

INSTRUMENTALISMO E GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: SERIA POSSÍVEL PROPOR UM ARRANJO CONCILIATÓRIO? INSTRUMENTALISM AND GUARANTEEISM IN CIVIL PROCEDURE: WOULD IT BE POSSIBLE TO PROPOSE A CONCILIATORY ARRANGEMENT?

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.7.008

João Felipe Train de Lima*

 **Orcid:** <https://orcid.org/0009-0000-9213-4759>

 **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/8412852312468675>

Recebido em: 09/02/2024

Aceite em: 17/04/2024

Resumo: O debate entre as perspectivas do instrumentalismo e do garantismo repercute sobre várias temáticas do processo civil. O objetivo do presente estudo consiste em sintetizar as proposições trazidas por cada corrente de pensamento, de modo a explorar as críticas que se podem tecer a cada uma delas, inclusive. Indaga-se, como problemática, se tais concepções – que tangenciam a seara da filosofia do processo – seriam inconciliáveis ou se haveria margem para um ponto de equilíbrio, apto a oferecer subterfúgios para a resolução de outras problemáticas do processo contemporâneo. Buscou-se demonstrar, por fim, que a resposta à problemática inicial seria positiva, permitindo-se a propositura de sínteses moderadas entre as duas teses. Foi feito o emprego, como metodologia e técnicas de pesquisa, dos métodos dialético e qualitativo.

Palavras-chave: Instrumentalismo; garantismo; processo civil; teleologia; dialética.

Abstract: The debate between the perspectives of instrumentalism and garantism resonates across various themes of civil procedure. The objective of the present study is to synthesize the propositions brought forth by each

*Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado. joaofelipetrain@gmail.com.

school of thought, in order to explore the criticisms that can be directed towards each of them, inclusively. The question arises, as a problematic issue, whether such conceptions - which touch upon the realm of the philosophy of the process - are irreconcilable or if there is room for a point of balance capable of offering strategies for the resolution of other issues in contemporary process. Ultimately, the aim was to demonstrate that the answer to the initial problem would be affirmative, allowing for the proposal of moderate syntheses between the two theses. The methodology and research techniques employed included dialectical and qualitative methods.

Keywords: Instrumentalism; garantism; civil procedure; teleology; dialectic.

INTRODUÇÃO

Ensina a propedêutica processual que os recursos (bens da vida) são escassos, isto é, limitados (GONÇALVES, 2019). A necessidade (que é ilimitada, gize-se) desses bens, bem como o interesse dos homens sobre eles, faz emergir inevitáveis conflitos de interesses no seio comunitário humano. E essa atuação social do homem traduz uma vocação que lhe é imanente, qual seja, de ser naturalmente gregário, vinculando-se aos demais indivíduos do grupo.

Nesse sentido, essa vivência marcadamente política do homem, como registrou Aristóteles, é fundamental para a consecução de seus objetivos, tutelando suas necessidades de modo a conservá-lo vivo e próspero (ALVIM, 2022). A vivência em sociedade é da natureza humana: inegável proceder com postulados em contrário.

Contudo, como dito, não raras as vezes, na constância do arranjo grupal, quando uma “situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui ou limita a posição ou situação favorável à satisfação de outra necessidade” (ALVIM, 2022, p. 38), aflora um conflito entre dois interesses.

Na evolução desse conflito, um dos sujeitos pode exigir a subordinação do interesse de outrem ao interesse particular, atitude essa denominada de pretensão. É a tentativa de fazer valer o direito próprio em face daquele que não o respeita. Mas nos estudos do processo, é indeclinável dissociar a pretensão do direito em si, pois, como explica Carnelutti, “de outro modo, não se poderia admitir uma pretensão infundada, mas, em princípio, confundiu a pretensão com a afirmação do direito” (CARNELUTTI, 1936 apud ALVIM, 2022, p. 40). Quando não há concordância com a subordinação por parte do outro sujeito da relação, sobrevém a oposição à pretensão, tornando-a resistida. E dessa pretensão resistida surge, por conseguinte, a lide, entendida propriamente como litígio, conflito de interesses. A lide é sociológica, na medida em que pode ou não ser judicializada.

Sendo a agregação um fundamento da construção social, eventuais lides que brotem de sua atmosfera devem ser resolvidas, sob pena de comprometimento da pacificação social e da estruturação do ente estatal.

E se faz necessário a lembrança desse preâmbulo para rememorar aos esquecidos que o processo nasceu, antes de tudo, porque em determinado período histórico, atribuiu-se ao Estado o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses (GONÇALVES, 2019). Diz-se que é esse o fundamento maior, inclusive, do contrato social. Ao estudar academicamente a ciência processual, ou manejá-la nas rotinas forenses, não se pode perder de vista essa finalidade que orienta o porquê de sua existência, posto que, ao ignorá-la, incorrer-se-ia na pena de transformar o processo em um conjunto de abstrações formais, desatinadas de seu precípuo objetivo de resolver conflitos. Como leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves, os estudiosos da ciência processual se perderiam em questões de somenos (GONÇALVES, 2019).

Trata-se de uma visão, é verdade, mais ampla acerca do processo, que mescla os conceitos de jurisdição e processo, confundindo-os ao privilegiar a função pacificadora de resolução dos conflitos inerente à jurisdição. Indo a outra linha argumentativa, ver-se-á a identificação do processo como ambiente de criação do direito e como direito fundamental do cidadão, diferenciando-se conceitualmente da ideia de jurisdição. Nesse sentido, “impõe-se ter claro que no Estado Democrático de Direito o exercício do poder estatal só é legítimo se os atos de poder (provimentos ou pronunciamentos) forem construídos através de procedimentos que se desenvolvam em contraditório” (CÂMARA, 2022, p. 40), sendo que o devido processo legal se situa como meio apto a assegurar os direitos fundamentais das partes envolvidas em um litígio.

A jurisdição é o poder-dever e serviço prestado pelo Estado-juiz, visando a pacificação dos conflitos a partir da aplicação do direito positivo. O processo, por outro lado, é garantia dos usuários da jurisdição estatal, isto é, um remédio para evitar que a jurisdição ultrapasse seus limites funcionais ao exercer sua atividade. Na atividade judicante, o Estado-juiz deve observar os limites impostos pela legislação processual; o processo protege o jurisdicionado do arbítrio estatal.

O que não se pode perder de vista, no entanto, é a essencialidade da função pacificadora da jurisdição estatal para a estabilidade social e a manutenção da ordem. Além disso, é um serviço que deve ser satisfatoriamente entregue aos indivíduos, até porque é monopólio do Estado. Não se pode perder de vista que o Estado é prestador do serviço jurisdicional, cujo compromisso lhe toca por força constitucional.

Se é um postulado da moderna filosofia política que o contrato social existe e legitima o Estado, nada mais justo que o referido ente se incumba de zelar pela manutenção da paz pela qual constitucionalmente se obrigou. E o Estado o faz por meio da edição de normas, notadamente aquelas atreladas ao direito material, responsáveis por definir o direito de cada um – a medida exata da justiça aristotélica. Conquanto, quando essas regras não são suficientes para assentar os impulsos humanos, ou simplesmente por serem imprecisas ou inadequadas, surgem desvios e conflitos brotam.

E essas disputas não são ainda, *a priori*, jurídicas; mas sim sociológicas. O conflito pode, antes de adentrar à fenomenologia processual, resolver-se de outro modo, quer seja pela autotutela, pela transação, arbitragem, ou outras formas. Porém, quando não se chegar a uma solução, poderá qualquer dos interessados recorrer ao Estado-juiz, a fim de obter um provimento que solucione o litígio imparcialmente e que tenha, simultaneamente, força coercitiva, para que seja exigível o provimento tomado.

E é exatamente nessa etapa, quando o Estado passa a intervir na remediação do conflito, que despontam as relações necessárias entre jurisdição e processo. Dito isso, torna-se possível, neste momento, conceituar o processo civil, à luz do instrumentalismo e garantismo.

Assim, em um primeiro momento, serão apresentadas as noções e perspectivas do pensamento instrumentalista, passando pelas contribuições de Cândido Rangel Dinamarco, a fim de melhor investigá-las. Serão coletadas as críticas – já elaboradas por outros críticos referenciados – e analisadas.

Em um segundo momento, proceder-se-á da mesma forma em relação ao garantismo: serão tecidas considerações no que toca à concepção sobre o processo e, bem como, serão examinadas as proposições dessa vertente do pensamento. Do mesmo modo, as críticas serão recortadas e discutidas.

Por fim, buscar-se-á responder a problemática inaugurada pela presente pesquisa, examinando os pontos de intersecção entre as correntes e como as convergências entre elas eventualmente se revelam de modo a possibilitar (ou não) a edificação de um arranjo verdadeiramente conciliatório.

PROCESSO COMO INSTRUMENTO

A ideia de instrumentalidade do processo advém da concepção de que o processo é ferramenta à disposição da jurisdição, o meio que se vale o Estado-juiz para aplicar a lei abstrata à concretude dos fatos levados a sua apreciação. Deriva, pois, do pensamento segundo o qual o procedimento não é um fim em si mesmo, mas um meio para lograr determinando resultado: a prestação jurisdicional, como forma de se obter a tutela sobre certo direito, solucionando o conflito de interesses entre as partes (GONÇALVES, 2019).

Há considerável tempo, os processualistas denunciam a autonomia do processo em relação ao direito material que nele se debate, tanto no aspecto científico e doutrinário, quanto no que tange à jurisdição. Mas como delineado no parágrafo acima, não há que se falar em autonomia absoluta do processo porque, em última análise, ele sempre estará associado a uma situação concreta posta em juízo (pelo menos no ideário instrumentalista).

Os adeptos do instrumentalismo, como Marcus Vinicius Rios Gonçalves, concordam, via de regra, que a autonomia científica do direito processual foi obtida após amplos esforços, implicando o surgimento de um novo ramo do direito (GONÇALVES, 2019). Conquanto, sustentam que não é possível dissociar o meio de sua finalidade. Tanto é verdade que alguns institutos de direito processual só são acertadamente compreendidos quando sondados à luz da relação existente entre processo e direito material. Cite-se o exemplo da ação e de suas condições: como entender a legitimidade *ad causam* sem fazer referência ao direito material alegado pelo litigante? Na visão instrumental, ainda que houvesse tal possibilidade, ela seria largamente abstrata e técnica, pouco efetiva e carente de sentido.

Como se vê, pensar em termos instrumentais leva às noções de efetividade e adequação para responder o conflito e solucioná-lo. Daí que se fala no instrumentalismo

como reflexo de uma visão essencialmente teleológica, indissociável de seus objetivos, fins, propósitos e destinos. Logo, a despeito da importância que se deve dar à forma, cuja observância é fundamental, não se pode deixar de se orientar por uma visão teleológica. Nas palavras de Couture, cuja premissa remete à instrumentalidade do processo: “*La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho*” (COUTURE, 1978, p. 145).

Navegando na ideia de efetividade e de ataque ao formalismo tecnicista, percebe-se que é muito simples ao instrumentalista defender o argumento principiológico da adaptabilidade do procedimento às especificidades do litígio, sem que isso implique o esfacelamento da segurança jurídica e dos demais princípios que decorrem do devido processo legal. Isso se deve ao fato de que as regras procedimentais devem servir a um fim; se enrijecidas a ponto de serem observadas pelo mero capricho de cumprimento cego à norma, abrir-se-ia a possibilidade de obstaculizar a efetiva entrega da prestação jurisdicional; ademais, também estabeleceriam fator de distanciamento entre juiz e a causa, dificultando a aplicação jurisdicional que realmente se atente à resolução do conflito. Outrossim, poderia propiciar delongas desnecessárias.

Considerar o processo pela dimensão instrumental, além do teleologismo, implica concluir que a função do magistrado não é tão-somente de ordem técnica (embora tal característica não possa ser esquecida e desconsiderada), mas é também ética e política. Não se pode falar em um processo eminentemente técnico, ainda que alguns assim o queiram e sonhem. Vê-se que, como o processo é tido como um meio de solução de controvérsias entre os homens, fruto artificial de sua criação, a cultura e os valores dos criadores irão se fazer sentir em sua estrutura e razão de ser. Daí que se abstrai o caráter axiológico do processo, noção tão clara aos instrumentalistas. Nesse sentido, o “sistema processual deve ser interpretado à luz dos valores políticos e sociais existentes fora do processo” (BEDAQUE, 2018, p. 165).

Do que se abstrai dos fundamentos do instrumentalismo até aqui, tem-se que a importância dada ao efetivo contraditório e à cooperação entre as partes que compõem a triangular relação jurídico-processual é graúda e de grande valia. Daí que se retira a carga de influência instrumental residente nos princípios da cooperação processual e o do respeito ao negócio jurídico feito em relação ao procedimento. E esse zelo pelo contraditório, tal como o processo em si, não tem um fim por si só, mas constitui penhor de pleno acesso à justiça: o processo deve ser apto a pacificar conforme critérios de justiça, mediante observância dos princípios.

Não se deve olvidar, no entanto, que os garantistas tomam premissa distinta ao analisar a questão: a de que as partes podem adaptar o procedimento justamente porque a teoria do negócio jurídico processual é uma garantia que lhes foi conferida por lei – o que não se pode ver aplicado aos juízes, aos quais a lei não permite adaptar o procedimento ao arpejo das normas processuais – não se constituindo, portanto, de instrumento da jurisdição. Mas essa crítica será mais bem explorada nos itens subseqüentes, quando enfoque recair sobre o garantismo. Contentemo-nos a apresentar as bases teóricas do instrumentalismo, por ora, deixando as críticas e as filípicas (trocadas por alguns adeptos sectaristas de cada corrente) para momento oportuno.

Ainda em relação à justiça e retornando ao cerne do instrumentalismo, qual seja, a efetividade do processo:

A corrente instrumentalista preocupa-se com a efetividade do processo ao identificar os respectivos escopos (jurídico, social e político), ao combater o processualismo excessivo e buscar mecanismos destinados a torná-lo apto a produzir os resultados desejados e, por fim, ao respeitar as conquistas técnico-científicas da ciência processual, direcionando-as, todavia, para os objetivos externos do processo (BEDAQUE, 2018, p. 174).

Portanto, a conclusão é de que a visão instrumental tem como preocupação central a construção de um processo adequado e útil a fim de proporcionar o justo acesso à jurisdição, igualmente ansioso em buscar e desenvolver um método de trabalho que efetivamente dê cabo ao conflito sociológico, e não apenas à lide jurídica.

E, por fim, para fins de resumo sobre a perspectiva instrumentalista, devem ser rememorados os seguintes postulados: (i) a função do juiz não é meramente técnica, mas ética e política, em certo sentido (embora o aspecto técnico mereça notável consideração); (ii) o processo não é procedimento exclusivamente técnico, todavia, advém da criação cultural humana, sendo fruto de seus valores.

A INSTRUMENTALIDADE NA VISÃO DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Cândido Rangel Dinamarco talvez seja o jurista mais lembrado, elogiado e criticado quando o assunto é instrumentalismo. Mas Dinamarco não inventou o óbvio: a perspectiva instrumental do processo já existia e era pensada antes dos seus primeiros escritos, notadamente a obra “A instrumentalidade do processo”, de 1987. Contudo, ao menos em âmbito nacional, é difícil indicar outro autor que tenha fundamentado tão bem a ideia de instrumentalidade do processo. A obra de Dinamarco, nesse sentido, é ímpar.

Pensar a fase instrumentalista, no entender de Dinamarco, é crer em uma nova fase de maturação do processo, que deixa de focar em aspectos pura e simplesmente endoprocessuais, para se debruçar sobre questões teleológicas (DINAMARCO, 1987). Nessa nova fase aclamada pelo referido autor, destacam-se os aspectos atinentes à efetividade do processo (relativizando, de certa forma, a segurança), ao contraditório equilibrado e à participação cooperativa dos sujeitos no processo. Passa-se à negação da concepção que vê na fenomenologia processual um caráter meramente técnico, de modo a reaproximar o direito da ética e a admitir que o sistema processual sofra influências de matriz político-constitucional (BEDAQUE, 2018).

Vê-se em Dinamarco o rechaço ao estudo central ligado somente aos objetivos internos do sistema, focado em analisar as propriedades e as razões internas do processo, isto é, o estudo do direito processual e de suas lógicas científicas puras, desconexas da realidade e de razões de fundo externo (COUTINHO, 2012). Por isso que defende a possibilidade de influências axiológicas externas, representadas por valores políticos, constitucionais, econômicos e sociais.

No fim das contas, o pensamento de Dinamarco não destoa daquilo especificado no item supra: a relativização das formas a fim de obter a justa decisão. A ideia é simples, e consiste em flexibilizar a forma, quando necessário, sem deixar de lado o dever do julgador em assegurar o contraditório e a paridade de armas, e, obviamente, o devido processo legal. Na verdade, é severo dizer que os instrumentalistas rejeitam a forma; a bem da verdade, é mais correto afirmar que a defendem, mas que ela deve ser orientada por uma visão finalística, ou seja, teleológica. Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de um “maior poder” do juiz.

O juiz, embora livre para interpretar o direito, devendo fazê-lo sempre fundamentadamente, está sujeito às normas que o compõem. Essa vinculação obrigatória ao sistema legal constitui fator de segurança jurídica. A conduta ativa do magistrado não é incompatível com a observância das garantias constitucionais do processo. Ao contrário, o conhecimento adequado das circunstâncias reais do litígio e a busca da “verdade axiológica” favorecem a correta aplicação da norma de direito material e a justiça da decisão (BEDAQUE, 2018, p. 164).

E, ao contrário do que possa aparentar, a ideia de instrumentalidade não se limita à regra da instrumentalidade das formas, presente no Código de Processo Civil, mais precisamente no parágrafo único do artigo 283. Muito menos se limita a ser uma legitimação de uma certa válvula de escape interpretativa do juiz. Visa, por outro lado, driblar situações concretas nas quais o respeito cego à forma acarretaria resultados bizarros e absurdos. É a tutela jurisdicional real e efetiva em substituição daquela meramente formal. É o processo como servo do direito, predisposto à realização dos propósitos eleitos. É, mais ainda, a tentativa de adequar a realidade processual à realidade substancial – externa –, de modo a possibilitar a extração de resultados mais eficazes do processo.

De modo a simplificar as teses sustentadas por Dinamarco em sua obra “A instrumentalidade do processo” (1987), cita-se que as principais ideias extraídas de sua obra são: (a) a instituição do processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição; (b) a existência de escopos, objetivos, do processo; (c) o deslocamento da jurisdição para o centro dos estudos do direito processual (DINAMARCO, 1987).

Focando as atenções no item “b”, Dinamarco elencou os fins que deveriam ser alcançados pelo Estado-juiz através do poder jurisdicional, quais sejam: escopos sociais, políticos e jurídicos. A compreensão de tais escopos se faz necessária a fim de compreender as concepções do autor; além do mais, entender-se-á de modo mais claro as tradições instrumentalistas que até hoje influenciam os que operam o direito.

O escopo social está diretamente relacionado ao jurisdicionado e à pacificação social. É o aspecto do instrumentalismo que volta suas atenções aos clientes do Poder Judiciário. Aqui, identificam-se os propósitos de educar o jurisdicionado acerca de seus direitos e obrigações, convocando-o a participar do processo cooperativamente, de modo a permitir, inclusive, uma atmosfera de confiança no Judiciário e em seus agentes. Segundo a postura instrumentalista, é vital à organização do sistema processual garantir a idoneidade do contraditório, assegurando às partes a efetiva colaboração processual, de modo a participarem do resultado do processo eficazmente, legitimando o próprio exercício jurisdicional (MADUREIRA, 2014). Outrossim, quando se fala em

pacificação, quer-se relatar a finalidade precípua que o Estado-juiz deve ter ao buscar a resolução sociológica do conflito, e não simplesmente a batalha jurídica. E Dinamarco faz questão de ressaltar que não é qualquer *decisum* que atinge a respectiva finalidade. Em suas palavras:

[...] isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado (DINAMARCO, 1987, p. 224).

O escopo político, por sua vez, consubstancia-se em três vertentes:

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o ordenamento jurídico, projeção positivada do poder e de próprio; segundo, concretizar o culto do valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, no destino da sociedade política. (DINAMARCO, 1987, p. 234).

Por fim, o escopo jurídico, que consiste na finalidade de concretizar a vontade do direito, o que é feito pelo juiz através do processo. O escopo jurídico do direito envolve, portanto, a análise das normas, das instituições e dos procedimentos jurídicos, buscando desenvolver soluções que garantam a efetividade da justiça e a proteção dos direitos fundamentais (MADUREIRA, 2014).

De todo o exposto a respeito da mentalidade de Dinamarco, observa-se que o autor confere à instrumentalidade duplo sentido: um negativo e outro, positivo. O caráter negativo do instrumentalismo se presta a combater o formalismo, de modo a tentar mitigá-lo. O panorama positivo, por sua vez, encontra-se com a teoria dos escopos do processo, almejando garantir efetividade à jurisdição (DE OLIVEIRA FILHO, 2019).

Portanto, do ponto de vista do duplo caráter apresentado e da teoria dos escopos da jurisdição é que se tem uma sucinta (porém íntegra) compreensão da contribuição de Cândido Rangel Dinamarco à perspectiva instrumentalista.

CRÍTICAS AO IDEÁRIO INSTRUMENTALISTA

De introito, convém destacar que a escola instrumentalista promove erro metodológico ao situar o processo enquanto instrumento à serviço da jurisdição. Com isso, trata como se sinônimos fossem processo e jurisdição. Converter o processo em instrumento da jurisdição é um caminho que, na visão dos garantistas, implicaria subordinar as partes litigantes em processo judicial à coleira do juiz, o qual as apresentaria a “lídima justiça” na persecução dos escopos social, político e jurídico. Jurisdição é uma função

do Estado cujo desempenho apenas se legitima se feito em consonância com as regras constitucionais do processo (LEAL, 2016); este último não é outra coisa senão garantia. O processo jamais poderia ser ferramenta da jurisdição, pois sua finalidade não se reduz à pacificação social, supostamente dirigida por um juiz salvador. Jurisdição não é processo, devendo ser encarada “como um serviço que o Estado deve assegurar para satisfazer a demanda por justiça formulados pelos cidadãos. Cabe à jurisdição, e não ao processo, a função de aplicar o direito” (RAATZ, 2019, p. 27).

Oriunda da problemática conceitual anterior, cite-se, por exemplo, o risco de subjetivismo: ao utilizar o processo como um instrumento para a realização de fins sociais e políticos, pode haver o risco de que as decisões judiciais sejam influenciadas por fatores subjetivos, como a ideologia dos juízes ou a pressão política (CARVALHO, 2021). Efetivar a justiça das decisões é algo largamente polêmico, do qual se pode fazer um debate caloroso. E na medida que se privilegia e/ou permite-se o subjetivismo do magistrado, afasta-se a objetividade do direito proporcionalmente.

As objeções prosseguem. Outra extremamente relevante é aquela que reputa ao instrumentalismo a postura de debilitar gravemente a segurança jurídica, isso porque, ao privilegiar os fins pragmáticos do processo e ao permitir a influência de valores externos, em detrimento da aplicação objetiva da lei, gera-se insegurança e diminuição da previsibilidade e estabilidade das decisões, comprometendo a função pacificadora do processo, cujo zelo o instrumentalismo pretende assegurar e solidificar (CARVALHO FILHO, 2018).

Outrossim, observa-se que as teses de Dinamarco parecem não comportar guarda nem são compatíveis com o modelo do Estado Democrático de Direito, à luz de algumas análises críticas. Fundamentam a alegação anterior na afirmação de que elas [as teses de Dinamarco] distam da irradiação constitucional sobre o processo, mesmo porque as ideias dos escopos da jurisdição foram primeiramente publicadas em 1987, antes, portanto, da promulgação da Carta Constitucional de 1988. Para esses críticos, sua teoria foi feita em desconformidade com o ideário garantista trazido pela CFRB, que se situa mais propensa à vertente de almeja evitar arbitrariedades e assegurar a aplicação objetiva das leis (CARVALHO FILHO, 2018).

Ademais, ao se considerar a jurisdição como centro gravitacional do processo, a partir da qual se deve entender os demais institutos processuais, favorece-se o fortalecimento da figura do juiz e de seu poder discricionário. Daí pode resultar o pior: ativismo e autoritarismo em nome de um prestígio desmoderado à equidade.

Os instrumentalistas ensejam a sobrevalorização do papel do juiz (ainda que implicitamente), inserindo-o em posição de superioridade e sujeitando o processo ao exercício de seu ofício. Como explica Luciana Benassi Gomes Carvalho, ao citar Rosemiro Pereira Leal:

A escola instrumentalista peca ao conectar o processo à jurisdição, convertendo aquele em instrumento desta, na persecução dos escopos social, político e jurídico, “como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a justiça redentora para todos”. Na esteira de Rosemiro Pereira Leal, a jurisdição é 36 uma função do Estado, que apenas se legitimaria ao desempenhá-la mediante o processo. O processo jamais pode ser

ferramenta da jurisdição, até porque, diferentemente do que acreditam ou, ao menos, defendem os “instrumentalistas”, o processo não é dotado de propriedades e sequer de finalidades redentoras, que se encerram com a pacificação social, operada por um juiz salvador, justo etc. A partir do desenvolvimento da sua teoria neoinstitucionalista do processo, Leal afirma que definir o processo como um instrumento a servir a jurisdição e atribuir-lhe escopos, tendo como base a teoria da relação jurídica – que sustenta, inclusive, os instrumentalistas de hoje – escapa a qualquer balizamento jurídico, inserindo-o em “fatalismo sociológico e historicista” já superado a partir do constitucionalismo (LEAL apud CARVALHO, 2021, n.p.).

O modelo de juiz proposto pela corrente instrumentalista é o da crença na juristocracia como paradigma adequado a superar os vícios e dissabores do processo (ABBOUD; LUNELLI, 2015). Nesse sentido, o juiz seria o legítimo comunicador dos anseios e dos valores sociais, elucidando-os de maneira a descortinar seus significados a fim de aplicação nos casos postos a sua apreciação. Parte do pressuposto de que o juiz é ser integrante da sociedade e, portanto, conhecedor de suas estruturas culturais, permitindo-lhe a condução do processo para mais acertadamente cumprir com o seu escopo social.

Visualizamos, assim, uma extrema confiança dessa corrente doutrinária no potencial dos magistrados, que deverão extrair as “legítimas expectativas” da sociedade, canalizando-as no momento decisório. Para os instrumentalistas, o juiz seria um agente privilegiado que, inserido na trama social, funcionaria como uma espécie de “antena”, apta a captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários por ele “receptados” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 7).

Trata-se do espécime do “juiz antena”. Este seria o “intérprete qualificado, capacitado e legitimado para captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários por ele ‘receptados’ (CARVALHO, 2021). Aos garantistas, cuida-se de espécime de juiz não quisto, em virtude da degeneração das funções inerentes ao Judiciário. É o molde intrinsecamente conexo ao ativismo judicial, daquele que se afasta dos deveres de aplicação da lei e do respeito às normas constitucionais para forçar a aplicação do seu senso de justiça. Nesse diapasão, é cristalino que a postura instrumental é de cunho estatalista: dá proeminência à função do julgador ao atrelar o processo à jurisdição, de modo a incrementar a relação de sujeição do indivíduo ao Estado.

Com efeito, o que se tem como resultado desse polo metodológico conferido aos magistrados é o incremento do ativismo, existente quando a decisão do juiz está diretamente atrelada ao desejo de promover ou retardar alguma mudança social; por conseguinte, resplandece uma escolha decisória que não se pauta na legalidade do ordenamento, mas nas convicções íntimas do julgador. O problema é que a sociedade é globalizada e plural, sendo difícil conceber que alguém possa extrair referenciais

predeterminados a fim de serem aplicados na resolução de litígios. No fundo, quando se delega ao juiz a possibilidade de decidir em conformidade com a justiça dos valores sociais, permite-se, por tabela, que se decida de acordo com os seus entendimentos sócio-políticos (que falsamente corresponderiam, à título de legitimação, aos anseios da sociedade).

É dizer: a corrente instrumentalista preconiza a ideia de que o juiz seria capaz de canalizar os anseios sociais e utilizá-los na construção da decisão judicial, mas, ante a dificuldade em se definir (ou extrair) quais seriam esses sentimentos axiológicos dominantes em uma sociedade altamente complexa como a nossa, o problema é relegado à convicção pessoal daquele que decide (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 8).

Outra questão trazida por Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira é que, ao conduzir a jurisdição ao centro gravitacional do processo, passa-se a inserir o indivíduo em posição de sujeição ao Estado, submetendo-o aos deveres impostos pelo ente estatal em detrimento de sua titularização de direitos subjetivos (ABBOUD; OLIVEIRA, 2008).

Uma outra crítica que os garantistas direcionam à ideia de instrumentalidade do processo diz respeito à aparente camuflagem dos seus pilares, posto que os instrumentalistas defendem a possibilidade do incremento dos poderes do juiz com o intuito de flexibilizar a forma quando “necessário”, sem, no entanto, preocuparem-se com as diversas consequências que daí podem surgir. Nessa toada está o problema da justiça da decisão, tão aclamada pelos instrumentalistas, mas proporcionalmente tão vagamente definida e explorada.

Há essa crença na realização constante da justiça enquanto dever do julgador. Constitui pilar do instrumentalismo que os conflitos não de ser eliminados mediante baliza de critérios de justiça. Inclusive, como apontado anteriormente, a promoção de justiça constitui escopo da atividade jurisdicional.

A problemática emerge a partir do momento em que os adeptos dessa corrente não legaram um conceito universalmente aplicável de justiça e de injustiça. Constantemente palestram sobre justiça, mas em raras oportunidades se dedicam com mais profundidade a essa questão, de panos evidentemente moral. Não se vislumbra, por exemplo, uma teoria de justiça em Dinamarca. E talvez isso tenha sido proposital: a aposta se dá na percepção de justiça a partir do exercício de ponderação subjetiva do juiz. Aos garantistas, como se verá adiante, há uma clarividente sugestão solipsista pelos instrumentalistas.

Calmon de Passos preceitua que a justiça não é aquilo “captado de algo metafísico, religioso ou enraizado na tradição, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por este novo ‘homem sagrado’ da sociedade moderna, o magistrado” (PASSOS, 1999, p. 3), mas sim os termos estipulados por todos aqueles que participam da atividade democrática de autorregulação da convivência política.

No instrumentalismo, a tutela jurisdicional legitima-se pela justeza e efetividade da decisão. No garantismo, por sua vez, a legitimidade da tutela encontra respaldo no próprio devido processo legal, na medida que a justiça é definida pelos atores políticos que, através do regras do jogo democrático, participam e regulam a convivência pública dos homens.

Além disso, não cabe ao juiz julgar de modo a atender ao escopo social, mormente se isso quer dizer que o magistrado deve ser sensível ao sentimento social. Quem recebe as pressões sociais e, de acordo com essas, decide sobre as regras que deverão vigor, são os parlamentares (CARVALHO FILHO, 2021). No modelo republicano de Estado, somente o Poder Legislativo pode se afetar dos influxos sociais. Cabe ao parlamento delimitar objetivamente o direito, sendo esta uma premissa da engenharia arquitetada pelo Estado Democrático de Direito. E nesse modelo, é impossível conceber como livre a atuação do agente encarregado da jurisdição: há limites balizadores.

A vocação garantista é de perquirir a contenção do poder, cobiçando evitar a hipertrofia dos poderes do juiz, de modo a combater a juristocracia e o ativismo judicial cristalinos no atual estado de coisas.

Sem partir ao sectarismo maniqueísta, faz-se necessário debruçar-se melhor sobre os temas e contraposições trazidas pelos adeptos do garantismo processual, lançando-lhes, igualmente, as críticas cabíveis.

PROCESSO COMO GARANTIA

O garantismo processual diverge da ideia de teorizar e programar o processo para servir de mero instrumento ao juiz, com um claro objetivo de limitar os poderes explícitos e implícitos que os instrumentalistas pretendiam conferir ao Estado-juiz. A essência do garantismo, pode-se dizer, é uma certa dose de desconfiança do poder estatal, tendente a limitá-lo e melhor restringi-lo.

Assim, considere-se a ideia instrumentalista de que o juiz deve adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, de forma a melhor atender aos escopos jurídicos e sociais da jurisdição. Aos garantistas, o argumento que se faz segundo o qual o juiz o fará cooperativamente, dialogando em contraditório com as partes, simplesmente não convence: “à mingua de critérios jurídico-positivos das margens de adaptação há sempre o incontornável risco de arbítrio judicial” (CARVALHO FILHO, 2021, n.p.). O processo, enquanto instituição de garantia de liberdade das partes em face da jurisdição, é inexoravelmente formal e, de certo modo, rígido.

E esse é só um dos exemplos práticos que ilustram a diferença de concepção. Do ponto de vista fenomênico, o instrumentalismo enxerga o processo sob o ângulo do poder, constituindo um instrumento da jurisdição. A justificativa é a inevitabilidade da busca pela pacificação social. Já o garantismo vê o processo a partir da relação dos indivíduos diante do Estado e seu poderio, atuando conforme a premente necessidade de se limitar o exercício do poder jurisdicional, a fim de mitigar arbitrariedades. É uma corrente, nessa linha de entendimento, de resistência ao aparato estatal (CARVALHO FILHO, 2021).

E retornando à questão da justiça, dizem os instrumentalistas que se deve buscar (quase como um ideal utópico) o “processo justo”. Nessa linha, a lide não deve ser simplesmente resolvida, mas deve ser resolvida com justeza; afinal, é direito das partes uma “ordem jurídica justa”. Desse ponto em diante, o instrumentalismo se separa do devido processo legal, substituindo-o por um casamento com o pretense direito fundamental

ao processo justo (CARVALHO, 2021). E daí que deriva a concepção de plasticidade procedimental, inclusive.

Na visão dos garantistas, cuida-se de entendimento interpretativo não comportado pela cláusula do devido processo legal (CFRB, art. 5º, LIV). A leitura dos garantistas é de que o processo é garantia de liberdade (e se necessário for, de índole contrajurisdicional, inclusive). É uma tremenda deturpação migrar a compreensão do devido processo legal para processo justo. Sob o viés constitucional, o “processo é ‘devido’, ou seja, vinculante e obrigatório, ensejando a sua aplicação por todos. [...], ele também é o legalmente estabelecido, ou seja, é a lei que deve estabelecer o procedimento [...]” (CARVALHO FILHO, 2021, n.p.). Como se vê, o constituinte qualificou o processo por devido e legal, jamais lançou uso do adjetivo “justo”, ou qualquer outro que o intérprete possa imaginar. Em seu âmago, processo justo é panfletagem doutrinária. Nesse sentido:

Os termos frequentemente utilizados com função performática são interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, vontade da lei, princípio republicano e justiça. Em regra, esses conceitos são usados para conferir verniz normativo a decisões ativistas. Julga-se de acordo com a subjetividade do intérprete e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performativos são lançados como elemento de suposta normatividade ao *decisum* (ABBOUD; SANTOS, 2018, p. 100).

A base teórica do garantismo não é complexa e se assenta basicamente nessas perspectivas: (i) deve-se fenomenologicamente perceber o processo diante da perspectiva dos indivíduos em face do Estado; (ii) processo e jurisdição não se confundem, sendo aquele uma garantia aos eventuais arbítrios deste último; (iii) o devido processo legal é o cerne do modelo constitucional de processo, legitimado pelo contraditório. É uma base simples, mas sólida, sobre a qual se pretende perquirir possíveis encaminhamentos no item a seguir.

POSTULADOS E DIRECIONAMENTOS DO GARANTISMO PROCESSUAL

Pode-se dizer que o núcleo fundante do garantismo é a cláusula do *due process of law* (previsto na Carta Magna no art. 5º, LIV), na medida em que faz instituir o processo por si só como uma garantia, afastando-se da concepção segundo a qual o processo seria um ambiente aberto aos membros do Judiciário para canalizarem suas convicções de justiça. A função do processo, nesse sentido, seria o controle e a limitação do poder jurisdicional. Os óculos vestidos pelos adeptos das diferentes correntes são distintos: o viés de partida é discrepante.

A base normativa do garantismo processual é a Constituição, vendo na conformação do processo uma substancialidade constitucional, que serve de matéria-prima ao legislador para o desenvolvimento do procedimento, como alhures afirmei. O processo é tratado com uma garantia fundamental para a limitação do poder estatal, nomeadamente da jurisdição (CARVALHO FILHO, 2021, n.p.).

A fonte do garantismo é a Constituição Federal da República, inegavelmente. Isso porque as conclusões de atribuir ao processo a função garantidora em face dos arbítrios estatais advém do Texto Maior.

Conquanto, não se pode olvidar que as noções decorrentes do instrumentalismo também derivam da Constituição. A divergência reside na leitura dos direitos fundamentais. Os instrumentalistas, “ao invés de compreender os direitos fundamentais a partir das pretensões jurídico-subjetivas do titular dos direitos, segue a linha de abordagem mediante a qual os direitos fundamentais são explicados a partir de sua dimensão objetiva, como normas de conteúdo valorativo-principiológico ou decisões axiológicas” (RAATZ, 2021, n.p.). Aos publicistas, os direitos fundamentais são compreendidos a partir de um conteúdo valorativo-principiológico, relacionados à axiologia. Denegam a noção de titularidade subjetiva dos respectivos direitos, situados num contexto de proteção do indivíduo diante do Estado. Nessa linha argumentativa, é muito mais fácil colocar o direito fundamental a serviço do poder jurisdicional, invertendo-se a lógica constitucional inicialmente imaginada. Com efeito, o que se obtém, ao invés do enriquecimento dos direitos subjetivos diante do Estado, é o processo passando a se prestar como um valor de otimização atrelado umbilicalmente à principiologia da efetividade da entrega jurisdicional.

E não se pode confundir processo e procedimento: o “processo é um direito fundamental de resistência” (RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2021, p. 408), topograficamente de plano constitucional; o procedimento, por sua vez, consiste no encadeamento prévio de atos processuais, regulamentando-os de modo a prever como será concretizado o direito fundamental ao devido processo legal. Não se olvide ainda que as leis que dispõem acerca dos procedimentos são de cunho infraconstitucional. O que se exige é que os diversos procedimentos corporifiquem o cerne do processo em si, isto é, o procedimento há de ser preenchido pelo conteúdo normativo-constitucional do processo (RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2021), materializando-se em garantia.

Conforme ensina Calmon de Passos, o procedimento abarca várias etapas, como postulação, instrução, decisão e efetivação (PASSOS apud RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2021), as quais não se desenrolam livremente; vale dizer, não são tocados ferrenhamente por um agente estatal e de modo a surpreender os litigantes. A legalidade entorno da cláusula do devido processo faz emergir a regra basilar de que

deverá haver uma definição prévia de como realizar essas atividades, respeitando-se, nesse percurso, o contraditório, a igualdade, a fundamentação das decisões judiciais, as quais, por sua vez, deverão estar submetidas a controles de sua conformidade com o previamente posto como direito, evitando possíveis arbítrios por parte do órgão jurisdicional (RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2021, p. 409).

Assim que se faria o devido processo constitucional de produção jurisdicional do direito (PASSOS, 2016, p. 206), como bem nomeado por Calmon de Passos.

Com efeito, o relevante é observar se o procedimento instituído pelo legislador possibilita a materialização do devido processo legal quando da concatenação dos seus atos. Ou se, ao contrário, estipula restrições ao devido processo legal constitucionalmente reprováveis. O procedimento deve necessariamente traduzir uma estrutura

arquiteta pela lógica processual-constitucional que sirva de receptáculo à faculdade das partes de exercer seus direitos fundamentais e, por conseguinte, frustrando os ímpetus arbitrários do julgador.

A defesa da liberdade no seio do garantismo leva à defesa da impossibilidade de flexibilização do procedimento. Sustentar a flexibilização à luz de qualquer argumento implicaria abandono da cláusula do devido processo legal, porque estaria a se retirar sua obrigatoriedade (afinal de contas o processo é “devido”) e a se usurpar da reserva de poder que toca ao parlamentar – já que o procedimento somente advém de lei. Nessa lógica:

Nessa linha, a determinação do procedimento pelos próprios indivíduos se dá por duas vias possíveis: a primeira, mais comum, é pela própria lei – pelo parlamento, por representantes eleitos pelo povo; a segunda, ocorre, nos limites da lei, pelo estabelecimento de negócios jurídicos processuais (artigo 190, CPC), constituindo-se o terreno fértil e constitucionalmente possível para que se possa falar em flexibilização do procedimento. Não há uma terceira via. Logo, desvios procedimentais pelo juiz significam uma afronta à liberdade e, portanto, são sinônimos de tirania. Quando o juiz não cumpre o procedimento estabelecido em lei, pratica ato ilegal e viola o direito fundamental ao devido processo legal (RAATZ; ANCHIETA; DIETRICH, 2021, p. 424).

Por certo, na visão garantística, a adaptação do serviço jurisdicional às circunstâncias trazidas pelo caso concreto nada tem a ver com a flexibilidade das formas. O processo há de ser respeitado, como garantia que é.

Enfim, pode-se resumir que o garantismo processual não enxerga o processo como simples artifício humano para a resolução de controvérsias ou meio para realização dos escopos da jurisdição; pelo contrário: avista-o como uma garantia fundamental de liberdade dos cidadãos, de cunho constitucional, conforme art. 5º, caput, e inciso LIV da Constituição Federal. A postura garantística acerca do fenômeno processual entende que o processo não pode mitigar os direitos e interesses individuais nele discutidos sob a alegação de concretização de fins sociais da jurisdição ou realização da justiça real. O processo não pode ser um ambiente político estatal permissivo de uma atuação protagonizada pelo juiz, na qual este agente público poderia conflagrar suas visões de mundo.

Visando conceituar o garantismo – se é que é possível reduzir esse complexo pensamento em uma definição de um parágrafo –, cite-se a perspectiva de Glauco Gumerato Ramos, extraída do seu texto “CARTA DE JUNDIAÍ: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual”:

Se pelas lentes da ciência política, a visão garantista do processo possa ser identificada com eventual inclinação filosófica mais liberal, muito além de qualquer rompante ideológico é de singular importância apreender o Garantismo como postura que reivindica o manejo técnico do processo a partir daquilo que, funcional e constitucionalmente, ele é: o local adequado onde alguém (=autor) pedirá uma determinada providência coativa em face de outrem (=réu) para que um terceiro (=juiz),

após contraditório e ampla defesa exercidos pelos litigantes, decida com base em regras pré-estabelecidas, naturalmente compatíveis com a Constituição (RAMOS, 2022, p. 125).

Na opinião do autor, os operadores do direito devem atuar a partir de bases republicanas e pautas democráticas oriundas da Constituição Federal, sem se perder de vista a linha mestra do *due process of law* e as regras e os princípios dela derivados, sob pena de se estimular o governismo despótico do processo pelos agentes públicos por ele encarregados.

Conferir ao processo qualquer outra dimensão conceitual que não seja a de garantia consistirá, grosso modo, em um “subterfúgio hermenêutico para conferir ao juiz maiores poderes” (RAATZ, 2019, p. 36). Como professa Eduardo José da Fonseca Costa, “o processo deixa de ser garantia de liberdade do cidadão e transmuda em ferramenta oficial do Estado para a consecução de finalidades extragarantísticas (igualdade, solidariedade cooperativista, ‘verdade real’, etc)” (COSTA, 2018, p. 56).

Igor Raatz logrou êxito em sintetizar as acepções e premissas do garantismo processual. Conforme indica o autor:

A concepção de processo como direito fundamental desdobra-se, pelo menos, em três perspectivas: (i) o processo é um direito fundamental de resistência que se interpõe entre o Estado e os direitos do indivíduo, na medida em que é condição necessária para a intervenção estatal na esfera jurídica de qualquer pessoa; (ii) o processo é uma garantia do modo como os direitos serão tutelados, interpondo-se entre o direito à tutela jurisdicional e o poder jurisdicional exercido em regra pelo Estado; (iii) o processo, em si mesmo, é uma garantia contrajurisdicional, na medida em que, no seu âmago, é composto por uma série de direitos que restringem e limitam o poder jurisdicional (RAATZ, 2019, p. 24).

Em apertada síntese, vê-se que o processo é interposto entre o direito à tutela jurisdicional – de apegada relação ao direito material – e o poder jurisdicional do Estado, regrado que a intervenção jurídica do ente estatal deve se dar de modo controlado e minuciosamente previsto em lei; o processo é que faz esse controle.

CRÍTICAS AO GARANTISMO

Para parte da doutrina, é exagerado considerar (como os garantistas o fazem) que os instrumentalistas defendem, em tese, que as partes seriam meros objetos na relação processual, sobre as quais o poder do juiz é exercido. Trata-se de uma má compreensão das bases teóricas do publicismo e das ideias de Dinamarco. Ainda que caiba ao Estado a detenção do poder jurisdicional e a ele incumba a função de “tocar” o processo, não se pode esperar dele menos do que o respeito fervoroso às garantias, especialmente as de origem constitucional, de modo a assegurar uma marcha processual zelosa pela

equidade e justiça (esta entendida, nesse aspecto, como promoção do direito democraticamente produzido).

Para os instrumentalistas, “reconhecer que o juiz, ao exercer jurisdição, está investido do poder estatal constitui mera afirmação da realidade” (BEDAQUE, 2018, p. 175). Nessa toada, não há de se falar que o instrumentalismo seja comprometido ou conivente com o autoritarismo; na boa verdade, a premissa é a do estabelecimento seguro das inúmeras garantias processuais e do respeito às regras do jogo. É extremamente desmoderado ponderar que, ao deslocar o centro da teoria e dos estudos de direito processual para a jurisdição, estar-se-ia inclinando-se ao autoritarismo, mesmo porque é manifesta a evolução histórica de direitos angariados pelos indivíduos em face da autoridade estatal. O que é visto pelos instrumentalistas, no fim, é que as partes constituem as figuras sobre quais recairá o poder jurisdicional, quando a ele se submetem, tanto porque a jurisdição é exercício exclusivo (monopólio) do Estado. Ademais, não se mostra razoável crer que o condicionamento da jurisdição como polo metodológico a partir da qual se devam estudar os demais institutos processuais acarretaria a concentração sobre o juiz de toda a atuação heroica no processo. Como explica José Roberto dos Santos Bedaque:

Ao eleger a relação jurídica como centro dos estudos de direito processual, os autores das críticas ao instrumentalismo afirmam expressamente inexistir diferença entre a relação substancial e a processual. Essa premissa dificulta a própria compreensão do fenômeno processual, pois impede a distinção entre duas relações distintas, cada qual regida por normas jurídicas próprias (BEDAQUE, 2018, p. 176).

Para boa parte dos instrumentalistas, é descabida a divisão promovida majoritariamente pela corrente garantista, em razão de não haver oposição grave entre as duas correntes.

Nessa linha do argumento, José Carlos Barbosa Moreira destaca que a ideia implícita à tendência de reforçar os “poderes de condução” do juiz à frente do feito e da instrução é a de que o processo deve necessariamente levar a um resultado justo, preferivelmente de acordo com os ditames da economia processual, com menos gastos de tempo e energias (BARBOSA MOREIRA, 2007). A parte, não raras as vezes, sequer se importa com valores como verdade e justiça: quer que o resultado lhe seja favorável. No entendimento do referido autor, faz-se mister que haja alguém imparcial para dar marcha ao processo, responsabilizando-se para que o julgamento corresponda o máximo possível à realidade.

Barbosa Moreira imputa aos garantistas o pensamento de que o processo correrá tão melhor quanto mais for deixado aos cuidados dos litigantes, já que a acentuação da atuação judicante levaria necessariamente a manifestações autoritárias (BARBOSA MOREIRA, 2007).

Em sua obra *O neoprivatismo no processo civil*, o autor tece importantes correlações históricas, com o objetivo de afastar a ideia de que o reforço dos poderes instrutórios seja correspondente ao autoritarismo. Afirma que o ordenamento processual não possui relação direta com o regime político em vigência, com vistas a criticar o paralelismo feito pelos garantistas.

Há ainda a polêmica questão da iniciativa probatória do magistrado. Parece prevalecer (ao menos na jurisprudência), o entendimento de que, fundada a instrução relacionada às provas produzidas pelas partes e remanescendo dúvida quanto aos fatos pelo juiz, poderia este determinar a complementação da prova de ofício. É pensamento que deriva das noções inquisitoriais de processo e concede ao juiz proeminência na relação processual (RAMOS, 2010). Para os garantistas, tal iniciativa macula a imparcialidade do julgador, direito fundamental daqueles que litigam em juízo. Nas palavras de Glauco Gumerato Ramos:

Por melhor que seja a intenção do juiz quando se vale de seus poderes instrutórios *ex officio*, o que passa é que essa sua postura ativa foi fomentada pela dúvida quanto à existência do fato em que se funda o direito pretendido ou resistido. Se, ao contrário, fosse a certeza a invadir o espírito do juiz, certamente não determinaria a produção da prova de ofício. E se há dúvida quanto a um dos lados da controvérsia é porque ao juiz tocou a certeza de que decorre da parcialidade que o devido processo legal lhe impede invada o juízo próprio de sua função (RAMOS, 2010, p. 4).

Inclusive, o vício da parcialidade é tão grave que constitui motivo suficiente para se rescindir a coisa julgada, em certas hipóteses (art. 966, II, do CPC).

José Carlos Barbosa Moreira vai pela outra via: entende que julgar conforme as regras de distribuição do ônus da prova pode resultar em julgamentos diametralmente opostos à realidade fática, sendo injusto por excelência. É preferível que o julgador profira sua decisão com base na maior luminosidade possível sobre os fatos, a fim de evitar um “tiro no escuro” (BARBOSA MOREIRA, 2007).

Enquanto a garantística diz que a produção probatória é campo de atuação circunscrito às partes, o instrumentalismo se contrapõe, afirmando que, se compete ao juiz o ofício da jurisdição (vale dizer, proferir decisão), adentrar com profundidade no campo dos fatos e do direito também lhe constitui missão, a fim de permitir “que ele julgue, tanto quanto possível, bem-informado” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 203). Com efeito, sua iniciativa oficiosa não substitui a parte, mas lhe compete pela própria natureza de seu trabalho. E não deixa de ser juiz por fazê-lo: aos instrumentalistas, a isso se nomeia empenho de julgar bem.

Nessa toada ainda, aos garantistas que atestam parcialidade do julgador, os instrumentalistas pregam pela improcedência da alegação, sob o fundamento de que o juiz não poderia saber preliminarmente a quem a prova irá beneficiar. Indaga ainda Barbosa Moreira se a omissão em determinar certa prova também comprometeria a imparcialidade do julgador, na medida em que, por certo, beneficiaria uma das partes a quem não tocava o ônus probante.

Para a noção instrumental, a prova oficiosamente produzida, quando não tem sua finalidade frustrada, contribui de sobremaneira para que o julgamento se dê mais próximo da verdade. E não há de se falar em violação automática a preceito fundamental algum, notadamente porque, como regra, as partes são cientificadas da iniciativa do juiz, podendo inclusive acompanhar as diligências e, no que couber, impugná-las (BARBOSA MOREIRA, 2007). Na verdade, é até incoerente utilizar-se da ação e, com isso, pretender

a tutela jurisdicional e, simultaneamente, fazer objeções à certificação da ocorrência dos fatos (dos quais decorrem as consequências jurídicas) pelo juiz.

Barbosa Moreira passou a chamar o garantismo de neoprivatismo, por, em tese, caracterizar-se pela primazia do indivíduo sobre a autoridade do Estado-juiz, tratando o processo como coisa das partes.

Para fins de contraponto, Eduardo José da Fonseca Costa, garantista convicto e assumido, sustenta que Barbosa Moreira foi impreciso ao classificar o garantismo como neoprivatismo. Isso porque o processo não é coisa privada das partes, que ali litigam dotadas de autonomia individual plena, “sem qualquer marco regulatório fixado pela lei ou pelo juiz [laissez-faire processual]” (COSTA, 2020, n.p.). Isso caracteriza o liberalismo processual. No garantismo (que nada tem a ver com o liberalismo, salvo se com o termo se queira referir à liberdade), por outro lado,

o processo é coisa pública para as partes (afinal, é garantia constitucional), que debatem sob uma heteronomia regulatória legal, ou seja, dentro de marcos procedimentais rígidos fixados pela lei e garantidos pelo juiz (COSTA, 2020, n.p.).

A maneira como pontua Barbosa Moreira faz parecer que o garantismo é doutrina liberal. Os garantistas, em contrapartida, entendem que liberalismo processual equivale à roupagem que se dá no processo pelos valores liberais, de modo a afirmar a ideologia liberal-individualista sobre o processo. Por conseguinte, nesse modelo, as partes exercem seus atos com ampla autonomia, sendo autossuficientes na gestão processual; o juiz, não obstante, exerce a jurisdição com neutralidade incondicional (COSTA, 2020). Conquanto, há o contraponto (já citado) de Eduardo José da Fonseca Costa, segundo o qual não há de se confundir garantismo e liberalismo. O garantismo, nesse ponto, pode-se dizer apolítico.

E sobre os poderes instrutórios do juiz, imperioso ressaltar, outrossim, o pensamento do garantista Diego Crevelin de Sousa que, além de argumentar pela incompatibilidade dos poderes instrutórios com as garantias da imparcialidade, assevera ainda que tal atividade judicante é incompatível com o CPC, mais precisamente com o art. 357, § 1º.

Segundo o autor, o complemento instrutório por iniciativa do juiz viola a eficácia preclusiva da decisão de saneamento e de organização do processo. Considerando o referido dispositivo legal, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes no saneador, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável, significando que somente poderá haver instrução – e posterior julgamento – sobre as questões fático-jurídicas que expressamente constem no saneador. A estabilização, do ponto de vista garantista, vincula as partes e o juiz (DE SOUZA, 2021).

Retornando à questão do protagonismo do juiz: o instrumentalismo, longe de sujeitar as partes ao poder estatal, como denunciam os garantistas, prezam de sobremaneira pela sua efetiva participação na construção do resultado do processo, perspectiva consubstanciada na defesa indiscutível do contraditório e ampla defesa. Não há solipsismo do juiz: todos, partes e juiz, são sujeitos do processo, cada qual com seus poderes, ônus e faculdades. O poder do juiz se resume à competência a ele fornecida de impor uma decisão definitiva à lide. Por seu turno, às partes, através do sistema do livre

convencimento motivado, compete influir no convencimento do julgador através de suas teses, assegurando-se os meios de impugnação – recursos. Salvo engano, é difícil crer que um garantista discorde disso, ainda que enxergue a relação processual a partir de outros vieses.

O instrumentalismo não é, outrossim, um convite à libertinagem hermenêutica, por meio da qual o julgador estaria livre para impor aos autos suas convicções íntimas (mas socialmente relevantes, ou “justas”). É tão-somente o intérprete da lei, extraindo a sua vontade a partir do exercício cognitivo. Nesse sentido, o juiz está limitado ao comando legal: não lhe é permitido, sob qualquer hipótese, julgar pautado em convicções pessoais ou segundo o senso comum de justiça. Conquanto, gize-se que a liberdade interpretativa do julgador é empreendida em conformidade com os limites de interpretação estipulados pelo legislador. Por isso que o juiz não pode considerar como plenamente capaz alguém de 15 anos, nos termos da atual legislação civil (BEDAQUE, 2018). Contudo, caso haja motivo idôneo, é possível restituir o prazo de defesa à parte lesada, por motivo a ser sopesado pelo juiz, fundamentadamente. Quando assim se vê, percebe-se que as distâncias entre instrumentalistas e garantistas não são tão longínquas como alguns sectaristas fazem parecer, o que permite concluir as considerações feitas até aqui.

CONVERGÊNCIAS E INTERSECÇÕES

Certamente, a discussão tecida entre garantistas e instrumentalistas constitui um dos debates mais relevantes no âmbito do processo civil. A intenção dos tópicos acima foi explorar esse rico embate, selecionando as proposições de cada corrente e, no que coube, as críticas respectivas.

Vislumbrou-se a possibilidade preambular de se explorar um meio-termo racional e lógico, uma síntese comedida e sóbria advinda desse choque dialético. Evitando-se o sectarismo que alguns adotam, parece que se faz admissível e razoável traçar propostas temperadas verdadeiramente conciliadoras entre as duas correntes, como forma de superação do partidarismo intransigente que se quer evadir.

E a edificação dessas propostas e critérios conciliadores virá de problemáticas concretas, cujas questões de fundos se encontrem afogadas no debate entre garantismo e instrumentalismo.

Em outras palavras, a convergência necessariamente se dará à luz de casos concretos nos quais o jurista se depare com questão que traga consigo esse debate de fundo entre efetividade da medida jurisdicional – instrumentalidade – e respaldo legal para o procedimento em evidência. Vislumbra-se, por exemplo, a possibilidade de se flexibilizar o procedimento a fim de zelar por uma garantia fundamental. Cite-se, apenas como figura de exemplo simples, uma devolutiva de prazo para contestação ao réu cujo único advogado habilitado foi acometido por motivo de força maior ou caso fortuito que o impediu de praticar o ato processual, como uma doença.

Mas o exemplo acima é deveras simplório. A grande questão é que as perspectivas trazidas pelos teóricos das duas correntes repercutem sobre grandes dilemas do processo civil, como a própria flexibilização do procedimento, a prova de ofício, a relativização da coisa julgada, dentre outros. E como as linhas de pensamento podem se equilibrar

e harmonizar, presume-se plenamente cabível o esforço dos pesquisadores da ciência jurídica em se debruçar sobre propostas tendentes a conciliar as proposições de ambas as correntes, mediante proposições temperadas e atentas aos preceitos de cada linha de pensamento.

Quanto à relativização da coisa julgada, para se debruçar sobre temática mais complexa a fim de exemplificar como se daria a convergência, considere-se a seguinte problemática: como zelar concomitantemente pela segurança das relações jurídicas e pela possibilidade de relativizar efeitos de sentenças que talvez nunca devessem ter sido prolatadas? Eis o desafio, que embora difícil, mostra-se muito necessário: estabelecer de maneira clara as oportunidades de rompimento da coisa julgada (tese mais alinhada ao instrumentalismo) sem que se perca de vista a segurança jurídica que a orienta, nem as determinações legais em vigência (postulado do garantismo). A conciliação, nesse caso em específico, dar-se-ia pela apresentação de parâmetros e critérios razoavelmente objetivos a fim de viabilizar a mitigação da coisa julgada sem, no entanto, comprometer o princípio constitucional da segurança jurídica. Interessantemente, compreende-se que o referido esforço conciliatório pode ser realizado a fim de melhor deliberar sobre outras problemáticas do processo civil.

CONCLUSÕES

Resgatando o que se trouxe no item antecedente, pode-se conceber o garantismo como uma corrente de pensamento na ciência jurídica que defende o mais alto grau de respeito aos direitos fundamentais constitucionais de cunho processual, com o intuito de proteger os litigantes mediante tolhimento das arbitrariedades judiciais.

Daí que se vê que o garantismo, em última análise, não elabora um conceito fechado de processo, mas como o processo deve ser. Do mesmo modo, pensar na instrumentalidade do processo não implica operá-lo em desconformidade com as garantias processuais.

Depreende-se, então, que tanto o instrumentalismo quanto o garantismo são contrários às arbitrariedades judiciais; estas são eventos patológicos hostilizados pelas duas correntes. O garantismo não se apropriou do processo constitucional, na medida em que não constam das premissas do instrumentalismo a relativização do contraditório e da ampla defesa, que simplesmente prega que o excesso de formalismo dirige à inefetividade do processo e que isso não é salubre, tanto do ponto de vista socioeconômico quanto político.

Ademais, inviável derivar o instrumentalismo do campo da teoria das decisões; o instrumentalismo é fruto da teoria geral do processo. É por esse motivo que “processo justo” não pode conduzir o intérprete à ideia de que se busca uma decisão ou resultado justos, mas sim um processo efetivo, em que suas finalidades são atingidas – dentro das regras descendentes do devido processo legal.

Valioso ainda ponderar que nenhuma das duas correntes supervalorizam o papel do juiz; disso, elas não se tratam. Até porque os limites de poder, deveres e responsabilidades do juiz são balizados pela legislação processual (vide artigo 139 do CPC e seguintes). Mais ainda, é da CFRB que advém a incumbência investida ao Judiciário de

pacificar os conflitos de interesses, de modo que esses “poderes” do juiz são consequências do próprio arranjo explicado pela Teoria do Estado.

O que se sintetiza desse embate é que instrumentalismo e garantismo são correntes antagônicas, mas são, de certa forma, complementares: o instrumentalismo surgiu para destacar a fenomenologia extraprocessual e consolidar um (necessário) teor teleológico sobre o processo, como forma de coibir o formalismo (que não se prestava a solucionar os casos com efetividade em certas oportunidades); já o garantismo força um passo para trás, de modo a não deixar que se caia no esquecimento o respeito indelével às garantias processuais, especialmente as de matéria constitucional. Destarte, forçoso reconhecer que há encaminhamentos conciliadores entre as duas correntes, porquanto ambas enfatizam aspectos distintos a respeito do processo, mas que convergem de modo a se complementarem.

De todo o que se expôs, apreende-se que há encaminhamentos que podem derivar deste estudo, portanto, permitindo-se a apresentação de teses que, ao que parece, não haviam sido outrora pensadas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista dos Tribunais**, p. 21-47, 2015.
- ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de Jonh L. Austin, In: **Revista de Processo**. vol. 284/2018, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out. 2018, p. 77-113.
- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**. vol. 166. Dez / 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**, Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 6ª série, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Revista síntese de direito civil**. 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: NETO, Edgard Audomar M. et al. **Proc.Civil Contemporâneo-Homenagem aos 80 anos do Prof.Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2018. p. 162-190. E-book. ISBN 9788530982324. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982324/>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro:

Atlas, Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772575. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575/>. Acesso em: 29 mai. 2023.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. A resistência ao instrumentalismo e o contumaz silêncio do mainstream. In: Coluna Garantismo Processual, **Contraditor**. 2021. Disponível em < https://www.contraditor.com/119-a-resistencia-aoinstrumentalismo/#_ftn16 >. Acesso em 9 ago.2023.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**. Diálogos de Teoria do Direito e do Processo, Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. **Revista Empório do Direito**. 2018. Disponível em [<http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devidoprocesso-legal>]. Acesso em: 11 ago. 2023.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 10, n. 14, p. 24-41, 2012

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 43/44; v. tb. P. 145.

DE OLIVEIRA FILHO, Silas Dias. Processo e Justiça: escopos do processo e dos meios adequados de resolução de conflitos. **Sistema e-Revista CNJ**, v. 3, n. 2, p. 104-116, 2019.

DE SOUZA, Diego Crevelin. Ainda e sempre a prova de ofício: O sepultamento dos poderes instrutórios supletivos no CPC. **Contraditor** - O debate em primeiro lugar, 2021. Disponível em < <https://www.contraditor.com/52-ainda-e-sempre-aprova-de-oficio/> >. Acesso em 12 ago.2023

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1987.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADUREIRA, Claudio. **Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça**. Salvador: Juspodivm, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e Efetividade do Processo. **RDC** Nº 1 Set.-Out/99. Disponível em <<https://bit.ly/2YHNEm9>>. Acesso em 9 ago.2023.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Ensaios e artigos**. Organizadores Fredie Didier J. e Paula Sarno Braga. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 206.

RAATZ, Igor. Garantismo e Publicismo Processual na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Contraditor** - O debate em primeiro lugar, 2021. Disponível em <<https://www.contraditor.com/106-garantismo-e-publicismo-processual-naperspectiva-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em: 18 fev.2023.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 2, 2021.

RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. vol. 288/2019. p. 21–52. Fev/2019.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. **Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas**, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Carta de Jundiaí: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual. **Revista Direito Processual Civil**, v. 4, n. 1, p. 123-128, 2022.