

© *Direito e Linguagem* nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 94-133
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13754556

Diálogo crítico com a instrumentalidade do processo – parte 1: o foco na Jurisdição, a legalidade e escopos metajurídicos do processo

*Critical dialogue with the instrumentality of procedure – part 1: The
focus on Jurisdiction, legality, and the metajuridical purposes of the
procedure*

Renê Francisco Hellman¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Sumário: 1. Introdução; 2. A instrumentalidade do processo e a centralidade da Jurisdição; 3. Bülow, processo como relação jurídica, Jurisdição ao centro e processo como instrumento; 4. A legalidade na instrumentalidade do processo; 5. Os escopos: do processo ou da Jurisdição?; 6. Os escopos do processo e a técnica processual; 7. Jurisdição e Legislação; 8. Considerações Finais; 9. Referências.

Resumo: Este é o primeiro de dois ensaios cuja finalidade é realizar um diálogo crítico com as ideias sobre a instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco. Neste primeiro ensaio, são analisadas as noções de centralidade da Jurisdição no estudo do direito processual e as influências de Oskar von Bülow sobre a tese de Dinamarco, apontando-se os riscos de se entender o juiz como um sintetizador das opções axiológicas da sociedade no contexto da teoria de que o processo é um instrumento da Jurisdição para a consecução dos objetivos do Estado. Além disso, tem-se a observação de como a legalidade se insere no contexto da instrumentalidade do processo, dos escopos metajurídicos do processo, culminando na verificação de como a técnica processual é instrumentalizada para a consecução desses objetivos. Conclui-se, ao final, que Dinamarco, embora reconheça a importância do devido processo legal, não inclui o processo como uma das garantias constitucionais de liberdade, insistindo na ideia de que o direito processual é um conjunto de normas que concede poderes e faculdades ao juiz.

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.

Palavras-chave: Processo; instrumentalidade; Dinamarco; Bülow; Jurisdição; direito processual; legalidade; devido processo legal; técnica processual.

Abstract: This is the first of two essays aimed at conducting a critical dialogue with the ideas of Cândido Rangel Dinamarco on the instrumentality of procedural law. In this first essay, the notions of the centrality of Jurisdiction in the study of procedural law and the influences of Oskar von Bülow on Dinamarco's thesis are analyzed, highlighting the risks of understanding the judge as a synthesizer of the axiological choices of society within the context of the theory that the process is an instrument of Jurisdiction for achieving the objectives of the State. Additionally, it addresses how legality fits within the context of the instrumentality of the process and the metajudicial purposes of the process, culminating in the examination of how procedural technique is instrumentalized to achieve these objectives. It concludes, in the end, that Dinamarco, although recognizing the importance of due process of law, does not include the process as one of the constitutional guarantees of freedom, insisting on the idea that procedural law is a set of norms that grants powers and faculties to the judge.

Keywords: Procedure; instrumentality; Dinamarco; Bülow; Jurisdiction; procedural law; legality; due process of law; procedural technique.

1. INTRODUÇÃO

Este é o primeiro de dois ensaios que têm por finalidade dialogar com Cândido Rangel Dinamarco, autor da obra “Instrumentalidade do Processo, assim como com autores que foram influenciados por essa linha de pensamento.

Há ainda quem veja com ressalvas e entenda como deselegância o fato de se dialogar criticamente. Não se quer com esses ensaios causar qualquer desconforto. Entende-se aqui que debater é respeitar e valorizar a obra daquele com quem se dialoga.

Cândido Rangel Dinamarco é merecedor de todas as homenagens, mesmo daqueles que discordam de sua visão sobre o processo. E esses ensaios que resultaram de um debruçar-se sobre a sua obra devem ser encarados como uma homenagem ao grande autor e professor, que merece ser lido e ter suas ideias dissecadas.

É possível dizer com segurança que a Escola Paulista de Processo, da qual Dinamarco é um dos grandes expoentes, firmou-se como a mais expressiva referência teórica para o ensino e para a prática do Direito Processual no Brasil e é por isso que o ponto de partida destes ensaios é a visão de processo que se

consolidou a partir dessa Escola, para analisá-la de forma crítica e mapear as suas influências.

Isso permitirá que se possa compreender quais as bases teóricas da doutrina instrumentalista e então aprofundar a crítica a essa visão a partir de noções do garantismo processual, movimento que vem ganhando corpo no Brasil nos últimos anos.

Então, esses ensaios destinam-se a analisar a obra de Dinamarco, considerado o marco teórico do instrumentalismo processual e, tendo em vista a vasta influência das ideias instrumentalistas, a maneira como elas motivaram a legislação processual infraconstitucional e as posições doutrinárias.

A análise que será feita nesta série leva em consideração a 16ª edição da clássica obra de Cândido Dinamarco, com revisões e reformulações de acordo com o CPC/2015, publicada no ano de 2022.

A opção por essa edição (a mais recente no momento em que se fez esta pesquisa) justifica-se porque nela o autor mantém as bases teóricas e a ideia originalmente construída quando da publicação da primeira edição, que se deu em 1987, mas acresce observações relativas à legislação processual que passou a vigorar a partir de 2016 e parte da consideração da consistência e da implantação definitiva das ideias da instrumentalidade no plano teórico, conforme admite no prefácio à 16ª edição².

O livro é dividido em duas partes. A primeira, denominada “Premissas metodológicas e conceituais”, subdivide-se em três capítulos: “Perspectivas metodológicas atuais do Direito Processual”; “A teoria geral do Processo”; “Jurisdição e poder”. A segunda parte, denominada “A instrumentalidade do sistema processual”, subdivide-se em outros sete capítulos: “Escopos da jurisdição e instrumentalidade”; “Escopos sociais”; “Escopos políticos”; “Escopo jurídico”; “Escopos do processo e técnica processual”; “A instrumentalidade em seu duplo sentido”; e, por fim, “A instrumentalidade do processo e o processo civil de resultados”.

² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 13.

Neste primeiro ensaio, o objetivo é analisar as ideias expostas no livro de Dinamarco, reforçando as principais ideias defendidas pelo autor e trazendo à baila as suas influências teóricas e os posicionamentos críticos encontrados na doutrina a respeito delas.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO

Dinamarco inicia sua tese com a apresentação das três grandes fases de evolução da ciência processual: o sincretismo, a autonomia e, por fim, a instrumentalidade. Para ele, esse terceiro momento metodológico coloca o processualista numa posição de sensibilidade com relação aos problemas jurídicos sociais e políticos e “interessado em obter soluções adequadas”, com a consciência de que o apuro conceitual chegou “a níveis mais do que satisfatórios” e que é preciso superar a posição metafísica das “investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”³.

Nessa terceira fase metodológica na ciência processual, Dinamarco traz um importante aporte da visão constitucional do processo, com os seus princípios constitucionais que o autor identifica estarem ligados aos valores de liberdade e igualdade, “que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*”⁴.

Com isso, tem-se um fenômeno de escalada do princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade, pois as normas infraconstitucionais somente encontram legitimidade “na medida de sua compatibilidade com os valores guardados superiormente na Constituição” e Dinamarco identifica aí dois sentidos vetoriais na relação entre processo e Constituição: a) da Constituição para o processo tem-se a conformação das normas processuais àquilo que está estabelecido constitucionalmente; b) do processo para a Constituição tem-se a jurisdição constitucional que faz o controle de constitucionalidade das normas

³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 19.

⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 23.

por meio do processo, entendido este como um instrumento apto a realizar a ordem constitucional⁵.

Ao tratar das mutações constitucionais, Dinamarco identifica o processo como um seu instrumento e muito embora reconheça a legalidade a que deve ser submetido o poder do Estado, coloca o juiz como um ser dotado de meios para promover a igualdade e garantir a liberdade e, ao passo em que chama de patética, louva a recomendação da Lei 9.099/1995 para que o juiz participe ativamente da instrução processual e “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”⁶.

Nessa linha, a interpretação judicial passa a ser um instrumento de mutação constitucional, influenciando no conteúdo da Constituição ou das leis, assim também no significado dos textos e nas diretrizes políticas do Estado, porque Dinamarco enxerga o que chama de “juiz autêntico” como sendo um canal legítimo por onde “o universo axiológico da sociedade impõe suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”⁷.

Não se confunda, entretanto, o juiz com o constituidor de direitos. Dinamarco defende que a tarefa da Jurisdição é canalizar a vontade dominante, o que chama de “síntese das opções axiológicas da nação”, significando que a decisão judicial apenas revela o que já existia, contribuindo apenas com a “certeza” sobre o direito, de maneira que as mutações operadas na ordem constitucional seriam “imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função”⁸.

Para finalizar o primeiro capítulo, Dinamarco apresenta a perspectiva publicista do processo, constituída a partir da compreensão de que se tem uma relação jurídica processual da qual faz parte um braço do Estado, o Poder

⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 22-27.

⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 33.

⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 36-37.

⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 37-38.

Judiciário. Isso implica retirar de cena a noção privatista do processo e colaborar para ideia de que “o processo é um instrumento para o exercício do poder” e mesmo que a provocação para o exercício do poder jurisdicional possa depender de um particular, o foco deve ser sempre nos “elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito”⁹ dos interesses individuais.

E aqui Dinamarco traz uma importante provocação, ao ressaltar o caráter público do processo e a necessária distância entre o Processo Civil e o Direito Civil, que foi promovida a partir das noções de uma Teoria Geral do Processo. Para ele, “o intenso caráter público das instituições de direito administrativo, embora não inteiramente explorado ainda em sede de teoria geral do processo, pode ser fator utilíssimo nessa tomada de consciência”¹⁰.

O caráter público do Direito Processual defendido por Dinamarco é não apenas porque o Estado-juiz componha a relação jurídica processual, mas em essência é porque enxerga o processo como “*instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados*”¹¹.

Um ponto marcante deste primeiro capítulo é a ausência de uma clara distinção entre ciência processual, processo e Jurisdição.

É evidente que esses três conceitos se inter-relacionam. A ciência processual tem por objeto de análise o processo, entretanto, ela não é o processo, porque este é norma e aquela é constituída pelos estudos sobre a norma. Já a Jurisdição, que é um dos poderes do Estado, opera com a norma processual e recebe contribuições da ciência processual para a realização da sua função interpretativa e aplicadora.

Diferenciados os conceitos, fica claro que o ponto de partida de Dinamarco, embora pareça ser a ciência processual, porque ele inicia tratando das fases metodológicas da sua evolução, na verdade, não é.

E também não é o processo o ponto de partida do autor. Ele está a tratar, basicamente, da Jurisdição. Este é o ponto central do primeiro capítulo da obra.

⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 45-46.

¹⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 47.

¹¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 49.

A visão instrumental do processualista moderno, afirma Dinamarco, leva-o a pensar soluções para aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, aberto à infiltração dos valores constitucionais. Isso deságua em uma análise sobre as relações entre processo e Constituição, passa por observações sobre o controle de constitucionalidade e culmina em afirmações sobre o poder jurisdicional de promover mutações constitucionais, a partir dos influxos axiológicos que o juiz recebe da sociedade.

Ou seja, não se trata de ciência processual e nem de processo. O foco é na Jurisdição. O primeiro capítulo da obra busca justificar, a partir da noção de instrumentalidade, o poder dado ao juiz. E tudo isso sem que tenham sido apresentados claramente os limites da atuação da Jurisdição.

Se o juiz canaliza a vontade dominante, sintetizando as opções axiológicas da nação¹², se a interpretação judicial é um instrumento de mutação constitucional e se as decisões judiciais têm o condão de influir no próprio conteúdo da Constituição e das leis¹³, o que pode garantir que o Poder Judiciário não atribua significados às normas processuais que sejam contrários à ordem constitucional?

Não há neste primeiro capítulo uma resposta a essa indagação, porque Dinamarco não tratou do processo como fator de limitação da atividade jurisdicional, mas do processo confundido com a própria Jurisdição.

Então, em resumo, a terceira fase metodológica da ciência processual seria, na verdade, uma fase em que o seu objeto não é o processo e, sim, a Jurisdição. O mais correto, então, seria denominá-la *ciência jurisdicional*.

Nessa terceira fase, diferentemente das demais, o processo não é um adendo do direito material (sincretismo), não é mais considerado em si mesmo dotado de importância (autonomismo), mas é um adendo (um instrumento) do poder estatal que tem a função de dizer o direito. O que se verifica, basicamente, é que, para o instrumentalismo, o processo deixa de ser adjetivo do direito material e passa a ser um acessório da Jurisdição.

¹² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 38.

¹³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 36.

Essa posição busca superar a noção autonomista, criticada por entender o processo como um fim em si mesmo, mas não apresenta uma resposta adequada, porque relega o processo a um papel secundário. Antes era inferior a um ramo do Direito, agora é inferior a um poder.

Vem de Calmon de Passos uma contundente e corajosa crítica à ideia de instrumentalidade do Processo, feita a partir de uma conferência no Seminário Lopes da Costa de Direito Processual Civil, ocorrido na Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte, no ano 2000, que posteriormente foi publicada como texto na Revista de Processo e compôs o volume I da obra que reuniu ensaios e artigos do professor baiano.

Quando Calmon de Passos critica o uso da expressão “instrumentalidade” do ponto de vista da dogmática jurídica, por entender que a sua significação é ampla e, portanto, de nenhuma serventia¹⁴, verifica-se o eco na crítica de Mateus Costa Pereira, para quem não é possível encarar o processo como instrumento, tendo em vista a ausência dessa categoria na ordem jurídica brasileira¹⁵.

Embora dizer que o processo é instrumento não seja afirmação apta a explicar o que o processo é, há nela uma coerência interna bem delineada por Diego Crevelin de Sousa: “Como todo instrumento é vulnerável aos desígnios de quem o manipula, dizer que algo é instrumento não é dizer o que ele é, mas a que(m) ele serve”¹⁶.

O “modismo da ‘instrumentalidade do processo’” é denunciado por Calmon como uma forma de camuflar que o processo condiciona o seu produto e, por isso, “reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de privilegiar o arbítrio dos decisores”¹⁷. Ao afirmar dessa maneira, Calmon refere-se tanto ao processo

¹⁴ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. In: _____. *Ensaios e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 39.

¹⁵ PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 124.

¹⁶ 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. 256.

¹⁷ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do (...)”, *Ob. Cit.*, p. 33.

legislativo quanto ao jurisdicional, cada um a seu tempo, produzindo o direito, o primeiro em nível macro, o segundo em nível micro, a partir dos conflitos que lhe são levados à apreciação. A ideia de instrumentalidade do processo é vista então como algo ultrapassado, porque não aderente à realidade do Direito da contemporaneidade¹⁸.

Apesar disso, Calmon reconhece que as reformas processuais realizadas para modificar o CPC/1973 foram influenciadas pelas noções instrumentalistas e geraram a quebra do equilíbrio processual, hipertrofiando o papel do juiz e privilegiando o autor¹⁹.

As reformas processuais vêm caudatárias do que se denomina 'crises do Poder Judiciário'. Crescente número de litígios, repetição de temas em milhares de ações individuais, lentidão na tramitação dos processos etc. costumam ser os motes para alterações legislativas para criação ou modificação de procedimentos, para imposição de novos filtros recursais, para a monocratização das decisões em tribunais e outras tantas medidas.

Em uma visão crítica sobre a constituição da sociedade brasileira, Calmon de Passos reconhece ser ela uma sociedade estamentária, caracterizada pelo fato de determinados setores sociais buscarem sempre garantir os seus privilégios, o que se transmuta em um obstáculo à competição baseada na competência e impede a responsabilização dos agentes políticos por suas decisões e atos. A partir disso, reflete sobre a disfuncionalização do Poder Judiciário e as inócuas reformas instrumentalistas feitas na lei processual, que conferiram maior poder aos magistrados, gerando "acréscimo de arbítrio" e sendo "fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos"²⁰.

Eis o centro da crítica de Calmon de Passos, o que também se vê em José Ignacio Botelho de Mesquita, que enxerga uma crise do Poder Judiciário, cujo nascedouro é encontrado na forma como este poder teve sua autoridade tolhida e desacreditada perante os demais poderes da República nos anos da Ditadura Militar iniciada em 1964²¹.

¹⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. "Instrumentalidade do (...)", Ob. Cit., p. 36.

¹⁹ CALMON DE PASSOS, J.J. "Instrumentalidade do (...)", Ob. Cit., p. 41.

²⁰ CALMON DE PASSOS, J.J. "Instrumentalidade do (...)", Ob. Cit., p. 500.

²¹ MESQUITA, J.I.B.D. "A crise do Judiciário e o processo". In: _____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 255-260.

Superada a fase de chumbo, idealizou-se, segundo Botelho de Mesquita, “um juiz acessível e eficiente, que se fizesse instrumento da paz social, comprometido não apenas com a ordem jurídica, mas com o que se veio a chamar de ordem jurídica justa”, entretanto, a nobreza do ideal não conseguiu esconder a característica de ele ser, ao mesmo tempo, “pobre quanto ao senso crítico, porque não enfrentava diretamente as causas da crise”, apenas fortalecendo os poderes do juiz em relação aos cidadãos, mas incapaz de extirpar a desconfiança dos demais poderes sobre o Poder Judiciário²².

Embora não expresse claramente nesse texto, é nítida a referência de Botelho de Mesquita à visão instrumentalista do processo e ao papel autoritário que se confia ao Poder Judiciário nesse contexto.

A centralidade da Jurisdição na teoria geral do processo é criticada por Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, que enxergam nisso a existência de “fragmentos ideológicos perigosos, pois o Estado passa a ser o único detentor do poder, enquanto que os sujeitos apenas participam do processo, uma vez que não possuem o poder apenas são objetos sobre os quais ele se exerce”²³, razão pela qual advogam a ideia de que no centro do estudo da teoria processual deve estar a relação jurídica (esta baseada em Arthur Kaufmann), “que permite um acesso hermenêutico ao direito, porque possibilita uma visão da legislação até a decisão por meio de uma espiral hermenêutica em que a idéia do direito e a situação da vida são postos em correspondência”²⁴.

Em trabalho posterior, agora na companhia de Guilherme Lunelli, Georges Abboud critica a fórmula do “juiz antena” do instrumentalismo processual de Dinamarco. Esse modelo de juiz teria a capacidade de “captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários

²² MESQUITA, J.I.B.D. “A crise do Judiciário (...)” Ob. Cit., p. 260.

²³ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-59, Dez/2008, p. 46.

²⁴ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D “O dito e o não-dito (...)” Ob. Cit., p. 47.

por ele ‘receptados’²⁵, o que fatalmente resultaria em um juiz “impositor das suas próprias ideologias ao jurisdicionado”²⁶.

Antônio Carvalho Filho destaca a fragilidade teórica do sofisma do “juiz-antena, como sujeito capaz de captar a justiça pelos impulsos morais da sociedade”, para realisticamente vaticinar que “é simplesmente impossível que alguém consiga reunir em si essa condição de síntese dos influxos de justiça a partir de uma sociedade tão plural quanto a nossa”²⁷.

Crevelin de Sousa destaca que somente faria sentido falar-se em liberdade do juiz perante a lei para realização da justiça e dos valores da sociedade “se se pressupõe a existência de uma tábua de valores que o juiz pode acessar para de lá derivar respostas unas e corretas, conformes ao ‘sentimento de justiça da sociedade’.” Mas isso não se dá dessa maneira e não há critérios na doutrina instrumentalista que permitam verificar o que seria o sentimento social e o sentimento pessoal do juiz, havendo, conseqüentemente, “um discurso que prega a crença no juiz” e favorece o decisionismo judicial, do qual, por sua vez, decorre a supremacia do Poder Judiciário.²⁸

Neste ponto também é a crítica de André Cordeiro Leal, para quem os autores instrumentalistas, muito embora rejeitem a noção chiovendiana de atuação da vontade concreta da lei pela Jurisdição, ao fim e ao cabo defendem a atuação jurisdicional como produtora de uma concretude, não mais do texto legal, mas, sim, de uma realidade social: “antes, a vontade da lei ou do legislador; agora os valores vigentes na sociedade só acessíveis a um julgador magnânimo e preparado”²⁹.

Georges Abboud, Guilherme Lunelli³⁰ e Rafael Tomaz de Oliveira³¹, ressaltam um ponto relevante das ideias instrumentalistas: a suspensão da legalidade em nome dos escopos metajurídicos que ora Dinamarco atribui à

²⁵ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 21- 47, Abr/2015, p. 27.

²⁶ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e (...)” Ob. Cit., p. 28.

²⁷ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 87.

²⁸ 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. 268.

²⁹ LEAL, A.C. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 137.

³⁰ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e (...)” Idem.

³¹ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito (...)”, Idem.

Jurisdição, ora ao processo, ora à ciência processual, como se tudo se tratasse de uma coisa só e estivesse à disposição daquele que detém o poder de dar a última palavra sobre a interpretação jurídica no caso concreto para executar o que é definido como os valores apreendidos a partir da observação da sociedade.

Para além da confusão conceitual que se dá quando da atribuição dos escopos para instituições diferentes, não se pode deixar de destacar como eminentemente problemático o caráter metajurídico dos escopos indicados pelo instrumentalismo processual, já que eles “não possuem critérios objetivos de aferição no Direito Processual Civil”³².

Mateus Costa Pereira ressalta o problema da pressuposição, pelos instrumentalistas, “de um julgador estritamente racional e onisciente” com potencial de ofensa à democracia e ao pluralismo, que não encontra guarida nas normativas constitucionais que tratam do Processo, assim como nas convencionais, como é o caso do artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/2022).³³

No segundo capítulo, Dinamarco busca examinar o papel da teoria geral do Processo, ou seja, o âmbito da ciência processual que visa “reconstruir, sobre bases sólidas, o edifício sistemático do direito processual como um todo harmonioso”, a partir da harmonização dos institutos, dos princípios e das garantias do processo, “compondo assim o *sistema* processual”.³⁴ E nesse ponto Dinamarco mais uma vez reforça que essa sua visão sobre o braço da ciência processual que denomina de teoria geral do processo é vinculada à ideia de instrumentalidade. Não só o processo é visto como instrumento, mas também a investigação científica a respeito dele.³⁵

³²GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 172.

³³ PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 127.

³⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 55-56.

³⁵ “A harmonia deste (do sistema processual), como um todo dotado de unidade, é dada pela coordenação funcional entre seus componentes a partir de uma definição teleológica preestabelecida. É inerente ao conceito de sistema a consciência dos objetivos que conferem unidade a ele próprio, na diversidade dos elementos que o integram. Daí o realce metodológico dado à instrumentalidade do processo no tempo presente, constituindo ela a expressão resumida @ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.13755690, 2024. 105

Mais adiante, Dinamarco afirma que a teoria geral do processo, pelo método indutivo, chegou à instrumentalidade como “nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo”.³⁶

O esforço da teoria geral em harmonizar os institutos de todos os sub-ramos do Direito Processual é feito a partir de uma definição teleológica preestabelecida. Essa finalidade é a instrumentalidade. Construiu-se uma noção de unidade sistemática para os diversos ramos processuais a partir da instrumentalidade e o processo passou a ser entendido como um meio de exercício de poder: “a teoria geral do processo *chega até aonde se trata de atividades preordenadas ao exercício do poder*”, razão pela qual Dinamarco exclui da análise da teoria geral os negócios jurídicos, já que neles não há exercício de poder e, sim, exteriorização da autonomia da vontade.³⁷

No terceiro capítulo, o autor trata do tema “Jurisdição e poder” e inicia justificando a centralidade da Jurisdição na teoria processual. Essa centralidade opõe-se à fase sincretista, que focava principalmente na análise da *ação*, o que lhe conferia um caráter privatista, e à fase autonomista, cuja principal preocupação era também com a *ação* como *direito à tutela jurídica*.³⁸

Buscando superar essa postura metodológica que qualificou como individualista, Dinamarco coloca a Jurisdição no centro da teoria processual, dado o seu viés publicista, pois o sistema jurídico utiliza o sistema processual para “realizar objetivos que são seus”, e sempre haverá algo ligado ao interesse público, conceito que o autor acaba por associar ao interesse do Estado.³⁹

Nesse contexto, o processo é relegado ao papel de mero procedimento, não sendo entendido como “fonte substancial de emanção e alvo da convergência das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”. Por não ter “maior expressão substancial”, o processo em Dinamarco é “marcadamente formal e potencialmente instrumental” e o foco

dos objetivos de todo o sistema processual.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 56.

³⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 69.

³⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 69-70.

³⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 71.

³⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 71.

deve ser na disciplina do poder jurisdicional, “com destaque ao que há de substancial, ou seja: o *compromisso* do Estado a prestar o seu serviço”.⁴⁰

O autor ao centralizar a análise do poder no que chama de moderna visão do direito processual, afirma que isso gera uma aproximação entre o processo e a Política. E a partir disso, conectando-se com a Ciência Política, Dinamarco entende que o poder político é “a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”, que constituem atos de “positivação do poder”, pois seria “arbitrário falar em *positivação* somente com referência à lei”.⁴¹

Ao trazer para discussão a ideia de “dinâmica do poder”, que encontra em Dalmo Dallari, Dinamarco afirma que o “processo jurisdicional, de que se ocupa a ciência processual, insere-se mesmo, decididamente, na ‘dinâmica do poder’”. E logo em seguida faz uma tentativa de diferenciação entre os conceitos de Jurisdição e de processo: “o poder não se confunde com o método predisposto ao seu exercício, meios de que o titular dispõe”.⁴²

O curioso, aqui, é que Dinamarco faz essa diferenciação entre processo e Jurisdição, que diz serem conceitos muito distintos e que não comportam a mínima confusão, mas em outros momentos de sua obra arrasta ambos os institutos para um mesmo significado, ao não diferenciar o que seja o poder (a Jurisdição) do seu limite (o processo) e coloca este último como um mero adendo daquela.

Mesmo quando afirma que “o próprio direito processual é, afinal, disciplina jurídica da jurisdição e de seu exercício”, num sentido de limitação do poder jurisdicional, Dinamarco acaba por promover a colonização do direito processual pela Jurisdição, transformando-o em um direito jurisdicional, ao afirmar que “só em segundo plano (...) é que vemos no direito processual também a disciplina da ação, da defesa e do processo”.⁴³

⁴⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 73.

⁴¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 82-84.

⁴² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit. pp. 104-105.

⁴³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 105.

Não só o processo é posto à disposição da Jurisdição para o exercício do seu poder, mas também o direito processual se transmuta em uma ciência à qual incumbe o estudo, com proeminência, do poder jurisdicional.

3. BÜLOW, PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA, JURISDIÇÃO AO CENTRO E PROCESSO COMO INSTRUMENTO

A visão instrumentalista centrada na Jurisdição é bastante influenciada pela noção de processo como relação jurídica, de Oskar von Bülow⁴⁴, que legou ao mundo importante contribuição teórica e que ainda hoje influencia o pensamento processual.

Não se vai aqui discutir ou colocar em xeque a importância da obra de Bülow, que é considerada por grande parcela da doutrina a obra de inauguração da moderna ciência processual⁴⁵.

Passando ao largo da discussão bem posta por Igor Raatz e Natascha Anchieta sobre o fato de o “processualismo científico” não ter necessariamente gerado maior cientificidade no estudo do processo, o fato é que a obra de Bülow influenciou gerações de estudiosos do direito processual. Tanta influência teve que os próprios autores advertem que “há uma espécie de sinonímia entre *processualismo científico, publicismo e instrumentalismo processual*”.⁴⁶

⁴⁴ “Outra idéia foi a de *relação jurídica* que, aplicada ao processo civil, permitiu entendê-lo como o instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflitos de interesses.” In: BUZAID, A. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 33.

⁴⁵ Não se olvide que André Cordeiro Leal defende que Bülow teria apenas delineado uma “tecnologia da jurisdição”, recusando a afirmação de que ele seria o fundador da ciência processual. (LEAL, A.C. *Instrumentalidade do (...)*, *Ob. Cit.*, p. 64-65). Também da Escola Mineira, Rosemiro Pereira Leal adverte que é “exagerada a afirmação de que o ‘processo como ciência jurídica surgiu’ a partir da obra de Bülow em 1868, porque o processo não é, em si mesmo, uma ciência, mas *objeto de esclarecimento* pela *ciência do processo*. Bülow estabeleceu, com sua obra célebre, marcos teóricos para o delineamento do processo, sustentando uma *teoria* para conceituá-lo. Entretanto, ao defini-lo, indicou um conjunto de pressupostos que emprestariam ao processo os fulcros de sua autonomia teórica. Não desenvolveu Bülow uma atividade científica, mas uma teoria do processo, segundo suas arraigadas convicções, como veremos em capítulo especial.” (LEAL, R.P. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128). Além disso, importantes são os resgates históricos feitos por Igor Raatz e Natascha Anchieta, para quem a obra do chamado ‘processualismo científico’ “foi organizar um catálogo de conceitos jurídicos – muitos já existentes – e problematizá-los dentro de uma área do conhecimento jurídico que, até então, era inexistente: o *direito processual*.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 19.

⁴⁶ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo (...)*, *Ob. Cit.*, p. 22.

Assim sendo, o que se quer é, em essência, compreender de que modo Bülow enxergava a Jurisdição e como isso joga luzes sobre as ideias instrumentalistas sedimentadas no Brasil.

Para marcar a diferença da relação jurídica processual com a relação de direito material, Bülow destacou o caráter público daquela:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente em el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.⁴⁷

Alguns anos depois, em outro escrito, intitulado *Gesetz und Richteramt*, Bülow defendeu a função criadora do direito pela Jurisdição. A lei é apresentada como uma preparação, uma tentativa de realização do direito, o que somente acontecerá quando o litígio jurídico for resolvido pelo juiz, que escolherá dentre as várias significações possíveis das palavras da lei, aquela que lhe pareça ser a mais justa.⁴⁸ Igor Raatz e Natascha Anchieta alertam que a ideia de Bülow é baseada na noção “de que a decisão judicial não é somente a aplicação de uma norma acabada, mas, sim, uma entrada jurídica criadora.”⁴⁹

Sobre isso, vale destacar as observações de Karl Larenz:

Não diz BÜLOW segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria

⁴⁷ BÜLOW, O.V. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-2.

⁴⁸ BÜLOW, O.V. *Gesetz und richteramnt*. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 1-43.

⁴⁹ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo (...)*, *Ob. Cit.*, p. 62.

do Direito livre” – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido.⁵⁰

O objetivo de Bülow, assim como dos demais teóricos do Movimento do Direito Livre, era o de apresentar um contraponto ao formalismo e ao legalismo que marcaram o final do século XIX na Alemanha. Partindo do pressuposto que a lei não traz a substância do direito por si mesma, mas apenas indicações de onde ela pode ser encontrada, o autor afirmava que o direito está escondido no todo da vida social e estatal, estando o juiz, então, autorizado a promover determinações jurídicas que não estejam contidas na lei, mas que tenham sido por ele encontradas, criadas, escolhidas e desejadas.⁵¹

A confiança na capacidade e na sensibilidade do juiz é uma marca da visão bülowiana que inspirou o Movimento do Direito Livre: “No âmbito da atuação do direito, o magistrado passou a ostentar o *status* de garantidor da justiça, empregando sua sensibilidade, intuição e vontade para solucionar os conflitos que lhe eram submetidos.”⁵²

Ingeborg Maus destaca, nessa fase, um papel de “juiz da lei” (um juiz colocado sobre a lei, como quem a julga, e não sendo limitado por ela), desempenhado pelos juízes alemães, “investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito suprapositivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.”⁵³

A partir disso, a autora mapeia como se construiu uma autocompreensão da magistratura sobre o papel do juiz: “avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal” e como isso resultou na adesão da Justiça alemã ao projeto de nacional-socialismo nazista de Adolf Hitler.⁵⁴ O antiformalismo e o antipositivismo dessa figura de

⁵⁰ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

⁵¹ BÜLOW, O.V. Gesetz und richteram. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 37-43.

⁵² THIBAU, V.L. “Oskar von Bülow e o nazismo”. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 45.

⁵³ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 196.

⁵⁴ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 196.

“juiz da lei” foram apropriados pela visão nazista sobre o Direito e o papel da Jurisdição e contribuíram para o fortalecimento desse sistema.⁵⁵

O que avulta aqui é uma curiosa compreensão sobre o papel e as capacidades do juiz, que consegue captar e canalizar os valores sociais, que muito se assemelha a noções contemporâneas “de um juiz engenheiro social”⁵⁶.

Embora não se possa correlacionar a teoria instrumentalista de Dinamarco com as visões do nazismo alemão, o que seria de todo injusto e incorreto, não pode escapar à observação a forma como na Alemanha se deu a apropriação das noções instrumentalistas pelo Judiciário que aderiu ao nacional-socialismo de Hitler e como, na teoria de Dinamarco, fez-se utilização acrítica da ideia de Jurisdição como condutora do Estado na consecução dos seus escopos e da ideia de que os juízes possam captar a consciência social e aplicar os valores dali absorvidos no julgamento dos casos concretos.

Esse apelo aos valores é bem sintetizado por Maus:

Contra o "império da lei" despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais

⁵⁵ “Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma “lei” qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas “Cartas aos Juizes” nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juizes como uma importante garantia para a “correta” jurisprudência, cujas tarefas “só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta”; a magistratura deveria representar a “elite nacional”. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. As “Cartas aos Juizes” também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente “das muletas da lei”, sustentando também que o juiz era visto como “auxiliar direto da condução do Estado”. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: “O juiz é a corporificação da consciência viva nacional.” In: MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 197

⁵⁶ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

isoladas, apelando para convenções morais e "valores". Exatamente nessa auto-representação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade.⁵⁷

Os perigos de se teorizar o poder jurisdicional a partir do processo como instrumento à disposição “do sentimento, da vontade e da intuição do juiz-soberano”, implica, como salienta Vinícius Lott Thibau, “imprevisibilidade decisória, que é nefasta ao direito democrático”, razão pela qual, ao incorporar acriticamente as noções instrumentalistas de inspiração bülowiana, a doutrina brasileira corre o risco de construir uma noção totalitária para os conceitos de Jurisdição e de processo.⁵⁸

No Brasil, André Cordeiro Leal identificou o chamado *paradoxo de Bülow*. Em suas obras, o autor alemão ressalta a importância dos juízes, cuja função era efetuar o controle da formação e da validade da relação jurídica processual e que produziria uma decisão que poderia contrariar o sentido e a vontade da lei, o que era admitido por ele como um tributo prestado pelo legislador à fraqueza do poder de expressão e expressão humanas⁵⁹.

Desse modo, “o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente”, sem que Bülow tivesse explicado como se daria o controle da atividade jurisdicional criadora: como o Processo pode ser, ao mesmo tempo, instrumento do poder e sua limitação? Esse paradoxo acabou por contaminar as teorias que derivaram do pensamento bülowiano.⁶⁰

Outros autores, além de Bülow, foram responsáveis pela consolidação de uma visão publicista sobre o processo e formaram o caldo cultural de onde foram resgatadas ideias para a construção de uma concepção instrumentalista do processo brasileiro. Essas outras influências serão analisadas posteriormente, no momento oportuno.

⁵⁷ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 200.

⁵⁸ THIBAU, V.L. Oskar von Bülow e o nazismo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 47.

⁵⁹ BÜLOW, O.V. Gesetz und richteram. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 37.

⁶⁰ LEAL, A.C. *Instrumentalidade do (...) Ob. Cit.*, pp. 60-65.

4. A LEGALIDADE NA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Em sua obra, Dinamarco⁶¹ apresenta a perspectiva funcional da Jurisdição. Partindo do pressuposto de que ela é uma das manifestações do poder estatal, que se diferencia da Administração e da Legislação porque se trata de uma função diversa, afirma que há um feixe de objetivos a serem alcançados pela prestação dos serviços jurisdicionais: a) atuação da vontade do direito substancial; b) pacificação dos conflitos mediante a educação sobre os direitos; c) afirmação do poder estatal, com participação dos cidadãos e preservação da liberdade.⁶²

Estes mesmos objetivos aparecem posteriormente na obra como sendo os escopos do processo, numa clara confusão conceitual entre Jurisdição e Processo.

Dinamarco dedica-se a examinar as relações entre os conceitos de processo, procedimento e contraditório, destacando o que denomina de “reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância”. Na sua visão, a partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, “o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder”.⁶³

Essa legalidade, reconhece Dinamarco, não encerra o conceito de *due process of law*, embora sirva como um meio de preservar o devido processo, pois, para ele, o importante “é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo”.⁶⁴

Aqui o raciocínio do autor é interessantíssimo. Fala-se em uma estrutura constitucional com normas voltadas ao direito processual que concede poderes e faculdades a quem exerce a função jurisdicional. Reconhece-se o valor da legalidade, mas ela somente fará sentido se servir a essa estrutura que concede poderes e faculdades ao juiz.

⁶¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 104-105.

⁶² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 107.

⁶³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 116-117.

⁶⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 116-117.

É clara a inversão de polos nessa visão. A legalidade está subposta. A jurisdição está sobreposta. Fala-se em faculdades e poderes dados pela Constituição ao juiz, mas não se diz quais.

Na realidade, a Constituição não faculta coisa alguma ao juiz. O que há é a atribuição de poderes-deveres. É o poder-dever de prestar o serviço jurisdicional do qual decorrem todos os deveres a isso inerentes. E o devido processo legal, nesse contexto, vai funcionando em favor do jurisdicionado, de modo a limitar o exercício do poder-dever atribuído à Jurisdição.

Na sequência, Dinamarco elabora crítica ao que chama de *estrita legalidade* dos atos do processo, associando-a à noção de fetichismo da forma, o que contrariaria o ideal de um processo civil de resultados. O autor elabora crítica aos três Códigos de Processo Civil brasileiros, que teriam apenas formulado normas programáticas com promessa de liberdade das formas e faz uma ode ao sistema dos Juizados Especiais, instituído a partir da Lei 9.099/1995:⁶⁵

O entusiasmo com o sistema de “ampla liberdade das formas” dos Juizados Especiais é evidente. Entretanto, está ausente uma análise do que se pôs em prática nesse sistema ao longo dos quase 30 anos de vigência da Lei 9.099/1995. Já não se trata mais de um projeto de sistema e já seria possível que as afirmações elogiosas que o autor faz sobre os Juizados Especiais fossem comprovadas a partir de dados coletados.

Afirma-se que as garantias processuais do contraditório, da igualdade, da ampla defesa etc. teriam melhores condições de realização no procedimento dos Juizados Especiais do que no modelo estabelecido pelos códigos processuais, mas não há provas de que isso, de fato, tenha ocorrido ao longo de tantos anos de vigência da Lei.

⁶⁵ “A ampla liberdade forma, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada e nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização. O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes (...). Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação ele estará dando à garantia constitucional de contraditório uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair do imobilismo do juiz-espectador.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 118.

E Dinamarco deposita extrema confiança no papel do juiz no defendido sistema de ampla liberdade das formas, apostando no papel criativo (“o juiz *criará* modos de tratar a prova”) e na sensibilidade do julgador (“sentir a pretensão das partes”) para, em seguida, admitir que o juiz é um agente político do Estado, dotado de poder e que também é “expressão da democracia indireta”, razão pela qual não seria adequado “enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento”.⁶⁶

Nesse contexto, o procedimento é entendido como um legitimador do resultado do exercício do poder. Para Dinamarco, a ampla liberdade das formas encontra limites nas garantias fundamentais constitucionais do processo (contraditório, igualdade, inafastabilidade do controle jurisdicional e devido processo legal). Nele, a participação, como um postulado da democracia, deve ser garantida às partes e também implica “*ativismo judiciário*, que é a expressão da postura participativa do juiz”.⁶⁷

Como se vê, até mesmo o contraditório é visto como um *dado ao juiz* e isso acaba por esvaziar o contraditório como garantia das partes, pois coloca o julgador como um agente super-participativo do procedimento, com poderes de grande interferência na prática e no encadeamento dos atos processuais, pois a própria legalidade é posta à serviço do exercício do poder.

Nessa linha, considerando que o juiz é um agente com direito ao contraditório, com poderes de instrução, de criação, com capacidade de sentir a pretensão das partes, nota-se a ocorrência de um fenômeno curioso: ao mesmo tempo em que o juiz “desce” um degrau para participar ativamente do procedimento, ele acaba por influenciar fortemente os seus rumos e, invariavelmente, os rumos da decisão que terá que proferir ao final, isso o dota de grandes poderes, fazendo-o “subir” outros tantos degraus, pois o contraditório não lhe é imposto como um limite e, sim, como uma condição de possibilidade de exercício de seu poder.

⁶⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 118.

⁶⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 120-122.

Quando trata da legitimidade do processo e do exercício da Jurisdição, Dinamarco invoca a necessária aproximação do direito processual com o constitucional, mas vê neste último, muito mais do que um corpo de normas, uma “consagração dos valores fundamentais da nacionalidade”, de modo a não compreender os ditames constitucionais como “exigências positivadas” de hierarquia superior às leis (o que chama de uma “acanhada e frágil visão *legalista* do problema, própria do positivismo jurídico”). O primeiro e mais importante fator de legitimidade, para Dinamarco, é “a compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica”.⁶⁸

E para além disso, o autor identifica a variação do grau de legitimidade da Jurisdição nas variações do grau de sua eficiência, que é medida a partir da fidelidade aos seus escopos que são “objetivos individuais e coletivos, situados no plano jurídico, social e mesmo político propriamente dito”.⁶⁹

5. OS ESCOPOS: DO PROCESSO OU DA JURISDIÇÃO?

Na Parte Segunda de sua obra, Dinamarco propõe-se a tratar sobre a instrumentalidade do sistema processual e inicia com a análise dos escopos da Jurisdição e suas relações com a instrumentalidade. E mais uma vez fica evidente a confusão conceitual entre Jurisdição e processo. Ao longo do texto é comum que o autor inicie falando de um e termine falando de outro, como se fossem a mesma coisa.

O processo é posto como uma instituição cuja legitimidade deve estar apoiada “não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade.” E isso, para Dinamarco, evidencia a relevância dos escopos do sistema processual e da Jurisdição.⁷⁰ Os conceitos estão liquidificados, como se formassem algo que não se pudesse enxergar sem que estivessem juntos: Jurisdição, processo e sistema processual formam uma coisa só, com os mesmos escopos.

E a partir disso o autor desenvolve sua noção de relatividade social e política, com a apresentação de um “escopo metajurídico da jurisdição,

⁶⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 126.

⁶⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 131.

⁷⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 133.

geralmente localizado na *paz social*”, que decorre de uma visão a partir do que chama de “Estado social contemporâneo”. Nele, recusa-se a ideia de um “juiz espectador e conformado”, que resultou de uma superação de uma visão qualificada como tradicional da justiça e do processo, própria do Estado liberal, em que “no fazer cumprir a lei exauria-se a ideia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição” e em que o processo estava dissociado do pensamento social de seu tempo.⁷¹

O primeiro escopo social apresentado por Dinamarco é a pacificação com justiça. Nele, o autor enxerga a segurança jurídica como um “degrau na obtenção do objetivo último de pacificação”, na medida em que admite que “às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente”, mas adiciona o componente do valor justiça como sendo “o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”.⁷²

Para o autor, Legislação e Jurisdição têm um escopo fundamental, que é a promoção da paz social. Nessa linha, “*direito e processo* compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos”.⁷³ Aqui, Dinamarco acaba por confundir o processo jurisdicional com um conceito maior de processo de produção da norma. Este último, muito mais amplo, que se inicia a partir das discussões com a sociedade sobre a produção de textos legais e termina com a produção do comando normativo para um determinado caso concreto é um conceito continente do processo jurisdicional, que se dá no âmbito do Poder Judiciário, para a resolução de um conflito específico e que é regido pelas normas processuais.

Daí porque ser necessária a distinção entre Jurisdição e processo. Enquanto a Jurisdição tem por escopo solucionar os conflitos, sendo parte do processo maior de produção da norma, as normas processuais (o processo) têm por escopo limitar o poder jurisdicional no exercício da sua função de solucionar conflitos.

⁷¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 138-139.

⁷² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 145.

⁷³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 143.

O processo não soluciona conflito, quem o faz é a Jurisdição. O processo não pacifica com justiça, quem o faz é a Jurisdição. O processo é a garantia do jurisdicionado de que o poder não será exercido fora dos limites legais. E essa compreensão deveria ser tanto mais forte quanto mais se confiasse à Jurisdição escopos metajurídicos, como promover a paz social, pacificar com justiça etc.

O segundo escopo social é o da educação dos membros da sociedade a respeito dos seus direitos e obrigações, que é visto pelo autor como um escopo instrumental, já que a finalidade última é a pacificação com justiça⁷⁴.

Ao tratar dele, Dinamarco usa como exemplos os sistemas consumerista e dos Juizados Especiais Cíveis, cuja finalidade era trazer ao Judiciário a discussão de questões antes resolvidas por outros mecanismos e acabar com a chamada litigiosidade contida. Tais sistemas pretendem “estabelecer um clima generalizado de confiança no Poder Judiciário e, mais além, de segurança social e insatisfações eliminadas”⁷⁵. Décadas depois, ainda é preciso medir com dados esse nível de confiança e verificar se os objetivos foram alcançados e em que medida.

Mas afora essa discussão sobre os efeitos dos dois sistemas usados como exemplos do escopo de educação por Dinamarco, ainda aqui se vê a confusão conceitual, que ganha contornos ainda maiores. Para além de se confundirem os conceitos de processo e Jurisdição, a partir do exemplo do sistema do consumerista, traz-se mais um componente, que consiste no fato de que o Código de Defesa do Consumidor, muito embora contenha regras processuais, é muito mais – e antes de tudo – um sistema de direito material. Desse modo, não se pode usá-lo (ao menos não dessa forma genérica sem a separação conceitual necessária) como base para tratar de escopo da Jurisdição e do processo.

Para a construção dos escopos sociais do processo, Dinamarco parte da noção de um “Estado social contemporâneo”, que cultua a justiça como um valor com conteúdo substancial e efetivo⁷⁶. A instrumentalidade do processo é a consolidação de uma teoria que atribui ao processo e à Jurisdição escopos

⁷⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 28.

metajurídicos. Por isso, é possível vislumbrar a ligação entre a teoria instrumentalista que faz escola no Brasil com o socialismo jurídico de Anton Menger e o processo como promotor do bem-estar social de Franz Klein.

Anton Menger, professor húngaro, contemporâneo de Franz Klein na Universidade de Viena, que é considerado como o grande expoente do socialismo jurídico⁷⁷, identificava uma tendência entre os juristas de não considerarem a posição dos mais pobres diante do direito e da busca pelos seus direitos, do que decorria uma parcialidade em favor dos ricos: “*La mayor parte de ellos sigen á los ricos y á los poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen e de los dominadores, com el mismo celo com que defienden sus tontas pretensiones*”⁷⁸.

Apesar de admitir a parcialidade dos juristas em favor dos ricos e também de considerar a parcialidade dos juízes, notadamente no âmbito da justiça criminal, Menger apostava no protagonismo do juiz no procedimento civil, para que pudesse intervir espontaneamente na administração da justiça, com o fim de promover a proteção dos direitos dos mais pobres.⁷⁹

Ao vislumbrar o sistema processual e o sistema de funcionamento do Poder Judiciário como um mundo complexo, Menger atribuía à opacidade desses sistemas o resultado insatisfatório na proteção dos direitos dos mais pobres. Para ele, ainda que houvesse regras prevendo que advogados tivessem que atuar de forma gratuita em favor dos mais pobres, isso não era suficiente, tendo em vista que esses serviços não remunerados, em regra, eram desempenhados de forma insatisfatória. Daí a razão de se pensar em um juiz ativo, que atuasse em favor dos menos favorecidos.⁸⁰

⁷⁷RAATZ, 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. 88-89.

⁷⁸MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 100-101.

⁷⁹MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 121.

⁸⁰MENGER, A. *El derecho civil (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 118-123.

A partir disso, Anton Menger constrói sugestões de mudanças nas normas do procedimento civil. São elas: a) “*obligar al Juez civil á instruir gratuitamente á todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente*”; b) uma vez encerrada a fase postulatória, com apresentação da demanda e da defesa, “*el Juez debería proceder em el litigio de oficio*”; c) sendo o rico representado por advogado, “*el Juez debería procurar establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre*”.⁸¹

Como se pode ver, para esse modelo social de processo, a imparcialidade não é uma das preocupações em relação ao papel do juiz. Pensa-se, ao contrário, em um juiz ativo que funcione como discriminador positivo em favor dos mais pobres, com a finalidade de torná-los mais iguais aos ricos.

Além disso, fica bastante evidente em Menger o papel educativo do juiz, com sua função de instruir especialmente os cidadãos pobres sobre o Direito vigente. Esse ponto de vista social e educativo também pode ser verificado em Franz Klein, influenciado que foi por Anton Menger e que concebeu o processo como uma ferramenta para a educação e para a promoção do bem-estar social.⁸²

Nicola Picardi, com apoio em Peter Böhm, esclarece a influência de Franz Klein para a concepção de um modelo social de processo, que consolida a noção publicista, estabelecendo para ele a função de realizar escopos sociais e econômicos:

Peter Böhm, valendo-se também de algumas referências significativas à anterior legislação processual austríaca, destacou que o principal mérito de Franz Klein é o de ter criado, em oposição ao modelo liberal, o primeiro modelo social do processo. A pedra angular deste modelo é constituída pelo novo papel reconhecido ao juiz, enquanto «órgão do Estado, ao serviço da lei, do bem comum e da paz social». Estamos agora perante uma concepção publicista de justiça civil, de uma forma de "engenharia social" regida e preparada para o sistema judicial. (tradução livre)⁸³

⁸¹MENGER, A. *El derecho civil (...)*, Ob. Cit., pp. 126-127.

⁸² PICARDI, N. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius*: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu, p. 9.

⁸³ “*Peter Böhm avvalendosi anche di alcuni significativi richiami alla precedente legislazione processuale austriaca, ha posto in evidenza che il principale merito di Franz Klein è quello di aver realizzato, in contrapposizione al modello liberale, il primo modello sociale del processo*⁹¹. Il cardine di tale modello è costituito dal nuovo ruolo riconosciuto al giudice, quale «organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale». Siamo ormai in presenza di una concezione pubblicistica della giustizia civile, di una forma di «ingegneria sociale» governata e

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 02, vol. 01, DOI, 10.5281/zenodo.13755690, 2024. 120

Igor Raatz e Natascha Anchieta, após importante resgate histórico, identificaram nesse modelo processual idealizado por Franz Klein as influências da visão social sobre o Direito de Anton Menger, mas também “algumas das características da legislação processual absolutista prussiana”, que resultou na “construção de um modelo de processo *anti-liberal, autoritário (por extirpar direitos processuais das partes e conferir poderes discricionários ao juiz) e moralista*, na medida em que concebia o processo como um *mal social*”.⁸⁴

Também é nítida a influência do processualismo científico germânico e da reforma processual austríaca de Franz Klein no processualismo científico italiano capitaneado por Giuseppe Chiovenda^{85 86} que, juntamente com seus discípulos, deu “ao direito processual a robustez teórica e científica necessária para propagar essas ideias em diversas legislações do século XX.”⁸⁷ E a visão germânica socializadora no processo chegou para os latinos a partir das ideias defendidas por Chiovenda a partir de sua proposta de reforma do código processual italiano de 1920, conforme destaca Dierle Nunes com apoio em Couture⁸⁸.

predisposta per il sistema giudiziario.” In: PICARDI, N. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. Historia et ius: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu, p. 15.

⁸⁴ 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. 97.

⁸⁵ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 56.

⁸⁶ Esta não é, entretanto, a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem a mudança operada em relação à natureza do Processo, que deixou de ser visto como algo à disposição das partes e passou a ser entendido como um meio para a manifestação da autoridade estatal, “nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia diversa da liberal, e muito menos com uma tentativa de inserção do processo civil em uma dimensão social, constituindo apenas o resultado da evolução da cultura jurídica.” Eles localizam em Chiovenda influências do modelo de Estado Liberal, sendo a sua posição teórica uma continuidade do pensamento dos juristas do século XIX, tendo em vista que ele jamais questionou o acesso ao Poder Judiciário pelos cidadãos desprivilegiados e nem mesmo a efetividade dos procedimentos que pudessem tutelar os direitos dessa classe social. Marinoni, Mitidiero e Arenhart admitem que Chiovenda contribuiu para o desenvolvimento da natureza publicista do processo, mas manteve-se fiel ao positivismo clássico. (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. 42).

⁸⁷ 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. 117.

⁸⁸ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 96.

Michele Taruffo faz associação entre a mudança na concepção de Estado, propugnada por Franz Klein, que passa a ser um garantidor ativo da aplicação do direito para todos os cidadãos e a mudança na visão sobre a função do processo, que, embora sirva para a resolução dos litígios, nesse contexto passa a ter como função fundamental a correta e eficaz aplicação das normas às situações concretas, nos termos das lições de Chiovenda⁸⁹.

Adentrando na discussão sobre a perspectiva socializadora no âmbito processual, Dierle Nunes alerta sobre a dificuldade de se fazer uma verificação pragmática de uma série de pressupostos necessários à sua implantação, em especial, “a existência de um corpo de magistrados com amplos conhecimentos humanísticos, filosóficos e econômicos, capaz de captar valores uniformemente compartilhados por uma sociedade (...)”.⁹⁰

No Capítulo IV, Dinamarco dedica-se aos escopos políticos do sistema processual. Partindo do pressuposto que há um comprometimento entre este e a Política, o autor apresenta três aspectos fundamentais dessa relação: o poder, que é a capacidade de o Estado decidir de forma imperativa; o culto ao valor liberdade, que dá contornos ao exercício do poder; e a participação dos cidadãos.⁹¹

E aqui mais uma vez percebe-se a proeminência do papel da Jurisdição e a confusão entre ela e a instituição processo. Dinamarco afirma que “*poder (autoridade) e liberdade* são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter”⁹². O protagonismo jurisdicional aqui funciona inclusive como mecanismo de contenção do poder do próprio Estado e o processo não encontra lugar nessa equação de equilíbrio de forças entre poder e liberdade.

⁸⁹ “*Non si nega che esso serva a risolvere controversie, ma si afferma – come fa soprattutto Chiovenda in Italia – che la sua funzione fondamentale consiste nella corretta ed efficace applicazione delle norme di diritto alle situazioni che vengono portate in giudizio. Si verifica così il passaggio del processo civile dall’area del diritto privato all’area del diritto pubblico: un passaggio, questo, che segna una profonda trasformazione delle opzioni valutative, ossia delle ideologie, relative allo Stato e all’amministrazione della giustizia civile.*” In: TARUFFO, M. Ideologias e teorias da justiça civil. *Revista de Processo*, vol. 247/2015, p. 49 – 60, Set/2015, p. 51.

⁹⁰ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 59.

⁹¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 151-158.

⁹² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 151.

Nem mesmo quando trata do terceiro aspecto, a participação dos cidadãos, Dinamarco considera o processo como um todo como garantia de participação, pois ao exemplificá-lo menciona a ação popular. Embora não se negue que nesse tipo de procedimento haja participação popular para a busca da tutela jurisdicional sobre determinados bens jurídicos de interesse público, o exemplo é muito limitado.⁹³

O que se tem, no exemplo, é a garantia do direito de ação.

Entretanto, se se fosse analisar sob a ótica do processo como garantia, para evidenciar a participação dos cidadãos, bastaria mencionar a garantia do contraditório, que permite, em todos os processos, a participação das partes na construção do provimento jurisdicional. Este exemplo, sim, abrangente, no entanto, não pressupõe um protagonismo do poder jurisdicional como quer Dinamarco quando analisa as relações entre os dois primeiros aspectos, poder e liberdade.

O uso da garantia do contraditório como exemplo da participação do cidadão evidenciaria que o culto à liberdade, segundo aspecto, não equilibraria o exercício do poder “mediante o exercício da jurisdição”⁹⁴, porque a Jurisdição é poder também. O culto à liberdade teria que ser, então, um aspecto que limita o poder do Estado, em todas as suas facetas (Legislação, Administração e Jurisdição), a partir do respeito às garantias processuais.

Embora não se negue que a Jurisdição possa impor limites ao exercício dos demais poderes estatais, ela o faz, e só o faz de forma legítima, se o fizer a partir dos limites que a norma processual estabelece. Ou seja, trata-se também de um poder limitado, que, por consequência, impõe limites a outro poder. Entretanto, o limite básico é o processo. Então o culto ao valor liberdade como limite à capacidade estatal de decidir imperativamente está relacionado de forma inafastável ao processo como garantia e não ao processo como instrumento da Jurisdição.

⁹³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 153-154.

⁹⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 151.

A “jurisdição constitucional das liberdades” é vista por Dinamarco como o resultado da “estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada”, cuja finalidade é “efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional”. E a partir disso, o autor cita os exemplos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular como exemplos de técnica processual voltada à consecução dos escopos políticos.⁹⁵

O processo, no entanto, não é encarado como uma garantia de liberdade ofertada no plano constitucional, como se a previsão do devido processo legal não estivesse ladeando outras garantias de liberdade no mesmo art. 5º da Constituição Federal. E isso porque, se o processo fosse visto também como uma garantia de liberdade, fatalmente ter-se-ia que concluir que ele não serve à Jurisdição e, sim, que ele a limita, mesmo naqueles casos em que a Jurisdição está atuando, em tese, para proteger outras liberdades constitucionais.

Ao abordar o escopo jurídico do sistema processual, Dinamarco enfrenta a discussão entre as teorias unitária e dualista e defende esta última ao afirmar que “é ilusória a ideia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando de mera promessa antes disso”. Reputando o juiz como o “autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico”, o autor critica os teóricos unitários que equiparam o juiz ao intérprete musical. Enquanto este teria maior liberdade interpretativa, o juiz, se pudesse alterar a “partitura” jurídica ao seu gosto “instabilizaria as relações humanas mediante ruptura da *segurança jurídica*”.⁹⁶

Em Dinamarco, os limites para o juiz estão nos “lindes da lei” e nos “valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos”. Entretanto, embora em sua tese o autor se esforce para renegar ideias de livre interpretação pelo juiz, afirmando que para que seja mantida a segurança jurídica deve haver “respeito à legalidade no trato do *processo pelo juiz*”, ao não enxergar o processo como uma garantia, Dinamarco acaba por empoderar sobremaneira o juiz, fazendo-lhe meras recomendações de respeito ao devido processo legal.⁹⁷

⁹⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 154.

⁹⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 174-178.

⁹⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 178-180.

E isso se dá porque Dinamarco confia ao juiz a capacidade de ser a entidade que captará o clima axiológico da sociedade. O depósito de tamanha confiança na pessoa do juiz parece considerar que se trata de um tipo especial de ser humano. Apesar de negar que o juiz possa fazer juízo do bem e do mal sobre as disposições normativas, o autor aposta na sensibilidade do juiz de buscar no sistema de direito positivo a justiça para o caso concreto: “Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”.⁹⁸

E nesse contexto até mesmo as normas processuais são postas à disposição do sentimento de justiça do juiz. Ao instrumentalizá-las em favor da Jurisdição, Dinamarco rompe quaisquer limites objetivos que pudessem haver para a atuação do juiz na interpretação dos casos conflituosos que lhes são submetidos. De nada adianta alertar o juiz que ele não deve ultrapassar os valores que o clima axiológico social projeta sobre os fatos da causa ou que ele não pode avançar sobre os limites da lei, quando o freio que o ordenamento jurídico instituiu (o processo) não é visto como tal e, sim, como instrumento à disposição do poder.

A partir da teoria dualista, Dinamarco defende, então, que o escopo jurídico da Jurisdição não é a composição das lides com a criação das regras que as disciplinarão e, sim, a “*atuação da vontade concreta da lei*”. Para ele, enquanto a Jurisdição tem na lei o objeto dos seus cuidados, a “Administração tem na lei o limite de sua atividade”.⁹⁹ E aqui tem-se mais uma afirmação problemática, já que Dinamarco não faz a distinção entre a lei material e a lei processual e a forma como elas são manejadas pela Jurisdição.

A comparação com a Administração é importante. Como afirma Dinamarco, a Administração tem seu limite na lei, o que é representação da força da legalidade sobre o exercício desse poder estatal. Em outra ponta está a Jurisdição, também um poder estatal, mas com uma função diferente que passa

⁹⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 179.

⁹⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 188-189.

pela interpretação da lei. Desse modo, para que o exercício do poder jurisdicional encontre limites, também para ele há de valer a legalidade e aí entram em cena as normas processuais, que serão as garantidoras do respeito à legalidade nesse processo interpretativo que fará o juiz a respeito das normas de direito material que circundarem o conflito.

O objeto dos cuidados da Jurisdição é a lei material, mas assim como a Administração encontra limites na legalidade, a Jurisdição também encontrará e eles serão dados pela lei processual. Essa distinção, no entanto, não é feita por Dinamarco, que instrumentaliza a norma processual a favor do poder jurisdicional, tornando-o sem limites no manejo da lei material e da processual, por consequência.

6. OS ESCOPOS DO PROCESSO E A TÉCNICA PROCESSUAL

No capítulo VIII, Dinamarco traça um paralelo entre os escopos do processo e a técnica processual. Por técnica, o autor entende a “predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”¹⁰⁰, enxergando nela um caráter eminentemente instrumental e, ao repudiar “o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo”, Dinamarco defende que se pensem os temas processuais a partir das finalidades que se quer atingir, influenciadas que são pelos “valores substanciais eleitos pela nação”¹⁰¹.

Como exemplo desse movimento de adaptação das técnicas processuais para o alcance dos objetivos pré-determinados, mais uma vez, o autor lança mão dos Juizados Especiais:

Exemplo magno são os *juizados especiais* – projeção nacional de congêneres alienígenas como as *small claims courts* norte-americanas. A aproximação da Justiça à população, quando feita sem os intuitos demagógicos e corporativistas denunciados quanto a uma tentativa europeia ocorrida no último século, é um dos pontos cardeais de uma “nova política judiciária” compatível com as exigências do tempo e com a visão pluralista dos objetivos do processo.¹⁰²

¹⁰⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 202.

¹⁰¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 203.

¹⁰² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 204.

Uma afirmação dessa natureza como projeção de um possível vir-a-ser quando da entrada em vigor de uma nova lei seria tolerável e até mesmo esperada. Entretanto, quase 30 anos depois da vigência da lei que instituiu o sistema dos Juizados Especiais já se tem condições plenas de se verificar se, de fato, houve a esperada aproximação da Justiça com a população e se essa nova política judiciária trouxe os ganhos de eficiência esperados.

Mas é possível ir além na análise dessa passagem, porque ela bem demonstra a confusão conceitual que marca a obra de Dinamarco entre processo e Jurisdição. A Lei 9.099/1995 ao instituir o sistema dos Juizados Especiais, de fato, inaugurou uma nova política judiciária, porque tratou sobre a organização de um braço do Poder Judiciário destinado a dar vazão a demandas de menor complexidade e teve a pretensão de fazê-lo em tempo menor do que fazia a Justiça Comum.

Entretanto, não se pode dizer que houve a criação de um novo sistema processual, porque o modelo constitucional de processo continuou válido e vigente sobre as previsões legais da Lei 9.099/1995 e as outras leis que a sucederam.

Ainda que tenham instituído novos procedimentos, as leis regentes do sistema dos Juizados Especiais modificaram o sistema jurisdicional, mas não modificaram o sistema processual. Devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade, exigência de fundamentação das decisões judiciais etc. continuam sendo direitos/garantias fundamentais mesmo no sistema jurisdicional simplificado dos Juizados Especiais.

7. JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO

No capítulo IX, Dinamarco apresenta os dois sentidos da instrumentalidade e inicia alertando que quando fala dela não está a tratar da instrumentalidade “do *processo*, como instituto do direito processual, a um outro instituto do próprio direito processual que é a *jurisdição*”. Sua intenção é a de

expor “a relação de instrumentalidade *do sistema processual* com o direito material e com os valores sociais e políticos da nação”.¹⁰³

Nessa linha, é duplo o sentido que se pode atribuir à instrumentalidade: o negativo, que implica “uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”; e o positivo, que “conduz à ideia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”¹⁰⁴.

Muito embora Dinamarco negue que sua tese coloque o processo como instrumento da Jurisdição quando ambos são entendidos como categorias do direito processual, ao desenvolver as noções do aspecto positivo da instrumentalidade e da efetividade do processo, afirma que esta última deve significar a “aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito”. Mais adiante alça o juiz e o cientista do direito a uma categoria qualificada de cidadãos de quem a sociedade espera participação política que “revele as mazelas do direito positivo” e que apresentem “propostas inovadoras”. Caso contrário, “franqueado fica o caminho para os casuísmos legislativos”.¹⁰⁵

É evidente a desconfiança do autor com o resultado do trabalho legislativo e a grande confiança no trabalho do “processualista” e, maior ainda, no trabalho do juiz: “Sua obcecada preocupação pelo compromisso que têm com a justiça será o melhor fator para uma participação mais efetiva, dando cumprimento aos ditames do processo civil como instrumento do Estado”.¹⁰⁶

Tanto o processo como categoria do estudo do Direito Processual quanto o processo como norma constitucional são colocados à disposição do intérprete (cientista e juiz) como instrumentos para a realização do que ora se apresenta como “justiça”, ora como “pacificação social”, ora como “valores do Estado”. Assim sendo, ainda que o autor, vez ou outra, reconheça que as garantias processuais constitucionais do devido processo legal, do contraditório,

¹⁰³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 241.

¹⁰⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 242.

¹⁰⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 247.

¹⁰⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 247-248.

da ampla defesa etc. funcionam como método de trabalho para o juiz, não indica como de fato se dá a limitação que elas imporiam ao juiz.

Ao empoderar o juiz, confiando nele a elevada missão de promover justiça, recusando o formalismo das regras processuais para que as normas de direito substancial tenham a sua efetividade garantida, Dinamarco acaba por não esclarecer como, de fato, funcionarão as garantias processuais estabelecidas na Constituição.

Ora o processo está à serviço do direito material, ora está à serviço da Jurisdição para a promoção da paz, da justiça e da educação, mas não há na tese qualquer menção ao processo como efetivo limite ao exercício do poder e, de consequência, à proteção do jurisdicionado diante dos riscos de abuso do poder.

Dinamarco enxerga no acesso à justiça o “polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade”. Chega a afirmar que “as partes têm verdadeiro *direito ao processo*”, que o princípio constitucional da legalidade impõe limitações ao poder do juiz e que o cumprimento do devido processo legal é fator de legitimidade dos provimentos jurisdicionais e resulta na efetividade do contraditório¹⁰⁷.

Esse discurso parece resgatar o peso garantidor das normas processuais constitucionais, entretanto, logo em seguida, Dinamarco resvala para instrumentalizar as normas processuais em favor do poder de julgar com justiça¹⁰⁸:

Nessa equação instrumentalista, o processo não é um direito em si, embora a Constituição assim preveja. O processo não é um fim em si, porque voltado à produção de determinados resultados que ora são da Jurisdição, ora

¹⁰⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 275-276.

¹⁰⁸ “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à ideia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 276.

são do direito material. E o grande problema da tese reside no fato de que é justamente no processo judicial que a Jurisdição dirá quais são os valores do Estado que ela está a promover. E ela o fará a partir da compreensão de que tem à sua disposição um método de trabalho instrumental, adaptável aos valores que entender serem os valores do Estado. Não há controle algum:

O compromisso instrumentalista do legislador ou do juiz deve levá-los a *transgredir* os parâmetros jurídicos usuais, inovando com vista a ditar decisões mais aderentes aos escopos do processo, e, especialmente, ao de pacificar os litigantes mediante a imposição de soluções justas. Daí se dizer que a instrumentalidade do processo é responsável por um *método transgressivo* legitimado pelo empenho em produzir resultados efetivos, justos e dotados da capacidade de pôr fim aos conflitos, com a maior amplitude possível – seja mediante a *interpretação* da Constituição e da lei com fidelidade aos valores que merecem ser cultuados, ou mesmo mediante sua *transgressão* quando isso for necessário para a produção dos resultados desejados e socialmente legítimos.¹⁰⁹

Ao fim e ao cabo, renunciando ao Positivismo, Dinamarco acaba por assumir, embora inconfessadamente, uma postura realista. Esse papel transgressivo da postura instrumentalista é colocado, inclusive, diante da Constituição: se a norma constitucional não conduzir à produção dos resultados desejados e socialmente legítimos, ela deve ser transgredida.

Não há, efetivamente, na tese instrumentalista, qualquer limite objetivo ao labor da Jurisdição e para Dinamarco isso parece não ser um problema, já que ele confia na capacidade de cidadão qualificado do juiz, assim como confia ao processualista a mesma posição. Essas duas classes de cidadãos qualificados atuariam para conter os desvios do legislador.

Fica sem resposta, entretanto, a questão sobre quem pode atuar para conter os desvios do julgador. Aliás, tal questão não é sequer aventada na tese instrumentalista.

¹⁰⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 280.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que a instrumentalidade do processo é baseada na noção de centralidade da Jurisdição em detrimento da preocupação com o processo e com a própria ciência processual.

Além disso, é nítida a influência das ideias de Oskar von Bülow sobre a noção de processo como instrumento que fez escola no Brasil, o que ocorreu, de certa forma, acriticamente, sem que se considerassem os resultados das ideias bülowianas no Direito alemão, que acabaram por ser apropriadas pelo nacional-socialismo hitlerista, para justificar a atuação dos juízes libertos da letra fria da lei, que baseavam suas decisões nos valores captados a partir de uma “consciência nacional” personificada nos magistrados.

O risco de manipulação do processo pelo poder constituído aumenta a medida em que se difunde a ideia de que o processo é instrumento para a consecução dos valorosos objetivos do Estado, justamente porque com isso se ignora que o processo condiciona o direito a partir dele produzido.

Mascarando-se o potencial condicionador do processo sobre o direito material e rejeitando-se a rigorosa regulamentação sobre a atividade jurisdicional, o processo passa a ser um mero canal para o exercício do poder, não raro transmutando-se em arbítrio, notadamente quando se incute no juiz a ideia de ser ele o sintetizador das opções axiológicas da nação, com capacidade de promover mutações constitucionais por meio da interpretação.

Quando trata dos escopos do processo, Dinamarco liquidifica os conceitos de processo, sistema processual e jurisdição e entende que o processo civil será legitimado pelos resultados e pelo modo como eles são recebidos e sentidos pela sociedade.

Mesmo quando trata das garantias das liberdades constitucionais, Dinamarco não inclui entre elas o processo, ao contrário, instrumentaliza a técnica processual para a consecução dos escopos metajurídicos que crê devem ser alcançados através dele.

9. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-59, Dez/2008.
- ABBOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 21- 47, Abr/2015,
- BÜLOW, O.V. Gesetz und richteram. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10.
- BÜLOW, O.V. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.
- BUZAID, A. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- CALMON DE PASSOS, J.J. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: _____. *Ensaio e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014.
- CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. In: _____. *Ensaio e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014.
- CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022
- DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.
- GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, A.C. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

- LEAL, R.P. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- 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.
- MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000.
- MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.
- MESQUITA, J.I.B.D. “A crise do Judiciário e o processo”. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012.
- PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- PICARDI, N. “Le riforme processuali e sociali di Franz Klein”. *Historia et ius: rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu.
- 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.
- SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- TARUFFO, M. “Ideologias e teorias da justiça civil”. *Revista de Processo*, vol. 247/2015, p. 49 – 60, Set/2015.
- THIBAU, V.L. “Oskar von Bülow e o nazismo”. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021.