

Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal *

J. J. CALMON DE PASSOS
Professor

"Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um."

1. HANNAH ARENDT denominou um de seus notáveis trabalhos de *A vida do espírito*, colocando como subtítulo a trilogia - *o pensar, o querer e o julgar*. Poderíamos reformulá-lo, substituindo-o por - *conhecimento, decisão e juízo*, acrescido da afirmativa de que tudo isso está associado à necessidade de o homem motivar suas ações e orientá-las para os objetivos que se propõe o que, por sua vez, resulta do fato dele ser um animal que saiu da esfera da regulação pelos instintos e foi compelido a definir, ele próprio, regras para seu agir individual e coletivo, nisso residindo, precisamente, sua humanidade. ¹

2. Pensamos para *conhecer*. Desassistidos da orientação dos instintos, precisamos saber e para isso refletimos sobre nós mesmos e sobre o que nos cerca, organizando o existente em termos de compreensão. Precisamos conhecer para *decidir*, e decidimos com vistas a direcionar nossa atividade para o que se nos afigura melhor ou mais adequado ou mais correto, segundo o julgamento feito com base naquele conhecimento elaborado ou obtido. Por fim, *agimos*, buscando emprestar faticidade ao que se constituiu objeto de nossa decisão, fazendo acontecer o que sem o nosso agir jamais teria acontecido. Percorremos, também, o caminho inverso, indo dos acontecimentos para a reflexão sobre a experiência vivida e, apoiados nela, elaboramos conhecimento o qual, por sua vez, informará nossas decisões. Essa visão esquemática da dinâmica da condição humana, abstraindo-se um sem número de condicionantes e variáveis relevantes, pode ser aplicada a qualquer esfera do saber e a qualquer tipo de experiência. Dela nos utilizaremos para trabalhar o tema que nos foi proposto.

3. O direito, como tudo quanto existe, pode ser *pensado*. É perfeitamente possível e válido *pensar o direito e pensar sobre o direito*. Diria mesmo que é fundamental essa postura, antes de qualquer outra. E enquanto nos situamos nesse espaço, o nosso *puro pensar* nada determina, concretamente, no plano da faticidade, em termos de vida humana. O pensar reclama, entretanto, sua objetivação. E o que é pensado como direito deve ser objetivado, o que se dá mediante a produção de textos que denominamos de *ciência, doutrina ou dogmática jurídica*. Conhecimento que, no plano da regulação social da convivência humana, nenhuma consequência também determina, porquanto expresso por juízos descritivos, meras proposições, organizadas como saber especializado.

4. Não paramos aí, contudo. Pensando o direito e objetivando o direito pensado, com base nisso *julgamos e decidimos*. Essas decisões, contudo, ainda se objetivam como textos, proposições, juízos, conquanto, já agora, de natureza prescritiva. No mundo de hoje, nenhuma dúvida pode subsistir de que decisões de natureza jurídica se consubstanciam em textos, quer em nível macro (textos normativos de caráter geral - legislação em sentido lato) quer em nível micro (textos normativos de caráter particular - sentenças, atos administrativos, atos negociais). Aprofundando nossa reflexão, se procurarmos indagar sobre o que dá juridicidade a esses textos, que coexistem com inúmeros outros textos prescritivos, concluiremos que assenta no fato de estatuírem modelos de prevenção ou solução autoritativa dos conflitos de interesses que, vindo a se configurar no grupo social, não tenham logrado composição mediante os próprios interessados, com ou sem intermediação de instâncias sociais privadas.

5. Essa nova concreção do jurídico, entretanto, ainda se constitui mero texto, impotente, por conseguinte, como os que o precederam, para gerar consequências materiais que traduzam efetiva interferência ou determinação no comportamento dos que são destinatários das prescrições contextualizadas. E isso se dá tanto em nível macro quanto em nível micro. Passa a dispor o jurista, nesse momento, de um sem número de textos, a Constituição, os códigos, as leis, os decretos, os contratos e tudo mais que nem por terem sido editados, promulgados, publicados ou formalizados implicam, necessariamente, em mudanças em nível de realidade material, no espaço da regulação da conduta humana. Dessa contingência nem mesmo escapam as sentenças transitadas em julgado. Tudo isso apenas textos, nada mais que textos.

6. Por fim, a fase última do processo, aquela que realmente tem relevância em termos de faticidade, isto é, *a execução*, o conjunto dos atos materiais praticados sob o pálio daquelas decisões e dos quais decorrerão efetiva interferência na liberdade e no patrimônio das pessoas. A esta altura, aterrissamos no mundo dos homens em sua mais completa concreção, deslocamo-nos do plano da validade para o da faticidade. As coisas acontecem e se diz que elas acontecem e se legitimam por força de sua adequação à legalidade. Já não lidamos com textos, sim com vidas, criaturas humanas, nossos semelhantes, sempre perplexos a se indagarem por que alguns homens podem tanto em relação a outros homens, a ponto de lhes determinarem o que devem e o que não devem fazer, necessariamente.

7. Se quisermos ser fiéis e coerentes com quanto afirmado precedentemente, seremos obrigados a concluir que o direito, enquanto produto de pensamento e decisão (julgamento) é sempre linguagem, texto, proposição descritiva ou proposição prescritiva, extremamente vulnerável e impotente. Este, entretanto, é o material com que trabalhamos, nós, os juristas, e representa tudo quanto se coloca no espaço de nossa percepção e se faz *operável* por nós. Mas percebemos, por igual, que esses textos, proposições e prescrições são o resultado de todo um processo que os precedeu e foi determinante para a definição de seu conteúdo, o qual, em si mesmo e enquanto texto, de nenhum poder de determinação se revestiu, antes o conteúdo foi decisivamente determinado pelo processo de sua produção que, este, foi preeminente e determinante. Discipliná-lo é o que se faz imperioso para se lograr o produto desejado.

8. Sendo assim, antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto. Em nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos - agentes, organização e procedimentos - sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores. Não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macropolítico e macroeconômico. Nem pára aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, em nível micro, deve editar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Também aqui, como ali, antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina em todos os seus aspectos - agentes, organização e procedimentos - sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores.

9. É essa evidência que o modismo da "instrumentalidade do processo" camufla, ou conscientemente - perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico - equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar, ou finge ignorar, o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do Bem-Estar Social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial. São elas a revolução eletrônica, seguida pelas revoluções das comunicações, dos novos materiais, da biotecnologia, todas incorporando lógicas próprias que determinaram a hibridização das várias lógicas organizativas as quais, por sua vez, influenciaram a mudança radical operada na ciência organizacional, com inevitável repercussão sobre o Estado e o direito. Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos como certeza. ²

10. Foi a consciência dessa mudança que motivou a reflexão jurídica de pessoas que estão se tornando referências em nosso tempo. Poderíamos agrupá-las sob a denominação de "procedimentalistas", à falta de um nome melhor, ou de adeptos da processualização do direito. Tentaremos sintetizá-la. Se o direito é uma das formas de emprestar sentido e significação ao agir do homem, ele reclama, para sua compreensão, ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, donde a ineliminável dimensão intersubjetiva e lingüística de sua produção. Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado de *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsabilmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas.

11. Nessa linha de pensamento, PEREZ LUÑO menciona a obra coletiva recentemente publicada sob o título de *Critical legal thought: an american-german debate*, em que HÄBERLE, DENNINGER e WIETHÖLTER, entre outros, trabalham nessa direção. Diz LUÑO que se na década de cinquenta o antiformalismo, o discurso da suplantação do direito legal e o modismo do direito alternativo dos juízes legisladores foi assunto da ordem do dia, a experiência mostrou o alto custo social e político, em termos de segurança jurídica, dessa formulação que, no fundo, era a de um discurso antidemocrático ou no mínimo democraticamente cético. Daí a reação em nossos dias dos chamados procedimentalistas que, para utilizar as palavras de DENNINGER, representam um esforço no sentido da garantia, através do procedimento, de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto nas relações entre particulares como na relação destes com os poderes públicos.³ Já, há trs anos atrás, escrevendo sobre o processo administrativo, mencionara essa guinada no pensamento jurídico, inclusive referindo-me a um curso de mestrado que CANOTILHO ministrou na Universidade de Coimbra em torno dessa temática, cuidando do problema dos direitos fundamentais.⁴ Pois bem, é a esta altura dos tempos que se pretende fazer legitimar um discurso alicerçado numa "instrumentalidade" que, ou não diz nada, ou diz algo já de todo incompatível com o saber de hoje.

12. Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada *constitucionalização do processo*. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de *devido processo legal*, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do *devido processo constitucional*. Compreendido o direito como algo não *dado* aos homens pela natureza mas por eles *produzido*, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto *estabelecido constitucionalmente para sua produção*, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas conseqüências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional*. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou-o e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas à sua produção e aplicação.

13. No Brasil, FREDERICO MARQUES ⁵ foi pioneiro daquela primeira perspectiva, colocando a novidade em nossa doutrina, sendo o autor que me sensibilizou para a reflexão que procurei amadurecer no meu meio século de atividade como profissional e professor de direito. Juntamente com FREDERICO MARQUES, MAURO CAPPELLETTI ⁶ constituiu-se a fonte maior em que me abeberei. Considero este jurista italiano o nome mais representativo, nos limites do meu conhecimento, dentre os que teorizaram para o que se configuraria como a terceira etapa da caminhada do saber jurídico processual. O equívoco que, nos últimos anos, vem prevalecendo entre nós, consiste, precisamente, em se estar acreditando que o panorama, hoje, é o mesmo tomado como referência pelos teorizadores das décadas de cinquenta e sessenta. Tenho insistido em dizer, inclusive, que se MAURO CAPPELLETTI fosse, neste limiar de século, o jovem da década de cinquenta, talentoso e aberto à "novidade", estaria teorizando para além e diversamente dele próprio, MAURO CAPPELLETTI de ontem, porque consciente dos novos desafios e sensível às perplexidades com que nos defrontamos neste momento que, se quisermos lhe dar um nome, para tentar distingui-lo de eras passadas, poderemos chamar de pós-industrialismo, pós-modernidade ou era do conhecimento.

14. O velho processo do praxismo, desqualificado e menor (este, sim, meramente instrumental) revestiu-se, a partir do século XIX, do caráter de ciência jurídica, mediante o trabalho dos que lhe teorizaram a dogmática conceitual, avançando, no século XX, até ser visto como integrando a substância mesma do jurídico, falando-se hoje, inclusive, em um *status civilis processualis*, dimensão nova acrescida à cidadania em sua compreensão anterior. Se na concepção pré-moderna foi admissível atribuir-se-lhe o caráter de mero instrumento, porquanto se afirmava preexistente e predominante o direito material, identificado como direito natural divino, a crise experimentada por essa compreensão, na modernidade, determinaria, necessariamente, um novo modo de pensar o processo. Com a transição para o direito natural racional, produzido pelos homens mas sob o império das *leis da razão* (o conteúdo normativo da razão prática kantiana) se foi descartado o direito natural divino, subsistiu a convicção antiga, representada pela crença num direito prévio a ser apenas explicitado pelos homens em termos de racionalidade. Deixou de ser visto o processo como um mero instrumento, impotente para interferir na substância mesma do direito, isto porque ele próprio, processo, enquanto direito, devia submeter-se, tanto quanto o direito material, às leis da razão (o direito natural racional). Daí haver a doutrina acentuado sua interconexão substancial com o direito material, de que passou a ser uma extensão, vale dizer, tão submetido, quanto ele, às leis da razão, sem o que se desqualificaria enquanto direito, interferindo, ainda, e negativamente, na racionalidade inerente àquele.

15. Esse entendimento foi que levou os construtores das bases da dogmática do direito processual, que lhe asseguraram, inclusive, autonomia teórica, a jamais mencionarem a instrumentalidade como um de seus princípios fundamentais. Se falavam em instrumentalidade das formas, jamais se referiram à instrumentalidade do processo. Quando analisavam a relação existente entre o direito processual e o direito material, o que enfatizavam era a interdependência dos dois. CHIOVENDA ⁷ apontava para o processo o escopo de atuar a vontade concreta da lei. ZANZUCCHI ⁸ falava em reintegração do direito objetivo, CALAMANDREI ⁹ mencionava a observância prática do direito objetivo. CARNELUTTI, em *Diritto e processo*, ¹⁰ obra síntese do seu pensamento mais avançado, com sua costumeira e genial intuição, enfatizava o nexos mais que instrumental existente entre o direito material e o direito processual. Lembrava que, ao se falar em atuação da vontade concreta da lei, ou garantia da observância prática do direito objetivo, ou de reintegração do direito objetivo, aludia-se ao processo como qualquer coisa que serve para completar alguma outra coisa, que é a lei. Permanece, entretanto, na sombra o nexos entre uma e outra; ou seja, em palavra mais precisa, a *necessitas* de que a lei seja atuada, garantida, reintegrada. Tudo se ilumina, contudo, acrescentava ele, se imaginamos a lei como *uma promessa* que deve ser cumprida. Em suma, o Estado, apenas formalizando a lei, não faz tudo que é necessário para obter sua observância; pelo que se empenha em realizar algo mais, que é o que se faz no processo. Usa a imagem da promessa justamente para tornar claro que o processo está, *in nuce* na lei, da qual constitui o adimplemento. A própria palavra *jurisdictio*, de resto, concluía CARNELUTTI, reclama o adimplemento e portanto o cumprimento de qualquer coisa que não pode ficar incompleta. O legislador começa a *dicere jus* mas não termina aí, porque o jus não é *dictum* senão para o caso concreto, o que é realizado pelo processo.

16. Se nos voltarmos para a doutrina nacional, a mesma conclusão será tirada. Da instrumentalidade, como princípio fundamental do processo, não cuidaram nem PONTES DE MIRANDA, nem LOPES DA COSTA, como também FREDERICO MARQUES, BUZAID, AMILCAR DE CASTRO e LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, pioneiros no tratamento moderno de nosso direito processual. Também num livro muito lido e prestigiado na década de quarenta, *Los principios formativos del proceso civil*, ¹¹ ROBERT WYNESS MILLAR nenhuma referência faz ao princípio da instrumentalidade, nem mesmo indiretamente a ele se referindo o autor. A partir da década de cinquenta, em plena renovação do pensamento jurídico do após Segunda Guerra Mundial, um autor, insuspeito de ser ortodoxo, reacionário ou individualista empedernido, ANDRÉA PROTO PISANI, ¹² ao falar no caráter instrumental da norma processual (não do processo, frise-se) adverte sabiamente que essa instrumentalidade consiste no fato de que só lhe cab intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada, e também no sentido de que o direito substancial é indispensável para o direito processual. Isso, contudo, enfatiza ele, não autoriza concluir-se que o direito processual seja secundário em relação ao direito material e que este possa menosprezá-lo. Como também afirmar a diversidade entre direito material e processual e a instrumentalidade do segundo, em relação ao primeiro, não significa autonomia (no sentido de indiferença) entre os dois complexos de normas. Assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual. Portanto, em sua diversidade está presente, outrossim, uma estreita interdependência (isto é, dependência recíproca) entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, demonstra que o escopo do processo é precisamente assegurar o que foi prometido pelo direito material, e soente isso, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo. *Por conseguinte, nem o procedimento é indiferente (tecnicamente neutro) em face da tutela que lhe cumpre efetivar, nem a tutela é viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado* (grifo nosso). Instrumentalidade equipara-se praticamente a adequabilidade, conclui. Esta interconexão substancial, e friso a expressão *interconexão substancial*, foi particularmente acentuada, na segunda metade deste século, por constitucionalistas e administrativistas, repercutindo no campo da teoria geral do direito, como já salientamos (nº 9, *supra*).

17. A quanto dito precedentemente, devemos acrescentar a importância de que se revestiu a linguagem em nossos dias e o amadurecimento das reflexões que a seu respeito foram feitas. Muitos, inclusive, afirmam, hoje, que todo e qualquer problema filosófico, em sua essência, é um problema de linguagem. Assim, a reflexão sobre os modos e o alcance do conhecimento teria cedido seu lugar de privilégio ao pensar sobre a inteligibilidade humana, o que se logra mediante o domínio das estruturas que facilitem a sistemática elucidação de qualquer material lingüístico. ¹³ Esse fato, tão rico de conseqüências, infelizmente tem sido ignorado pelos processualistas de nosso país, mesmo os mais representativos. Daí, talvez, uma certa licenciosidade ou anarquismo lingüístico ou sem-cerimônia terminológica, muito corrente entre nós, cuja inevitável conseqüência é desqualificarmos de todo qualquer pretensão de revestir-se o direito de um mínimo de cientificidade ou racionalidade, inclusive na suadimensão básica - a dogmática conceitual. Esse desprezo contribuiu, a meu ver, e de modo relevante, para a ênfase que se buscou dar à instrumentalidade do processo, não só pela falta de cuidado no denotar e conotar o termo "instrumentalidade", como pelo total descaso em analisar o problema à luz da ciência e da filosofia da linguagem. Sem esquecer o olvido a que foram condenadas a ciência política e a sociologia e o próprio direito constitucional. Caso isso não tivesse ocorrido, certamente que o "discurso" sobre a instrumentalidade do processo ou inexistiria ou teria conteúdo bem diferente do que lhe emprestam atualmente.

18. Refletindo sobre a relação entre linguagem e pensamento, GIOVANNI SARTORI nos diz que são possíveis quatro respostas a esta pergunta. A primeira, nega qualquer relação intrínseca entre pensamento e palavra. Não pensamos com palavras. Há um mundo das idéias, dos arquétipos, dos universais, que se sobrepõe e se impõe às palavras. Segunda resposta seria a de que há identidade entre a linguagem e o pensamento. Falar em linguagem é o mesmo que falar em pensamento. Impossível dissociá-los ou distingui-los. Essas duas posições perderam força, por conspirarem contra elas algumas evidências. Temos mais pensamentos que palavras, tanto que precisamos criar novas palavras ou dar às existentes nova significação para que a linguagem tenha a extensão do pensamento. Por outro lado, é impossível pensar sem palavras, nem se sabe o que seria esse puro pensar. Erramos, portanto, se distinguimos ou identificamos, em termos radicais, a linguagem e o pensamento. Mais fecundo considerarmos pensamento e linguagem como coisas distintas, embora não independentes. Admitindo-se isso, abrem-se duas alternativas. A primeira, é a de que a linguagem não é indispensável para o pensamento, sim para sua comunicação. Somos capazes de pensar sem palavras; elas são, contudo, essenciais para comunicar o que pensamos. De modo sumário, poderia sintetizar a objeção básica a esse entendimento com a afirmativa de que é impossível pensar sem imagens, mesmo idealizadas, e que a imagem, para ser imagem, reclama a palavra que a significa. Como diz GIOVANNI SARTORI, o solilóquio ou conversa com nós mesmos se dá mediante palavras, ainda que não exteriorizadas, e a intuição só se distingue do pensamento discursivo por ser um ato inicial arbitrário o qual, na verdade, apenas condensa e focaliza, num entendimento conclusivo, um longo trabalho de incubação. Resta, por conseguinte, como a mais justificável e aceita, uma segunda alternativa, que configura, por sua vez, a quarta resposta possível à pergunta inicial. *Embora o pensamento não deva ser reduzido à linguagem, as palavras são indispensáveis tanto para a comunicação como para o próprio pensamento.* Se o ato de pensar pode ser considerado abstratamente como um prius da linguagem, o mesmo não se pode dizer da atuação do pensamento. Pensar é pensar em algo, sobre algo, a respeito de algo, pensamento discursivo, portanto, que tem por substância a linguagem. Não podemos pensar sem palavras: a lógica é, ao mesmo tempo, onomatologia. ¹⁴

19. Esse nexos entre pensamento e linguagem se faz presente em tudo quanto diz respeito ao conhecimento humano, seja ele perceptivo ou empírico, especulativo ou conceitual, imaginativo ou expressivo. O mesmo se dá tanto em nível de linguagem materna ou coloquial, meio de que nos valem para interagir no que se pode denominar de "mundo da vida", o mundo da espontaneidade da existência humana, quanto no particular do conhecimento científico, para o qual estruturamos linguagens especiais e artificiais. Pensamento e linguagem sempre fazem um e, essa simbiose, por sua vez, estrutura o que chamamos de realidade. Não foge desse imperativo o direito. Diria, inclusive, que o direito, mais que outro qualquer saber, é servo da linguagem. Como direito posto, é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. ¹⁵ Também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. Sendo assim, separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. *Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.*

20. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um.

Parodiando GADAMER, ao afirmar que o "ser" que pode ser compreendido é linguagem ¹⁶ também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) direito. E se o rigor terminológico é algo indissociável de qualquer saber com pretensões de racionalidade, portanto de respeitabilidade, esse rigor se faz muito mais exigente num saber, como o jurídico, quase que totalmente constituído daquele conhecimento conceitual a que já aludimos. Nele, precisão e rigor terminológicos são essenciais. Faltando isso falta a *ciência* do direito, substituída pelo *discurso* (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade.

21. Falar de "instrumentalidade" em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada. Instrumento pode ser entendido, no seu sentido mais amplo, como todo meio empregado para se alcançar determinado fim ou resultado Mas com essa significação ampla, é de nenhuma serventia. Suficiente para compreender o que foi afirmado será recordarmos que nossas mãos são um instrumento, o primeiro e mais notável utilizado pelo homem. Também os utensílios e as ferramentas que nossas mãos fabricaram. Finalmente, as máquinas, das mais simples, como a máquina a vapor, até aos equipamentos sofisticados e poderosos que a eletrônica nos vem proporcionando. Enquanto utensílios e ferramentas dependiam da excelência do operador, as máquinas já prescindem dele e, postas em condições de operar, bastam-se a si mesmas. Bem pouco de comum existe entre todos esses *instrumentos*, salvo serem sempre meios para que sejam alcançados determinados fins, e meios engendrados pelo homem.

22. Se é assim em nível de labor e de trabalho, em que a atividade do *homo faber* leva a um produto que se reifica e, a partir de sua reificação, destaca-se do processo de sua produção, dos instrumentos que nesse processo foram utilizados e do próprio produtor, tornando-se capaz de subsistir em si mesmo, tudo se torna bem mais complexo e menos propício para reducionismos simplificadores, quando nos alçamos ao nível da ação, da atividade tipicamente humana, do *discurso* (em sua concepção filosófica e semiológica) e da *comunicação*, disso que poderíamos chamar de fabricação de sentido e de significação para o nosso agir, em que o instrumento se mostra quase irrelevante, ou tem que ser pensado em termos radicalmente diversos do emprestado ao vocábulo quando a atividade humana se desenvolve em nível de labor ou de trabalho. ¹⁷

23. Tudo isso evidencia a necessidade de descartarmos a categoria "instrumento" como profícuo para nosso labor científico. Em nível de comunicação humana, o termo *instrumento* significa algo radicalmente diverso do que expressa quando nos referimos a utensílios e máquinas, pelo que, utilizando-o, incidimos sempre no risco de estarmos "instrumentalizando" o homem ou, melhor dizendo, amesquinhando a condição humana de muitos, na ilusão de estarmos fortalecendo o poder de poucos, quando na verdade, assim procedendo, desumanizamos a todos. A ação e o discurso são os modos pelos quais os homens se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens. Buscamos resposta não para o que somos, sim para *quem somos*. Se eliminamos no outro a capacidade de revelar-se, desestruturamos o discurso e a ação, eliminamos o único modo de ser que nos humaniza. Na relação dominador-dominado a desumanização de um só dos sujeitos da relação é de todo impossível, visto como o dominador também se desumaniza, empobrecidos ambos. Falar de instrumentalidade em nível do que é especificamente humano - o discurso, a comunicação, a ação - ou é imaturidade de reflexão, por déficit filosófico, ou manipulação ideológica perversa, por déficit de solidariedade. Se equívoco, cumpre haver esclarecimento. Se manipulação, precisa ser denunciada e combatida. ¹⁸

24. 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 máquinas 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. ¹⁹ Esquecermo-nos disso será produzirmos resultados perversos na convivência humana, geradores de retrocessos intoleráveis.

25. 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 e se necessitava apenas de reformulação.

26. E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela "viscosidade" da decantada "instrumentalidade", transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: "Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elocubração para o nada". Em resumo - não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores.

27. Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava - o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufocam? E a resposta foi dada pela palavra mágica "instrumentalidade", a que se casaram outras palavras mágicas - "celeridade", "efetividade", "deformalização", etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento.

