

A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO (Uma preleção em família)

Lúcio Delfino

Empório do Direito | site: www.emporiiododireito.com.br

Data: 01/11/2017

ISSN 2446-7405

A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO (Uma preleção em família)

Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (PUC-SP). Membro-fundador e diretor de publicações da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

Site: <www.luciodelfino.com.br>.

Em um sábado qualquer, horas após o almoço, na minha humilde residência...

Benício: Pai, o que é “espetacularização”?

Eu: De onde tirou essa pergunta, moleque?

Benício: Vi no *Empório do Direito*, aquele *site* que você fica lendo de noite bebendo vinho. Estava escrito “espetacularização do processo”...

Eu: Hum. E pra quê quer saber disso?

Benício: Achei a palavra estranha, uai! E feia também. Difícil de pronunciar. É muito grande e esquisita. Meio que dá medo...

Sofia [com espanto no olhar]: Onde tem “assombração”, papai?

Benício: “Assombração” não, Sofia. “Espinafrisação”! Hahaha!

Sofia: “Espiritualização”?

Benício: Hahahahahahaha!

Eu: Éita, gente, que bagunça. Cadê o “Livro dos Burros”? Pega lá, Benício!

Sofia: Está dentro do armário no meu quarto. A Framboesa e o Enrico se casaram. Usam o dicionário porque ainda não têm onde morar. Aliás, a Carol foi a daminha de honra! Mas é só por enquanto, papai. O Enrico está terminando a faculdade de nutrição e logo vai ganhar muito dinheiro e tem planos para construir um castelo bonito!

Eu [*tentando compreender a profundidade daquelas palavras...*]: Hein?

Benício: Achei! Tô levando aí!

Cabumm! Benício escorregou e o dicionário voou longe. Mordido a língua para não soltar um palavrão.

Wife [*berrando da cozinha*]: Nina, CALA A BOCA! Que cadela mais chata, Jesus Cristo!

Sofia: Papai, macarrão escreve com “M” ou “ÃO”?

Eu: Benício, procure a palavra “es-pe-ta-cu-la-ri-za-ção” no que sobrou desse dicionário. Sabe como fazer!

10 minutos depois (e minha úlcera já dando sinais de vida...).

Benício: Aqui! Humm. Não, não tem. É tão esquisita que nem o dicionário explica. O que tem é “espetáculo”, “espetaculosidade” e “espetaculoso”.

Eu: É um neologismo...

Benício me olhou intrigado e levantou uma sobrancelha.

Sofia [*procurando debaixo do sofá*]: Cadê o Topo Gigio?

Benício: Hahahahahahahahaha!

Eu [*com o rosto vermelho e os olhos arregalados segurando para não rir*]: Ne-o-lo-gis-mo. A palavra não está dicionarizada porque alguém, por conta própria, a criou a fim de se expressar melhor. Por exemplo, “deletar”, “twitar”, “escanear”, “refri”, “sanduba”... E antes que perguntem: NÃO SEI QUEM FOI O SABICHÃO QUE CRIOU ESSA PALAVRA! Leia o sentido de “espetáculo” ou “espetaculoso”. Vai servir...

Benício: “Que chama muito a atenção”; “espalhafatoso”; “conspícuo”; “que tem pompa, aparato; ostentoso”; “banalização”; “que é dado a cenas ridículas, escandalosas”.

Eu: Entendeu?

Benício: Mais ou menos. Mas não sei o que significa “espetacularização do processo”... Aliás, o que é “processo”? Papai, você fala nesse tal de “processo” a toda hora, e não sei o que é isso...

Agora lascou! Pensei, olhando para o meu belíssimo umbigo. Quase disse que “Processo” foi o nome com o qual o Prof. Ronaldo Brêtas batizou o seu já falecido pastor alemão, mas só iria confundir os pequenos.

Wife: Quem quer abacaxi? Tá parecendo um mel. Onde o Vicente arruma esses abacaxis, hein *bêêiiiiimm*???

Eu: Vou tentar explicar. Mas direi coisas que não entenderão. Sem problema. Ouçam e deixem tudo aí, para maturação, dentro das suas cabecinhas. Ok?

Sofia [*com uma expressão de clareza no rostinho*]: Maturação? Conheço essa palavra. A mamãe outro dia estava “maturada”...

Eu [*de novo, tentando não explodir em risadas*]: Ai, ai, ai... Vamos seguir. O processo deve ser pensado a partir da Constituição Federal de 1988, que inaugurou entre nós as bases do atual Estado Democrático de Direito. A propósito, é inaceitável hodiernamente raciocinar sobre fenômenos jurídicos de maneira estanque, fatiada, sem que se faça uma “ponte cognitiva” que seja capaz de filtrar conclusões a partir do texto constitucional. Importa que o processo, compreendido segundo um viés constitucionalista, é o *devido processo legal*. Não à toa, detém a condição de *cláusula pétrea*: está positivado na Constituição, *contra tudo e contra todos*, entre os direitos e as garantias individuais do cidadão. *O processo é garantia contramajoritária*. É *condição de possibilidade*¹ pois é nele e a partir dele que os litigantes têm a

¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*. 23 de abril de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

segurança de que a jurisdição seguirá curso em atenção a balizas transparentes e previamente estabelecidas, não sendo resultado de parâmetros brotados da mente (iluminada) de alguma autoridade judicante. Trata-se, por isso, de uma *conquista civilizatória*,² autêntico contrapeso ao poder jurisdicional estatal. É garantia contraestatal-jurisdicional cujos contornos e densidade respaldam-se em uma multiplicidade de outras garantias fundamentais (contraditório, ampla defesa, imparcialidade em sentido lato, isonomia, fundamentação e publicidade das decisões judiciais, proibição de provas ilícitas, presunção de não culpabilidade). Daí a felicidade do professor argentino Gustavo Calvino em cunhar o processo como “garantia de garantias”.³

Benício desenhava histórias em quadrinhos. Sofia engalinhava-se com a Nina no tapete e dizia baixinho: – “*Hodiernamente, contramajoritária, contrajurisdicional; eu mereço, eu mereço...*”.

Empertiguei-me, subi no sofá, estufei o peito e continuei, elevando o tom de voz para parecer mais professoral.

Eu: Talvez estejam se questionando sobre essa “amarração” entre *espetacularização* e *processo* percebida pelo Benício no tal artigo publicado no *Empório do Direito*. Provavelmente a ideia que dali pode ser extraída é a do processo visto como um *show popular*. Na “Escolinha do Prof. Raimundo” havia o personagem chamado “Seu Boneco”, um malandro que sempre, ao final de suas respostas, se valia do bordão: “*E aí eu vou pra galera!!!*” Pois bem. “Espetacularizar o processo” é “ir para a galera”. É banalizar a importância do *processo devido*. É abstrair (=alhear, desconsiderar, dispensar, repelir) sua essência contramajoritária e se render ao “canto de sereia”. É querer agradar a mídia e a opinião popular. É ignorar a responsabilidade política. *Aliás, não deixa de ser sintomático que se assiste hoje até associação de magistrados fazendo propaganda ideológica para sutilmente fomentar o populismo penal.*⁴ Tempos estranhos...

Em sentido semelhante, Dhenis Cruz elucida que no Estado Democrático de Direito o *processo* deixa de ser instrumento da jurisdição para se constituir, bem diferentemente, condição *sine qua non* de legitimidade da própria atividade jurisdicional. Afasta-se, pois, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, de maneira que é insustentável apontar o Judiciário como o único (ou o último) guardião da Constituição (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 38).

² Parafraseando Rosemiro Pereira Leal, o *processo*, na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania. É o *processo*, enfim, *referente constitucional lógico-jurídico* de interferência expansiva e fecunda na regência axial das estruturas procedimentais nos seguimentos da administração, legislação e jurisdição (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 85).

³ CALVINHO, Gustavo. La procedimentalización posmoderna. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, n. 39, 2013. Disponível em: <www.publicacionesicdp.com>. Acessado em: 18 out. 2017.

⁴ RODAS, Sérgio. Contra a impunidade. Propaganda de associação de juízes é chamada de populista e punitivista. *Revista Consultor Jurídico*. 09 de out. de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-09/video-associação-juizes-chamado-populista-punitivista>. Acessado em: 19 out. 2017.

Wife: Muito interessante. Gente, vamos assistir à palestra do papai. Deixem tudo o que estão fazendo e venham pra cá!

Sentaram-se todos: Wife, Benício, Nina, Josi (nossa funcionária) e Sofia. Estavam saboreando pipoca com pimenta feita na hora. Quentinha... O cheiro atiçou meu estômago. Fiquei meio encabulado mas no fundo me senti importante. Pensei: *sou o cara!* Pigarreei e, ao prosseguir na fala, sei lá como enrolei uma perna na outra e caí de cara no tapete. Coisas que o nervosismo causa. Paciência! O trabalho precisava ser concluído. Levantei-me meio tonto, com o nariz esfolado. Sob uma saraivada de aplausos (e gargalhadas) prossegui, esforçando-me herculeamente para manter alguma dignidade na postura.

Eu: *Não há exercício de poder jurisdicional legítimo que surja pela via de procedimentos avessos ao devido processo legal.* A despeito disso, observa-se que, no círculo popular, “processo” revela puramente a ideia de “autos de processo”, ou ainda é encarado (o que é mais preocupante) como a própria “atividade jurisdicional em exercício”. Daqui a pouco falarei dessa “vitamina conceitual”: a confusão que se faz entre *jurisdição* e *processo* (e, por conseguinte, entre *poder* e *garantia*). Mas o relevante, nesse momento, é compreenderem que as pessoas não enxergam o processo como *instituição de garantia*,⁵ pois ler a Constituição é hábito ainda a ser difundido e praticado no Brasil.

Wife: E qual é a visão dos juristas sobre isso?

Benício: Pai, cai de novo no chão pra gente rir mais um pouquinho, vai! Hahahahahahaha!

Eu: Embora haja exceções, predomina na dogmática jurídica a compreensão do processo como *instrumento a serviço da jurisdição*. E isso é muitíssimo grave. Não desconheço a existência de estudiosos advogando uma sintonia entre *instrumentalismo* e *garantismo processual*. *Alguns até bradam que instrumentalistas são também garantistas*.⁶ Para mim, contudo – e digo isso sem a intenção de ofender –, tal postura intelectual se traduz naquilo de “não querer largar o osso”. Ou ainda retrata o desejo de viver no “melhor de dois mundos”. O que quero afirmar é que, na época em que foi elaborada, a teoria da instrumentalidade processual era sem dúvida dotada de sentido político-ideológico, mas isso não mais se sustenta. Hoje anuncia uma utopia teórica pragmaticamente perniciosa. A prova está aí, diante dos nossos narizes: o grande laboratório da vida já pôs a nu os problemas inerentes à doutrina instrumentalista. E como já alertava Nelson Rodrigues, “não tenhamos pudor dos fatos”...

⁵ Sobre o processo como “instituição de garantia”: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

⁶ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do mesmo fenômeno processual. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1-84.

Wife [*coçando o queixo, claramente reflexiva*]: Continue, por favor, minha “Rocha de Gibraltar”...

Eu: Recordemos que a Constituição de 1967, produto da Revolução de 1964, foi aprovada por um Congresso Nacional constrangido a deliberar em sessão extraordinária de apenas quarenta e dois dias, com base em proposta enviada “a toque de caixa” pelo Presidente da República, que dispunha do apoio das Forças Armadas, se necessário até mesmo para o fechamentos das Casas Legislativas, àquela altura em recesso forçado e já desfalcadas dos principais líderes opositores, cujos mandatos e direitos políticos tinham sido cassados pelos chefes da insurreição militar vitoriosa.⁷ Era indispensável uma Constituição que institucionalizasse os ideais e princípios da obra revolucionária que se pretendia consolidar e dar continuidade.⁸ Mas o que se verificou foi uma farsa, já que os parlamentares, além de não investidos de faculdades constituintes, encontravam-se verdadeiramente cerceados pelos atos institucionais, além de coagidos em seu trabalho, o que lhes impediu de elaborar uma Carta Constitucional independente.⁹

Josi: Mas o que isso “tem a ver com a paçoca”, doutor? E a tal “amarracão” da qual o senhor falou?

Eu: Sossegue, mulher! Embora dotada de um capítulo sobre direitos e garantias individuais (art. 150), a Constituição de 1967 sequer fazia referência ao devido processo legal. Mais: atualmente em voga e sinônimo de cidadania processual, tampouco o contraditório, uma das vertentes do devido processo legal, encontrava morada naquela Carta Constitucional. Daí veio a lume a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, outro simulacro editado para atribuir fisionomia jurídica a um *regime de poder de fato*, cujo papel foi adaptar a redação da Constituição de 1967 aos ideários de então.¹⁰ Repetiu-se o catálogo de direitos e garantias fundamentais constante originariamente da Constituição de 1967, nada sendo acrescido acerca da perspectiva garantística de processo manifesta na Carta de 1988. Bulhufas também para com o contraditório... E nem poderia ser diferente; afinal, vivia-se em pleno regime militar.

Benício: Aonde quer chegar, papai? Deixa de enrolar e vai direto ao ponto!

Wife [*com a fisionomia encolerizada*]: OLHA A BOCA, MENINO; respeite seu pai!

EU: *Um instante, maestro.* Pouco a pouco os tempos mudaram, os *anos de chumbo* ficaram para trás. Lenta e gradualmente teve início a abertura política, os

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165-169.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165-169.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165-169.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165-169.

atos institucionais acabaram revogados, concederam-se anistias, partidos políticos foram criados e brasileiros regressaram ao País. Em 1984, vieram as *Diretas já*, e, no ano seguinte, o Colégio Eleitoral elegeu, para a Presidência da República, a chapa contrária à situação. Tinha início então a *Nova República*. Depois, com a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, foi instalada, em 01 de fevereiro de 1987, a Assembleia Constituinte, tendo por Presidente o Deputado Ulysses Guimarães.¹¹

Wife: Vai logo com isso, meu “chuchu do campo”. Não vou conseguir segurar essas crianças por muito mais tempo...

Eu: Curto e grosso: o livro “A Instrumentalidade do Processo”, escrito por Cândido Rangel Dinamarco, foi lançado em 1987, e é considerado por muitos a “bíblia” do processualismo moderno, como lembrou Antônio Carvalho Filho. Decerto que ao elaborá-la o ânimo do autor arrimava-se nos ideais da *igualdade material, justiça social, preocupação com os pobres, colaboração, prevalência do social sobre o individual, solidariedade e planificação estatal*, todos atributos da *new left*.¹² Uma observação importante: a aludida obra é a versão comercial de uma tese apresentada em concurso para professor titular na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), defendida em 1976. *Vejam só: 1976!* Em 1974 assumia a Presidência da República o General Ernesto Geisel. Vivia-se, pois, em pleno regime militar, embora paulatinamente caminhava-se para o seu fim, ocorrido em 1985. Ou seja, o trabalho do Prof. Dinamarco foi visionário e suas preocupações eram realmente apropriadas. *Mas de lá para cá se passaram mais de 40 (quarenta) anos!* É a idade do meu irmão, o Sassá. O regime militar ficou para trás, uma nova Constituição, com ideários republicanos e democráticos, foi promulgada e nela introduzido um catálogo enorme de garantias fundamentais do cidadão, inclusive a *garantia de garantias* que é o processo: “*Ninguém* será privado da liberdade ou de seus bens *sem* o devido *processo legal*” (CF/88, art. 5º, LIV).

Benício: Hahahahahahahahahahaha... Papai, não consigo tirar da minha cabeça a imagem de você se estourando no chão... Hahahahahaha...

Sofia: Hahahahahahaha...

Josi: Hahahahahahahahaha...

Wife: Hahahahahahahahaha...

De repente surge Fernando Rossi, sorrateiro, vestido com o seu quimono de jiu-jitsu, suado e cheirando a cachorro molhado. Debaxo do braço trazia um exemplar do livro “Lógica do Sentido”, de Gilles Deleuze. Entrou e passo a passo caminhou até a

¹¹ Para um histórico mais detalhado: BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: O Estado a que chegamos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Paraná, ano 1, n. 8, p. 183-225, jan./jul. 2008.

¹² CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. *Emporio do Direito*. Out. 11/10/2017. Disponível em: <www.emporiiodireito.com.br>. Acessado em: 19 out. 2017.

minha Gelopar, abriu a porta e deteve-se na escolha de uma das cervejas artesanais que ali guardo. Pegou a *Wals Session Haze*, uma IPA de coloração dourada, feita com levedura Vermont, que interage incrivelmente com o lúpulo e intensifica aromas e paladar lupados, garantindo um frescor e uma turbidez bem característicos. Com os dentes abriu a garrafa e, numa cusparada potente, a tampa foi lançada no meio do tapete. Olhou para mim matreiro, meio cínico, e, de um só gole, bebeu tudinho sem pestanejar.

Wife: Ou seja, falar em instrumentalidade do processo não faz mais sentido...

Eu: Dinamarco é um “monstro” intelectual. Não tive o privilégio de conhecê-lo, muito menos de ter sido seu aluno, mas estudei muitas de suas obras. Temos todas, *devidamente atualizadas*, em nossa biblioteca e as usamos regularmente na advocacia. Sempre me impressionou nele duas características que não se veem facilmente, por atacado, reunidas numa única autoridade acadêmica: conhecimento profundo e facilidade de comunicação. Escreve de maneira simples, com ideias limpas, como se estivesse papeando com o leitor. Traz exemplos riquíssimos, o que demonstra não se tratar apenas um acadêmico, mas de alguém forjado na praxe forense, com “cultura prática”, o que para quem escreve sobre direito processual é quase um dever. Enfrenta os temas com profundidade ímpar. Sou um sincero admirador do Professor Cândido Rangel Dinamarco, conquanto discorde sensivelmente do núcleo que embasa seus ensinamentos. Sendo específico: *não me parece adequada a redução que faz do processo a mero instrumental a serviço da jurisdição*.

Fernando Rossi: Por favor, siga por esse caminho, *cowboy*...

Eu: A obra “A Instrumentalidade do Processo” possui, *como diretriz primária*, o desenvolvimento de uma *teoria da jurisdição*, não de uma *teoria do processo*. Trata-se de ilação que se obtém da sua própria leitura.¹³ Dinamarco reduziu o processo a um serviço do poder jurisdicional na consecução de seus escopos, alheado do seu papel de garantia fundamental do cidadão, que é a sua identidade mais elementar. Ou como prefere André Leal, a instrumentalidade do processo não é mais que uma

¹³ Confira-se a seguinte passagem: “Não obstante se diga teoria geral do processo e se continue sempre a dizer direito processual, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do poder e do seu exercício e esse é o fator de unidade que reúne numa teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 108). Mais outra: “Direito processual (jurisdicional) é a disciplina da jurisdição e seu exercício pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação dos interessados; essa definição dá destaque à jurisdição em primeiro plano, porque também se afirma que, dos institutos fundamentais do direito processual, é ela que ocupa a posição central” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 443). E, por fim, essa: “Direito processual estatal é a disciplina do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 443).

“vertente tecnológica da jurisdição”.¹⁴ Mas o relevante aqui é o seguinte: se outrora o ideário instrumentalista sugeria coerência, porque era mesmo preciso desempachar a atividade dos juízes, vive-se presentemente numa polaridade invertida, isto é, a democracia foi instalada e hoje o que se tem é um excesso de insegurança e imprevisibilidade também porque muito do que se decide no âmbito jurisdicional tornou-se sinônimo de “justiça”, “verdade real”, “escolhas pessoais”, “iluminação mental” e “solipsismos”.¹⁵ E a construção de um Estado Democrático de Direito não tem como se sustentar num ambiente marcado pelo *indeterminismo decisório*, implicação lógica de toda e qualquer perspectiva teorética que busca alimentar a discricionariedade dos julgadores.¹⁶ *Libertinagem e Direito não podem ser irmãos siameses em uma democracia.*

Sofia: Hummm. Muito interessante.

Eu: Não canso de repetir: o paradigma constitucional se alterou substancialmente, mas a dogmática processual, e a praxe forense por ela influenciada, ainda não se adaptaram. É preciso lutar o “bom combate” e direcionar os canhões teóricos contra o instrumentalismo processual,¹⁷ apontar o dedo para os seus equívocos e

¹⁴ O livro “Instrumentalidade do Processo em Crise”, de André Cordeiro Leal, deveria ser de leitura obrigatória em todas as faculdades de Direito do País, mas infelizmente é ainda muito pouco lido. Nele se observa, por exemplo, a maneira pela qual Oscar von Bülow, *cujas ideias estão na base da teoria instrumentalista do processo*, deu suporte ao paradigma do Estado Social, entendido como ente destinado a zelar pelo povo (comunidade vivente) e acomodar suas aspirações nacionais, com promessas de acatamento de seus valores, pouco importando os riscos às liberdades individuais. Afirma categoricamente que Bülow jamais poderia ser considerado, como muitos insistem, o fundador da ciência processual atual, *mas sim quem inaugurou uma vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz*. Vai além e expõe que toda a tentativa de elevar esse “processo”, *impregnado da herança bülowiana*, à condição de garantidor de direitos fundamentais fracassa exatamente porque não poderia ser, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo (LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 64-65).

¹⁵ Nas palavras de Glauco Gumerato Ramos: “O processo civil dos livros (*law in books*) é romântico; o processo civil da prática (*law in action*) é assustador, ao menos na perspectiva dos artífices da postulação (advocacia, MP, defensoria pública). Estes são testemunhas do ultraje que a garantia do devido processo legal sofre no dia a dia do foro cível – além do penal, é claro! – nas mãos desse ‘juiz redentor’ dos males da sociedade, tão decantado em verso e prosa nas lições da grande maioria dos nossos processualistas e que tanta influência exerce sobre nossa jurisprudência. Ignoramos que de nossa Constituição da República transborda um modelo semântico-processual garantista e nos deixamos levar por um arbitrário e equivocado modelo pragmático-processual de viés ativista, onde avulta a figura de um juiz comprometido com a própria ‘justiça subjetiva’ que melhor lhe ocorrer diante do caso concreto. Não é incomum que na cena processual nos deparemos com justiceiros – e não com juízes – agigantados sob o sacrossanto manto da toga” (RAMOS, Glauco Gumerato. O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 77, p. 37-42, jan./mar. 2012).

¹⁶ Sobre essa relevante questão: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, 15, n. 1, p. 158-153, disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 06 fev. 2013.

¹⁷ Sobre a instrumentalidade do processo e seus problemas, a lição precisa de Eduardo José da Fonseca Costa: “[d]ecididamente, ciência do processo não é ‘livre projeto’, ‘artifício intelectual’, ‘ponto de vista’. Tampouco se trata de um Ouroboros circularmente auto-fundante. A processualística, ainda que disponha de rico sistema de categorias fortemente estruturado, é cega se antes não esclarece suficientemente o ‘ser constitucional’ do processo e se não compreende esse esclarecimento como tarefa fundamental. Entrementes, muitas as correntes dogmáticas desencaminhadas, que inconspicidamente desenraizam o processo da Constituição e o envolvem em sobrecargas inconvenientes, esfumando-lhe seu ‘ser constitucional’ e, portanto, sua institucionalidade garantística (a pior delas no país é a ‘instrumentalidade do processo’, fundada num princípio

distorções a fim de que seja definitivamente retirado de cena e, em seu lugar, um novo paradigma jurídico possa florescer, firmar-se e produzir efeitos.¹⁸

Fernando Rossi: E como uma “teoria do poder jurisdicional”, a obra ainda faz sentido? Já pensou nisso?

Eu: Vamos refletir. Já disse que a obra “A Instrumentalidade do Processo”, embora concluída em 1976, foi publicada quando já em curso a *Nova República* (1987) e, àquela época, era muito razoável defender as propostas nela registradas. *Não há como negar que o paradigma que confere alicerce à doutrina instrumentalista é o Estado Social, com toda a carga de preocupações e ideais que lhe é inerente.*¹⁹ Mas se, *segundo assinala o próprio Prof. Dinamarco*, as bases do direito processual sofrem os impactos das opções políticas do constituinte,²⁰ temos aqui um problema de difícil solução: *a Constituição de 1988 não inaugurou um Estado Social, e sim um Estado Democrático de Direito.*²¹ Embora o atual paradigma estatal demonstre

epocal mântico sem qualquer consistência positivo-constitucional, que reduz o processo a mero ‘artefato para boas intenções’ e que tem servido como fonte de compreensão e racionalidade de qualquer manifestação no universo processual). Nesse sentido, toda processualística deve ser uma ‘revelação-destruição’: explicitando hermeneuticamente o processo como *estrutura de garantia das partes*, demole criticamente a dissimulação do processo como mero ‘utensílio do juiz’” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017).

¹⁸ Vale sempre lembrar a cruzada que Calmon de Passos travou contra o instrumentalismo processual: “O Direito, e tenho me fatigado repetindo isto, não é um objeto da natureza, não é também algo produzido pelo labor ou pelo trabalho humano. O Direito se situa no mundo da ação e do discurso, da atividade especificamente humana pela qual nós, mortais ditos racionais e não determinados de forma absoluta, compelidos a optar, buscamos dar sentido e significação ao nosso agir. Conseqüentemente, o Direito é um espaço em que utensílios, ferramentas e maquinas são de quase nula relevância, ou seja, em que os instrumentos valem quase nada, ou se de meios, no sentido de instrumentos, quisermos falar, teremos que conceituá-lo de modo totalmente diverso daquele utilizado em nível de interação do homem com a natureza. Dar ao mesmo vocábulo sentidos tão radicalmente contrapostos é incidir em graves riscos de incomunicabilidade e ambigüidade, donde bem mais sensato eliminarmos esses inconvenientes, evitando transposição de termos quando é de todo impossível transpor-lhes, também, a significação. Esquecermo-nos disso será produzir resultados perversos na convivência humana, geradores de retrocessos intoleráveis. Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela ‘instrumentalidade’ foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto, o que é potencialmente melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro à sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como ‘dado’ o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação” (CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, ano 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001).

¹⁹ Para um histórico do socialismo processual a partir do segundo pós-Guerra: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 48.

²¹ Como ensinam Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding, “[p]arece intuitivo que um modelo processual de uma experiência de Estado Social não pode(ria) ser adequado ao paradigma instaurado por uma Constituição democrática. (...) [D]evemos ter bem presente (...) que a questão central do direito contemporâneo está no estabelecimento das condições de sua legitimação democrática. Ou seja, na problematização das condições de validade/legitimidade do provimento jurisdicional. Parece evidente a observação de que o processo também deve ser pensado nesta perspectiva. Essa tarefa será problemática, contudo, se

preocupação com o “social”, também se divisa nele preocupação com o “liberal”. Ou seja, Estado Social e Estado Democrático de Direito são paradigmas diversos.²² E especialmente o devido processo, *fundação para qualquer desenvolvimento teórico que envolva a ciência processual*, originou-se de influxos marcadamente liberais, tanto que é considerado um direito-garantia fundamental *de resistência* (de primeira geração), cuja finalidade é a defesa da liberdade.²³ Estão me acompanhando?

Sofia: Sim, papai. Continue essa maravilhosa palestra...

Eu [*seguir, impressionado com a inteligência da menina*]: Muito obrigado, Sofia. Não bastasse essa diferença paradigmática, em vista do que já se desenvolveu em termos de Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica,²⁴ *Behavioral Law & Economics*²⁵ e Filosofia do Direito, parece-me impossível sustentar muitas das conclusões consignadas na obra. E a dificuldade se agrava enormemente em razão da redução que a teoria instrumentalista impôs ao processo, fazendo dele, como já disse, mero ferramental a serviço do poder estatal jurisdicional, em desdém ao seu DNA constitucional de garantia a serviço das partes contra eventuais desvios e abusos praticados pela pessoa natural exercente da jurisdição.²⁶ Mais: como defender, em pleno Estado Democrático de Direito, uma “teoria do poder jurisdicional” marcada pela atuação desatravancada de juízes, cujos limites não encontram respaldo na lei e sim unicamente em suas consciências, com decisões sendo elaboradas a partir de suas próprias medidas ou dos seus subjetivismos?²⁷ Seguramente ninguém

pretendemos trabalhar com uma matriz teórica de corte publicista/socializador, especialmente se esta concepção for entendida como formalmente legitimadora de decisões livremente criadas (diríamos, falando com Lenio Streck, concebidas fora do filtro das respostas constitucionalmente adequadas, das *boas respostas*)” (MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013, p. 183-206).

²² Sobre o tema: SANTOS, Igor Raatz dos. *A reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito: possibilidades a partir da Teoria do Direito, do Estado e da Constituição*. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2011. *Não publicada*.

²³ Verificar o nosso: DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

²⁴ Por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

²⁵ Por todos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016. *Não publicada*.

²⁶ Leciona Amanda Lobão Torres que “[o] devido processo legal precisa ser visto desde a ótica do cidadão, do jurisdicionado, como uma garantia que impõe limites ao poder! Serve de base para a participação da sociedade em concretizar seus direitos fundamentais pelo processo, jamais fugindo para a consciência isolada de um bom e justo julgador ou para poderes instrutórios oficiosos” (TORRES, Amanda Lobão. Até quando vamos permanecer na defesa de um modelo decisionista? *Revista Consultor Jurídico*. 24 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 17 out. 2017).

²⁷ André Del Negri exalta, *com absoluta razão*, a sua preocupação “em fraturar a figura de um juiz decisionista, que ao interpretar a lei atua com esteio no intuícionismo, no emotivismo, enfim nos critérios pessoais (psicologistas) com o uso de argumentos livres para empreender uma correção ao ‘envelhecimento’ da lei, um comportamento que transforma o Judiciário num aparelho ideológico (no sentido althusseriano) ou talvez num superego de uma sociedade órfã (para usar o estilo de Ingeborg Maus)” (DEL NEGRI, André. Processo e decisão jurídica. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 203-224, out./dez. 2013).

nega que o instrumentalismo processual sofreu fortíssima influência do “Movimento do Direito Livre”,²⁸ não se podendo recusar a sua matriz *bülowiana*.²⁹

Sofia: *Bülowiana?* Aí não, né... Que diabos é isso, papai?

Wife: O juiz pode tudo, é isso?

Eu: Poder não pode. Não deveria poder jamais! Mas a teoria instrumentalista abre caminho para arbitrariedades judiciais de todo gênero. Como a jurisdição – a partir de tal perspectiva –, está no centro, e todo o resto deve girar em torno dela (afinal, “o direito processual é a disciplina do poder jurisdicional...”), o papel dos juízes foi severamente acentuado. Insisto no ponto: estamos tratando de uma teoria cujo alicerce político-ideológico está respaldado no paradigma do Estado Social. *Um processo instituído sobre essas bases só poderia mesmo ter seu papel garantístico aviltado a fim de permitir uma atuação estatal jurisdicional mais ativa.* É o rumo pelo qual se embrenha o instrumentalismo processual desde a sua aurora. O juiz instrumentalista, *que é uma ferramenta política e deve ser dotado de boa dose de sensibilidade,* tem por preocupação soberana a “justiça”, razão pela qual lhe é atribuída a função (mitológica) de postar-se como “canal de comunicação” entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos legais.³⁰ É insuficiente que raciocine unicamente com fundamento em leis, devendo estar atento aos valores sociais e às mutações axiológicas como forma de não se afastar dos “critérios de justiça” efetivamente vigentes.³¹ Para dizer o mínimo: *trata-se do protótipo do juiz “prepotente”, “autêntico”*

²⁸ Esclarece Lenio Streck que a Escola do Direito Livre, do início do século XX, foi fundada por Hermann Kantorowicz (1906, “A Luta pela Ciência do Direito”), cuja linha mestra sustenta-se na plena liberdade do juiz no momento de decidir, estando autorizado, até mesmo, a confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, e sim, mais que isso, exercendo a função de legislador. É o juiz atuando como legislador para encontrar aquilo que ele percebe como “justo” (STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! *Revista Consultor Jurídico*. 25 de junho de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 19 out. 2017).

²⁹ Com auxílio de André Leal, é nada mais que evidente a influência de Bülow na elaboração da teoria instrumentalista. Confira-se a seguinte lição do mestre alemão, extraída do seu “Gesetz und Richtertamt”, devidamente traduzida pelo jurista mineiro: “Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas” (LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 60-61).

³⁰ Esclarece Alvarado Velloso que “el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia – que siempre ha de procurar – no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución e en la Ley e, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial*. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2010. p. 12).

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 421.

(Walther J. Habscheid), “arbitrário”, “intérprete qualificado”, “solipsista”, “particularista” (Lorenz B. Puntel), “procurtiniano”,³² “que tudo pode, tudo vê e tudo sabe”. Seu compromisso não é com a intersubjetividade, pois está nitidamente enlaçado à *filosofia da consciência*.³³ É o sujeito estatal onisciente que “*assujeita*” o objeto.

Sofia: *Putzgrila...*

Fernando Rossi [*usando seus dentes para arrancar com selvageria mais uma tampa de cerveja. O homem é um animal!*]: O instrumentalismo processual não tem preocupação com a legalidade?

Eu: Até tem. Mas é uma preocupação “relativa”. Há uma passagem no livro (“A Instrumentalidade do Processo”) que ilustra o que quero dizer. Ali se lê que o juiz tem na lei seu limite, não cumprindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade. Até aí o raciocínio não poderia ser mais perfeito! Porém a escrita prossegue, agora fazendo jus aos fundamentos políticos-ideológicos do instrumentalismo processual: *os limites impostos pela lei ao juiz têm valor relativo, pois sempre que os textos comportarem mais de uma interpretação razoável é DEVER do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual ele é portador, AINDA QUE AS PALAVRAS DA LEI OU A MENS LEGISLATORIS POSSAM INSINUAR SOLUÇÃO DIFERENTE*.³⁴ *Aí danou-se tudo*. Tirou com uma mão e deu com a outra! O que se prega, nessa lição, é que o juiz, já que portador do “sentimento de justiça do seu povo”, não está obrigado a respeitar os limites semânticos da lei – *aliás, tem o DEVER de desrespeitá-los se isso for necessário para se fazer “justiça”*. Se *para ele* a lei é injusta, possui legitimidade (*porque é juiz e a jurisdição está no centro*) para não aplicá-la. *Olha aí a Escola do Direito Livre colocando o focinho para fora...* Respeitosamente, isso é nada mais que depositar uma indevida (e perigosa) confiança no Judiciário, jogar na lixeira a autonomia do Direito e tudo o mais: democracia representativa, soberania popular, separação de poderes (*cláusula pétrea*), co-originariedade entre Direito e Moral, princípio da legalidade (*outra cláusula pétrea*). Em resumo: a tese instrumentalista é uma apologia ao protagonismo judicial!

Benício: Papai, para tudo! Já entendi. Minha cabeça está doendo com tanta “*fação*”. Cansei! Vou resumir: processo não é instrumento da jurisdição e sim garantia *contrajurisdicional...*

³² Procusto configura simbolicamente a tirania intelectual exercida por quem não tolera e nem admite ações e julgamentos alheios. É a ilustração do mal que hoje assola o imaginário de muitos juízes e que fortalece (e explica) o fenômeno da discricionariedade judicial. Fala-se em “Síndrome de Procusto” para retratar aquele que enxerga discrepâncias apenas no outro, razão pela qual precisa “moldá-lo” ou “adaptá-lo” às próprias medidas. O sujeito solipsista é o “olho que tudo vê” (exceto ele mesmo), detentor da “justa” medida (MENNA BARRETO, Ricardo. Do Leito de Procusto à discricionariedade judicial: as implicações do solipsismo filosófico para o direito e sua superação pela hermenêutica jurídica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 445-470, jul./dez. 2011).

³³ Sobre os problemas relacionados à *filosofia da consciência*: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 452.

Eu: Gênio! Agora me empolguei... É infeliz a analogia, feita por setores da doutrina, entre tecnologias *industrial* e *processual*. Isso mostra o quão se alastrou a confusão doutrinária entre *jurisdição* e *processo*. Disse lá atrás que iria falar disso... Pois bem. Baralharam-se as ideias de *poder* (=jurisdição) e *garantia* (=processo). E daí adveio um efeito colateral perigosíssimo: a tal banalização (=espetacularização) do devido processo em favor de uma jurisdição pretensamente mais célere e eficaz. Ou em benefício de uma atividade jurisdicional mais ligeira, porém desenfreada, que tudo pode e ninguém segura.³⁵ O processo, *instituição de garantia que é*, está a serviço das partes, isto é, tem por desígnio obstar e/ou remediar abusos e desvios eventualmente praticados pela autoridade jurisdicional.³⁶ Não se lhe deveria atribuir o propósito de aceleração da tutela jurisdicional com o máximo de rendimento e menor gasto de energia possível, tampouco a finalidade de concretizar o direito material. Sem dúvida, são preocupações legítimas, mas conectadas à jurisdição, não ao *processo devido*.

Josi: Mas, patrão, nada anda na justiça...

Eu: É óbvio que a jurisdição merece aperfeiçoamento. Qualquer um percebe que o Judiciário funciona (muito) mal e não atende aos reclamos sociais. Aliás, tudo quanto é serviço público neste País não funciona direito. Mas isso deve ser feito sobretudo em nível estrutural e de gestão, mediante investimentos capazes de imprimir ao sistema de justiça funcionamento adequado. Não se pode querer abreviar a atividade jurisdicional amesquinhando garantias fundamentais processuais.³⁷

Wife: Nas entrelinhas, o que você está dizendo, meu “Indiana Jones”, é que um serviço estatal jurisdicional estatisticamente rápido e eficiente nem sempre é adequado?

Eu: No âmbito jurisdicional pessoas “de verdade” lutam por seus interesses. Gente de carne e osso gastando dinheiro e energia (intelectual, física e emocional)

³⁵ Nesse rumo, a posição de Gustavo Calvino: “Los actuales embates contra el proceso desde diversos sectores que fincan en ideales *posmodernos*, se cristalizan con propuestas de exclusiva procedimentalización, reviviendo antiguas creencias inquisitivas. El inmediato arribo a la meta se convierte en el objetivo principal. Un paulatino aumento del protagonismo jurisdiccional – sin el debido control institucional – acallando las voces de las partes – cuyo mejor auditorio lo encuentran en el debate procesal – apuntala una visión de justicia impulsiva más efectista que efectiva” (CALVINHO, Gustavo. La procedimentalización posmoderna. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, n. 39, 2013. Disponível em: <www.publicacionesicdp.com>. Acessado em: 18 out. 2017).

³⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

³⁷ Novamente a lição de Calmon de Passos: “Devido processo constitucional jurisdiccional, cumpre esclarecer, (...) não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. (...) Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias [ligadas ao devido processo legal] não é simplesmente deformalizar, aglizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar” (CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo*. Julgado os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 69/70).

a fim de defender aquilo que acredita. Só o fato de a demanda ser instaurada já acarreta consequências. É preciso pensar nisso urgentemente. Em minha experiência profissional já vi homens bons definharem porque se tornaram réus em ações penais públicas. Um deles adoeceu e morreu. Se estava certo ou errado não importa mais... Outro dia a mídia noticiou o suicídio de Luiz Carlos Cancellier de Olivo, em 2016 empossado reitor da Universidade Federal de Santa Catarina. Envolvido que foi em um esquema de corrupção, acabou preso sob a acusação de obstruir as investigações. Sua foto com uniforme de presidiário circulou o mundo. Os ataques de ódio nas redes sociais pulularam. Cancellier foi afastado do cargo e proibido de pisar na universidade que frequentava há quatro décadas. Resumo da ópera: não aguentou a pressão e tirou a própria vida se jogando do quinto andar de um *shopping*. Tinha apenas 59 anos.³⁸ *Ora bolas, estamos falando de cidadãos, não de automóveis ou televisores.*

Fernando Rossi voltava do meu quarto e dava um nó numa gravata vermelha em volta do pescoço. O álcool já começava a fazer efeito. De quimono e gravata vermelha. Ficou ridículo!

Fernando Rossi: Tem-se a impressão de que no ambiente judicial as partes já não significam muita coisa...

Eu: Faz algum tempo li um artigo na Folha de S. Paulo, escrito por Marcus Orione Gonçalves Correia, que ilustra impecavelmente tudo isso. Dizia ele que não se pode encarar a seara processual-jurisdicional como uma *linha de produção*, na qual produtos, se malfeitos, são desprezados ou contabilizados no custo final. A vida das pessoas envolvidas nos litígios, caso mal decidida, não pode ser devolvida ou considerada uma pane normal no sistema. Não se trata da importação da lógica fordista, em que se produzia, em linha de montagem, uma série de carros. A solução de conflitos de cada pessoa é muito mais delicada do que se pode imaginar, de sorte que o juiz, na arquitetura de gestão da sua vara, precisa considerar tal fato, não raramente necessitando de tempo para julgar melhor o feito.³⁹

A Josi não aguentou e saiu batendo os pés dizendo que tinha mais o que fazer. Respirei fundo, mandei um gole de água para dentro da garganta e continuei. O Fernando bebia sua quinta cerveja (tinha acabado de abrir uma *Growler Caveira*, geladíssima). Minha boca espumava...

Fernando Rossi: E há alguma ligação entre ativismo judicial, instrumentalismo processual e desdém ao devido processo?

³⁸ As informações foram colhidas do Jornal El País: TORRES, Aline. O suicídio do reitor para quem prisão foi ultraje e sentença de morte. *El País*. 04 de outubro de 2017. Disponível em: <www.brasil.elpais.com>. Acessado em: 12 out. 2017.

³⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Justiça não deve seguir a lógica fordista. *Folha de São Paulo*. Publicado: 24/04/2010.

Eu: Certamente! Por aqui não se tem muito apreço pelo texto do direito positivo.⁴⁰ Em muitas áreas, vale dizer, esse modo *libertário* de entender o papel da Justiça é majoritário: veem-se, por exemplo, juízes dizendo que não aplicarão a reforma trabalhista aprovada pelo Congresso ou promotores que se recusam a reconhecer a vigência do novo Código Florestal, em vigor desde maio de 2012.⁴¹ Não se compreendeu (talvez por comodidade) que a deferência ao texto positivado implica compromisso com a própria Constituição. Respeitam os ideais republicanos e democráticos aqueles que acaentam especial cuidado com os limites semânticos do direito positivo. É um dever republicano e democrático que se impõe sobretudo às autoridades estatais responsáveis pela aplicação da lei. Acertadíssima a constatação de Lenio Streck no sentido de que o Direito quotidianamente está perdendo seu império, esfacelando-se e sendo depredado para atender anseios particulares de alguns de seus intérpretes, tornou-se resultado de um “filtro moral” quando, ao revés, deveria ele próprio servir de filtro à subjetividade de juízes e promotores de justiça.⁴² A impressão que fica é a de que as raízes que fundamentam o Estado Democrático de Direito estão esquecidas. Ou então têm sido retoricamente ignoradas, tanto que alguns nem coram o rosto ao taxarem de *mutação constitucional* decisões judiciais que, com patente desfaçatez, enjeitam limites semânticos de garantias fundamentais expressamente lançadas no texto constitucional.

Fernando Rossi: *Tá bom. Mas o que quero saber é se o desrespeito do processo como “instituição de garantia” tem relação com a juristocracia implementada também por posturas instrumentalistas...*

Eu: *Calma, Bete!* Seguente: ao criar ou revogar leis, o Legislativo não possui o respaldo de uma discricionariedade plena. Afinal de contas, os *argumentos de política* ali debatidos (é o Parlamento a sede para esse tipo de debate), conquanto habituais e indispensáveis, são manejados para justificar metas coletivas previamente eleitas pelo constituinte, de maneira que, no limite, a atuação parlamentar também se dobra à Constituição. Tampouco há – e é esse o ponto! – permissivo constitucional legitimando juízes e tribunais a judicarem fora dos limites da racionalidade legal, em desdém à própria Constituição, para além das (restritas) possibilidades às quais se apresenta viável a postura de desconsiderar a lei,⁴³ cumprindo ou não ditames legais

⁴⁰ Nas palavras de Rosemíro Pereira Leal “[p]reconizar a completude ou incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificação de lhes sobrepor a soberania da vontade da autoridade judicante é desistir de pensar, conjecturar, teorizar. É render-se à tirania da *jurisdição* positivista que hoje já se julga altaneira e intocável sob rótulos de tribunais excelsos que acintosamente jurisprudencializam *a priori* o direito em flagrante substituição ao *processo jurídico-legiferativo*” (LEAL, Rosemíro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 3).

⁴¹ Respeitar a república. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 out. 2017. Opinião.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. Breve *ranking* de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. *Revista Consultor Jurídico*. 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

⁴³ Sobre as seis hipóteses em que o órgão judicial deve deixar de aplicar a lei votada no Parlamento – i) se for inconstitucional; ii) se for possível uma interpretação conforme a Constituição; iii) se for o caso de nulidade

a depender dos ventos que empurram sua própria vontade, como se pudessem desempenhar seu mister com desinteresse à responsabilidade política que distingue a sua função, desapegados do dever de reverência à autoridade do Direito.⁴⁴ A supremacia normativa – em suas perspectivas formal e material – confiada atualmente à Constituição Federal é o maior ganho que se obteve com a inauguração do Estado Democrático de Direito. Tal importe, todavia, não deve(ria) exprimir diminuição, ou desgaste, do *princípio da legalidade*. Segundo um enfoque atinente à jurisdição, a legitimidade democrática das decisões judiciais assenta-se em sua forçosa sujeição aos parâmetros legais pré-constituídos emanados da vontade do povo, porque discutidos, votados e aprovados por seus legítimos representantes no Congresso Nacional.⁴⁵ Ou seja, o *princípio da legalidade* permanece sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito – como o próprio texto constitucional faz questão de ressaltar com ofuscante lucidez (CF/88, arts. 5º, II, e 37, *caput*) –, muito embora tenha sofrido variação de sentido, razão pela qual se fala presentemente em *legalidade constitucionalizada*: a lei não é mais aceita *per se*, como algo cuja supremacia esteja nela própria, isoladamente considerada, porquanto apenas se legitima, é validada, *se conforme* a Constituição, isto é, caso esteja ajustada às cargas axiológica e deontológica das normas constitucionais.

Wife: Mas como o respeito ao processo, visto a partir da perspectiva de que é uma “instituição de garantia”, pode ajudar a reverter o atual estado de coisas? É isso que o Fernando deseja saber...

Fernando Rossi: É isso mesmo...

Eu: O que se assiste é o desenrolar de uma atividade jurisdicional cuja nota característica segue para além do intervencionismo ou da preocupação em efetivar direitos fundamentais, assumindo amiúde perfil profundamente *intrusivo*. Burla-se o edifício legislativo e, em seu lugar, preferem-se critérios extrajurídicos (moral, economia, política) como maneira de estruturar as decisões judiciais, muitas vezes em afronta ao próprio papel contramajoritário que distingue (ou deveria distinguir) a jurisdição no Estado Democrático de Direito.⁴⁶ Com isso valida-se pela via de um discurso

parcial sem redução de texto; iv) se for o caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto; v) se se estiver em face de resolução de antinomias; e vi) quando do confronto entre regra e princípios (com as ressalvas hermenêuticas no que tange ao pamprincipiologismo –, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁴ Sobre a discricionariedade, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

⁴⁵ BRÉTAS, Ronaldo C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

⁴⁶ Como leciona Antônio Carvalho, “fazer ceder o direito frente a moral em julgamentos judiciais é o mesmo que aniquilar a contramajoritariedade, garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Portanto, deve o juiz estar blindado das pressões sociais (e morais) da maioria (e porque não dizer da minoria), exercendo com altivez republicana a sua independência judicial e julgar com base no direito. A função contramajoritária é, senão, o contra-juiz-antena, como o é a própria Constituição da República que há pouco completou 29 anos de vigência. Caso contrário, sucumbindo o direito, vencerá o arbítrio, triunfará a barbárie da suposta maioria e

doutrinário anarquista espécie de “interpretação” que, no fundo, equivale a uma genuína licença para criar, com contornos assustosamente subjetivos.⁴⁷ E o processo, *linha de frente para o controle desses descomedimentos*, tem sua importância cada vez mais amortecida porque aceito e manejado em descompasso com o seu “ser constitucional” (Eduardo José da Fonseca Costa).⁴⁸ Precisamos de mudanças caudalescópicas, e para tanto é preciso *levar a sério* o devido processo. Significa isso zelar pela imparcialidade judicial, afiançar às partes tratamento isonômico ao longo do desenrolar procedimental, fazer efetivo o contraditório como garantia de influência e não surpresa, concretizar a ampla defesa e, *mais expressivo para a pergunta formulada*, observar o direito substancial de fundamentação das decisões judiciais. É tratar o processo não como “instituição do Estado” (*perspectiva instrumentalista*), e sim como “instituição de garantia a serviço do cidadão” (*perspectiva garantista*).

Fernando Rossi: Agora sim. Continue, *gafanhoto*.

Eu: Georges Abboud, com precisão cirúrgica, distinguiu a fundamentação como sendo o direito fundamental do século XXI.⁴⁹ A colocação não poderia ter sido mais apropriada! Diria até que a fundamentação adequada é a *vacina* da qual precisamos urgentemente para exorcizar entendimentos segundo os quais as decisões podem ser motivadas pelo *livre convencimento* do julgador!⁵⁰ Pois prestação jurisdicional que se preze, legitimada a partir de influxos republicanos e democráticos, é aquela justificada intersubjetivamente, em atenção ao liame histórico que sedimenta e confere

se exaltará a figura heroica do juiz, pronto para salvar o seu povo débil e carente” (CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. *Empório do Direito*. Out. 11/10/2017. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br>).

⁴⁷ Respeitar a república. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 out. 2017. Opinião. Confira-se, no mesmo artigo, a seguinte passagem: “Dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual o Poder competente para ditar as leis é o Legislativo, composto por pessoas escolhidas pelo voto popular, o ato de interpretar uma lei deve ser tão somente a compreensão de seu conteúdo. É preciso haver um imenso respeito ao que diz a legislação. A rigor, atitudes de menosprezo ou de suspeita em relação à lei aprovada pelo Congresso são manifestações de desprezo à República. E, se não há lei comum, não há democracia, estando aberto o caminho à tirania ou, como supinamente esperam alguns, à aristocracia. O Congresso tem muitas deficiências e limitações, que dificultam a expressão da vontade popular. Mas do mesmo modo que as carências do Legislativo não são desculpa para a cassação dos parlamentares, elas também não autorizam que o Judiciário ou o Ministério Público desprezem o que lá foi aprovado e inventem outras normas. Caso isso ocorresse, a democracia seria uma farsa. Se os juízes e membros do Ministério Público pudessem dar à lei um sentido diverso ao que diz o texto aprovado, o funcionamento livre do Congresso deixaria de ser sintoma da existência da democracia, pois teria se tornado irrelevante. Nessa hipótese, quem de fato mandaria no País seriam os juízes e os membros do Ministério Público, que não receberam um único voto da população para exercer esse poder político” (Respeitar a república. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 out. 2017. Opinião).

⁴⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional, diz jurista. Entrevistadora: POMBO, Bárbara. *Jota*. 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.jota.com.br>.

⁵⁰ Sobre a garantia da fundamentação de decisões judiciais e a dificuldade de sua implementação no País: SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. Convite a um processualismo constitucional democrático: o CPC/2015 e o dever de fundamentação das decisões judiciais. *Empório do Direito*. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br>. Acessado em: 14 out. 2017; SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. As associações de magistrados e o veto do Novo CPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em jogo. *Empório do Direito*. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br>. Acessado em: 14 out. 2017.

racionalidade ao plano jurídico. É julgar o novo caso a partir dos mesmos preceitos já aplicados em circunstâncias anteriores, construir argumentos de forma inteirada ao conjunto do Direito. Nada mais que assegurar a igualdade de tratamento, afastar possibilidades de trabalhar com “graus zero de sentidos”, prezar por uma cadeia coesa de discursos e, não menos relevante, atentar-se criteriosamente à Constituição.⁵¹

Fernando Rossi [já na sétima cerveja, falando alto e com a língua meio enrolada. Deu um soco forte sobre a mesa]: Estou pensando sobre as CONSEQUÊNCIAS, a longo prazo, desse DESRESPEITO ao modelo DEMOCRÁTICO e REPUBLICANO brasileiro...

Eu [*meio ressabiado, com medo do Fernando*]: Quem alimenta esse “estado de coisas inconstitucional” está praticando *haraquiri institucional*. Concentremo-nos na classe da magistratura. A ordem vem dos altos escalões (leia-se: Conselho Nacional de Justiça), e é cumprida quase bovinamente: julguem, julguem, julguem; e muito! Incentivam-se magistrados com promoções por produtividade, e a cartilha é seguida à risca. Quem não produz sofre punições. Há um fetiche por números altos. Dizem por aí que existem autos de processo que se iniciaram e findaram-se sem nunca terem passado pelas mãos de um juiz, uma referência à importância desvairada assumida pelos assessores judiciais. Vive-se a era dos assessores, essa figura enigmática, auxiliar do juízo sem a devida regulamentação de sua atividade, que tudo faz mas por nada (ou quase nada) responde.⁵²

Benício: Pare de “viajar na maionese”, papai...

Eu: Certo. Voltemos ao ponto. *A atividade jurisdicional se matematizou*. Mais: como o que se deseja são boas estatísticas, para obtê-las o motor legislativo é aquecido para o fabrico de numerosas técnicas: julgamento parcial de mérito, antecipações liminares de tutela com base na evidência, estabilização de tutelas provisórias, reforço dos poderes dos juízes, suplemento da autocomposição. O *senso comum teórico* não fica atrás e segue a tendência de bom grado... Um exemplo gritante: o CPC-2015 reforçou nosso modelo de “precedentes”. Muitos veem nisso o mecanismo do qual carecia a engrenagem judicial para que julgamentos surjam mecanizados, pré-moldados e, portanto, facilitados.⁵³ Enfim, o autoritarismo avançando a passos largos sobre o perfil democrático e republicano traçado pela Carta Constitucional.

⁵¹ Sugere-se a leitura dos comentários aos arts. 489, §1º e 926 do CPC/2015, desenvolvidos na obra: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵² Sobre a problemática dos assessores judiciais: DELFINO, Lúcio; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Persiste a situação de desdém legislativo dos assessores judiciais. *Revista Consultor Jurídico*. 12 de março de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 14 out. 2017.

⁵³ Consultar: SOUSA, Diego Crevelin de. O que deve ser dito sobre (e enfrentado n)a compreensão de precedentes dos hermeneutas? *Empório do Direito*. 27/12/2016. Disponível em: <www.emporiiodireito.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017; SOUSA, Diego Crevelin de; ROSSI, Júlio Cesar. Precedentes: na dúvida... Não aplico! A dura saga dos precedentes no Brasil. O exemplo privilegiado da presunção de inocência. *Empório do Direito*. 18/03/2017. Disponível em: <www.emporiiodireito.com.br>. Acessado em: 18 out. 2017.

*O trem da celeridade rolando sobre os trilhos do tempo em atropelo a coisas mais importantes, como a própria qualidade das decisões judiciais. Muito melhor, e prudential, seria nutrir preocupação em viabilizar um modelo jurídico que possa atingir uma resposta (jurisdicional) correta e, deste modo, combater o relativismo (a ideia de que qualquer resultado é aceitável e sempre válido) e o ceticismo interpretativos, afastar a utilização estratégica do direito para perseguir fins políticos e afrontar a confiança desenfreada em valores e convicções pessoais dos magistrados.*⁵⁴

Wife: E como chegamos neste estado de coisas?

Eu: Excelente pergunta! Mulher inteligente essa minha, hein Fernando!? A dogmática jurídica tem parcela abundante de responsabilidade. Afinal, prevalece no Brasil um ensino do direito processual cujas elaborações teórico-conceituais privilegiam exatamente uma compreensão que prima a jurisdição pela superioridade. De novo, o instrumentalismo processual! É a história do “rinoceronte”; conhecem?

Sofia: Não conheço, papai. Conta pra gente!

Eu: Eugène Ionesco, representante do chamado “Teatro do Absurdo”, escreveu a obra intitulada “O Rinoceronte”. Trata-se de uma história surreal, e até engraçada, cujo objetivo é demonstrar o “poder de contágio” de religiões, doutrinas e correntes de opinião assemelhado, às vezes, a uma epidemia. Há intérpretes que veem na parábola uma perspectiva política relacionada à invasão da Europa pelo fascismo. O que me interessa aqui é a narrativa feita por Ionesco sobre moradores de uma pequena cidade sendo vitimados pela “rinocerontite”, uma doença que os transforma em rinocerontes e os faz, inclusive, desejarem a transformação. Uma a uma, quase todas as personagens cedem e se tornam rinocerontes...

Fernando Rossi: O instrumentalismo processual é a “rinocerontite”?

Eu: “O Rinoceronte” tem serventia para reforçar o fato de que estamos tratando de uma corrente teórica fortemente influenciadora, que se alastrou pelo País em progressão geométrica, entusiasmando alunos, acadêmicos e profissionais do meio jurídico. E hoje produz múltiplos “filhotes”, concretizados em técnicas cuja função axial é a precipitação da jurisdição, frequentemente em desprezo à própria processualidade que lhe é condição de legitimidade. Quem é doutrinado por essa via de pensamento redutora raramente coloca em xeque suas bases fundantes, recebendo-as como “verdades”, justamente porque, embora não estejamos imersos num “estado de coma científico” (há resistência e ela cresce a cada dia), ainda são minoria os estudiosos brasileiros *anti-instrumentalistas*.

Wife: Mas você explicava a razão pela qual chegamos nisso...

⁵⁴ ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 468.

Eu: Difundi-se – e essa realidade não é exclusividade do Brasil – uma visão de preeminência ao poder estatal jurisdicional, minimizando-se, em contrapartida, a relevância do processo como garantia de todo e qualquer cidadão. É a pregação feita pelo instrumentalismo processual. Recentemente me referi a esse fenômeno como “a diluição do processual pelo jurisdicional”: uma promiscuidade oriunda de pré-juízos que se enraizaram na tradição jurídica pela labuta impactante e serial da dogmática durante longo trajeto histórico, a ponto de fazer com que antevejam o processo por uma via de pensamento profundamente aferrada à perspectiva da atividade jurisdicional e dos seus (denominados) escopos (sociais, políticos e jurídicos). Há textos muito interessantes sobre o assunto elaborados por aquele que considero o mais importante garantista processual brasileiro, o Prof. Eduardo José da Fonseca Costa.⁵⁵

Aliás, quero aproveitar esta oportunidade para esclarecer algo...

Benício: Sim, papai, esclareça!

Eu: Meses atrás, publiquei na *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, um artigo intitulado “Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?”.⁵⁶ Nele, utilizei-me de uma construção teórica recém-concebida por Eduardo José da Fonseca Costa nominada *processo como instituição de garantia*.⁵⁷ Embora tenha feito alusão, no título e texto do item 4 do meu artigo e também em nota de rodapé, de que aquele tópico resumia as ideias de Eduardo, verifiquei algumas citações de outros autores, em trabalhos posteriores, deixando entender que teria sido eu o autor da teoria. Sem dúvida, é lisonjeira tal atribuição, mas me falta “bagagem” suficiente para chegar àquelas brilhantes conclusões. Acolho a doutrina, admiro a inteligência de quem a elaborou e até me proponho a contribuir no seu aprimoramento. Porém, o mérito, naturalmente, é todo do meu amigo Eduardo José, que está, inclusive, elaborando sobre o assunto um livro bastante aguardado. A comunidade garantista está em polvorosa!

Wife: Ok! Mas agora conclua o raciocínio anterior. Você dizia que o processo foi “diluído” pela jurisdição, certo?

⁵⁵ Alguns textos importantes: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdicional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Organização: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 171-186; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus. Processo não pode sufocar direitos que nele são discutidos. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de julho de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

⁵⁶ DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

⁵⁷ Conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

Eu: Certo. O processo tornou-se de somenos importância, ancilar e subserviente, mero instrumento a serviço da jurisdição. Ou seja, a jurisdição engoliu o processo! E naturalmente não estou atribuindo a ninguém a pecha de má-fé: as pessoas têm boas intenções e acreditam naquilo que pregam, agem com o intuito de contribuir positivamente. Mas preciso insistir que, sob o ponto de vista dogmático-positivo, não é nem um pouco prudencial a defesa de teses (frequentemente encampadas pela legislação) que só fazem amesquinhar garantias fundamentais processuais porque desconstruídas do paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988 – por exemplo (todas elas caras ao instrumentalismo processual): *busca da verdade real, cláusula geral de dinamização do ônus probatório, cooperação processual, parcialidade positiva do juiz, ponderação entre normas, tutelas liminares de evidência, relativização da coisa julgada*, etc.). E nada resolve dizer que o instrumentalismo processual não nega importância às garantias fundamentais processuais. Tampouco insistir na afirmativa (equivocada) de que instrumentalistas também são garantistas.⁵⁸ Não são! Que fique claro: *instrumentalismo processual* e *garantismo processual* traduzem-se em perspectivas doutrinárias absolutamente incompatíveis entre si. *São água e óleo*. É suficiente afirmar que a primeira enxerga o processo como “instituição a serviço do Estado”, ao passo que a última o vê como “instituição de garantia do cidadão”. *Uma serve ao Estado-juiz, enquanto a outra se opõe a ele*. Ainda mais: mesmo que o instrumentalismo processual não negue relevância às garantias fundamentais processuais, o tratamento epistemológico no qual se assenta alimenta um equívoco que precisa ser abolido: o de que o processo tem significado apêndice, funcionando como um ferramental a serviço da jurisdição e não como garantia do cidadão contra arrojados arbitrários e criativos praticados pelo agente judicante. *Processo (garantia) débil implica jurisdição (poder) descomedida*.

Sofia: Papai, a maritaca bota apenas quatro ovos, não é?

Benício: Não, não, não, Sofia. Vi nos “Irmãos Kratts”: quem bota quatro ovos é a periquita.

Eu: Já estou finalizando. Rememorando tudo: (i) precisamos desenvolver uma “dogmática constitucional do devido processo legal”, como intuiu Eduardo José da Fonseca Costa;⁵⁹ (ii) o processo é uma “instituição de garantia” forjada com matéria-prima constitucional para proteger o cidadão contra eventuais abusos e desvios

⁵⁸ Na lição de Mateus Pereira, “o garantismo processual não enxerga o processo como um simples instrumento ou técnica (asséptica de realização de escopos da jurisdição, senão como uma garantia fundamental de liberdade dos cidadãos. Não se consubstanciando em uma ferramenta passível de ser apoderada pelo Estado tão logo provocado (demanda), também concebemos o processo como um sistema (ou instituição) de garantias com autonomia e substantividade próprias, cujo referente está na Constituição, prestando-se à contenção do Estado-juiz já que a ele toca o exercício da ação material (tutela jurisdicional)” (PEREIRA, Mateus Costa. A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 247-265, abr./jun. 2017).

⁵⁹ Consultar: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 12 out. 2017.

praticados por juízes; (iii) no ambiente do direito processual civil, o inimigo dogmático a ser enfrentado é o “instrumentalismo processual”, cujas bases esmaecem o “ser constitucional” do processo em socorro de uma jurisdição a cada dia mais suplementada. É a *jurisdição bombada*;⁶⁰ (iv) juízes não podem se assumir como justiceiros, tampouco como super-heróis.⁶¹ Não é papel deles manipular o poder jurisdicional para “arrastar a história”, seja lá para que lugar for. Não devem encarar o devido processo como barreira a ser relativizada e/ou superada para o seu avançar estatisticamente na produção de decisões e na promoção de uma limpeza política, moral e social no país.⁶² Há nisso um vezo de fundação: *quem quer mudar uma sociedade democrática em suas bases legais ou deve exercer sua cidadania impondo pressões sobre os parlamentares eleitos, ou submeter-se ao escrutínio popular e tentar se tornar um parlamentar*; (v) juízes têm que se aferrar à tradição, produzir decisões íntegras e coerentes, flertar com a segurança e a previsibilidade, afirmar e reafirmar a separação de poderes, lutar em prol do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais; (vi) decisionismos judiciais representam uma anomalia. São efeito do desacoplamento entre *texto* e *norma*, de uma visão revolucionária que despreza os limites semânticos do direito posto em favor de ousadias judicantes moralistas ou políticas. Frutificam-se naquilo que, *na subjetividade do intérprete*, soa como “justo”. Juízes não são eleitos democraticamente para decidir os aspectos morais e politicamente corretos a integrarem o direito positivado. *Justiçamentos* são antidemocráticos e antirrepublicanos, traduzem-se em exercício anárquico da jurisdição, acarretam imprevisibilidade e insegurança.

Benício: Mamãe, já terminei o carnê do Kumon. Posso ir jogar no *IPad*?

Eu: Agora para concluir mesmo: macarrão termina com “*ÃO*”; abacaxi se compra na feira; a mamãe nunca esteve “maturada”; e não tenho a menor ideia de quantos ovos botam periquitas ou maritacas... E, Fernando, pelo amor de Deus, abre logo mais uma “breja” aí que estou morrendo de sede!!!

⁶⁰ Por todos, Calmon de Passos: “Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional” (CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo*. Julgado os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68-69).

⁶¹ DELFINO, Lúcio. Vamos mal quando o juiz, anti-herói por excelência, decide se tornar herói. *Revista Consultor Jurídico*. 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 14 out. 2017.

⁶² Conforme anota Carlos Henrique Soares, “há um deslocamento do centro da prestação da tutela jurisdicional do juiz para o processo. A participação em simétrica paridade, garantindo o contraditório, a ampla defesa e a isonomia é que asseguram às partes, ao Ministério Público, aos advogados e ao juiz a efetiva prestação jurisdicional” (SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004. p. 168).