhos à CF/88, pois, cientes das conquistas históricas que levaram à inserção do processo dentre as garantias individuais de liberdade (artigo 5º, caput e inciso LIV, CF/88), que se extrai uma premissa no mínimo elementar: o processo não é mero instrumento, não sendo vocacionado à efetivação de escopos metajurídicos, senão uma "instituição de garantia" dotada de autonomia e substantividade (constitucional) próprias. No particular, diferente da Constituição da Tchecoslováquia de 1960, cujo artigo 107 impelia os tribunais a conhecerem o “estado real das coisas sobre as quais deliberam” à concretização do direito objetivo,[\[17\]](#) inexistente preceito constitucional no Brasil que abrigue qualquer visão do processo com subserviência ao Estado-juíz.

A essa altura, cabe uma advertência derradeira: a censura lançada ao instrumentalismo não significa que verdade e justiça sejam indiferentes ao garantismo,[\[18\]](#) o que não passaria de uma contracrítica despropositada e leviana. Mesmo porque, no horizonte das partes, há regras estabelecendo que seus arrazoados deverão ostentar clareza e coerência, além de existir um sistema de autorresponsabilidade probatória (artigo 373, CPC). Na perspectiva do juiz, espantado-se o livre convencimento motivado e qualquer outra janela para voluntarismos, a Constituição estabelece a obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (artigo 93, IX, estruturado pelo artigo 489, §1º, CPC), os quais são sindicáveis por meio de recursos. Sendo um ambiente essencialmente dialético, desnecessário citar os preceitos do CPC que podem encaminhar o desfecho para além de um jogo de estratégias.

Sucedem que assumimos densidade filosófica não espelhada em trabalhos de processualistas que "enfrenta(ra)m" o tema da verdade e da justiça — não raro tratados como meros enunciados

---

performáticos de decisões judiciais —, e estamos conscientes de que o resultado obtido no procedimento judicial não certifica que verdade ou justiça tenham sido "materializadas". Adicionalmente, não se creia que um ambiente conflituoso e permeado de angústias seja adequado para, em nova recaída instrumentalista, atribuir-se uma pretensa função epistêmica ao procedimento judicial.<sup>[19]</sup>

É importante fixar o ponto: na qualidade de uma "instituição de garantia", o processo não pode diminuir ou asfixiar os interesses individuais e os direitos subjetivos nele discutidos a pretexto de concretizar fins que, não apenas são alheios a ele e à própria jurisdição, na observação de Juan Montero Aroca,<sup>[20]</sup> um dos principais expoentes do garantismo em terras hispânicas. Assentadas algumas premissas garantistas, seus desdobramentos serão enfrentados subseqüentemente.

[1] Não são poucas as críticas endereçadas à instrumentalidade. Dentre as mais conhecidas, ver: PASSOS, J. J. Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal." Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3062/instrumentalidade-do-processo-e-devido-processo-legal>>. Acesso em: 18 jun. 2017). LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. "O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual". Revista de Processo, São Paulo, v. 166, versão digital, dez. 2008.

[2] No ponto, ver: AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 421. Sobre a tentativa de moralização do processo a partir da cooperação, ver: AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal". In: Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 315-316.

[3] Ideologia, no ponto, em sentido estrito (compromisso com o poder ou sua luta), e não em sentido lato, da qual nenhuma manifestação cultural está indene. Nesse sentido, ver: SALDANHA, Nelson Nogueira. Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 81.

[4] Afinal, quem não deseja uma sociedade mais justa? E, em sendo assim, não seria sintomático que o processo também concorra para tanto?

[5] Se subo em uma cadeira para conseguir trocar uma lâmpada, isso significa que ela deixou de ser cadeira, transformando-se em uma escada?

---

[6] Além dos mencionados trabalhos de Juan Montero Aroca, ver: DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. OAKLEY, Hugo Botto. El Proceso: ¿Método de Debate o Juego Colaborativo? Su relación con la Imparcialidad Sicológica. Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, n. 3, mai. 2015. Sob outra perspectiva, mas também em tom de crítica, ver: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Que é cooperação processual? Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247557>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

[7] COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Processo como instituição de garantia. Revista Consultor Jurídico, 16 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 20 nov. 2016.

[8] Ver a crítica de Lúcio Delfino: DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247553>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

[9] MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus autoritário e processo civil. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/06-CorreiaMendon%C3%A7a-V%C3%ADrusautorit%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

[10] CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. Academia de Derecho. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/ordenanzaautriaca.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

[11] MENDONÇA, Luis Correia de, op. cit.

[12] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016, 187 p. COSTA, Eduardo José da Fonseca. SOUSA, Diego Crevelin de. Novo Código de Processo Civil Comentado. Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão e Lúcio Grassi de Gouveia (coords.). São Paulo: Lualri Editora, 2017, t. I, p. 181-243. MEROI, Andrea. El principio de imparcialidad del juez (las opiniones precursoras de Wener Goldschmidt y los desarrollos actuales del tema). Texto gentilmente cedido pela autora.

[13] AROCA, Juan Montero. El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 32, n. 32, 2006. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/26>. Acesso em: 10 jun. 2016.

[14] Suficiente a consulta dos ensaios de Eduardo Costa também publicados no Consultor Jurídico: "Processo como instituição de garantia" (<http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>) e "Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade" (<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>.)

[15] VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>. Acesso em: 20 jan. 2016.

[16] RAMOS, Glauco Gumerato. Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial versus ampla defesa. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. Justicia, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, n. 21, p. 38-46, jun. 2012.

[17] É o que informa Juan Montero Aroca em: La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 38.

[18] AROCA, Juan Montero. La prueba en el proceso civil. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p. 43 e ss.

[19] É a proposta de Taruffo, tão criticada por Juan Montero Aroca. Entre outros trabalhos do processualista espanhol, ver: La prueba en el proceso civil. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p. 47. Ainda, ver: PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247555>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

[20] AROCA, Juan Montero. El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 32, n. 32, 2006. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/26>. Acesso em: 10 jun. 2016.

## Date Created

26/07/2017