

Instrumentalismo vs. processo constitucional: os caminhos teóricos da processualidade nos trinta anos da Constituição da República de 1988

Felipe de Almeida Campos

Mestre em Direito pela FUMEC. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professor do programa Direito na Escola da OAB/MG. Membro do IMDP (Instituto Mineiro de Direito Processual). Assessor Jurídico Parlamentar na Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG. Advogado. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/3443228063560138>>. *E-mail*: <feacamposadv@gmail.com>.

Flávio Quinaud Pedron

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>>. *E-mail*: <flavio@pedronadvogados.com.br>.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a fase instrumentalista e a teoria do processo constitucional, à luz das garantias processuais constitucionais, buscando abordar de modo crítico as razões que sustentam a predominância, no Brasil, do instrumentalismo processual. Pretende-se demonstrar, a partir disso, os caminhos teóricos que ainda sustentam o direito processual brasileiro arraigado em conceitos positivistas do século XX e sob forte influência do modelo de Estado Social, desde o Código de Processo Civil de 1973 até a recente reforma de 2015. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, com o método dedutivo, observado o marco teórico do processo constitucional democrático.

Palavras-chave: Constituição de 1988; Instrumentalismo; Superação da Teoria da Relação jurídica; Processo constitucional democrático.

Sumário: 1 Introdução – 2 Aspectos históricos do desenvolvimento processual brasileiro no século XX – 3 A teoria do processo constitucional – 4 Aspectos críticos da influência do instrumentalismo processual nas normas jurídicas pós-constitucional de 1988 – 5 Por uma superação do instrumentalismo processual e pela necessária constitucionalização do processo – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

Partindo de um recorte que se inicia com a promulgação da Constituição da República de 1988, objetiva-se, com o presente estudo, analisar criticamente

as razões que ainda sustentam a predominância da corrente instrumentalista de processo no Brasil, destacada originalmente pelos estudos de Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Cintra e Ada Pellegrini Grinover.

Quando da promulgação da CR/88, o Código de Processo Civil aplicado ao sistema jurídico brasileiro datava de 1973, pautado sob a influência da teoria da relação jurídica e dos estudos da chamada “Escola Paulista de Processo”, cuja história nos leva à chegada de Liebman ao Brasil, no início da década de 1940, e a disseminação de muitas de suas ideias.

Acontece que após a promulgação da CR/88, o Direito Processual adquiriu lugar destacado no texto constitucional, bastando verificar, numa breve leitura, que o artigo 5º contemplou como direitos e garantias fundamentais o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, todos de atenção inafastável nos processos administrativos, cível, trabalhista, especiais e penal (art. 15 do CPC/2015).

Dedicou-se o texto constitucional a tratar do direito processual em vários dos incisos do artigo 5º, o que chama a atenção para o rompimento do direito processual como mero instrumento de aplicação do direito material para um instituto de garantias fundamentais, com a verdadeira constitucionalização da noção de *due process of law* e seus princípios correlatos.

Não obstante, tudo parece indicar que continua o Brasil sob influência da corrente instrumentalista de processo, produzindo suas normas processuais com viés privatista, ainda preso na superada dicotomia direito-subjetivo/direito-adjetivo; ou seja, ainda que tivemos uma mudança normativa, continuou o Brasil a pensar o processo como instrumento de aplicação do direito material, tendência que vai de encontro à histórica autonomia processual. Essa dificuldade talvez se opere porque o instrumentalismo se encontra fortemente amparado em duas possíveis explicações: (1) existia estudo científico do processo antes de 1940, com a chegada de Liebman. O processo, como ciência, era relegado, e com isso, desvalorizado. A escola de SP tem o mérito de despertar o estudo científico do processo, ainda que hoje se possa contrapor novas ideias. Vem desses autores, também uma obra didática acerca da Teoria Geral do Processo, que por décadas tem sido o principal livro para a formação de bacharéis em direito, sendo também a mesma obra, referência básica para provas de Exame de Ordem e concursos públicos. Criando toda uma cultura processual instrumentalista, que parece permanecer paradigmaticamente hipostasiada no senso comum do jurista brasileiro; (2) criou-se, com tal teoria, toda uma cultura tributária daquilo que se denominou chamar de *escopos metajurídicos do processo*, fiando-se na perspectiva de que é tarefa heroica do Judiciário zelar e concretizar tais escopos, como se os mesmos fossem materialização de algum ideia de justiça social ou mesmo o fim último da atividade jurisdicional. Nessa perspectiva, o processo — como instrumento da jurisdição — deve proporcionar a aplicação do direito material, servir como elemento

de pacificação social e dar ao jurisdicionado uma sensação de justiça, sempre de forma célere. Trata-se de uma corrente processual que adquiriu consistência na aplicabilidade diária do direito e de forte aceitação, sobretudo, pela jurisprudência por proporcionar a adoção subjetiva de um senso de justiça nos julgados. A jurisdição, observa-se, é o centro da teoria do processo no instrumentalismo.

Por fim, este estudo faz uma incursão sobre as bases teóricas que inspiraram o Código de Processo Civil de 2015 e busca avaliar qual a medida da influência do instrumentalismo nas diretrizes do referido CPC e se o Brasil caminha para a superação dessa corrente, ainda predominante — como já se falou — arraigada em estudos do século XX, de influência positivista e criada sob os ares de um modelo de Estado Social.

2 Aspectos históricos do desenvolvimento processual brasileiro no século XX

2.1 A teoria da relação jurídica: sua origem e influência nos estudos processuais

A teoria da relação jurídica surge a partir dos estudos de Oskar Von Büllow, em 1868, quando da publicação da sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, marco do movimento que buscava a autonomia do direito processual, à época.

Essa busca pela autonomia se explicava em razão das teorias processuais que predominavam, até aquele momento, com forte caráter privatista, como podem ser vistos na teoria do processo como *contrato*, de Pothier, em 1800, e na teoria do processo como *quase contrato*, de Savigny em 1850.¹ Em síntese, pode-se dizer que ambas as teorias perderam sua sustentação na medida em que a atuação do Juiz passou a se dar independente da vontade das partes.

Büllow (1964, p. 10) buscava perceber o processo a partir de uma relação diversa da relação de direito material — contrariando as teorias da época — e, por isso, a base de sua teoria se dá em virtude da admissão e desenvolvimento dos chamados pressupostos processuais de existência e desenvolvimento válido do processo, fundadas a partir do estabelecimento de uma relação jurídica entre autor, juiz e réu. Portanto, para Büllow, a partir do momento em que a parte provoca o judiciário, inicia-se uma relação jurídica entre o autor e o juiz. Após isso, tem-se

¹ A teoria do processo como contrato entendia que o os litigantes firmavam um contrato para comparecimento, voluntário, perante o Juiz, visando a solução do conflito; já a teoria do processo como quase contrato entendia que a parte, ao comparecer em juízo, consentia com a decisão do Juiz, sendo ela favorável ou não (LEAL, 2008).

o chamamento do réu para conhecimento dos argumentos propostos pelo autor.² Uma vez integrado o réu ao debate, por meio da citação válida, passa-se então a ser estabelecida uma relação jurídica a partir de vínculos de subordinação entre juiz, autor e réu³ (NUNES, 2008, p. 100).

Como observará Gonçalves (2001), a principal crítica que o pensamento de Büllow receberá é ser um importante partícipe para a construção de uma compressão do processo ancorado ao protagonismo judicial, conduzindo a um solipsismo decisório autoritário e esvaziando o papel técnico e institucional do processo (NUNES, 2008, p. 100). Isso se deve ao fato de que Büllow assume a norma como produto da atividade criativa e subjetiva do juiz. Assim, sua sabedoria individual e sensibilidade eram atributos importantes para o progresso do Direito (NUNES, 2008, p. 101).

2.2 A teoria da relação jurídica no Brasil: a influência de Liebman

A teoria da Relação Jurídica — tem seu início com Büllow — é, na atualidade, adotada majoritariamente no Brasil, sendo que aqui sua recepção se deu mediada sob a forma da *corrente instrumentalista de processo* com origem na influência dos estudos de Enrico Tulio Liebman,⁴ responsável por provocar um movimento de atualização a partir dos estudos de Büllow. Assim, o instrumentalismo brasileiro não é a automática adesão à teoria relacionista de Büllow, mas sua adaptação e releitura pelas lições de Liebman.

Interessante destacar que Liebman chega ao Brasil exatamente após o Código de Processo Civil de 1939. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover relata que:

O momento da chegada de Liebman era o mais oportuno possível para o desenvolvimento da ciência processual. O novo Código trazia algumas inovações inspiradas pelos ordenamentos europeus mais avançados: o procedimento oral com seus postulados fundamentais; o despacho saneador do sistema português; o aumento dos poderes do juiz na direção e valoração da prova e, sobretudo, o cunho publicista

² Consulte, a esse respeito, a obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³ Esta teoria que teve (ressalvadas as especificidades dos autores) como ilustres seguidores Chiovenda, Ramiro Podetti, Ugo Rocco, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, predomina hodiernamente (de forma direta ou indireta) em grande parte da doutrina processual brasileira.

⁴ Enrico Tulio Liebman, de origem judaica, saiu da Itália após uma intensa programação antisemita promovida por Mussolini, nos idos de 1938. Antes de chegar ao Brasil, 1940, Liebman passou por Argentina e Uruguai, oportunidade em que lecionou na Universidade de Buenos Aires até chegar à Universidade de São Paulo, local em que foi titular da disciplina de Direito Processual Civil. Vale lembrar que Liebman era um estudioso do direito processual influenciado, sobretudo, por Giuseppe Chiovenda.

do processo, como instrumento estatal destinado à administração da justiça. O terreno era fértil, tendo também em conta os estudos do passado, especialmente em São Paulo, onde a cátedra de direito processual sempre gozou de inegável prestígio. (GRINOVER, 1986)

Liebman permaneceu no Brasil até o ano de 1946, oportunidade em que retorna à Itália. No período em que ficou exilado no Brasil, Liebman acompanhou, orientou, traduziu e publicou diversas obras processuais que contaram e contribuíram para a formação de processualistas, tais como: Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini, Galeano Lacerda, José Frederico Marques, entre outros. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

Pode-se dizer, pois, que aquela que foi chamada *Escola processual de São Paulo*, por Alcalá-Zamora, se transformou depois na *Escola brasileira*, cuja unidade metodológica e cuja doutrina remontam seguramente ao espírito criador e aglutinador de Enrico Tullio Liebman: de Liebman à Escola processual de São Paulo e desta à moderna processualística brasileira, em uma continuidade de pensamento hoje reconhecida em toda parte, e mais que nunca na Itália. (GRINOVER, 1986, p. 99)

Formou-se, assim, a chamada Escola Paulista de Processo,⁵ que muitas influências exerceram sobre a formação dos juristas e ditou toda uma ideologia funcionando como um filtro para a compreensão dogmática brasileira sobre o tema.

2.3 Abordando o instrumentalismo nos estudos processuais brasileiros

O instrumentalismo é marcado, historicamente, pela publicação da obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, e dentre seus pontos principais podem-se destacar a dicotomia conceitual de processo e procedimento; a posição que a jurisdição ocupa nos seus estudos e os denominados escopos do processo.

No que tange à distinção entre processo e procedimento, os instrumentalistas ensinam que o procedimento é o meio pelo qual se exterioriza o processo e promove o seu desenvolvimento.⁶ O processo é o instrumento da jurisdição. Esse critério atribui finalidades ao processo, sem, contudo, atribuir ao procedimento nenhuma das mesmas, pois se considera, sob o prisma teleológico, o procedimento

⁵ Consulte, a esse respeito: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁶ Consulte-se, a esse respeito, a obra: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

como algo “puramente formal”, separado do processo que encarna uma gama de finalidades. A doutrina pátria aprofundou, portanto, o conceito do procedimento como “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, “meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo, até reduzi-lo à manifestação exterior do processo”, ou seja, “sua realidade fenomenológica perceptível” (GONÇALVES, 2001, p. 64-65). Ao processo, por sua vez, é atribuída natureza teleológica, nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder, como instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).

Sobre o assunto, vale neste espaço uma breve análise da relação jurídica vista, na atualidade, por grande parte dos processualistas brasileiros e visto nos diversos manuais de processo civil ao definirem os principais conceitos ligados ao estudo do direito processual brasileiro.

Segundo os teóricos do instrumentalismo, o processo se forma por meio de um conjunto de atos, como, por exemplo, distribuição da petição inicial, citação, oferecimento de resposta e audiências, servindo como um instrumento à jurisdição e não só como um meio (como dizia a Teoria da Relação Jurídica, originariamente), tendo como objetivo alcançar o resultado previsto pelo direito material. É uma forma criada pelo Estado de se resolver uma controvérsia, quando a conciliação não é possível.

No sentido abordado, ensina-se que cada ação apresenta um “rito” — segue, portanto, um modo próprio —, assim, cabe ao procedimento ordenar e definir a sequência destes atos que se iniciam com a propositura da ação até o provimento jurisdicional, constituindo o processo.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior escreve que “entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 59).

A partir desta perspectiva, percebe-se que ao estabelecer que a participação dos sujeitos processuais se dá a partir de uma lógica processual compreendendo o processo como instrumento da jurisdição, haverá, sem dúvida, uma relação processual desigual, notadamente, entre as partes e o juiz, com notável protagonismo deste, como já desejava Bülow.

Em relação aos denominados escopos do processo, a corrente instrumentalista busca demonstrar em seus estudos a preocupação com a efetividade do processo, mais precisamente com o seu resultado.

A finalidade, portanto, dos escopos é exatamente superar a visão do processo como mero meio de aplicação do direito material, agregando a ele (processo) a preocupação com os seus objetivos. Essa ideia do espoco quer admitir que não basta ao direito processual apenas assegurar a aplicação da Lei, servindo, como já foi dito, de mero direito adjetivo ou instrumento da jurisdição. Nesse sentido,

quer-se no instrumentalismo demonstrar que o jurisdicionado deve se sentir bem, feliz, ou seja, deve ser proporcionado a ele uma sensação de justiça. Percebe-se, ainda que, por se tratar de uma teoria alinhada com o paradigma do Estado Social, vai sendo abandonada a visão individualista dos direitos para afirmar uma postura positiva (ativa) por parte do Estado para efetivação de direitos fundamentais (direitos sociais). Com isso, o Judiciário passa a ocupar papel de destaque na efetivação desses direitos. Sua função não é apenas de aplicação da norma jurídica, mas de materialização desta (QUINAUD PEDRON, 2013). Assim, aqui o que se pretende é ligar a ideia de Jurisdição com escopos metajurídicos (de ordem política, econômica e social), como sintetiza Dinamarco (2009).

Os escopos, nesse sentido, serão de ordem social, política e jurídica. O primeiro refere-se à capacidade do processo de promover a pacificação social por ter o poder de eliminar o conflito havido entre as partes; o segundo refere-se à capacidade do processo em promover o respeito à lei em razão do poder do Juiz e do Estado e, o terceiro, refere-se à aplicação da lei ao caso concreto. Nos comentários de Cláudio Penedo Madureira,

A premissa adotada pelo instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, cumpre aos juízes conformar o processo às exigências do direito material encartado nos textos legais, com vista à sua efetiva realização. Essa perspectiva metodológica reflete uma mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo, proporcionada pelo deslocamento da jurisdição para a posição central antes ocupada pela ação na Teoria do Processo, que permitiu ampliar o campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da tutela jurisdicional, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido deixado de lado durante o período autonomista. (MADUREIRA, 2015)

Corroborando as lições acima, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes ensinam que:

Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção de coisa ou da situação postulada. (DINAMARCO, 2017)

Percebe-se através das análises, deste tópico, que o instrumentalismo, marcadamente surgido nos anos 1980, buscou acrescentar ao direito processual a marca da utilidade; isto é, passou-se a compreender as normas de natureza

processual direcionadas à obtenção de resultados úteis às partes, com vistas a atingir o que se denominou chamar de “paz social”. Vemos, com Nunes (2008, p. 142), que o instrumentalismo recupera muito da doutrina de Franz Klein e de Büllow, tendo como resultado a crença e defesa de um juiz com habilidades diferenciadas, que persegue escopos realistas jurídicos.

2.4 O instrumentalismo na jurisprudência brasileira

As construções teóricas que foram abordadas nos tópicos acima, quais sejam, a relação jurídica e o desenvolvimento de sua corrente teleológica ou instrumentalista, tornaram-se viga mestra nos estudos processuais no Brasil, passando a ser adotadas largamente pela jurisprudência.

E essa adoção majoritária da corrente instrumentalista pode ser visualizada pela linha processual seguida, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal, veja:

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo. (BRASIL, 2012)

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO ‘A QUO’. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O termo ‘a quo’ para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. *‘Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito’.* (BRASIL, 1992)

Ainda, destacam-se as decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região⁷ e, logo em seguida, pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, veja:

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia.

Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores.

Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele. (BRASIL, 2007)

Sobre o Tribunal de Justiça de Pernambuco:

TJ-PE – Agravo de Instrumento AI 3086553 PE (TJ-PE). Data de publicação: 13/03/2014. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. CIÊNCIA DA DECISÃO. TEMPESTIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Todo e qualquer recurso interposto em qualquer prazo anterior à ocorrência da publicação oficial, desde que verificada a intimação, pela parte recorrente, da suma da decisão, deve ser considerado tempestivo e assim restar conhecido, pois este tipo de ato coaduna-se com a busca da celeridade e da efetividade processuais tão caras ao momento atual. 2. Se o advogado tomou ciência inequívoca da decisão e se antecipou à publicação na imprensa oficial, protocolizando o recurso, não pode ser punido com a intempestividade dos embargos se quis dar celeridade ao processo. Recurso provido. Votação Unânime. (PERNAMBUCO, 2014)

Como se percebe, o instrumentalismo tem sido aplicado pelas cortes e juízos brasileiros, comprovando a afirmação de sua adoção majoritária na atualidade.

⁷ PINHEIRO, Aline. Deusa da Corte. O juiz é superior a qualquer ser material, diz juíza. Revista *Consultor Jurídico*, 17 de novembro de 2007 (São Paulo. *Online*). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/juiz_superior_qualquer_material_juiza>. Acesso em: 04 out. 2017.

3 A teoria do processo constitucional

3.1 A jurisdição como direito fundamental

Com críticas determinantes sobre a atual concepção processual dominante no Brasil (corrente instrumentalista), Rosemiro Leal elucida que:

A Ciência Dogmática do Direito ainda dorme ninada nos braços e abraços de gerações seculares de julgadores nostálgicos cujo saber é retirado do seu poder de decidir. Pratica-se o dogma da compulsoriedade das decisões em nome da celeridade e efetividade do processo sem nem mesmo saber qual processo se adota. (LEAL, 2014, p. 245)

O modelo constitucional de processo é influenciado, no Brasil, pelos estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho na clássica obra *Processo Constitucional*, publicada em 1984, e atualmente desenvolvida pela obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias intitulada *Processo Constitucional e estado democrático de direito*, cuja primeira edição foi publicada em 2010. Além de Marcelo Cattoni de Oliveira (2000), Dierle Nunes (2008) e Flaviane Magalhães.

A referida obra se sustenta no respeito ao devido processo legal ou devido processo constitucional que se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendida esta como o direito de obter do Estado a prestação jurisdicional através da jurisdição, do direito a ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à defesa técnica produzida por um advogado; a garantia a não surpresa e à coparticipação no processo na construção do provimento, por meio do contraditório; direito à ampla produção probatória; garantia do juiz natural; à revisão das decisões por um órgão colegiado, consecutário do duplo grau de jurisdição e garantia de tratamento isonômico aos sujeitos do processo (BRETAS, 2010).

Destacam-se, nesse sentido, os estudos do processo constitucional desenvolvidos pelo Programa de Pós-graduação da PUC Minas — em sua linha direcionada ao Direito Processual — produzindo e difundindo suas pesquisas com vistas a superar a vertente instrumentalista do processo no Brasil.

Nesse caminho, formou-se a sólida Escola Mineira de Processo⁸ com destaques, notadamente, para o estudo do processo à luz da teoria do Processo Constitucional e da teoria Neo-institucionalista de Processo, com colaborações de Ronaldo Bretas (2010) e Rosemiro Pereira Leal (2013), respectivamente.

⁸ Importante destacar que além das Escolas Mineira e Paulista de Processo, mencionadas neste trabalho, há no Brasil franco desenvolvimento de estudos processuais, além das referidas Escolas de Processo, como a Escola de Pernambuco ou de Recife; a Escola Paranaense; a Escola da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; a Escola ovidiana de Processo e a nova Escola da Unisinos de Processo (JOBIM, 2016).

Destaca-se, ainda, o Instituto Mineiro de Direito Processual,⁹ contribuindo com o debate sobre a necessária revisão brasileira sobre os efeitos sentidos no direito processual de influências ainda privatistas, merecedora de avanço técnico-científico e necessária leitura à luz da Constituição da República de 1988.

Com isso, extrai-se que no processo constitucionalizado as partes se tornam sujeitos processuais ativos na construção da decisão judicial, num contexto processual de atenção às garantias constitucionais e de efetiva participação. O processo neste viés se reveste em metodologia normativa de garantias de direito fundamentais, como é destacado por Ronaldo Bretas quando ensina que “[...] a teoria constitucionalista do processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais” (BRETAS, 2016, p. 92).

Nesse sentido, transcreve-se importante lição de Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior:

Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no Século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de ‘bem comum’ desse órgão judicial. Não se pode, como já se disse, colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantindo-se debate e ao mesmo tempo processos mais rápidos. (THEODORO JR., 2009)

Com destaque, cabe pontuar julgados prestigiando os preceitos processuais da Constituição, veja:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PROCESSO INEXISTENTE, POR CERCEAMENTO DE DEFESA. MERO PROCEDIMENTO, A PARTIR DE ENTÃO. PROCESSO E SENTENÇA INEXISTENTES – QUERELA NULLITATES. A Constituição Republicana de 1988 encampou o princípio do devido processo legal, materializado através da ampla defesa, do contraditório e da isonomia entre as partes. No caso presente, houve cerceamento de defesa, na ausência da necessária prova pericial. Neste momento, o processo passa a ser mero procedimento e, por conseguinte, todos os atos posteriores são

⁹ Disponível em: <<http://www.imdp.com.br/home/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

inexistentes. Nesta hipótese, inexistência de processo, não há que se falar em coisa julgada. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0105.09.320583-6/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, julg. 13.12.2012, *DJe* 19.12.2012). (MINAS GERAIS, 2012)

Compreende-se, portanto, o processo como garantia de espaço constitucionalizado, contrariando a simplória e insuficiente visão do processo como instrumento técnico da jurisdição ou, na visão crítica de Ronaldo Bretas, como “mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere a sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma lamentável, não poucas vezes” (BRETAS, 2010, p. 75).

4 Aspectos críticos da influência do instrumentalismo processual nas normas jurídicas pós-constitucional de 1988

Algumas normas jurídicas sancionadas após a Constituição da República de 1988 demonstram como o instrumentalismo tem ainda influenciado o pensamento daqueles que defendem a busca da celeridade e de uma efetividade no processo, relativizando, muitas das vezes, ao alvedrio do devido processo constitucional.

Como destaques dessa influência a Lei Complementar n. 64/90, responsável por tratar das inelegibilidades em matéria eleitoral, trouxe em seu quadro o discutível artigo 23,¹⁰ veja:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela *livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções* e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, *ainda que não indicados ou alegados pelas partes*, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. (BRASIL, 1990, grifos nossos)

Atesta-se a autorização legal para o protagonismo judicial ao permitir que o magistrado, livremente, aprecie os fatos públicos e julgue com base em presunções e indícios, ainda que não alegados pelas partes. Verifica-se um total distanciamento do devido processo constitucional vez que deve a prova ser robusta, produzida em simétrica paridade, num espaço de respeito às garantias fundamentais, e não no espaço pessoal da íntima convicção do julgador.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, destacando o protagonismo do juiz, traz o subjetivismo do magistrado no artigo 6º, inciso VIII, ao tratar

¹⁰ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 11 set. 2017.

da inversão do ônus da prova a favor do consumidor “quando, *a critério do juiz*, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, *segundo as regras ordinárias de experiências*” (BRASIL, 1990, grifos nossos).

A Lei n. 9.099/95, no mesmo sentido, traz dispositivo interessante e também relativo a matéria probatória quando dispõe que “todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias” (BRASIL, 1999). Novamente, em busca da celeridade, a Lei 9.099/95 relativiza a ampla defesa e o contraditório ao possibilitar que uma parte surpreenda a outra com uma prova sem antes a requerer. Não obstante, ainda confere ao juiz o poder subjetivo de limitar ou excluir as que ele, intimamente, considerar desnecessária.¹¹ No Código de Processo Penal, logo em seu início, verifica-se também a autorização ao magistrado para que se utilize de interpretação extensiva, aplicação analógica, além do poder de suplementar dos princípios gerais do direito¹² (BRASIL, 1941).

As diversas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil também demonstram essa influência instrumentalista. Podem ser destacadas três reformas significativas no CPC de 1973 pelas leis n. 8.952/1994,¹³ n. 10.444/2002, n. 11.232/2005 e n. 11.280/2006.

Dentre as novidades da Lei n. 10.444/02, houve a fungibilidade entre a tutela cautelar e o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e a permissão de atuação, de ofício, do juiz para determinar medidas necessárias para a efetivação da tutela, tais como “a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (BRASIL, 2002).

Na Lei n. 11.280/06 destacava-se a previsão do §5º do artigo 219, ao prever que o “juiz pronunciará de ofício a prescrição” (BRASIL, 2006).

Verifica-se, em síntese, que busca o instrumentalismo consolidar a posição do julgador, atribuindo a ele elementos como a presunção e a relevância, conceitos abertos à sua margem interpretativa, para decidir subjetivamente e promover, portanto, o que denominou “paz social”.

¹¹ Ponto interessante também é encontrado na Lei 9784/99, quando prevê a produção de prova pela própria administração — de ofício — se esta entender relevante a matéria e a parte interessada ou terceiro, intimados, não prestarem informações ou apresentarem a referida prova. Veja: Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

¹² Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (BRASIL, 1941).

¹³ A Lei 8952/94, dentre outros pontos que tratou, foi responsável por trazer o novel — até aquele momento — instituto da tutela antecipada, oportunidade em que o magistrado diante da presença dos requisitos descritos no então artigo 273, poderia antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida na petição inicial.

Por tais conceitos abertos é que se chega, pela corrente instrumentalista, às suas buscas por celeridade e efetividade processual.

5 Por uma superação do instrumentalismo processual e pela necessária constitucionalização do processo

Após a análise da corrente instrumentalista de processo desenvolvida na década de 1980 — inspirada na teoria da Relação Jurídica de 1868 — e da teoria contemporânea do processo constitucional, indaga-se, nesta fase dos estudos, sobre o porquê da prevalência atual no Brasil, seja pelos estudiosos, seja pela jurisprudência, da compreensão do processo como instrumento da jurisdição baseada em escopos metajurídicos.

Viu-se pela compreensão das decisões e das reformas processuais que a adoção do instrumentalismo, na atualidade, encontra sérias dificuldades de sustentação diante do devido processo constitucional. É que o processo, em perspectiva constitucional, extrai seu fundamento da própria Constituição da República a partir dos seus princípios institutivos, sendo eles o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o direito ao advogado. Combate-se assim o subjetivismo dos julgadores, posto que o processo deve ser compreendido como um instituto constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Em verdade, o instrumentalismo se tornou no Brasil um ideal, uma doutrina que encontrou fortíssima caixa de ressonância nos julgados através das últimas décadas, muito embora se origine de pensamentos cultivados num país que vivia sob forte repressão do Estado Novo.

A teoria da relação jurídica e sua corrente instrumentalista atendem, em verdade, um pensamento arraigado no Estado Social, sobretudo porque coloca as partes em estado de sujeição e atribui ao juiz a função de autoridade, dotado de um poder capaz de solucionar os impasses sociais por meio de sua própria compreensão de mundo.

Segundo André Del Negri, “a anacronicidade desse enfoque é percebida pela evidente vinculação de uma parte à outra e de ambas ao juiz, devido ao mito amplamente acolhido pelo tratamento doutrinário do individualismo do século XVIII” (DEL NEGRI, 2008, p. 93). O julgador se torna o ser pensante capaz de absorver e entender as relações sociais, ainda que complexas, destacando na decisão sua própria compreensão, subjetiva, fruto do seu pensamento construído solitariamente, já que os princípios processuais se relativizam diante do seu senso de justiça.¹⁴

¹⁴ Assim, as partes comparecem em juízo e buscam a solução da lide a partir da decisão fundada na autoridade e poder do juiz. Esse juiz, assim como o Estado provedor, ainda sobrevive nas prateleiras dos livros e coleções de temas processuais das bibliotecas do Brasil.

Neste quadro teórico atual percebe-se ainda, nas lições de Aroldo Plínio Gonçalves, que “a teoria da relação jurídica não se distinguiu, em suas bases fundamentais, das construções do direito privado do século passado, impregnadas das concepções individualistas da época” (GONÇALVES, 2001, p. 74).

Por outro lado, propõe-se criticamente a necessária superação desse viés teórico já que suas bases não se amoldam aos direitos e garantias processuais insculpidos na CR/88.

Os efeitos proporcionados pelo deliberado acatamento do instrumentalismo, no Brasil tem provocado decisões desvinculadas do debate realizado entre as partes, oportunidade em que ganha espaço o protagonismo do magistrado, como pode ser visto pela decisão abaixo, proferido no AgReg em ERESP 279.889-AL, veja:¹⁵

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, 2003, grifos nossos)

No STJ, na decisão que julgou os embargos de declaração no MS 21.315 – DF, muito embora determine o artigo 93, inciso IX, da CR/88, a observância à fundamentação das decisões, manifestou entendimento desobrigando o julgador de exaurir todos os argumentos das partes, vez que não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas, veja:

¹⁵ A esse respeito e sobre as críticas ao posicionamento do Min. Humberto Gomes de Barros, recomenda-se a leitura do artigo intitulado “Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz”, por Lenio Luiz Streck. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 07 nov. 2016.

EDcl no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.315 - DF (2014/0257056-9)
RELATORA: MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCA-
DA TRF 3ª REGIÃO)

EMBARGANTE: PAULO RODRIGUES VIEIRA

ADVOGADOS: VIVIANE BARCI DE MORAES E OUTRO(S)

LUCAS MARSILI DA CUNHA E OUTRO(S)

LAERTE JOSÉ DE CASTRO SAMPAIO E OUTRO(S)

EMBARGADO: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MAN-
DADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMIS-
SÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contra-
dição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a respon-
der a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

Não bastasse, foi submetido ao STJ recurso em *Habeas Corpus* interposto pelo próprio Juiz da Vara Criminal de São João Del Rey/MG contra decisão, do TJMG, que concedeu ordem de *Habeas Corpus*. Nesse sentido, veja:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.556 – MG (2017/0070121-7)

RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

RECORRENTE: ERNANE BARBOSA NEVES

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

RECORRIDO: VANIR BERNARDO VITOR

ADVOGADO: IGOR LIMA COUY – MG094658

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Ernane Barbosa Neves, Juiz da 2ª Vara Criminal e de Execução Penal de São João Del Rei/MG, contra o Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que concedeu a ordem no Habeas Corpus n. 1000016084687-9/000 (fl. 159): HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGI-
ME E SAÍDAS TEMPORÁRIAS. EXAME DO PEDIDO CONDICIONADO AO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DE DÍVIDA DE VALOR. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. – Ainda que seja possível o Juízo competente municiar-se de outras provas para aferir se o condenado tem, ou não, capacidade para se adaptar ao regime menos

severo, como por exemplo, no caso de exame criminológico, certo é que, cumpridas todas as exigências legalmente previstas, a progressão não pode ser afastada em razão do inadimplemento da pena de multa.

Promoveu-se no Brasil, ao longo da vigência da CR/88, um estado de decisões jurídicas multiformes, variando de acordo com a consciência de quem julga.¹⁶ Decisões sem fundamentação suficiente são confirmadas pelos tribunais superiores, assim como baseadas em indícios, provas presumidas sem critérios racionais de decisão que não apontam no horizonte a normatividade aplicada.¹⁷

Novos princípios são criados tais como o princípio da felicidade, em desacordo com a segurança jurídica que se espera das decisões.¹⁸

E ainda se vê o Código de Processo Civil de 2015, elaborado após diversas audiências públicas, debates nos espaços universitários, congressos, seminários, artigos em periódicos, entre outros, encontrar resistência na própria magistratura.¹⁹

O CPC de 2015 traz em sua essência a cooperação processual, considerada, em breves linhas, como a possibilidade de um diálogo maior entre as partes, magistratura, MP, a fim de que se evite a prática de atos protelatórios, advirta-se

¹⁶ Conforme noticiado no *site* jurídico CONJUR, um Juiz do Rio Grande do Sul adiou uma audiência para poder assistir ao Grêmio em Mundial de Clubes, marcada para o mesmo dia e hora da partida de futebol, em dezembro de 2017. Na decisão, segundo o *site*, o Juiz informou que: “Às partes, advogados e testemunhas que podem ser Gremistas ou Colorados, aqueles torcedores e estes em tese secadores, não os posso privar, nem mim, de com o olho no trabalho e outro em uma TV, assistirmos ao jogo do Grêmio na semifinal do Mundial”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/juiz-adia-audiencia-assistir-jogo-gremio-mundial>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

¹⁷ Como se observa, o instrumentalismo tem provocado sérias distorções procedimentais, ao dotar o Juiz de poderes, sempre em busca da atenção aos escopos metajurídicos, ainda que isso custe o rompimento de garantias processuais de estatura constitucional como a imparcialidade, a isonomia e a fundamentação.

¹⁸ Sobre o assunto, Lenio Streck ensina: “Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que ‘princípios são normas’. Pois bem. Se isso é verdadeiro — e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto — qual é o sentido normativo, por exemplo, do ‘princípio’ (*sic*) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio ‘da cooperação processual’? Ou ‘da afetividade’? E o que dizer dos ‘princípios’ da ‘proibição do atalhamento constitucional’, da ‘pacificação e reconciliação nacional’, da ‘rotatividade’, do ‘deduzido e do dedutível’, da ‘proibição do desvio de poder constituinte’, da ‘parcelaridade’, da ‘verticalização das coligações partidárias’, da ‘possibilidade de anulação’ e o ‘subprincípio da promoção pessoal’? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de *subprime* do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos” (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 05 dez. 2017).

¹⁹ Jorge Luiz Souto Maior disse que a Justiça do Trabalho precisa resistir à aplicação do novo CPC: “O juiz Jorge Luiz Souto Maior, do TRT15, que também é professor, doutrinador e doutor em Direito pela USP, foi enfático ao criticar o texto do novo Código de Processo Civil que, para ele, é fruto do pensamento liberal e da lógica de mercado e tende a diminuir a potencialidade da influência da Justiça do Trabalho dentro da realidade social e o poder dos juízes. ‘O novo CPC sofre de megalomania e flerta com a esquizofrenia’, alerta o jurista que explica que o código desce a minúcias desnecessárias e tira ao mesmo tempo os poderes do juiz. A palestra foi ministrada durante a Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Judicial do TRT18 (Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/noticias/jorge-luiz-souto-maior-disse-que-a-justica-do-trabalho-precisa-resistir-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 04 dez. 2017).

sobre a prática de atos temerários, entre outros atos dessa natureza. Restou evidenciada também a ampla atenção ao princípio da não surpresa, devendo o juiz sempre ouvir e considerar os argumentos das partes antes de uma decisão. A boa-fé como dever processual e a busca pela solução conciliatória dos conflitos entre as partes também integram o rol de regras gerais que ditam os rumos do CPC de 2015.

Pela leitura da exposição de motivos do anteprojeto do CPC de 2015 fica destacado que o objetivo é continuar o trabalho do CPC de 1973, no sentido de aprimorar a busca pela decisão justa e pelo processo célere. Parece que a visão instrumentalista continua a reger o direito processual brasileiro, muito embora tenham ocorridos avanços, sobretudo na atenção aos princípios institutivos do processo.

Porém, ainda é cedo para falar do CPC de 2015 e seus resultados. O que se observa, de fato, é que a visão instrumentalista de processo ainda acompanha a jurisprudência e os estudos processuais no Brasil, pregando ainda a sensação de que o sistema trabalha em prol da justiça, da celeridade e da paz social enquanto submete as partes e seus representantes a um caminho incerto que reside na consciência do julgador, amparado em conceitos — muitas vezes — vagos e imprecisos.

6 Conclusão

Conforme se observou ao longo deste estudo, restou evidenciado que o Brasil adota, até os dias atuais e de modo majoritário, a teoria da relação jurídica em seu viés instrumentalista, influenciada pelos estudos de Büllow, no século XIX, Liebman desde sua chegada ao Brasil, no início da década de 1940, e Dinamarco desde a publicação da obra “A Instrumentalidade do Processo”, na década de 1980.

Não obstante, mesmo após a promulgação da CR de 1988, a compreensão de processo defendida pela referida teoria continuou direcionando os estudos da matéria, o que influenciou tanto os escritores quanto os julgadores brasileiros, ainda que tivesse a matéria adquirido força e *status* constitucional. Assim, é possível dizer que o processo passa, após a CR/88, a ser garantia fundamental consubstanciada, notadamente, nos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e direito ao advogado, além da fundamentação das decisões como indica o artigo 93, inciso IX da CR/88.

Acontece que a adoção da corrente instrumentalista provocou, e ainda provoca, forte flexibilização exatamente no que se refere às garantias fundamentais, conferindo ao juiz o poder de “fazer justiça”. Ao contrário disso, foi exposto neste

estudo os principais elementos da teoria do processo constitucional, chamando a atenção para a teoria que melhor se adequa aos preceitos constitucionais.

Assim, a teoria do processo constitucional destaca o processo como garantia fundamental, superando a visão segundo a qual o processo é meramente um meio para a aplicação do direito material.

E a diferença entre os conceitos que foram expostos neste trabalho é sentida através das várias decisões, proferidas diariamente, que em nome da “paz social” destacam a posição de subordinação entre as partes e o julgador, além de proporcionar o subjetivismo — desprovido de normatividade — como solução para os conflitos.

Chega-se então ao ponto marcante deste estudo, qual seja, a necessária reformulação teórica do processo brasileiro para um modelo de plena garantia de participação das partes na construção da decisão, sempre em contraditório, de modo efetivo, isto é, aquele em que os argumentos das partes são enfrentados pela decisão num espaço dialético de debates. A imparcialidade, a previsibilidade nas fases procedimentais, a paridade de armas no diálogo jurídico-processual e o direito ao advogado complementam a base de sustentação da teoria do processo constitucional.

Nesse sentido é que se conclui que o Brasil avançou ao tratar o processo em nível Constitucional; por outro lado, ainda não superou a adoção de uma teoria estudada desde o regime autoritário do Estado Novo, passando pela ditadura militar de 64 a 85, e que ainda continua respirando os ares do Estado Social.

Instrumentalism vs. constitutional process: The theoretical paths of proceduralism in the thirty years of the Constitution of 1988

Abstract: The present article intends to analyze the procedural instrumentalist phase and the theory of the constitutional process, in the light of the constitutional procedural guarantees, trying to approach in a critical way the reasons that sustain the predominance in Brazil of procedural instrumentalism. It intends to demonstrate, from this, the theoretical ways that still support Brazilian procedural law rooted in positivist concepts of the twentieth century and under strong influence of the Social State model, from the Civil Procedure Code of 1973 until the recent reform of 2015. The bibliographical research will be used with the deductive method, observing the theoretical framework of the democratic constitutional process.

Keywords: Constitution of 1988; Instrumentalism; Overcoming Theory of Legal Relationship; Constitutional democratic process.

Instrumentalismo vs. procedimiento constitucional: los caminos teóricos de la procesalidad en los treinta años de la Constitución de la República de 1988

Resumen: El presente artículo pretende analizar la fase instrumentalista y la teoría del proceso constitucional, a la luz de las garantías procesales constitucionales, buscando abordar de modo crítico las razones que sostienen la predominancia, en Brasil, del instrumentalismo procesal. Se pretende demostrar, a partir de eso, los caminos teóricos que aún sostienen el derecho procesal brasileño arraigado en conceptos positivistas del siglo XX y bajo fuerte influencia del modelo de

Estado Social, desde el Código de Processo Civil de 1973 hasta la reciente reforma de 2015. Se utilizará la investigación bibliográfica, con el método deductivo, observado el marco teórico del proceso constitucional democrático.

Palabras clave: Constitución de 1988; instrumentalismo; Superación de la Teoría de la Relación jurídica; Proceso constitucional democrático.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, jul./ago. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BIGAZZI, Anna Rosa. “*In difesa della razza*”. Os judeus italianos refugiados do fascismo e o anti-semitismo do governo Vargas 1938-1945. 2007. 292 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas. Departamento de Línguas Orientais. Programa de Pós-graduação em língua hebraica, literatura e cultura judaica. São Paulo, 2007.

BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* (1990). Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Lei 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1112864 MG 2009/0059035-4, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 19/11/2014, CE – Corte Especial, Data de Publicação: DJe. 17/12/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158643666/recurso-especial-resp-1112864-mg-2009-0059035-4>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101132 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-099 DIVULG. 21-05-2012 PUBLIC. 22-05-2012. RT v. 101, n. 922, 2012, p. 719-725. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3779139>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – EREsp: 279889 AL 2001/0154059-3, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, Data de Julgamento: 27/08/2003, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 28/10/2003, p. 184. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540593&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.315 – DF (2014/0257056-9). Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402570569&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 82.556 – MG (2017/0070121-7) – Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-recorre-acordao-tj-mg-concedeu-hc.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BULOW, Oskar Von. *Excepciones y presupuestos procesales*. Bueno Aires: Europa-América, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos IMDP* nº 11 – 1º Sem/2015.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014. 210f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; ALMEIDA, L. S. *Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. In: CONPEDI (Org.). *Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 400-420, v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. *O processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia do direito Ibero-americano*. In: III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, 2015, Madrid- Espanha. Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano, 2015, p. 1-1, v. 1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al.* Processo administrativo: abordagem pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica / Cadernos Jurídicos do IMDP (Instituto Mineiro de Direito Processual)*, p. 1, 2012, v. 1.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Biblioteca Jurídica, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 81, p. 98-102, 1986.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos/Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MADUREIRA, C. P. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, v. X, p. 253-283, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. A Escola Paulista de São Paulo – A contribuição de Enrico Tullio Liebman. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, n.ºs. 5 e 6, 1ª e 2ª sem./2000.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23802>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas Fundamentais – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 8, p. 17-36.

PEDRON, Flávio Quinaud; BACHA e SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Uma (re) construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro: o CPC de 2015 como superação de uma certa tradição autoritária do processo. *Revista de Processo*, v. 42, p. 49-70, 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça – TJ/PE – AI: 3086553 PE, Relator: Francisco Manoel Tenório dos Santos. Data de Julgamento: 06/03/2014, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/03/2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159623943/agravo-de-instrumento-ai-3086553-pe>>. Acesso em: 06 out. 2017.

PINHEIRO, Aline. Deusa da Corte. O juiz é superior a qualquer ser material, diz juíza. *Revista Consultor Jurídico*, 17 de novembro de 2007 (São Paulo. *Online*). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/juiz_superior_qualquer_material_juiza>. Acesso em: 04 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. *Consultor Jurídico*, 05 de janeiro de 2006. (São Paulo. *Online*). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 13 nov. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 177-206, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, volume I. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC Fundamentos e Sistematização* – De acordo com a Lei 13.256/2016. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMPOS, Felipe de Almeida; PEDRON, Flávio Quinaud. Instrumentalismo vs. processo constitucional: os caminhos teóricos da processualidade nos trinta anos da Constituição da República de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 16, n. 23, p. 53-75, jan./jun. 2018.

Recebido em: 02.04.2018

Aprovado em: 26.06.2018