

A Instrumentalidade Técnica do Processo

Bernardo Câmara¹

Sumário: I. Introdução. II. O processo como instrumento da jurisdição. III. O processo como instrumentalizador da jurisdição. IV. A jurisdição no Estado Democrático de Direito: Jurisdição Constitucional. V. A instrumentalidade técnica do processo e sua importância como modo instrumentalizador da Jurisdição Constitucional. V. Conclusão. VI. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir uma nova visão do processo, analisando as várias formas de se pensar um modo de se construir decisões democráticas e legítimas, considerando o escopo da jurisdição e a sua importância no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Instrumentalidade do Processo. Legitimidade. Jurisdição Democrática. Estado Democrático de Direito.

Áreas: Teoria do Processo. Direito Processual. Direito Constitucional.

I. Introdução

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES² ressalta que “entre uma decisão ‘justa’, tomada autoritariamente, e uma decisão ‘justa’, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade”.

A construção democrática da decisão passa pelo validador do processo compondo-se pelo respeito da chamada *instrumentalidade técnica do processo*.

¹ Advogado; Mestre em Direito Processual/PUC-MG; Especialista em Direito de Empresa-UGF/RJ. Ex-assessor Técnico e Professor da Escola Superior de Advocacia. Professor universitário de graduação (Centro Universitário Newton Paiva) e pós-graduação (IEC/PUC-Minas), Ex-Conselheiro do Órgão Especial da OAB/MG

² *In Técnica Processual e Teoria do Processo*. Aide: Rio de Janeiro, 2001. p. 174.

Atualmente, há na doutrina que estuda a Teoria do Processo uma divergência de conceitos de determinados institutos jurídicos que acabam por culminar em diferentes posições.

A principal divergência doutrinária que se aponta está justamente na conceituação e caracterização do termo *processo*.

O que se vê é uma visão do *processo* por duas perspectivas distintas: a que vê o *processo* como mero instrumento da jurisdição e a outra que vê o *processo* como garantia de direitos para permitir o exercício da jurisdição, ou seja, ao invés de ser visto como instrumento da jurisdição o processo passa a ser visto como instrumentalizador da mesma: é o que nos permitirá concluir da existência de uma **instrumentalidade técnica do processo** que o eleva como um dos mais importantes alicerces ao exercício da atividade jurisdicional.

II. O processo como instrumento da jurisdição

A visão majoritária, porém equivocada, conforme se tentará demonstrar no presente estudo, é justificada e disseminada pela teoria instrumentalista cujos seguidores vêem o processo como mero instrumento através do qual se exerce a jurisdição.

Os seguidores desta doutrina, levando como base um critério teleológico conforme ressalta Marcelo Catoni³, vêem distinção entre *processo* e *procedimento*. Para eles, *processo* seria o instrumento através do qual se exerce a jurisdição e *procedimento* seria a forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem.

³ *In Direito Processual Constitucional*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2001. p. 191.

Todavia, tal entendimento não guarda sustentação teórica no modelo do Estado Democrático de Direito conforme se passa a expor.

III. O processo como instrumentalizador da jurisdição

Ao contrário da chamada “Escola Instrumental”, o moderno entendimento sobre *processo* não autoriza conceituá-lo como um mero instrumento da Jurisdição mas, sim, como instrumentalizador dela.

Esse novo enfoque, consubstanciado no entendimento doutrinário de Élio Fazzalari, foi trazido ao Brasil pelo Prof. Aroldo Plínio e ganhou corpo na denominada Escola Mineira de Direito Processual através dos Professores Rosemiro Pereira Leal, Marcelo Catoni, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, dentre outros.

As críticas que se apontam para a idéia instrumental de processo já se mostram na impossibilidade de se diferenciar, quanto à sua finalidade, *processo* e *procedimento*, uma vez que, ao contrário do que entendem os doutrinadores da Escola Instrumental, “o procedimento não seria uma mera exterioridade já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria”⁴.

A visão fazzalariana de processo não traz distinção entre *processo* e *procedimento* através de um critério teleológico, tão pouco compreende o *processo* como relação jurídica ou o *procedimento* como mera forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves⁵:

⁴ CATONI, Marcelo. *In Direito Processual Constitucional*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2001. p. 192.

⁵ *In Técnica Processual e Teoria do Processo*. Aide: Rio de Janeiro, 2001. p. 192-193.

9. A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina. Ao contrário, quando o Estado é chamado a exercer a “função” jurisdicional ele age dentro de uma estrutura normativa que regulamenta sua atividade. E essa estrutura normativa está construída para comportar e garantir a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação. A jurisdição, estudada pelo Direito Processual Civil, exerce-se nos limites do ordenamento jurídico, sob sua disciplina, em uma estrutura normativa, em que os atos e as normas são conectados em especial forma de interdependência.

10 A identificação do processo nessa estrutura normativa, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, supera a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é oportunidade de participação paritária, é garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação. A possibilidade assegurada de participação em simetria igualdade não se concilia com vínculo de sujeição.

11. Os conceitos de garantia e de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos, de momentos sociais distintos, de concepções distintas. Pela evolução do conceito de contraditório, a categoria da relação jurídica processual já não é logicamente admitida. Perante o contraditório, não se pode falar em relação de sujeição ou de subordinação; as partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do processo, de cuja preparação participam, e não ao juiz. A categoria da relação jurídica já não é própria para a concepção de processo centrada na garantia do contraditório, porque não é com ela compatível: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade garantida de participação.

Rosemiro Pereira Leal⁶ também aponta que:

O Devido Processo Constitucional é que é jurisdicional, porque o processo é que cria e rege a dicção procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. Mesmo o controle judicial de constitucionalidade há de se fazer pelo devido processo constitucional, porque a tutela judicial da constitucionalidade é pela Jurisdição Constitucional da LEI democrática e não da autoridade (poder) judicacional (decisória) dos juízes.

⁶ *In Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Vol. II. Síntese: Porto Alegre, 2001. Artigo “Processo e Hermenêutica Constitucional a Partir do Estado de Direito Democrático”. p. 17.

IV. A jurisdição no Estado Democrático de Direito: Jurisdição Constitucional

A doutrina atual já se mostra pacificada em entender a Jurisdição como “função” do Estado no exercício de sua atividade monopolística de reconhecer o direito (CF, art. 5º, XXXV).

Todavia, esta conceituação simples carece de maiores contornos, principalmente no contexto do momento social em que a mesma é analisada.

As definições feitas pelos autores da chamada Escola Instrumental de Direito Processual ainda são vazias e não refletem a realidade do modelo democrático, deixando de lado a importância das normas constitucionais de proteção do homem e da garantia de direitos fundamentais.

Marcelo Catoni de Oliveira⁷, citando Fábio Konder Comparato, lembra que Hitler fez o que fez na Alemanha Nazista sem precisar revogar um texto sequer da Constituição de Weimar. Não se pode negar que, mesmo naquele momento histórico, os Tribunais da Alemanha exerciam jurisdição.

A então conceituada jurisdição vista singelamente com mera função do Estado no monopólio da aplicação do Direito também foi exercida em qualquer Governo Ditatorial nos diferentes cantos do Mundo. O que não existia, frisa-se, era *jurisdição constitucional* no modelo de um Estado Democrático de Direito.

Esta *jurisdição* antes exercida na visão supra, apenas e tão somente como uma atividade monopolística do estado, de dizer e reconhecer o Direito, não é a mesma *jurisdição* que vivemos no Estado Democrático de Direito, razão que nos faz afirmar a existência de um outro modelo de *jurisdição*, mais moderno, mais social, mais democrático, uma vez que a atividade se dá de forma controlada/regulada pelo que devemos chamar de *processo*. Trata-se da atualmente denominada *jurisdição constitucional*.

⁷ In *Direito Processual Constitucional*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2001. p. 225.

Conforme ensina Rosemiro Pereira Leal⁸:

o processo, como instituição do exercício da Jurisdição na solução dos conflitos e da validade da tutela judicial, que, não mais sendo um ato ou meio ritualístico, sentencial e solitário do Estado-Juiz, é o provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo.

Por isso, conforme ensina Ronaldo Bretas de Carvalho Dias⁹, é que:

a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob a rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional)". E o Estado, quando chamado a agir, só poderá fazê-lo "dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal) de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no 'prudente (ou livre) arbítrio do juiz', incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõem e apregoam.

No modelo democrático o cidadão é o centro, origem e fim de qualquer ato jurisdicional. A norma constitucional, pilar de sustentação de todo o ordenamento jurídico preconiza seus fundamentos na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político (art. 1º, da CF). Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido (parágrafo único do art. 1º, da CF).

Marcelo Campos Galuppo¹⁰ chama a atenção para esse novo modelo de Direito como:

direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela

⁸ *Ob cit.* p. 51.

⁹ *In Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.* Del Rey: Belo Horizonte, 2004. p. 86.

¹⁰ *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Artigo *O que são os direitos fundamentais.* Coordenação de José Adércio Leite Sampaio. Del Rey: Belo Horizonte, 2003. p. 237.

interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade.

Para o professor supra referido:

Os Direitos Humanos transformam-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade.¹¹

Ronaldo Bretas de Carvalho Dias¹² conceitua *jurisdição constitucional* como a “atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos”.

Para o renomado professor e doutrinador, a jurisdição constitucional tem por finalidade “preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo, com isto obtendo a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições da lei ordinária”.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹³ ensina que *jurisdição constitucional*:

é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-processuais destinados a levar à apreciação dos tribunais questões que suscitam a infringência dos direitos humanos fundamentais.

A Jurisdição Constitucional surgiu historicamente como instrumento de defesa da Constituição, considerada como expressão de valores sociais e políticos.

¹¹ *Ob. Cit.* p. 233.

¹² *In Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2004. p. 90.

¹³ *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Artigo *Jurisdição Constitucional da Liberdade*. Coordenação de José Adércio Leite Sampaio. Del Rey: Belo Horizonte, 2003. p. 26.

Todavia, a Jurisdição Constitucional não se limita ao mero controle de constitucionalidade das leis, vai muito além disso, é através dela que se exerce e se consolida a garantia da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, sua rigidez e a defesa dos direitos e garantias fundamentais nela elencados.

O devido processo constitucional, instrumentalizador da Jurisdição Constitucional, atua, inclusive, como meio protetor da democracia. Para Rosemiro Pereira Leal¹⁴:

o que comprometeria a existência da democracia seria mesmo um desenrolar de opiniões por mecanismos não constitucionalizados em que se admitisse o absurdo majoritário, por uma retórica desabrida, de suprimir liberdade, igualdade e dignidade, e ainda assim se imaginar fruir de um presunçosa democracia.

V. A instrumentalidade técnica do processo e sua importância como modo instrumentalizador da Jurisdição Constitucional

Conforme ensina AROLDO PLÍNIO GONÇALVES¹⁵ o *processo* como procedimento realizado em contraditório em que as partes, de forma disciplinada no *iter* procedimental, promovem a construção do provimento jurisdicional da melhor forma possível para o cumprimento e exercício da atividade jurisdicional ao qual se verão submetidos é uma **técnica** criada pelo ordenamento jurídico e trabalhada pela ciência do direito processual.

O processo é visto como um lugar procedimentalizado em que as partes formulam as suas pretensões e defesas, em simétrica paridade, para a construção de uma decisão judicial cujos efeitos importará sujeição e respeito dos destinatários que contribuíram para sua formação. Por isso não há dúvidas em se afirmar que a decisão final a ser proferido, o provimento, revestido de caráter

¹⁴ *In Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Landy: São Paulo, 2002. p. 165.

¹⁵ *In Técnica Processual e Teoria do Processo*. Aide: Rio de Janeiro, 2001. p.168.

imperativo, será totalmente legitimado pela estrutura técnica procedimental do processo.

O processo, com sua instrumentalidade técnica, é alçado à condição de instrumento político de participação do povo na formação do provimento, seja de natureza legislativa, executiva e, principalmente, jurisdicional.

Calmon de Passos¹⁶ ensina que:

A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua condição de garantia constitucional, sim, fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra legem do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.

Rosemiro Pereira Leal¹⁷ ressalta que a Constituição democrática deve ser vista como:

um textual espaço normativo pré-decido em paradigma de direito democrático a ser legitimado pelo devido processo em suas extensividades procedimentais a espacializar oportunidade a todos de reconstrução e fiscalização confirmatória, recriativa ou correicional do direito posto ou a ser, conseqüentemente, reafirmado, emendado ou suprimido.

A visão constitucional da jurisdição, instrumentalizada pelo devido processo constitucional que se mostra como metodologia de garantia dos direitos fundamentais, convalida e disciplina a atual ordem democrática além de garantir a proteção dos direitos materiais que se achem válidos de proteção jurisdicional.

A jurisdição constitucional deve ser vista então, conforme ressalva Ronaldo Bretas de Carvalho Dias¹⁸, como modo de:

¹⁶ *In Processo e Democracia*. p. 95.

¹⁷ *In Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Landy: São Paulo, 2002. p. 194.

¹⁸ *In Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2004. p. 90.

preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo, com isto obtendo a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições da lei ordinária.

E, ainda, nos dizeres de Marcelo Cattoni¹⁹:

garantir as condições procedimentais de um processo democrático de reforma, no tempo, das interpretações subjacentes às decisões políticas e jurídicas fundamentais acerca de o que deva ser o juridicamente correto, possibilitando às gerações futuras a apropriação reflexiva das tradições político-constitucionais, no sentido de que a Constituição deverá ser sempre considerada como um projeto em aberto numa Democracia.

VI. Conclusão

Assim, no modelo de Estado Democrático de Direito, o que existe hoje é uma Jurisdição Constitucional (atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos), com fundamento no devido processo constitucional sustentado na visão fazzalariana de processo (procedimento em contraditório que assegura aos participantes na busca do provimento a simétrica e igualitária participação) em que o respeito à instrumentalidade técnica do processo, é elemento imprescindível, justificador e legitimador da decisão ou da própria atividade jurisdicional.

Ou seja, a legitimidade dos pronunciamentos jurisdicionais passa pelo validador do processo e pelo respeito à toda estrutura técnica nele consubstanciada.

O processo, portanto, não pode ser visto como mero instrumento da Jurisdição mas, sim, como instrumentalizador da mesma.

O processo é fonte indispensável para o exercício da atividade jurisdicional e não somente um instrumento para a prática de um poder, como equivocadamente é visto pela teoria instrumentalista.

¹⁹ *In Direito Processual Constitucional. Mandamentos: Belo Horizonte, 2001. p. 261.*

Na visão Fazzalariana de processo, o exercício da jurisdição está vinculado à discursividade, em contraditório pleno, obtida no decorrer do *iter* procedimental de onde se extrairá a normatividade jurídica sobre a qual culminará o pronunciamento jurisdicional.

Toda esta ritualística protegida neste espaço procedimental denominado *processo* atua como modo garantidor da Jurisdição Constitucional que, ao ser exercida, permitirá a supremacia do texto constitucional e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano nele estabelecidos e, também, a proteção ao direito material objeto de discussão no curso da atividade jurisdicional.

É o respeito a estas diretrizes que compõe a denominada *instrumentalidade técnica do processo*, que não se resumem apenas à mera garantia de participação das partes mas, sim, uma participação em simétrica paridade, em contraditório pleno, como forma de legitimação do provimento, alçando o *processo* a um verdadeiro meio instrumentalizador do exercício da atividade jurisdicional no modelo de democracia.

O respeito à instrumentalidade técnica do processo torna-se então o principal requisito para a legitimação da decisão e garantia do Estado Democrático de Direito pois permitirá a formação de um provimento participado em que seus destinatários contribuirão para a sua construção, legitimando e validando o seu resultado final ainda que contrário ao interesse de uma das partes.

VII – Referências bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 8a ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002. 356p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406p.

BATISTA, Ovídio da Silva e GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 2a ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000. 352p.

BRETAS C. DIAS, Ronaldo. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey: 2004. 229p.

CATTONI, Marcelo. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288p.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 3.ed., Buenos Aires, 1958.

CUNHA DE ARAÚJO. Marcelo. O Novo Processo Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 158p.

DINAMARCO, Cândido R. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide, 2001. 224p.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 8. Rio de Janeiro: Editora Forense.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 4a ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. 312p.

_____. Estudos Continuados de Teoria do Processo. Vol. I, II, III, IV. Porto Alegre: Síntese.

_____. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 21a ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001. 343p.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 568p.

_____. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 248p.

NUNES, Dierle José Coelho. O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa. Tese de Mestrado. PUC/MG. 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 537p.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de processo civil. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Luiz Prudente da. O recurso como expressão do contraditório sob o Paradigma da Efetividade e da Segurança. Tese de Mestrado. PUC/MG. 2001.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Da Ação Cível. Del Rey: Belo Horizonte, 2002. 239p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves Comentários à 2a Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 295p.

_____. Controle das Decisões Judicial por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 458p.