

© **Direito e Linguagem** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 134-171
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13754556

Diálogo crítico com a instrumentalidade do processo – parte 2: influências na legislação e na doutrina

*Critical dialogue with the instrumentality of procedure – part 2:
influences on legislation and doctrine*

Renê Francisco Hellman¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Sumário: 1. Introdução; 2. As influências da instrumentalidade do processo na legislação processual brasileira; 3. As influências da instrumentalidade do processo na doutrina processualista brasileira; 4. O formalismo-valorativo e sua ligação com a instrumentalidade do processo; 5. O direito à tutela jurisdicional efetiva; 6. O direito processual no Estado contemporâneo e o papel das “cortes supremas”; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

Resumo: Este ensaio tem a finalidade de analisar as exposições de motivos dos códigos processuais civis brasileiros e, com isso, identificar as influências da ideia de instrumentalidade do processo na legislação. Na sequência, serão analisados os posicionamentos de alguns estudiosos influentes do Direito Processual brasileiro, para verificar de que maneira a instrumentalidade do processo consolidou-se mesmo entre aqueles que tinham por intenção superá-la.

Palavras-chave: Processo; instrumentalidade; direito processual; código processual civil; doutrina; legislação; formalismo-valorativo; cortes supremas.

Abstract: This essay aims to analyze the explanatory memoranda of Brazilian civil procedure codes, in order to identify the influences of the concept of procedural instrumentality in the legislation. Subsequently, the positions of some influential scholars of Brazilian Procedural Law will be examined to assess how procedural instrumentality became established, even among those who intended to transcend it.

Keywords: Procedure; instrumentality; procedural law; civil procedure code; doctrine; legislation; value-based formalism; supreme courts.

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da UEPG; Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação da UEPG; Membro da ABDPro e do IBDP; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Neste segundo ensaio, após diálogo crítico com a obra “Instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, far-se-á um voo panorâmico sobre as influências da ideia de processo como instrumento na legislação e na doutrina brasileiras e, por fim, a partir da identificação das influências sobre as noções de formalismo-valorativo, far-se-á uma análise do impacto da instrumentalidade do processo também sobre as teorias processuais desenvolvidas pelos influentes autores Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart.

Recai sobre Dinamarco a responsabilidade pela tese que conferiu organicidade para a ideia de instrumentalidade do processo no Brasil, entretanto, não é ele o criador dessa noção, que foi sendo construída paulatinamente pela doutrina processualista, antes e depois de Dinamarco. É importante frisar que a ideia de instrumentalidade do processo não tem origem brasileira. Ela remonta ao início da chamada fase científica do Direito Processual.

O que se fará neste ensaio é destacar brevemente de que maneira as noções de instrumentalidade influenciaram a elaboração dos códigos processuais brasileiros, com análise de antecedentes históricos importantes, e perpassaram parte da doutrina. Não há aqui a intenção de uma análise aprofundada de toda a doutrina processual civil brasileira, bastante fértil e avançada, inclusive com linhas críticas e com fortes tentativas de superação do pensamento instrumentalista. O que se quer é demonstrar de que maneira as ideias instrumentalistas moldaram as propostas legislativas e influenciaram determinadas concepções teóricas.

Esse recorte serve para realçar a importância de se debater o instrumentalismo processual nos dias atuais, dada a grande relevância dos autores e das suas contribuições para o Direito Processual brasileiro.

Neste quarto e último ensaio da série de diálogos com a instrumentalidade do processo, o objetivo é ir além da análise da obra de Cândido Rangel Dinamarco e mapear as suas influências sobre o formalismo-valorativo, que forma a base teórica da visão sobre processo de três dos mais importantes estudiosos do Direito Processual Civil na atualidade: Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart.

A escolha desses autores se dá por dois motivos: em primeiro lugar porque se trata de estudiosos bastante importantes e influentes na doutrina brasileira, cujas ideias vêm sendo cada vez mais encampadas, seja por outros autores, seja pelo legislador; em segundo lugar porque não podem eles ser considerados autores necessariamente instrumentalistas, porque construíram posições teóricas com a pretensão de diferenciarem-se daquelas propugnadas pela Escola Paulista de Processo, mas que, apesar disso, são fortemente influenciados pela noção de processo como instrumento.

Então, em primeiro lugar far-se-á uma análise sobre como o formalismo-valorativo proposto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, autor já abordado no terceiro ensaio desta série, tem ligação com a instrumentalidade do processo e como isso é determinante para a construção das noções de colaboração processual em Daniel Mitidiero.

Na sequência, a análise será centrada na ideia de direito à tutela jurisdicional efetiva construída por Marinoni, Mitidiero e Arenhart, para identificar também ali as influências da instrumentalidade do processo.

Por fim, ter-se-á um diálogo com a tese das cortes supremas construída por Marinoni e Mitidiero, com destaque para a sua ligação com a ideia de processo como instrumento.

2. AS INFLUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Já em 1939, na edição do Decreto-Lei n. 1.608/1939, que conferiu ao Brasil o seu primeiro Código de Processo Civil, Francisco Campos, o ministro da justiça de então, apresentava a nova legislação processual em sua exposição de motivos e referia-se ao processo como “um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça”².

Nesse mesmo documento fica – mais do que evidenciada – confessada a influência do publicismo construído a partir das noções do chamado *processualismo científico germânico* e do *processualismo científico italiano*.

²CAMPOS, F. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939*: Decreto-Lei n. 1.608/1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>, acesso em 23/04/2023.

Francisco Campos propõe a substituição da concepção duelística do processo por uma concepção autoritária, de maneira que ele deixe de ser um “instrumento de luta entre particulares” e passe a ser um “instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”³.

Notam-se na Exposição de Motivos do CPC de 1939 as influências de Anton Menger e o seu socialismo para o Direito: “o novo processo é eminentemente popular”; “ele é um instrumento de defesa dos fracos”. Francisco Campos assume a influência de Giuseppe Chiovenda na construção do publicismo processual que permeou aquele código e afirma categoricamente que a função do processo é a atuação da vontade da lei. Isso dá a dimensão, segundo ele, do espaço que o juiz ocupa. Ele é o Estado administrando a justiça, não cabendo que seja passivo e que tenha atuação mecânica: “Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”⁴.

Para alcançar o desiderato de justiça que se espera da atuação jurisdicional, o juiz ativo e autoritário (nas palavras de Francisco Campos) tem um dever de investigar a verdade e, por isso, liberdade na direção da prova, devendo observar as “regras estabelecidas pela lei civil quanto à forma e à prova dos atos jurídicos”, funcionando as testemunhas e o perito como auxiliares do juízo⁵.

Não escapou da análise de Francisco Campos a questão relativa às formalidades e às nulidades. A simplificação dos procedimentos e um novo tratamento para os vícios processuais, com autorização para que atos viciados pudessem ser aproveitados se não resultassem em prejuízo para as partes e atingissem as suas finalidades, foram motes para a nova legislação de então.⁶ Nessa linha, a oralidade e o seu postulado, o “princípio da concentração dos atos do processo”, também ganharam força⁷.

³CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁴CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁵CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁶CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁷ “O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que
@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 137

Apesar das tendências autoritárias confessadas na Exposição de Motivos, Moacyr Amaral Santos observa que no texto do Código de Processo Civil de 1939 “tais tendências se esfumariam”, de modo que não se poderia claramente definir a “fisionomia” da lei de então, dada “a inequívoca aceitação dos princípios do processo dispositivo”. Entretanto, apesar dessa dubiedade entre a caricatura autoritária e a fotografia, a caricatura de uma lei “traçada sob o signo do Estado Novo, teve o condão de impor-se, predominantemente, como se fôra a própria fotografia”⁸.

Tem-se aí, anota o referido autor, uma contribuição para a formação de um espírito autoritário em “parte não pequena da magistratura”. E aqui Amaral Santos enxerga dois fatores “que se associaram em desprestígio da finalidade do processo”. O primeiro é a deturpação do “princípio da autoridade”, a partir do que o juiz é investido “das insígnias de autoridade desvinculada do dever de obediência ao princípio da legalidade”, ideia “de ampla aceitação na Alemanha nazista ou na Rússia soviética”. O segundo é a noção de que o processo tem por finalidade a descoberta da verdade. E sobre ele vale a transcrição da lição:

Nesse se extravasou a doutrina a atribuir todo o poder ao juiz, por considera-lo só assim em condições de intervir no processo de maneira que êste atinja aquêlo objetivo. Sem recusar sabedoria ao acêrto doutrinário, que se funda no inegável interesse de obtenção da certeza quanto aos fatos dos quais resultará o direito a ser declarado, convenhamos que o poder de investigação oficial no processo civil, que se instaura no interesse das partes, a fim de dirimir-se o conflito em que se acham, não deverá ser admitido senão como restrição necessária ao princípio dispositivo ou de contrariedade, e não como substituição dêste. (...) Não haveria exagêro afirmar-se que a iniciativa oficial, com referência à procura da verdade, diz respeito mais às circunstâncias que aos fatos, porquanto êstes, inelutavelmente, impõe-se às partes aduzi-los e demonstrá-los como razão ou fundamento dos seus pedidos, na inicial ou na defesa. Atravessando essas fronteiras, o juiz se situa no processo inquisitório e se perde, levado por sua condição de pessoa humana, no emaranhado das paixões que os interesses provocam, esquecido do dever de equidistância entre êle e as partes, ao lado de uma das quais mecanicamente se posta, a amparar-se no pressuposto, menos aceitável, de que o desejo da verdade, e tão só da verdade, o alimenta e o interessa.⁹

tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”. In: CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁸ SANTOS, M.A. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 54, n. 2, p. 212-229, 1959. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 14 jul. 2023, p. 223.

⁹ SANTOS, M.A. *Contra o processo* (...) Ob. Cit., pp. 224-225.

Não se pode olvidar que Moacyr Amaral Santos, apesar das críticas ao viés autoritário assumido pela Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, nem por isso deixava de estar alinhado à concepção publicística de processo. Ele compreendia a ingerência do juiz desde que limitada, não advogando a tese de um retorno ao “velho sistema romano-canônico”, mas sim o não esquecimento dos avanços proporcionados por aquele modelo: “Ainda é no velho que o novo processo muito tem que buscar e aprender, para atingir a sua verdadeira finalidade”¹⁰.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid destacava que os códigos austríaco, alemão e português, além dos trabalhos preparatórios para a revisão legislativa na Itália, foram as inspirações para a construção do sistema processual de 1939, que, no entanto, não logrou o êxito de efetivar completamente os seus princípios informadores (oralidade e identidade física do juiz), tendo em vista a extensão territorial do Brasil, o sistema de promoção na carreira da magistratura, a industrialização e o aumento da densidade demográfica¹¹.

Também no CPC/1973 a linha mestra foi a da instrumentalidade: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça.” Não se iluda, entretanto, quem possa considerar com essa afirmação que o ponto de vista dessa lei foi o de garantir às partes o processo. As partes com os seus interesses são vistas como meios para que a finalidade do processo seja atingida: “o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos” e duas exigências devem ser observadas: a rapidez e a justiça¹².

O ponto de partida da Comissão de Juristas nomeada para apresentar ao Senado Federal o Anteprojeto do que resultou no Código de Processo Civil de 2015 foi a compreensão estabelecida pela chamada “terceira fase metodológica do direito processual civil”, em que ele “passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada

¹⁰ SANTOS, M.A. Contra o processo (...) Ob. Cit., p. 228.

¹¹ BUZAID, A. “Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973”. In: BRASIL. Código de processo civil. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>, p. 11-12.

¹² BUZAID, A. Exposição de Motivos do Código (...), Ob. Cit., pp. 12-13.

concretização de direitos”. A proposta de um novo código foi apresentada em 2010 e, após discussões legislativas das quais resultaram consideráveis modificações no texto do anteprojeto, foi aprovada e sancionada a Lei 13.105/2015¹³.

É bem verdade que as modificações realizadas durante a tramitação do projeto de lei que resultou no CPC/2015 acabaram por distanciar, em alguns pontos, o texto final daquele oferecido como anteprojeto. Entretanto, as linhas mestras da discussão que originou o projeto de lei mantiveram-se. Buscou-se, segundo a Exposição de Motivos, um ganho de eficiência no sistema processual, para que fosse garantida a efetividade do ordenamento jurídico¹⁴. E foi em Barbosa Moreira e sua noção de instrumentalidade para um processo efetivo que a Comissão encontrou a lição:

Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.¹⁵

Isso demonstra como está arraigada na cultura processual brasileira a noção de instrumentalidade do processo. Embora possam ser notadas variações de intensidade, resta sempre evidente o ponto de vista metodológico apontado por Cândido Dinamarco, de ver o processo como instrumento à disposição. Alguns o colocam como instrumento da Jurisdição para realização da justiça e da pacificação social, outros o entendem como instrumento para realização do direito material, mas a linha mestra é a mesma: processo é instrumento.

3. AS INFLUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NA DOUTRINA PROCESSUALISTA BRASILEIRA

¹³SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 24.

¹⁴SENADO FEDERAL. *Código de Processo* (...), Idem.

¹⁵MOREIRA, J.C.B. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*, vol. 105/2002. p. 181-190, jan-mar/2002, p. 181.

No campo doutrinário é importante destacar uma das mais importantes e influentes obras no Direito Processual brasileiro: Teoria Geral do Processo, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. O livro apresentado em 1974 pelo professor Luís Eulálio Bueno Vidigal tem papel fundamental na formação do pensamento jurídico-processual contemporâneo.

Multiplicaram-se nas faculdades de Direito as disciplinas de Teoria Geral do Processo, que buscam explicar os conceitos básicos do Direito Processual, tanto no campo penal quanto no civil. E nesta obra os autores já iniciam tratando da Jurisdição, como sendo uma função estatal com o escopo magno de pacificar os conflitos. Esse escopo é apresentado, conseqüentemente, como escopo de todo o sistema processual, composto pelas normas (direito processual) e pelos órgãos jurisdicionais que exercem poder¹⁶. Nessa linha:

O ponto de partida dos autores, defendendo que o objetivo-síntese do Estado é a promoção do bem comum e, da Jurisdição em específico, a pacificação com justiça¹⁷, é a superação do Estado liberal pelo Estado social, que assume uma função jurídica de realizar obras e serviços e a disciplinar a “cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre as pessoas em geral.” Nesse contexto, a Jurisdição funcionaria como *longa manus* da Legislação, assegurando “a prevalência do direito positivo do país”¹⁸.

Diferenciando direito material de direito processual, este último é entendido, do ponto de vista de sua função jurídica, como “um instrumento a serviço do direito material”, de modo que o processo seja entendido como “um instrumento a serviço da paz social”, assim como o é a Jurisdição, que também desempenha “função instrumental perante a ordem jurídica substancial”¹⁹.

Desse modo, há dois aspectos da instrumentalidade do processo: 1) um positivo, com preocupação voltada à “necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’”; 2) um negativo, a partir do qual se entende que o processo “não é um fim em si mesmo

¹⁶ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 27-33.

¹⁷ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., p. 33.

¹⁸ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., p. 47.

¹⁹ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., pp. 49-50.
@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 141

e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos”²⁰.

A partir dessas premissas, os autores constroem as noções básicas sobre os institutos de Direito Processual e, assim como se viu na obra sobre a instrumentalidade do processo de Dinamarco, entendem a Jurisdição como o centro da Teoria Geral do Processo. Isso deixa evidente a íntima conexão entre as influentes noções de Teoria Geral do Processo da Escola Paulista e a instrumentalidade do processo.

Essa associação, inclusive, foi objeto de crítica por Fredie Didier Jr., que embora considere importante uma abordagem axiológica do direito processual, rejeita a opção por fazê-la em uma Teoria Geral do Processo, “isso porque os valores naturalmente não são os mesmos em qualquer lugar, variam conforme o tempo e o espaço”, sendo recomendável que essa abordagem fosse feita em sede de Filosofia do Direito²¹.

No âmbito do Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., embora seja um crítico ferrenho da Teoria Geral do Processo, defende uma ideia de “instrumentalidade garantista do processo penal”. A instrumentalidade do Processo Penal é estabelecida em relação ao Direito Penal, sob a justificativa de que “o processo é o caminho necessário para a pena” e o autor adere ao instrumentalismo de Cândido Dinamarco, inclusive com admissão dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo²², nos seguintes termos:

Aliado a isso, Aury Lopes traz à baila as noções de garantismo penal a partir de Luigi Ferrajoli e, baseado na ideia de que o Direito serve para tutelar direitos fundamentais, afirma que a legitimação do poder jurisdicional reside na sua função garantidora desses direitos. Para o professor gaúcho, um Processo

²⁰ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., pp. 50-51.

²¹ DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 97.

²² “A conclusão é que o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua razão de existir está no caráter de instrumento-meio para a consecução de um fim. Esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não está limitada ao mundo jurídico (direito material ou processual). Por esse motivo, o processo deve também atender as finalidades sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica da jurisdição e do processo.” (grifo no original). In: LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista do Processo Penal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, p. 11-33. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/22131>. Acesso em 12/07/2023, p. 15.

Penal garantista deve estar em consonância com um Direito Penal mínimo²³ e, nesse contexto, o processo atua como instrumento deste com dupla função: 1) viabilizar a aplicação da pena; e 2) garantir direitos e liberdades individuais, limitando a atividade estatal²⁴.

Como se vê, Aury Lopes Jr., embora tenha se baseado em Dinamarco para construir sua noção de “instrumentalidade do processo”, acabou por fazer uma análise muito particular, ignorando que as noções instrumentalistas da Escola Paulista de processo atribuem ao processo e à Jurisdição os mesmos escopos metajurídicos e é justamente nisso que reside a crítica. Tendo ambos os institutos os mesmos escopos, o que garantirá que a Jurisdição não abusará dos seus poderes e não violará, com isso, os direitos e liberdades individuais?

Além disso, nesse mesmo texto, o autor, em nota de rodapé, faz uma crítica à possibilidade de iniciativa probatória do juiz no processo penal: “isso fulmina sua imparcialidade, quebra a igualdade entre as partes e a própria dialeticidade do processo. É um relevante rasgo inquisitivo que coloca em risco todo o sistema”²⁵.

No Processo Civil, a possibilidade de iniciativa probatória do juiz é intimamente ligada aos ideais de instrumentalidade do processo. Dinamarco, na sua tese sobre o assunto faz elogios à ativa participação do juiz na instrução processual²⁶. Na mesma linha instrumentalista, ganham destaque as obras de José Roberto dos Santos Bedaque. Em especial sobre este assunto dos poderes instrutórios do juiz, Bedaque desenvolveu tese de fôlego, em que, com base nos

²³“Existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista. O primeiro é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Existe uma clara vinculação entre garantismo e racionalismo.” In: LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., p. 18.

²⁴ LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., pp. 16-20.

²⁵ LOPES JR., A. A instrumentalidade garantista “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., p. 18.

²⁶ “A Lei dos Juizados Especiais foi pioneira em uma patética recomendação ao juiz, para que não se retraia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando seu senso de justiça estiver tranquilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto”. In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 33.)

ideais do publicismo processual, defendeu que o juiz desempenhe função ativa na colheita das provas²⁷.

Em outra obra, Bedaque também assume a visão instrumentalista do processo, defendendo que deve haver uma preocupação com os resultados gerados pelo mecanismo estatal de solução dos conflitos. O processo é visto como meio e a eficácia do sistema processual dependerá da sua utilidade para a efetivação do direito material e para a pacificação social: “menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”²⁸, indicando de forma bastante objetiva os escopos metajurídicos que devem ser alcançados.

Em Bedaque também se encontra a defesa de um “princípio de adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa”, a partir do qual a adoção de formas procedimentais específicas e adequadas ao objeto da lide significaria uma necessária tendência de superação do procedimento ordinário, além de ser necessário considerar “a possibilidade de o juiz adequar aspectos procedimentais às especificidades da situação concreta, sempre com a observância do prévio contraditório”²⁹.

O referido autor admite que o que chama de flexibilização da técnica é uma tendência para, com base “no interesse público existente em todo processo”, reforçar os poderes do juiz, que tem seu marco inicial em Franz Klein³⁰.

Nessa linha, o juiz terá o poder de adaptar o procedimento às especificidades do direito material. Assim, a legitimidade para a decisão residirá na própria decisão, analisada sob uma perspectiva teleológica. Não é do respeito

²⁷ “Estabelecido que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado cuja preservação encontra nele o maior interessado, impossível aceitar a intransigente defesa que parte da doutrina faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura muito comum principalmente quando os direitos em questão são disponíveis. Não há como conciliar as duas conclusões. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário”. In: BEDAQUE, J.R.D.S. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-17.

²⁸ BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

²⁹ BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: (...) Ob. Cit.*, p. 75.

³⁰ BEDAQUE, J.R.D.S. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

às normas processuais limitadoras do poder do juiz que decorrerá a legitimidade, é da própria opção que o juiz fizer na sua decisão, de modo que, ao fim e ao cabo, estará o juiz incontrolável na sua decisão sobre o que julga ser o procedimento adequado e a lei processual funcionará como mera sugestão.

Um exemplo bastante significativo de como isso opera na prática se dá com a interpretação que é oferecida à previsão do art. 327, § 2º/CPC.³¹

De respeitada doutrina, mencionada aqui como um exemplo apenas, colhe-se a seguinte lição:

O §2º do art. 327 do CPC é, enfim, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais. Nesse sentido, é possível que o juiz determine, por exemplo, apresentação de réplica pelo impetrante do mandado de segurança, fazendo aplicar ao procedimento daquela ação constitucional o disposto nos arts. 351 e 352 do CPC e reforçando, assim, o contraditório (arts. 9º e 10, CPC) e a possibilidade de correção de vícios processuais, em concretização ao princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC). Mas é preciso dar mais um passo. É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível. Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade.³²

Além disso, é comum que se veja a invocação dessa suposta “cláusula geral de flexibilização procedimental” para a defesa da possibilidade de o juiz promover adaptações procedimentais nos chamados processos estruturais.³³ Tudo isso faz parte de um mesmo caldo na cultura processual brasileira, que entende haver poder jurisdicional sobre o procedimento legalmente estabelecido.

³¹Art. 327. (...) § 2º. Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

³² DIDIER JR., F; CABRAL, A.D.P; CUNHA, L.C.D. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 73.

³³ DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, pp. 101-136.

Entretanto, é preciso pensar um pouco melhor sobre se há, de fato, uma cláusula geral de flexibilização procedimental no art. 327, § 2º/CPC. Em primeiro lugar, é necessário considerar que o referido artigo está localizado logo no início da Parte Especial do CPC, dentro de seu Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), Título I (Do procedimento comum), Capítulo II (Da petição inicial), Seção II (Do pedido) e que trata, no *caput*, de uma permissão, com requisitos, para a cumulação de pedidos pelo autor contra o mesmo réu no mesmo processo.

O § 1º torna ainda mais objetivos os requisitos da cumulação de pedidos e é levemente restringido pela disposição do § 3º e o § 2º, por sua vez, dá autorização para que o autor cumule pedidos no mesmo processo, obedecidos os requisitos já postos, relativizando o requisito da adequação do procedimento para todos os pedidos, permitindo a cumulação quando for possível ao autor empregar para todos o procedimento comum e empregar eventuais técnicas diferenciadas previstas nos procedimentos especiais que, a princípio, seriam os adequados para um ou outro pedido cumulado.

Desses requisitos e limitações extrai-se justamente uma conclusão contrária à tese de que há uma cláusula geral de flexibilização. Não é geral. É específica: nos casos em que houver cumulação de ações – e este é o pressuposto essencial. Não é geral para o autor e para o juiz. A decisão sobre cumulação é do autor. E não há flexibilização autorizada ao juiz e ao autor de forma genérica, pois há requisitos objetivos estabelecidos na legislação processual para que haja a cumulação de ações.³⁴

Firme nas garantias constitucionais da legalidade estrita e do devido processo legal, Julio Cesar Rossi elabora crítica às visões neoprocessualistas que defendem a flexibilização procedimental, por entender que o contrapoder das garantias processuais constitucionalmente estabelecidas não pode ser guiado pelo poder jurisdicional, não sendo possível, portanto, que haja “intermediação judicial no procedimento fixado pelo veículo normativo adequado

³⁴ HELLMAN, R. *Comentários ao Código de Processo Civil: SuperCPC/JuruáDocs*, Disponível em: www.juruadocs.com/legislacao/art/lei_00131052015-327. Acesso em: 09/05/2023.

(=lei)”, já que essa intermediação “não experimenta temperamentos de natureza *extra legem, contra legem* e/ou *infra legem*”³⁵.

Esse exemplo dá a dimensão do alcance interpretativo a que se pode chegar a partir da compreensão da defendida plasticidade do procedimento. A partir de uma previsão legal que estabelece de forma específica a possibilidade de adequação procedimental, por meio de decisão do autor sobre cumulação de pedidos, com uma série de requisitos que devem ser cumpridos, entende-se que o sistema processual é informado por uma cláusula geral de flexibilização, que concede ao juiz poderes de adequar o procedimento estabelecido em lei às especificidades do caso concreto.

E não raro associa-se esse argumento de flexibilização com a autorização para celebração de negócios jurídicos processuais prevista no art. 190/CPC³⁶, ignorando-se que este artigo é também bastante específico, ao estabelecer requisitos objetivos para os negócios jurídicos processuais e atribuir o direito de fazê-los unicamente às partes.

Ou seja, se há possibilidade de flexibilização procedimental, ela foi concedida como direito somente às partes e não ao juiz, não cabendo retirar-se desse contexto a conclusão de abalizada doutrina³⁷ de que se trata de uma cláusula geral, o que acaba por empoderar a Jurisdição na aplicação das normas processuais.

Outra importante obra para o Direito Processual Civil brasileiro vem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com o livro “Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo”. Nele, o autor propõe-se a enfrentar e solucionar o conflito entre o formalismo e a justiça.

Para ele, estabelece-se o conflito entre o formalismo e a justiça quando o julgador toma consciência de que o “bom direito” pode sucumbir diante de uma exigência que seja puramente formal e é com vistas a resolver esse conflito que o ordenamento jurídico brasileiro adotou fórmulas “para afastar as indesejáveis

³⁵ROSSI, J.C. *Flexibilização procedimental: a farra neoprocessual*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/95-flexibilizacao-procedimental/>. Acesso em: 10/05/2023.

³⁶DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, p. 101-136.

³⁷MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

consequências do formalismo excessivo”. Como exemplo disso, Alvaro de Oliveira indica a “apreciável liberdade” dada ao juiz brasileiro pela lei para que não seja obrigado a julgar contra a própria consciência por motivos puramente formais³⁸.

Nesse contexto de defesa do publicismo no direito processual, Alvaro de Oliveira, com apoio na concepção instrumental do processo (“concepção hoje totalmente pacífica e bem espelhada pela própria evolução histórica do direito processual”), deposita confiança na atuação da Jurisdição que, livre das amarras do formalismo excessivo, poderia fazer valer o “bom direito”³⁹.

Alvaro de Oliveira enxerga a noção instrumentalista como aquela que se opõe à separação absoluta entre o direito material e o direito processual, defendendo que “o estabelecimento de uma ligação entre os dois campos aponta a uma concepção antiformalística”⁴⁰.

Embora os adeptos do formalismo-valorativo afirmem ser essa corrente uma superação do instrumentalismo processual de Dinamarco, há similitudes que impedem que uma não seja considerada decorrência da outra: “no final, a principal mudança das doutrinas ‘pós-Dinamarco’ reside no tratamento conferido à jurisdição, e não na forma de encarar o processo”⁴¹.

Há importantes pontos em comum, que foram identificados por Antônio Carvalho Filho, ao analisar o instrumentalismo, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo: 1) uma visão juristocrática do direito, ao enxergarem o juiz como “providência de seu povo” e conferirem ao Poder Judiciário uma projeção maior sobre os demais poderes do Estado; 2) abertura do sistema do direito para que o juiz não fique “preso aos critérios estritamente jurídicos para julgar”; 3) uso da justiça como critério de atribuição de validade ao direito; 4) diferenciação entre legitimidade e legalidade, para que o juiz possa corrigir o direito a partir da justiça, no sentido de somente gozar de legitimidade o direito que seja justo, abrindo a possibilidade de afastamento do legal em nome de suposta injustiça

³⁸ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262-264.

³⁹ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 262.

⁴⁰ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 263.

⁴¹ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?*: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 153.

que ele possa gerar; 5) ótica de análise dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva estatal, de proteção, para “superação da função de resistência e da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais”; 6) desprezo aos avanços dogmáticos do positivismo⁴².

A defesa de Alvaro de Oliveira é de um sistema que permita ao juiz afastar formalidades que qualifica de excessivas, “tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (...), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo”⁴³.

A partir dessa base instrumentalista, Alvaro de Oliveira lança as primeiras linhas para uma Jurisdição cooperativa⁴⁴.

Na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a contribuição de Franz Klein para o direito processual austríaco é vista como uma revolução copernicana na administração da justiça civil, que rompe com o esquema autoritário do processo romano-justiano e com a visão individualista do processo liberal do século XIX. Ele enxergava nas ideias de Klein uma evolução do tratamento das formalidades no processo, inclusive mencionando a sua visão social, com foco no empoderamento do juiz para que ele trabalhe a serviço do Direito, do bem comum, da paz social e da verdade, para proferir uma sentença justa⁴⁵.

Embora na tese de Alvaro de Oliveira, a visão instrumentalista tenha ganhado contornos mais fluidos, a partir da defesa de um formalismo-valorativo, com reconhecimento mais robusto de garantias processuais como limitadoras da atividade jurisdicional, ainda se verifica como agem ao fundo os escopos meta-jurídicos que formam a noção sobre o processo.

A confirmar a visão publicista do instrumentalismo, Alvaro de Oliveira, apesar de defender que a garantia do devido processo legal funciona como

⁴² CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, pp. 197-199.

⁴³ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 275.

⁴⁴ “O ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais”. In: OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 289.

⁴⁵ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Del formalismo en el proceso civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 105-107.

limitadora da Jurisdição, na medida em que a impede de descumprir o direito processual positivado, também defendeu que ela “pode ser aplicada para afastar normas infraconstitucionais arbitrárias ou irrazoáveis, obstaculizadoras do pleno exercício da jurisdição”⁴⁶.

Eis aqui um ponto importante de contradição, pois se a garantia do devido processo legal serve como limitação da Jurisdição, como poderia funcionar, ao mesmo tempo, como um meio para que o juiz afastasse o direito positivado que fosse um obstáculo para o exercício do seu poder?

Ora, se o devido processo legal é uma garantia do cidadão, fatalmente acabará por limitar o exercício do poder jurisdicional, que não poderá, portanto, utilizá-la como fundamento para ampliar o seu poder, alegando a existência de obstáculo.

Com isso não se quer dizer que não possa o juiz, fazendo o adequado controle de constitucionalidade, afastar norma infraconstitucional que esteja a impedir o exercício da Jurisdição e a ferir as normas constitucionais. Entretanto, não poderá fazê-lo sob a alegação da garantia do devido processo legal, pois ela é estabelecida em favor do cidadão e não do poder.

Essa confusão a partir da interpretação de que uma garantia constitucional do cidadão, de natureza processual, opera também como um meio à disposição da Jurisdição para o exercício do seu poder é representativa da mesma confusão conceitual que se verifica nas noções instrumentalistas de Dinamarco entre processo e Jurisdição.

Embora haja diferenças entre a posição instrumentalista de Dinamarco e o formalismo-valorativo ancorado em Alvaro de Oliveira e embora haja esforço dos seguidores desta última posição teórica de distanciarem-se daquela, é perceptível o mesmo ponto nodal: processo como instrumento. E isso é bem identificado por Mateus Costa Pereira:

Defrontando instrumentalidade e formalismo-valorativo, partidários do último concluíram pelo distanciamento entre as correntes, pois na “terceira fase” metodológica (instrumentalidade) a jurisdição ocupa o centro da TGP; o modelo é assimétrico; e o processo seria instrumento marcadamente formal (técnico) e, portanto, inadequado ao Estado Democrático Constitucional. A seu turno, na “quarta fase” (formalismo-valorativo) o processo seria o centro gravitacional da Teoria Geral do

⁴⁶ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 291.

Processo, sendo instrumento ético e colaborativo de posições processuais equilibradas; outrossim, incorporando a constitucionalização do processo no discurso, o formalismo-valorativo reconhece a fundamentalidade das normas processuais, vinculando o processo à justiça material e não apenas à realização do direito material (instrumentalidade)⁴⁷.

Essa breve análise sobre o instrumentalismo processual na legislação e na doutrina brasileiras servem para demonstrar a influência que essa ideia ainda tem para a formação do pensamento no Direito Processual Civil, notadamente, o que justifica que ainda seja importante falar-se sobre o tema, ainda que já haja doutrinas outras, com igual nível de influência, como aquela da Escola Mineira e a da Escola Paranaense, e que já ofereceram contrapontos importantes para a Escola Paulista de Processo.

4. O FORMALISMO-VALORATIVO E SUA LIGAÇÃO COM A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Em Daniel Mitidiero, o formalismo-valorativo de Alvaro de Oliveira é tratado como uma nova fase metodológica do processo civil, que superou a fase instrumentalista. Nessa nova fase, a Jurisdição deixa de ser o polo metodológico central e cede espaço ao processo: “do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”⁴⁸.

A aposta do autor é em um processo em que as partes e o juiz dialoguem, cooperando entre si, a partir de uma estrutura do formalismo na perspectiva dos direitos fundamentais. O juiz passa a ter dupla posição no processo, “paritária no diálogo e assimétrica nas decisões”⁴⁹. A assimetria entre juiz e partes aparece no momento da decisão, pois o autor não ignora o caráter imperativo da Jurisdição⁵⁰.

Por sua vez, o contraditório, visto pelo autor como diálogo, é fator de legitimação para as decisões judiciais e o juiz é um dos seus sujeitos, ao lado

⁴⁷PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 161.

⁴⁸MITIDIERO, D. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48-49.

⁴⁹MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 114.

⁵⁰MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 86.

das partes nessa comunidade de trabalho. Disso decorrem os deveres de o juiz esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar os litigantes⁵¹.

Desse modo, o modelo cooperativo de processo é calcado em pressupostos sociais de participação e diálogo. Além deles, o autor apresenta os pressupostos lógicos desse modelo, a partir de uma compreensão de contraditório como “senso forte”, ou seja, como direito de influenciar efetivamente o juízo, abandonando-se a lógica apodítica e “reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*”⁵². Por fim, os pressupostos éticos do modelo cooperativo decorrem da necessidade de que todos os sujeitos do processo tenham comportamento de boa-fé, a partir de uma noção de “devido processo leal” e da colocação da verdade como um dos objetivos da produção probatória, “como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo”⁵³.

Nesse contexto, “o ativismo judicial aparece como algo irreversível”⁵⁴, exigindo-se do juiz uma posição mais diretiva e engajada para a promoção do que o autor denomina de igualdade efetiva entre as partes⁵⁵.

Ao defender essa posição, Mitidiero rejeita a alegação de que a iniciativa probatória do juiz possa torná-lo parcial: “juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais”. A afirmação, entretanto, não vem acompanhada de maior aprofundamento para que se possa aferir quais as bases de que partiu o autor para fazê-la tão categoricamente nesse sentido. Como complemento, há apenas a menção à necessidade de motivação para a valoração das provas, que é considerada livre pelo autor, já que não há vínculos legais apriorísticos⁵⁶.

E aqui o raciocínio se fecha. Embora negue o instrumentalismo processual e invoque o formalismo-valorativo como a metodologia do seu pensamento sobre o direito processual, Mitidiero parte das noções de Alvaro de Oliveira, que confessadamente adere ao instrumentalismo, embora tente superá-

⁵¹ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 84.

⁵² MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, pp. 102-103.

⁵³ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 108.

⁵⁴ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 110.

⁵⁵ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 110.

⁵⁶ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, pp. 110-111.

lo. E ambos acabam por evidenciar o protagonismo da Jurisdição na chamada comunidade de trabalho processual, lançando mão das garantias do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais como meros fatores de legitimação para o exercício do poder. O foco não chegou ao processo, ele continua sobre a Jurisdição. Tudo a ela converge e até mesmo de forma mais perigosa.

Dinamarco confessadamente vê a Jurisdição como polo metodológico do direito processual. O formalismo-valorativo, por seu turno, não faz essa confissão e adota uma visão que abranda a violência que o poder do Estado pode representar, ao colocá-lo como partícipe paritário de um diálogo com as partes que, no fim de tudo, resultará em um ato de poder: a decisão judicial.

Embora haja um esforço argumentativo para afastar essa noção de modelo cooperativo de processo do instrumentalismo processual, ao colocarem o processo a serviço do direito material, os autores aderem às ideias instrumentalistas de Dinamarco: “a ontologia do processo não sofreu mudança significativa”, conforme a constatação de Luciana Benassi Gomes Carvalho⁵⁷.

Pouco importa se o agir da Jurisdição seja visto como paritário durante o procedimento. Se ao final a decisão é um ato de poder, porque imperativa, é evidente que não há paridade entre juiz e partes em qualquer momento do processo. O que há, em todos os momentos processuais, é exercício de poder pela Jurisdição e que, por isso, deve ser contido pelas normas do processo, estabelecido como garantia das partes.

Mascarar esse dado é mascarar o exercício do poder, que sempre deve ser a descoberto.

O formalismo-valorativo é a base teórica de onde parte a defesa da colaboração processual por Daniel Mitidiero e tanto ele quanto Alvaro de Oliveira, embora neguem que a Jurisdição esteja ao centro da teoria do processo, “também não tematizam satisfatoriamente a discricionariedade judicial – e, ao não fazê-lo, acabam aceitando-a”.⁵⁸

⁵⁷CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021, p. 86.

⁵⁸ STRECK, L.L; MOTTA, F.J.B. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio”. *Revista de Processo*, vol. 213/2012, p. 13 – 34, Nov/2012, p. 18.

A centralidade da Jurisdição nessa concepção é vista, inclusive, quando se trata do contraditório, garantia básica das partes⁵⁹. Defende-se uma participação ativa do juiz no contraditório, exigindo-se que ele dialogue com as partes, consultando-as, esclarecendo-as, auxiliando-as e prevenindo-as. Mas não só. Esses deveres são também das partes para com o juiz: todos devem cooperar entre si, vaticina o art. 6º/CPC. E eis aqui um ponto de grande perigo, quando se desvirtua em favor do poder do juiz uma garantia essencial das partes⁶⁰.

Ponto comum que Diego Crevelin de Sousa observa entre instrumentalismo e formalismo-valorativo é a noção de “processo justo”, que em ambas as correntes teóricas é apresentada como um mecanismo para que haja transcendência da lei pelo julgador. Entretanto, o referido autor não localiza em nenhuma delas aquilo que se entende por “justiça”, dado o “elevadíssimo grau de abstração desses argumentos”. Crevelin aponta a ausência de uma teoria sobre a justiça, de uma teoria sobre os valores e de critérios dogmáticos de estabilização de expectativas no instrumentalismo e no formalismo-valorativo, que apostam fervorosamente no subjetivismo do “bom governo dos juízes”⁶¹.

Fazendo uma análise do ponto de vista do processo executivo, Luciana Benassi Gomes Carvalho identifica o conceito de “processo justo” como uma

⁵⁹ “O contraditório, como em um passe de mágica, legitimaria diversas posturas típicas da visão instrumentalista de processo, as quais, conforme anteriormente mencionado, caracterizam um modelo autoritário de processo. Nessa perspectiva, as doutrinas inseridas na ‘quarta fase metodológica do processo’ não significariam uma forma de superar o instrumentalismo processual, mas de legitimá-lo pelo contraditório.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, pp. 154-155.

⁶⁰“(…) reza o art. 5º, LV, da Constituição que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e a ampla defesa (...)”. Basta ser litigante, em processo judicial ou administrativo (incidência do suporte fático), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). O que se tem aí é uma situação jurídica relacional envolvendo, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o dever de assegurar o contraditório e, de outro, os litigantes, que detêm o direito de exercer o contraditório. Por isso, não há como vislumbrar paridade entre juiz e partes no diálogo processual decorrente do contraditório – o diálogo processual que caracteriza esse direito fundamental é algo que diz respeito exclusivamente às partes (e seus advogados). E tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também para as partes – os deveres de conduta oriundos do contraditório são unicamente do juiz para com as partes.” In: DELFINO, L. “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, p. 156.)

⁶¹SOUSA, D.C.D. “Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo”. In: CARVALHO FILHO, A; COSTA, E.J.D.F. *Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 64-79.

construção teórica para a qual concorreram os esforços do instrumentalismo, do neoconstitucionalismo e sua versão processual, o neoprocessualismo, assim como o formalismo-valorativo e o cooperativismo, de maneira que se desse ao devido processo legal um conceito que teria sofrido mutação constitucional, que teria atingido os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF/1988, para entender-se garantido ao cidadão “não apenas a inafastabilidade da jurisdição, mas também e principalmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, ou acesso à ordem jurídica justa”⁶².

A crítica é retomada por Antônio Carvalho Filho, que atribui à teoria do processo justo a consequência da “substituição do conteúdo do processo pelo conteúdo da jurisdição sem limites”, tendo em vista justamente a confusão conceitual entre processo e jurisdição que se encontra na visão instrumentalista e suas variantes⁶³. Isso resulta em uma retórica vazia, “para demonstração de suposta virtude, na realização do bem, mesmo que contra a lei”, pois não se revela o conceito de justiça e nem mesmo uma explicação sobre como conhecer a sua substância⁶⁴, desafios que já haviam sido postos anteriormente por Rafael Giorgio Dalla Barba⁶⁵, ao apontar questões metaéticas que continuam sem resposta pelos adeptos da teoria do processo justo.

O “processo civil de resultados” de Dinamarco implica atribuir valor à ordem processual pela capacidade que ela tenha de produzir resultados

⁶² CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021, p. 88-89.

⁶³ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do (...) Ob. Cit.*, p. 42.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do (...) Ob. Cit.*, p. 131.

⁶⁵ “A Metaética se ocupa com questões de segunda ordem, isto é, questões sobre as questões de primeira ordem que compõem a Ética. Trata-se de dois níveis de racionalidade distintos: juízos que fazemos sobre a Ética, por um lado (Metaética), e o que pensamos e fazemos na Ética (Ética Normativa), por outro. Em outras palavras, uma vez que o “processo justo” representaria o fundamento teórico para um modelo de processo por supostamente refletir um ideal de justiça substancial, a demonstração dessa tese fica submetida aos mesmos desafios e questionamentos da Metaética. Esses desafios são pelo menos três: metafísico, epistemológico e semântico.

Enquanto o desafio metafísico questiona a existência de propriedades morais – “justiça” enquanto qualidade do processo –, o desafio epistemológico indaga pela possibilidade de conhecimento moral. Ou seja, ainda que exista uma ontologia moral apta a explicar a existência de propriedades morais, a doutrina do processo justo ainda precisaria explicar como é possível conhecê-las. Além disso, ainda é preciso uma teoria semântica que explique a conexão entre conceitos morais e seus referentes no mundo, uma vez que a teoria correspondencial tradicional não parece ser a abordagem mais convincente para essa finalidade.

Em geral, para ser levada teórica e cientificamente a sério, a doutrina do processo justo necessita responder adequadamente aos desafios ontológico, epistemológico e semântico. Até hoje nenhum dos três foi enfrentado.” In: DALLA BARBA, R.G. “Desafios metaéticos à doutrina do processo justo”. *Revista de Processo*, vol. 308/2020, p. 17 – 31, Out/2020.

@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024.

pacificadores, propiciando “sensações felizes às pessoas mediante a efetividade de seu *acesso à justiça*”⁶⁶.

A proposta, como se vê, é a de pensar os escopos sociais, indo para além dos escopos meramente jurídicos. Entretanto, essas afirmações, sob a justificativa de se ter que superar a fase conceitualista na ciência do direito processual, acabam por enaltecer a confusão conceitual entre processo e Jurisdição, como se fossem instituições com as mesmas finalidades.

5. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Luiz Guilherme Marinoni, em seu clássico “Técnica processual e tutela dos direitos” apresenta um outro ponto de partida, diverso do instrumentalismo de Dinamarco. Para Marinoni, que parte da noção de que os direitos fundamentais não devem ser vistos apenas como direitos de defesa, mas também como direitos a prestações⁶⁷, há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, cuja existência decorre da própria existência dos demais direitos e que é, por isso, fundamental para que esses outros direitos existam: “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”⁶⁸.

O “novo ‘Estado de Direito’”, que não se resume a proteger os direitos do homem, mas também deve atuar “de modo mais incisivo na esfera dos particulares para a satisfação das necessidades sociais”, implica na necessidade de uma mudança de perspectiva, segundo Marinoni, na mentalidade dos processualistas e dos operadores do direito, “que necessariamente devem pensar o direito processual à luz dos valores da Constituição”. Isso implica, para o autor, em reconhecer que, tendo o Estado um dever de proteger direitos e de promovê-los, deve-se abandonar a compreensão dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa e deixar de ver o Estado como “inimigo público”.⁶⁹

⁶⁶ DINAMARCO, C.R. *Instituições de (...)*. Ob. Cit., p. 90.

⁶⁷ MARINONI, L.G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

⁶⁸ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 144.

⁶⁹ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 65.

Ao entender dessa maneira, Marinoni apresenta uma visão do direito processual a partir da efetividade que ele possa ter para a tutela de direitos materiais. Para o professor paranaense, não é o direito processual que dará os contornos do direito material e, sim, o contrário: “o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo”, de maneira que o legislador e o juiz sejam considerados como devedores do direito à efetiva proteção do direito material.⁷⁰

Diante disso, havendo descumprimento dos deveres do legislador, no sentido de editar procedimento idôneo para a tutela do direito material, caberia ao juiz prestar a “tutela jurisdicional efetiva”, respeitando, destaca o autor, o direito de defesa⁷¹.

A preocupação de Marinoni é evidenciar a ausência de neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O que há é uma interdependência, afirma⁷². Essa relação faz com que o autor leia o processo civil como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, “seja evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento”⁷³ e, por essa razão, defende que o juiz conforme a regra processual “com as necessidades do direito material e dos casos concretos”⁷⁴.

Essa forma de entender o processo não se distancia da instrumentalidade. Embora em Marinoni a Jurisdição não esteja no centro das preocupações da teoria processual, é nítida a preocupação com a efetividade do direito material, colocando-se o processo como um instrumento para que se alcance tal desiderato.

E mais: compreender o processo a partir do ponto de vista da tutela do direito material, embora não intencionalmente, acaba por valorizar a posição da parte autora, que é aquela que busca a tutela de um direito que afirma ser seu⁷⁵.

⁷⁰ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷¹ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷² MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 149.

⁷³ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 171.

⁷⁴ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 173.

⁷⁵ Calmon de Passos, sobre este tema, faz uma distinção fundamental: “Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional*, a que faz jus todo e qualquer postulante, por lhe ser constitucionalmente devida pelo magistrado, que se cumpre e se formaliza com a prolação da sentença com que o juiz põe fim ao processo (entrega a prestação a que está obrigado, sempre) da *tutela jurídica*, que ele está obrigado a conceder apenas à parte que fizer jus ao bem da vida que postulou, a fim de que lhe fosse juridicamente assegurado, tutela que ele defere e formaliza com a sentença pela procedência, se merecedor da tutela é o autor, ou pela improcedência, se merecedor da tutela é o réu. Ali, exercita-se o Direito Público subjetivo de

@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 157

Marinoni enxerga a possibilidade de que o juiz adapte o procedimento para alcançar a tutela no caso concreto, defendendo que esse poder decorre “do direito do autor à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e do dever do juiz de dar proteção aos direitos, outorgando a adequada tutela jurisdicional ao caso concreto”⁷⁶.

Essa plasticidade do procedimento que é defendida por grandes nomes da doutrina processual brasileira constitui para Marinoni, Arenhart e Mitidiero um ponto fundamental para um conceito de processo: “processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”⁷⁷.

E ainda aqui é possível identificar a aposta em um juiz comprometido com os valores constitucionais que se quer realizar, com poderes para conformar o procedimento e adaptar as técnicas processuais às necessidades do direito material encontradas em cada caso.

Ou seja, a legitimidade do poder jurisdicional está, em parte, localizada na adequação do procedimento ao direito material.

6. O DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DAS “CORTES SUPREMAS”

Marinoni, Arenhart e Mitidiero propõem uma discussão sobre o direito processual civil no Estado contemporâneo e o fazem a partir de algumas premissas: a) um novo conteúdo do princípio da legalidade, já que a lei deve estar subordinada à Constituição e deve-se ter em vista um trabalho colaborativo entre legislador, juiz e doutrina na construção do conteúdo da norma; b) a superação das teorias de Chiovenda (atuação da vontade concreta da lei) e Carnelutti (justa composição da lide) sobre a função da Jurisdição, por não terem mais relação com o Estado contemporâneo; c) o surgimento de um positivismo crítico, com teorias que dão ao juiz a possibilidade de afirmar o conteúdo da lei conforme a Constituição, em que os princípios e postulados normativos são

ação, aqui, o direito subjetivo material que se afirmou violado ou ameaçado de violação.” In: CALMON DE PASSOS, J. J. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 5).

⁷⁶ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

⁷⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...), Ob. Cit.* p. 440.

incorporados na teoria da norma, em que são desenvolvidas teorias dos direitos fundamentais e ganham proeminência técnicas de controle de constitucionalidade, que dão ao juiz uma função construtiva e não mais meramente declaratória da inconstitucionalidade; d) o surgimento, como consequência disso tudo, de um novo modelo de Jurisdição, “sendo necessário, agora, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou”⁷⁸.

Ao fazerem um resgate histórico para demonstrar como o positivismo clássico influenciou as visões sobre a Jurisdição de autores como Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, que acabaram, por sua vez, por influenciar a construção da doutrina processual brasileira, Marinoni, Arenhart e Mitidiero buscam criticar a noção de que a Jurisdição e o Processo Civil teriam por única função a de resolver casos concretos, mediante a declaração do direito aplicável a eles⁷⁹.

A partir disso, já em outras obras, Marinoni⁸⁰ e Mitidiero⁸¹ constroem uma tese de que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça devem ser reconhecidos poderes de atribuição de sentido à lei federal infraconstitucional e à Constituição, respectivamente. As cortes supremas e o

⁷⁸ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, pp. 27-28.

⁷⁹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 50.

⁸⁰ “Pela mesma razão que o juiz não se limita a declarar a vontade da lei, a Suprema Corte não pode ter a função de *revelar o exato sentido da lei* e de controlar a *legalidade* das decisões dos tribunais. A função do Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado, é a de *identificar*, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado, sempre mediante as ‘melhores razões’. Em outras palavras, a função do Superior Tribunal de Justiça é *definir o sentido* do direito federal infraconstitucional mediante ‘razões apropriadas’.” In: MARINONI, L.G. *O STJ enquanto corte suprema: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

⁸¹ “É justamente para evitar *esse particularismo e essa inconstância* que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes *proativas* e de *adequada interpretação* da Constituição e da legislação infraconstitucional federal – cortes, portanto, que tomam a *decisão recorrida* como *ponto de partida* para o desenvolvimento de sua função de outorga de *unidade ao Direito*, isso é, de tutela do direito em uma dimensão geral. Como é da *essência* do Direito o seu caráter indeterminado, é de *radical* importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de *definir o sentido* com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto. Vale dizer: é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como *ponto de chegada* a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação *futura* dos demais tribunais e da sociedade civil.” In: MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

Poder Judiciário em geral não podem ser vistos como órgãos submetidos ao legislador e, sim, como colaboradores “para a instituição de um direito adequado à justa organização social”⁸².

Daniel Mitidiero defende que o processo civil no Estado Constitucional deve desempenhar dois discursos, o de tutelar direitos no processo (dimensão particular) e de propiciar a unidade do direito mediante a construção de precedentes judiciais (dimensão geral)⁸³.

Em crítica dirigida ao texto acima referido de Daniel Mitidiero, William Galle Dietrich⁸⁴ faz importante provocação no sentido de que a proposta é, na verdade, de *lege lata* e não de *lege ferenda*, tendo em vista que não há análise do conteúdo da previsão normativa do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/1988). O conceito de processo como meio de tutela dos direitos não encontra base nas normas processuais da Constituição⁸⁵.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em certa medida, afastam-se da doutrina instrumentalista quando rejeitam que a pacificação social seja uma finalidade da Jurisdição, pois para eles importa muito mais saber *como* a pacificação será alcançada, de maneira que o objetivo de alcançar a pacificação deve ser considerado secundário, não sendo característica essencial da Jurisdição no Estado Constitucional⁸⁶. Os autores rejeitam esse objetivo como principal por

⁸² MARINONI, L.G. *O STJ enquanto (...), Ob. Cit.*, p. 77.

⁸³ MITIDIERO, D. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51-74, Mar/2014, p. 57.

⁸⁴ DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica e garantismo processual* – 3ª parte. Disponível em: <https://www.contraditor.com/72-ciencia-juridica-e-garantismo-processual-3a-parte/>. Acesso em: 10/05/2023.

⁸⁵ “A posição do processo tendo como fim a tutela de direitos, embora seja argumentada com ampla pesquisa e citações de grandes nomes, esbarra em um ponto elementar: o processo não está assim previsto na Constituição. E fontes da doutrina estrangeira, por mais autorizadas que possam ser, não têm o poder de revogar o direito positivo. Aqui está, aliás, um outro dado curioso do texto ora analisado: o objeto central do estudo é discutir a função do processo e o autor não enfrenta, em nenhuma linha do texto, o dispositivo constitucional que trata do processo – art. 5º, LIV, CF. Interessante observar que o autor aborda, como base jurídica de sua construção do processo como meio de tutela de direitos, vários artigos de direito positivo, especialmente a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, CRFB/88. Isso, com efeito, já diz muito sobre os objetivos do texto. Ora, se o texto trata da função do processo-no-Estado-Constitucional e ignora o artigo-constitucional-do-processo, parece evidente que esse não pode ser um texto de dogmática, pois o ponto de partida da dogmática é justamente o direito positivo (*lege lata*). Trata-se de silêncio que muito fala sobre os objetivos do artigo de Mitidiero.” In: DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica (...)*, Idem.

⁸⁶ MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 123-124.

considerá-lo neutro e indiferente ao direito material e aos valores previstos na ordem constitucional⁸⁷.

A partir disso, defendem a ideia de que cabe ao juiz dar sentido ao caso concreto conflituoso com olhos para a Constituição, mas também levando em consideração as necessidades do direito material, resgatando a noção de instrumentalidade, mas agora sob o ponto de vista da tutela⁸⁸.

Firmes na noção de que a Jurisdição tem por escopo “reconstruir a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material”⁸⁹, os autores propõem uma visão do processo a partir da ideia de direito fundamental à tutela jurisdicional, que “incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”⁹⁰.

E é nesse ponto que a instrumentalidade recobra sua força: a técnica processual deve ser adequada ao direito material; o legislador nem sempre atuará de maneira ideal e elaborará normas abertas que permitam adaptação pelo juiz nos casos concretos; caberá ao juiz interpretar o texto legal processual para conformá-lo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de modo a “permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela das necessidades do caso conflitivo”⁹¹.

A preocupação de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, distanciando-se da noção de relação jurídica processual cunhada por Bülow, por entenderem ser ela insuficiente para dar respostas que atendam as necessidades do direito material, é com a compreensão do processo como instrumento do Estado para cumprir seu dever de prestar tutela aos direitos, serviço que encontrará legitimidade democrática na participação das partes na construção da decisão, no direito ao procedimento adequado que se traduz em dever para o legislador

⁸⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁸⁸ “É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, além de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa de tutela jurisdicional dos direitos. (...) Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais” In: MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁸⁹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁹⁰ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 129.

⁹¹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, pp. 129-132.

e para o juiz, na adequação do procedimento aos direitos fundamentais e na adequação da decisão aos direitos fundamentais⁹².

Nesse contexto, ainda se vê os autores tratando do papel da Jurisdição e, como direito fundamental central do sistema, tem-se o direito à tutela jurisdicional efetiva. Quando eles apresentam os fatores de legitimação, estão a referir-se à legitimidade do poder jurisdicional. O processo, então, funciona, em linhas gerais, como fator de legitimação do exercício do poder⁹³.

Fica evidenciada a noção de processo como técnica que deve ser adequada ao caso concreto para que a tutela do direito material seja efetivada, esta que é uma das funções da Jurisdição, ao lado da função de promover a unidade do direito a partir da construção de precedentes. Por um caminho mais longo, chega-se ao mesmo destino. O processo serve ao direito material, que deve ser efetivado pela Jurisdição; logo, a Jurisdição serve-se do processo para atingir os seus escopos básicos.

O poder jurisdicional sobre o processo acaba reforçado porque, muito embora os autores reconheçam a relevância dos direitos fundamentais de natureza processual, atribuem ao Poder Judiciário a função de dar sentido ao direito e nisso inclui-se, obviamente, o direito processual. Ou seja, a Jurisdição, para tutelar o direito material, dará sentido e conferirá unidade ao direito processual e não fica exatamente claro de que maneira este último servirá como barreira de contenção para o poder jurisdicional.

Na obra, o conceito de processo é uma consequência do conceito de Jurisdição, que, “no Estado Constitucional, é marcada pelo próprio dever estatal de dar tutela aos direitos e pela imprescindibilidade de o juiz atribuir sentido ao caso concreto”, de maneira que “o processo atualmente tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.”⁹⁴

Essa íntima conexão entre os fins do processo e os fins da Jurisdição é justificada pelos autores. Como eles consideram que é por meio do processo

⁹² MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 434-435.

⁹³ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., p. 151.

⁹⁴ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., p. 454.

que a Jurisdição atua e, estando ela obrigada a atingir determinadas finalidades dentro do Estado Constitucional, assim também o processo teria que estar comprometido com os mesmos fins. Desse modo, propõem uma visão externa e não apenas interna da questão⁹⁵ e partem para a construção de um conceito de “direito fundamental ao processo justo”, como sendo uma evolução do conceito de devido processo legal.

Há uma crítica à Constituição, pelo fato de ela usar a expressão “devido processo legal”, que, segundo os autores é própria do modelo de Estado de Direito, “em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*” e não se adequa ao Estado Constitucional, que “tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*”⁹⁶.

O direito ao processo justo é visto como tendo natureza processual, não havendo que se falar em sua dimensão substancial. Ele impõe deveres de organização ao Estado e deve ser concretizado a partir das leis processuais infraconstitucionais, tal como teria feito o CPC/2015 ao instituir o “modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração”, pois a divisão de trabalho entre juiz e partes e a colaboração daquele para com estas é primordial para a noção de processo justo⁹⁷.

Com isso, Marinoni e Arenhart alinham-se às ideias defendidas em escrito anterior ao CPC/2015 por Daniel Mitidiero e que foi abordado anteriormente. A base é considerar-se o Estado Constitucional não como um “Estado-Inimigo”, o que justifica que o juiz desempenhe um novo papel no processo, que seja “isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões”. Do princípio da cooperação decorrem as regras de esclarecimento das dúvidas das partes pelo juiz; de prevenção, pelo juiz, às partes sobre eventuais perigos de o êxito na demanda ser frustrado pelo mau uso do processo; de consulta às partes antes de decidir qualquer questão, oportunizando a influência delas sobre a decisão; e de auxílio às partes na superação de obstáculos que possam impedir a prática de atos no processo.⁹⁸

⁹⁵ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 486-487.

⁹⁶ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 489-490.

⁹⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 490-491.

⁹⁸ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 493-498.

Mesmo aqui ainda é evidente o protagonismo da Jurisdição. Embora os autores rejeitem que a Jurisdição deva estar no centro do estudo do Direito Processual, é nítido o seu protagonismo sobre as partes no processo, na medida em que se pensa o direito ao processo justo como algo dado ao Estado para a consecução dos seus objetivos.

Não se pode negar a importância para o ordenamento jurídico dos mecanismos que garantam a efetividade da tutela jurisdicional, isto é, a capacidade de as decisões judiciais que reconheçam a existência de direitos gerarem eficácia, transformando-se o comando em realidade prática. No entanto, é preciso que não se perca de vista que há vários elementos na composição da equação que vai gerar a tutela jurisdicional.

Quando Luiz Guilherme Marinoni apresenta a sua visão do processo partindo da noção de tutela dos direitos, assim como Dinamarco, está a atribuir a duas instituições a mesma finalidade: para Marinoni, tanto o processo quanto a Jurisdição têm o objetivo de promover a tutela dos direitos; para Dinamarco, tanto o processo quanto a Jurisdição têm os objetivos de pacificar, educar e promover a justiça.

Quando se defende o abrandamento da legalidade com base em critérios não claros de “justiça”, a possibilidade de flexibilização, pelo juiz, do procedimento estabelecido na lei para adaptá-lo à realidade do caso concreto e a transformação de direitos fundamentais em instrumentos técnicos de manejo pelo juiz para a efetividade da tutela jurisdicional, cria-se no âmbito da jurisdição um superpoder.⁹⁹

É evidente que a Jurisdição é incumbida de tutelar os direitos, a partir da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. E para que a tutela seja prestada há que ser obedecido um método de trabalho, que se constitui, ele também, em um direito: o processo.

O papel desempenhado pelas normas processuais nesse contexto é o de limitar o poder da Jurisdição, impondo-lhe formas pré-determinadas pelo

⁹⁹ “Tudo isso acaba criando uma espécie de ‘direito de exceção’, no qual não somente o processo, mas também o próprio direito se transforma em instrumento na mão de juízes que, embora possam estar bem intencionados, assumem um rosário de faculdades capaz de gerar um levante contra as prescrições constitucionais de imparcialidade judicial e da igualdade das partes no processo.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 162.

legislador, de maneira que a atividade de resolver conflitos e tutelar direitos não se dê arbitrariamente. Nesse sentido, convém destacar as lições de Eduardo José da Fonseca Costa, quando apresenta as noções basilares de Processo como instituição de garantia, a partir de uma leitura constitucional:

Obtusamente, contudo, o ativismo judicial dissolve o processo (que é garantia) na jurisdição (que é poder), como se o processo fosse a própria jurisdição-funcionalmente-manifestada. Fá-lo perder a própria autonomia ôntica, dando o direito processual lugar a um disforme 'direito jurisdicional'. Daí dizer a *intelligentsia* ativista que o papel precípua do processo é a realização do direito material. Sem razão, entretanto. Lembre-se: na 'jurislação', o direito é criado; na jurisdição, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na administração, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial. Com isso se vê que, na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe 'apenas' cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Decididamente, o exercício da jurisdição radica no processo e não o contrário¹⁰⁰.

Essa visão de processo com finalidade diversa da Jurisdição em nenhum momento nega a importância da tutela dos direitos, apenas atribui essa função ao órgão do poder do Estado que a Constituição previu como competente para tal, após a provocação do interessado. A distinção que aqui se faz tem por finalidade afastar os riscos gerados pela confusão de finalidades entre Jurisdição e processo.

Marinoni e Mitidiero, de forma coerente, constroem uma concepção muito própria de estrutura e funções dos tribunais superiores, por eles denominados cortes supremas, para o sistema de justiça civil brasileiro. Na visão dos autores, é preciso repensar o STF e o STJ, para que deixem de ser vistos como cortes de controle de interpretação e passem a ser vistos como cortes de precedentes, com função precípua de conferir unidade ao Direito, atuando como colaboradores do Poder Legislativo.

Essa forma de encarar o papel dos tribunais coloca a posição teórica de Marinoni e Mitidiero próxima daquela defendida por Dinamarco, na medida em que há uma aposta comum: no protagonismo dos juízes em geral, por

¹⁰⁰ COSTA, E.J.D.F. "O processo como (...)" Ob. Cit., p. 19.

Dinamarco, e no protagonismo das cortes supremas, por Marinoni e Mitidiero.¹⁰¹ Esse protagonismo resulta em dissolução do sistema jurídico em sistema político, pois o Poder Judiciário passa a operar com temas que não são do seu *métier*.¹⁰²

Embora a teoria desenvolvida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero não centralize a Jurisdição, o protagonismo prático dela é a sua tônica e isso fica bastante evidente a partir do papel que eles atribuem aos juízes no denominado Estado Constitucional e, mais especificamente Marinoni e Mitidiero, aos tribunais superiores nas teses qualificadas por Eduardo José da Fonseca Costa como transcendentalistas.¹⁰³

A instrumentalização do caso em favor do poder jurisdicional e a concessão a este de uma função de dar unidade ao Direito sem o estabelecimento de limites claros torna o processo um instrumento servil ao poder, que o manejará em nome da efetividade da tutela jurisdicional a partir dos mantras do processo justo e da tutela adequada.

Nessa linha, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud criticam a posição de serem STF e STJ tribunais de precedentes, afirmando ser ela uma deturpação das funções constitucionalmente estabelecidas para eles, dando a impressão de “que o cidadão não deve ter acesso a esses Tribunais, ou quando o consegue, em verdade, o caso concreto do cidadão é mero pretexto e meio, instrumento, para se tornar viável a fixação de tese jurídica (*sic*).”¹⁰⁴

¹⁰¹ SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 306.

¹⁰² “Em ambos os casos, dá-se a absorção de tendências fortemente idealistas (verificadas na pretensa necessidade e capacidade de adaptar o direito a exigências decorrentes de imperativos superiores, como, v.g., justiça, bem comum, interesse público, moralidade) e sociológicas (verificada na suposta capacidade de adaptar as normas vigentes a exigências decorrentes da evolução da sociedade). (...) Mas as tensões internas ao sistema jurídico, resolvidas coativamente pelo Judiciário, só podem ser validamente dimensionadas pelo recurso à práxis, isto é, ao direito positivo lato sensu, precedentes e técnicas interpretativas. A interpretação jurídica não pode recorrer a argumentos utilitários e pragmáticos como aqueles que podem e devem entrar no debate parlamentar, sob pena de desdiferenciação do sistema jurídico.” In: SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, pp. 306-307.

¹⁰³ COSTA, E.J.D.F. “Os tribunais superiores são órgãos transcendentais?” In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 21-26, Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 21.

¹⁰⁴ NERY JR., N; ABBOUD, G. “Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016”. *Revista de Processo*, vol. 257/2016, p. 217-235, Jul/2016, p. 219.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão aqui não pretende esgotar as críticas formuladas pela doutrina às teses acima elencadas. A pretensão era realizar um voo panorâmico sobre os posicionamentos doutrinários, para ressaltar os pontos de ligação entre o instrumentalismo de Dinamarco e o formalismo-valorativo de Alvaro de Oliveira, o cooperativismo de Daniel Mitidiero e a noção de processo como instrumento para a tutela efetiva do direito material no Estado Constitucional, de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, com indicação breve das críticas realizadas a elas, sem objetivo de esgotamento.

Pela análise realizada até aqui, percebe-se que há um enraizamento da noção de processo como instrumento nas ideias que motivaram as principais leis regentes do direito processual civil brasileiro, que é resultado não só de um viés político de forte tom publicista, mas também de uma sólida construção doutrinária.

Mesmo nos posicionamentos doutrinários que se propuseram a superar o instrumentalismo processual, como é o caso do formalismo-valorativo, do processo civil colaborativo, do processo como mecanismo de tutela dos direitos, é possível perceber de forma muito acentuada a instrumentalização do processo. Muito embora em Marinoni, Mitidiero e Arenhart a Jurisdição tenha deixado de ser o centro da preocupação, ainda não se vê a centralidade do processo

Notadamente na teoria das cortes supremas, que vem ganhando fortes adeptos contemporaneamente, percebe-se o processo alternando-se entre um instrumento para a tutela dos direitos e para que as cortes desempenhem a sua função de conferir unidade ao direito, como se o processo, em si mesmo, não fosse também um direito.

Isso tudo é uma consequência do arraigamento das noções publicistas de instrumentalidade do processo, o que se deu de forma bastante consistente desde os primórdios do século XX no Brasil, conforme se pôde constatar desde a primeira parte desta série de ensaios.

8. REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BUZAID, A. “Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973”. In: BRASIL. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CAMPOS, F. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939: Decreto-Lei n. 1.608/1939*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>, acesso em 23/04/2023.
- CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.
- CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.
- CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COSTA, E.J.D.F. “O processo como instituição de garantia”. In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 15-20, Londrina: Editora Thoth, 2021.
- _____. “Os tribunais superiores são órgãos transcendentais?” In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 21-26, Londrina: Editora Thoth, 2021.
- DALLA BARBA, R.G. “Desafios metaéticos à doutrina do processo justo”. *Revista de Processo*, vol. 308/2020, p. 17 – 31, Out/2020.
- DELFINO, L. “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.

DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., F; CABRAL, A.D.P; CUNHA, L.C.D. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D.. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020.

DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica e garantismo processual – 3ª parte*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/72-ciencia-juridica-e-garantismo-processual-3a-parte/>. Acesso em: 10/05/2023.

DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

HELLMAN, R. *Comentários ao Código de Processo Civil: SuperCPC/JuruáDocs*, Disponível em: www.juruadocs.com/legislacao/art/lei_00131052015-327. Acesso em: 09/05/2023.

LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista do Processo Penal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, p. 11-33. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/22131>. Acesso em 12/07/2023.

MARINONI, L.G. *O STJ enquanto corte suprema: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L.G; ARENHART, S.Cruz; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, D. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51-74, Mar/2014.

- _____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOREIRA, J.C.B. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*, vol. 105/2002. p. 181-190, jan-mar/2002.
- NERY JR., N; ABBoud, G. “Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016”. *Revista de Processo*, vol. 257/2016, p. 217-235, Jul/2016.
- OLIVEIRA, C.A.A.D. *Del formalismo en el proceso civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2007.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- ROSSI, J.C. *Flexibilização procedimental: a farra neoprocessual*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/95-flexibilizacao-procedimental/>. Acesso em: 10/05/2023.
- SANTOS, M.A. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 54, n. 2, p. 212-229, 1959. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 14 jul. 2023.
- SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- _____. *Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo*. In: CARVALHO FILHO, A; COSTA, E.J.D.F. *Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos*. Londrina: Thoth, 2021.

STRECK, L.L; MOTTA, F.J.B. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio”. *Revista de Processo*, vol. 213/2012, p. 13 – 34, Nov/2012.