

ESTADO DE DIREITO FORMAL

Vinício C. Martinez *

Sumário: 1. Um ritual de passagem. 2. Formalismo e irracionalidade. 3. O processo leva à Justiça. 4. O processo de produção dos direitos. 5. Estado de Direito Formal. 6. Bibliografia

Resumo: O tema Estado de Direito Formal nos leva a pensar em várias linhas, hipóteses e sugerem inúmeras aberturas para proposições jurídicas, sociais, políticas, culturais. Uma dessas possibilidades mais amplas é discutir o Estado de Direito e a Justiça – ou o acesso à Justiça. Outro ponto de apoio à questão é investigar os princípios e as formalidades que norteiam o próprio acesso à Justiça e as possibilidades reais de seu aferimento, evidenciando-se aqui a burocracia judiciária, bem como o devido processo legal, o princípio do contraditório (pressuposto da democracia) e seus procedimentos mais habituais. E quando pensamos a Justiça ao alcance de amplos e diversificados grupos sociais estamos no terreno do Estado Democrático de Direito Social – a Justiça social como foro privilegiado do próprio Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Processo. Justiça. Democracia.

Abstract: The theme State of Formal Right² let us thinking in many ways and hypotheses. It suggests countless openings for juridical, social, political and cultural propositions. One of the wider possibilities is to discuss the State of Right and the Justice - or how to access the Justice. Another support point to the subject is to investigate the beginnings and the formalities that orientate the access to the Justice and the real possibilities to achieve it, showing here the evident judiciary bureaucracy, as well as the real legal process, the contradictory principle (democracy purpose) and its habitual procedures. And when we think about the Justice to the reach of a wide and diversified social groups we are in the side of the Democratic State of Social Right - the social Justice as a privileged forum of the own State of Right.

Key words: State of Right. Process. Justice. Democracy.

* Bacharel em Direito e em Ciências Sociais, pela UNESP. Publicou livros e inúmeros artigos, é Mestre e Doutor em Educação (USP), e mestrando em Direito (Faculdade Estadual de Direito – Jacarezinho-PR). É professor de Teoria Geral do Estado (graduação) e Fundamentos Sociológicos do Direito (Mestrado em Direito), na Fundação/UNIVEM de Marília, e membro Pesquisador do NEPI (Núcleo de Estudos, de Pesquisas, de Integração e de Práticas Interativas), filiado ao CNPq. E agradece ao prof. Renê de Sanctis pela correção gramatical do trabalho.

² O conceito em si será discutido no último item do trabalho.

1. Um Ritual de Passagem

O caminho tradicional para se inserir a discussão sobre os procedimentos da Justiça seria tratar/relacionar a questão processual com o núcleo do Estado de Direito. No texto, entretanto, preferimos entender o *processo* como (con)texto social, nexos ou liames da vida social com o mundo jurídico, isto é, como contingência social de implicação jurídica. No entanto, esse *liame* será retomado mais ao final do trabalho, porque iniciamos o debate por uma relação mais ampla entre Direito e sociedade, e processo e cultura.

Em poucas palavras, *o processo é um rito social de iniciação jurídica*, no dizer de Assier-Andrieu:

“O processo é o teatro institucional encarregado de resolver a equação formulada pela cultura jurídica ocidental entre liberdade e responsabilidade (...) o ritual judiciário é, assim como todo ritual, um meio de mostrar ao sujeito que ele pertence a uma cultura em comum (...) Esse *corpus* é a *referência normativa* em cujo nome se julga, ou seja, o conteúdo cultural que se trata de inculcar a fim de introduzir de novo o culpado, em virtude de sua culpabilidade, na família dos sujeitos cujas relações são orquestradas pelas instituições (2000, pp. 302-303).”

O processo seria o trato ou dramaturgia em que se representa a Justiça?

Dessa forma, diz-se que o processo é a porta de entrada para o Estado Democrático de Direito: o conjunto das instituições regulares que sustentam a fase atual do Estado Moderno³. Sob esse curso, na ordem jurídica requerida pelo Estado Democrático de Direito, o processo é um meio de se alcançar todo o Direito⁴ e deste chegar ao núcleo, ao âmago da Justiça. Aqui é cabível a lembrança de *O Processo* de Kafka e a situação em que seu personagem vagueia em meio ao mar de acusações e de calúnias, sem ter como se defender. Pois lhe é negada a defesa (negando-se os procedimentos regulares) e a possibilidade do contraditório. É curioso notar que o romance (*O Processo*) narra um drama judiciário em que *não há o devido processo legal* (característica exemplar do Estado Arbitrário). Portanto, mesmo que se estabeleça a (pretensa) culpabilidade, a personagem não teria condições de se inserir na vida social, uma vez que o processo simplesmente estava de todo ausente.

E não à toa o princípio do contraditório é tido como a excelência do princípio democrático (o cerne do próprio Estado Democrático), porque implica em contradizer, desdizer, dizer-contrário, não-ratificar. Trata-se de retificar a situação com segurança,

³ Não há até o presente momento nenhuma elaboração conceitual, jurídica ou política do Estado que tenha suplantado os objetivos e/ou alcances do Estado Democrático de Direito Social (Martinez, 26 dez. 2003).

⁴ Sejam os direitos civis, individuais e políticos (1ª Geração de direitos), sejam os direitos sociais, econômicos, culturais (2ª Geração) ou então os ambientais, difusos e coletivos (3ª Geração), além daqueles direitos chamados *virtuais* – os relacionados à imensa rede de comunicação e por isso considerados de 4ª ou 5ª Geração.

ir-contra, insurgir-se, voltar-se contra a opinião interposta/oposta. Em suma:

“Consagrado por todos os direitos ocidentais, o princípio do contraditório, ao qual já faziam referência Aristóteles e Sêneca, é ligado à própria noção de Justiça que é uma obra de confrontação (...) é considerado um princípio geral do direito. Esse princípio quer que nenhuma parte possa ser julgada sem ter sido ouvida ou citada (...) e implica que cada uma das partes em causa tenha condições de discutir e de contradizer as pretensões, os meios, os argumentos e os elementos de prova que lhe são opostos” (Bergel, 2001, p. 445).

O processo, então, é parte do ritual democrático ou parte do ritual que nos conduz à cultura democrática. De acordo com o princípio democrático, mesmo em se tomando a política como a primeira e a principal fonte do Direito, o processo seguirá seu curso de encontro ao Direito democrático: a busca de isenção do tratamento dos meios com os quais as partes irão se opor. Porém, isto se dará deste modo somente se a *tese* (teoria) coincidir com a prática (práxis) democrática⁵. Nestes termos, o processo é engendrador de uma estrutura ou complexo político.

Com o que também deveríamos afastar a bipolaridade (contradição) entre processo e Direito ou mesmo entre Direito e Justiça, uma vez que no interior do Estado Democrático de Direito, pela lógica, não deveria haver produção de normas, de quaisquer dispositivos legais ou *direitos injustos*. Com o que também deveríamos superar a dicotomia entre forma e conteúdo, isto é, entre os procedimentos processuais e o direito requerido (neste caso, *se e quando* o direito é considerado como *líquido e certo*).

De todo modo, ainda é comum pensarmos que sem conteúdo não há forma⁶ ou que sem processo não há direitos. E mesmo que tenha de ser superado, ainda se diz comumente que: *o que não está nos autos não está no mundo*⁷. Por isso, sempre há que se indagar, o juiz decidirá de acordo com o que está nos autos (princípio da persuasão racional do juiz) mesmo estando certo, seguro de que sua convicção é parcial e que a verdade ainda está oculta e, portanto, não plenamente revelada pelos *autos do processo*?

É mais incomum o pensamento reverso, ou seja, dirigir-se pelo ideário de que *a todo conteúdo corresponde uma forma*. Na verdade, são dimensões intercambiantes, *uma não existe sem a outra* e não há o menor sentido em se buscar saber quem é mais importante ou quem veio primeiro: se a forma ou o conteúdo. Há uma relação complementar que podemos visualizar em dois exemplos simples: (1)

⁵ É óbvio que aqui se tem um debate insolúvel entre teoria e prática.

⁶ Mesmo que o marketing procure indicar o contrário, sobre-valorizando o invólucro, a aparência, a forma.

⁷ É certo que não há *uma verdade*, uma fórmula da verdade, mas o processo poderia ser uma *forma verdadeira* de se buscar o correto (como se fosse o próprio *princípio da lealdade*).

o formato das mãos encurvadas permite amparar a água que mata a cede e, (2) de outro modo, o apelo estético pode ser tão marcante que se tenha só *cabeças consumistas ou dirigidas pela moda de época*.

O processo deveria ser um ritual de verdade, para os significados verdadeiros, aqueles significados aceitos e praticados socialmente. Como diz Assier-Andrieu (2000):

“Dá-se com o direito ocidental o mesmo que com a eficácia simbólica das sociedades “selvagens”. O registro da normatividade especificado no campo jurídico ocupa o lugar de um mito de referência, de um *corpus* de imagens coerentes e ativas, e o processo ocupa o lugar dos ritos incumbidos de concretizar essas imagens para todos no desenrolar da vida social”⁸ (p. 303).

O processo é um rito de passagem, de (re)inserção do indivíduo no mundo social e jurídico. Portanto, o processo, suas formas e seus procedimentos imprimem uma presunção de regularidade, previsibilidade, objetividade e constância – nessa linha, todos saberiam o que esperar da Constituição, do Direito e dos aplicativos da Justiça formal. Porém, o excessivo zelo pelos procedimentos é só efêmero efeito da burocracia⁹ - o excessivo apego à forma é formalismo, e o formalismo estéril impede o acesso ou a distribuição eficiente da Justiça.

2. Formalismo Estéril

Para se discutir processo e Justiça há, portanto, muitas portas e caminhos, desde as chamadas *condições da ação* até a burocracia que emperra a distribuição da Justiça (com maior equidade). O sentido que adotamos no texto é este que procura pensar o processo como parte (*estando dentro, interiorizado-se*) da burocracia judiciária, como um dos itens que compõem o denominado Estado Racional (Weber). Dessa forma, às vezes mais para o bem, por vezes mais para o mal, o processo será visto como parte da burocracia.

A burocracia, por sua vez, é parte do processo de racionalização da vida social moderna, ao menos no Ocidente. Mas, o fenômeno da burocratização crescente provoca um mero apego às formas e às formalidades e isso criou uma espécie de reverso, uma irracionalidade que provém dos entraves criados por esse gigantismo institucional e que impedem o fluxo normal. Quando a forma bloqueia totalmente o fluxo do conteúdo.

⁸ O autor se baseia nas obras e contribuições do antropólogo francês Lévi-Strauss.

⁹ Presente nesta mesma crença: *crê-se que pura e simplesmente o processo leva à democracia*. É erro grave pensar que a democracia é só forma.

¹⁰ E o conteúdo, profundidade.

¹¹ Não discutiremos aqui se a burocracia serve à dominação de classe.

¹² Seriam as bases históricas do que se chama, em Ciência Política, do Estado Cartorial brasileiro.

A forma deve produzir regularidade¹⁰ e segurança, mas a burocracia travada *desforma* seu próprio sentido¹¹. Neste sentido, o processo não escapa a essa dinâmica irregular, a exemplo da morosidade que experimentamos atualmente – para alguns, trata-se de morosidade marcada pelo excesso de recursos cabíveis. Em suma, este é o momento em que a forma pode vir a valer mais do que o conteúdo, momento em que se privilegia o processo e as vias processuais, em detrimento da Justiça e de sua exequibilidade¹². Para Radbruch (1999, pp. 151-163), o processo sintetiza-se numa fórmula: *o processo é a forma da forma*. Pois, o Direito em si já é a forma.

O processo deve ser entendido como parte de uma forma que lhe é anterior e superior: o **Estado de Direito Racional**¹³. O núcleo do Estado Racional (Weber), contudo, transformou-se em irracionalidade (nos dias atuais), e se trata de uma irracionalidade que ainda serve ao jogo de forças e à dominação do Estado – talvez um Estado baseado muito mais nas surpresas das ocorrências do que nas certezas do caminho racional indicado pela burocracia. Aqui o apego ao processo, ao direito processual, revela-nos o eixo do irracionalismo em que se desdobrou o mundo jurídico.

Este excessivo tratamento dado à burocracia estatal, ainda que em virtude da busca da ampla defesa e da mais sincera rede de proteção ao princípio do devido processo legal, foi denominado ao longo da história de *Estado de Direito de Papel*:

“Sucedem que esta mesma burocracia, sob o peso de suas rotinas inflexíveis e do aumento geométrico das necessidades ligadas à autogestão, possui uma assombrosa capacidade de replicação interna, e seu manejo tende a convertê-la em um fim em si, distanciando ou mesmo suprimindo o contato entre o centro de decisão e seus destinatários, cooptando o próprio governante em burocrata, e todos os agentes em funcionários públicos – e aqui reside o grande defeito do excesso de papel. O exemplo clássico é o de Felipe II, da Espanha, cuja obsessão por escritos foi motivo para a alcunha de “el rey papelerero”. Mas não só ele. Peter Burke afirma que nos primórdios da Idade Moderna quase todas as monarquias européias transformaram-se em “Estados do Papel”” (Reis, 15 jul. 2004).

Por isso, mesmo com as notórias observações de Calmon de Passos (2000), na perspectiva integradora de processo e de Justiça, o processo é sempre meio, e mesmo em meio à vigência do princípio democrático, *o processo não pode ser tomado como fim*. Pois, quando se toma o processo como fim, o que se tem é o formalismo empedernido. O que assegura que seja um meio é o princípio da instrumentalidade, em que o processo é um instrumento de realização do Direito como um todo. Com

¹³ Ao descrever a dominação racional-legal, Weber estaria expondo o núcleo do moderno Estado de Direito.

¹⁴ A crítica ao formalismo empresta nova perspectiva à forma. Mas deve-se ter claro que Bergel se refere à experiência de reformulação do direito processual francês.

isso, podemos conceber de que maneira o *formalismo* pode/deve ser controlado, ou seja, pela dinâmica da própria *forma bem regulada*¹⁴:

“Os vícios de forma agora só acarretam a nulidade dos autos se as irregularidades são assim sancionadas pela lei ou afetam formalidades substanciais ou de ordem pública e se está estabelecido que são danosos; a regularização posterior dos atos viciados é, aliás, possível. O processo penal também é doravante submetido à regra “nulidade sem prejuízo não opera”” (Bergel, 2001, pp. 446-447).

Mas, o que é essa *forma ajustada*¹⁵, ou simplesmente a forma que conforma o ato jurídico/processual? Ainda com Bergel (2001), trata-se das regras democráticas mínimas e básicas em que depositamos nossa confiança pela Justiça formal:

“O *formalismo processual* costuma ser apresentado de maneira pejorativa, ao passo que é, desde que seja bem dosado, uma garantia de boa Justiça e o escudo dos direitos da defesa contra a arbitrariedade do juiz. A forma dos atos e as menções que neles são exigidas permitem ao adversário ajustar sua defesa; a das notificações evita as medidas por surpresa; os prazos preservam os interesses dos litigantes e estimulam a instância (...) Não pode ser reduzido a além de um mínimo incompreensível, a não ser que se amputem gravemente as garantias dos litigantes” (p. 446).

Em outro campo, quando se trata de demanda social, de pendências e de problemas estruturais complexos (presentes e atuantes), na formação do Estado e da sociedade, que garantias há que se decidirá com isenção acerca do *interesse de agir*¹⁶? Mas, quando se terá segurança de que os interesses envolvidos, justamente por serem interesses públicos e globais, não vão sucumbir diante do direito de propriedade? Não parece óbvio que o aparato judiciário tenha de ser acionado sempre que se suponha o interesse público? Nessa mesma linha: quem terá *legitimidade jurídica* para a causa social? Quando se trata do interesse social, global não se deve sempre reconhecer de imediato a *possibilidade jurídica do pedido*? Pois bem, mas e quando se trata das necessidades do famélico e/ou analfabeto, quem detém o interesse de agir, se estes sequer se imaginam como *pessoas*, quanto mais como *sujeitos de direito*¹⁷? Aqui, o *interesse de agir* não é notório? Então, não deveria ser declarado de plano, desde que solicitado por **qualquer cidadão**¹⁸? Portanto, a finalidade social

¹⁵ Isto é, se a nulidade não anula a Justiça ou a pretensão de, então, não precisaria ser declarada nula.

¹⁶ A questão social envolve um *interesse social de agir* – para além dos interesses individuais de agir/possuir.

¹⁷ Entre 20% e 30% da população brasileira.

¹⁸ Para ficarmos só num exemplo de restrição veja-se que a **Iniciativa Popular** só pode ser proposta por eleitores e **não por qualquer cidadão** – além da lei impor muitas outras restrições (art. 61, § 2º).

¹⁹ Neste aspecto, destaca-se o princípio do *império da lei*.

será da maior utilidade/responsabilidade processual.

3. O processo leva à Justiça

Como vimos, o processo integra ou faz dialogar a norma, a realidade social, os sujeitos envolvidos e o **Estado de Direito**¹⁹. Mas, em si, o Estado de Direito é capaz de conduzir ou assegurar a Justiça?

É devido a esta questão que, em termos técnicos, também deve ser destacado o acesso à Justiça (com garantia constitucional processual), como mínima garantia de Justiça:

Acesso à Justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso ao juízo (...) Para que haja o efetivo acesso à Justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à Justiça é preciso isso e muito mais (Cintra, 2001, p. 33).

No processo, o juiz materializa o poder por meio do Judiciário. Na verdade, o juiz opera e materializa o poder em meio ao processo. Assim, se o processo é capaz de assegurar o acesso à Justiça, então, este aspecto será mais um critério a definir o princípio democrático e a distribuição da Justiça. E acessar a Justiça é acessar a democracia:

“O acesso à Justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas ao processo* (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com Justiça*” (Cintra, 2001, pp. 33-34).

O processo, portanto, é a forma que deve conduzir o conteúdo do Direito e na democracia deve conduzir à Justiça. Porém, além do *princípio do juiz natural* há

²⁰ Seria o caso de se lembrar do sucateamento dos equipamentos de informática ou, em sentido inverso, a *informatização dos cartórios* (permitindo consultas on-line e agilidade no andamento processual).

um juiz real, para quem a Justiça nem sempre é uma consequência natural da atividade jurisdicional. E além dessa *percepção* individual, pessoal do juiz ainda podemos destacar outras inúmeras situações que interferem (prejudicando ou disponibilizando) no acesso à Justiça e na efetividade do processo²⁰. Mas, vejamos algumas situações mais gerais:

“a) a admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A Justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos” (Cintra, 2001, p. 34).

Neste ponto seria necessário debater a situação macro-econômica do país, mas deve-se destacar sempre que a assistência judicial gratuita é fundamental à qualidade da democracia. Pois, advogados despreparados, desmotivados, mal remunerados não terão condições (capacidade, vontade) de representar adequadamente o povo pobre. Vejamos se o juiz pode interferir neste *caso social*:

“b) o modo-de-ser do processo. No desenrolar de todo o processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (*contraditório*), que este seja adequadamente *participativo* na busca de elementos para sua própria instrução²¹. O juiz não deve ser mero expectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual”²² (2001, p. 34).

Diríamos, portanto, que o juiz deve ser um ator, um protagonista ativo (não mero espectador) de toda a trama processual, mas que deve ter a mente voltada ao drama social. Por isso, não é suficiente que o juiz esteja pautado pelos critérios da Justiça formal (isto é elementar, fundamental), pois lhe cabe agir, *atuar* em prol da *Justiça real*, material, social:

“c) a Justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de Justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte” (...)

²¹ Lembremo-nos de que o juiz é o principal responsável pela formação de sua (suposta) “livre convicção” – já, obviamente, descontada a ideologia e afastado o preconceito arraigado.

²² Uma vez que o drama processual é o teatro da vida.

d) a utilidade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter (2001, pp. 34-35).

Agora, neste momento da história mundial, em que vemos crescer toda forma de obstrução (técnica, econômica, conceitual) e de desregulamentação das garantias constitucionais de direitos, que direitos ainda serão ditos líquidos e certos tanto para os indivíduos quanto para as multidões?

O que será tudo aquilo e precisamente aquilo que o Direito conseguirá suportar daqui por diante, quando os próprios direitos já estão em plano recessivo?

4. O processo de produção dos direitos

Também vimos que toda a discussão acerca do *devido processo legal* deveria resultar num debate amplo sobre a *obtenção social da Justiça*. Entretanto, sem perder o foco sobre o processo no bojo do Estado de Direito Formal, mas buscando a origem institucional da gestão do Direito, este debate se dá com a apreciação do Poder Legislativo. Como poder privilegiado na produção do Direito Positivo, o Poder Legislativo está numa ponta do *processo*, estando na outra extremidade o Judiciário: como intérprete e aplicador da norma jurídica. O que nos conduz à conclusão de que o acesso à Justiça resulta de um debate mínimo em torno do processo de produção legislativa – afinal, também se trata de um processo de construção do Direito. Por definição, no Legislativo há um processo político de constituição das normas e dos direitos.

Historicamente, pode-se considerar a fórmula *The Rule of Law* como uma das matrizes do devido processo legal, e mesmo que ao longo da própria história constitucional inglesa não tivesse um único sentido. Pois, “*The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Carta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um *processo justo* legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade” (Canotilho, s/d, pp. 93-94).

Neste sentido, o *processo* terá um caráter eminentemente político, produzindo direitos que sempre serão políticos, dado que sua origem é delineada pela própria dinâmica do processo legislativo²³. Porém isto não significa em hipótese alguma que o juiz deva ou possa tomar posição ideológica ou político-partidária em suas decisões formais e sentenças. Calmon de Passos (2000), em resumo em que

²³ Não nos esqueçamos de que o Judiciário também produz Direito quando interpreta, julga, ordena e sistematiza a jurisprudência, reformula a doutrina e assim intervém na vida social. Além do Poder Executivo que cada vez mais vem utilizando-se das famigeradas Medidas Provisórias (com evidente *poder de lei* – ao se transformarem em *medidas permanentes*) ou instrumentos como a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

sintetiza as várias interfaces ou questões subjacentes à atividade processual, permitindo perceber esta relação legislativa:

“Podemos, portanto, conceituar o processo como atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo *procedimento* como referido ao complexo dos atos juridicamente ordenados de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos, e serve para a preparação da tomada de decisões, sejam legislativas, administrativas ou jurisdicionais. Os procedimentos constituem, assim, um *sistema de interações* entre os poderes públicos e os cidadãos, ou entre unidades organizatórias públicas, como sugerido por Canotilho²⁴. E acrescentamos: não qualquer procedimento, mas o procedimento adequadamente disciplinado, vale dizer, em harmonia com as exigências básicas do Estado de Direito Democrático” (pp. 79-80).

Este aspecto *intrinsecamente* político do processo (na verdade, de toda a atividade da prestação jurisdicional) deve ser tratado com mais vagar. Mas, por ora, vejamos apenas alguns aspectos gerais desse *processo de produção dos direitos*. Assim, para a compreensão adequada do complexo que é este processo legislativo, administrativo e jurídico é necessário observar suas primeiras fases:

“a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, como primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material). b) A subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual). c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (normas de organização)” (Calmon de Passos, 2000, p. 87)²⁵.

Deste modo, o processo legislativo é nada mais do que a apreciação/regulamentação técnica e política do processo judicial. Em suma é este intrincado processo legislativo, administrativo, político, jurídico que está na base institucional

²⁴ Refere-se ao texto *Tópicos de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra y LXVI, 1990, pp. 151 e segs.

²⁵ É interessante notar como aqui se regularizam o processo, o Direito e as relações sociais.

do que aqui chamamos de Estado de Direito Formal. De certo modo, também podemos entender esse chamado ao *formal* como se tratássemos da racionalidade, imparcialidade e *previsão mínima de condução regular na aplicação do Direito*: a mínima segurança que se possa ter com o devido processo legal em resposta às tentativas de *juízo sumário*. É como se a *vontade funcional do Estado* (racionalidade) se expressasse no/pelo processo. É como entendemos esta passagem de Sundfeld:

“A vontade funcional é canalizada no processo, do qual o agente é apenas um elemento. Não houvesse processo para a formação da vontade funcional, ela seria idêntica à da vontade livre: centrada no agente. O processo infunde ao ato racionalidade, imparcialidade, equilíbrio; evita que o agente o transforme em expressão de sua personalidade. Sem ele, o agente fatalmente excederia seu papel de intermediário entre o Direito (a Constituição, a lei) e o ato a ser produzido” (2004, pp. 93-4).

Essa conotação de racionalidade, equilíbrio nas ações deve ser ainda mais desejada no tocante aos assuntos ou negócios públicos, pois o processo ou conjunto de procedimentos regulares deveria separar muito bem a vontade do agente (abafando-a, afastando-a) em razão da *vontade pública*. No entanto, o que evita que o poder público se transforme em poder tirano (usando abusivamente do chamado *poder extroverso*²⁶) é justamente essa condição elementar da Justiça: a garantia do princípio do contraditório – principalmente se do outro lado estiver todo o poder e aparato do Estado. É o que ainda sinaliza Sundfeld:

“O Estado produz seus atos no uso de poder extroverso. No entanto, o poder político seria arbitrário e despótico se os interessados não pudessem expor suas razões, opiniões, interesses, antes de serem afetados pelos atos estatais. Os comerciantes fazem seu lobby no Parlamento; autor e réu apresentam suas pretensões e provas ao juiz; a empresa se defende da suspeita de sonegação. São os processos legislativo e judicial e o procedimento administrativo que permitem essa desejável “participação” dos interessados nas decisões de autoridades públicas. O processo é, então – em perfeita coerência com a idéia central do direito público, de realizar o equilíbrio entre liberdade e autoridade -, a contrapartida assegurada aos particulares pelo fato de serem atingidos por atos estatais unilaterais” (2004, p. 94).

O processo, por fim, seria uma garantia jurídica essencial à forma e à realidade da democracia política em que se vive. E aqui se vê, é óbvio, o processo como parte do Estado Democrático ou do Estado Republicano.

²⁶ Trata-se da capacidade estatal de impor sua vontade legítima aos cidadãos, verticalmente, sem que haja *consulta popular* (mesmo que possa haver recurso cabível), a exemplo da promulgação legislativa de interesse público.

5. Estado de Direito Formal

Ao longo do artigo, percebemos como alguns critérios formais, processuais, normativos são fundamentais à prestação da atividade jurisdicional, à condução do princípio da igualdade (isonomia, equidade), colocando-nos ao alcance do princípio do contraditório – como base da *democracia processual e política*. Pois bem, em resumo, é a esta dimensão técnica que nos referimos ao denominar o texto de Estado de Direito Formal – quando se destaca a vigência e o rigor da forma jurídica para conquistar e garantir o conteúdo do Direito. Portanto, não é difícil perceber como é uma tarefa que compete sobretudo ao Estado – e ainda que a sociedade deva zelar para que não se sobrevalorize a forma (formalismo excessivo) em detrimento do objetivo central: *dizer o direito a quem de direito*.

Não há exagero em dizer que o Estado Democrático de Direito deve zelar pelas formalidades processuais por que passa o Direito, e que é este o instrumental jurídico ao que recorre a sociedade nas situações de conflito – desde que, é óbvio, tenha-se aqui uma sociedade democrática. O processo, deste ponto de vista, é pacificador, regulador e mediador de conflitos que – em outro contexto social não-democrático – descambariam para a violência. Então, também é preciso compreender que um dos papéis disso que chamamos de Estado de Direito formal é trazer civilidade, convivalidade, regularidade, confiabilidade às instituições jurídicas estatais – alertando-nos para o perigo do contrário, da supressão pura e simples do Direito e do seu habitual processo de procurar pela Justiça.

Em outras palavras: o Estado de Direito Formal é parte atuante (fundamental) do que se chama de processo civilizador. Pois, ao procurar obstruir as mais variadas formas da violência (individual ou política), o Estado de Direito Formal interpõe instituições, procedimentos e processos (legislativos e judiciários) que buscam *despersonalizar* a produção dos direitos – e ainda que os grupos dominantes tenham incrível vantagem na condução e no domínio dos aparatos e dos aparelhos do Estado. Portanto, sem exagero, o Estado de Direito Formal é um anteparo político e jurídico à barbárie social ou ao extremo individualismo, egoísmo, e uma forma de assegurar a divisão das próprias funções do Estado. O que mais uma vez nos alerta para o perigo de descarmarmos para um formalismo sem conteúdo de Justiça ou para as formas que não asseguram nada, a ninguém, a não ser os privilégios escondidos atrás dessas formalidades – ora somente pompas e requintes estéticos.

Em um contexto histórico, quando lutava contra o que chamava de *normalização* no interior do Estado Totalitário, na ex-Chescolováquia (e em todo Leste Europeu), Václav Havel denunciou o abuso das formas vazias de Justiça como sufocação da vida social. De acordo com o que viemos tratando, equivaleria à decrepitude do Estado de Direito Formal, pelo açodamento da verdade e da Justiça. Justamente por isso, sempre será oportuno reler parte dessa dura lição da história:

É preciso ter presente no espírito o fato de que a lei, mesmo nos melhores casos, nunca representa mais do que um dos meios imperfeitos e mais ou menos exteriores de proteger o melhor da vida contra o pior; mas em nenhum caso a lei dá por si mesma origem a este melhor; não pode ter mais do que um papel auxiliar, o seu sentido não reside em si mesma, o seu respeito não assegura automaticamente uma vida melhor (Havel, 1991, p. 184).

Havel nos ensina, novamente, a diferença (e a importância de se demarcar esse terreno) entre lei e Direito, entre normas, regras (normalização²⁷) e Justiça para valer. Havel indica que a consciência do Direito e o acesso formal à Justiça são apenas um passo dado no longo curso da democracia ou, como escreve filosoficamente, na *vida vivida na verdade*. Enfim, para fugir à tentação desse desvio é preciso que, no Estado de Direito Formal, todos os processos tenham o formato da democracia e estejam firmemente regulados, normatizados por formas e regulamentos de âmbito republicano: na formulação, no Legislativo, e na sua aplicação, no Judiciário.

Enfim, concluindo, mas agora simbolicamente, ainda podemos dizer que no romance *O Processo*, a personagem *Joseph K.* morre pela ausência dos princípios que estruturam o Estado de Direito Formal – e que sua morte sempre será um alerta real. A personagem já interrogava desde o início do romance: “K. ainda vivia num Estado de Direito, reinava paz em toda parte, todas as leis estavam em vigor, quem ousava cair de assalto sobre ele em sua casa?” (Kafka, 1997, p. 13). E depois, sobre o que deveria ser o *devido processo legal*, ouviu de outra personagem o seguinte: “O processo precisa girar continuamente no pequeno círculo em que está encerrado de modo artificial” (Kafka, 1997, p. 196).

Então, o Estado de Direito será uma eterna artificialidade? O devido processo legal e o princípio do contraditório não são instrumentos de se provocar a prestação jurisdicional? Será que sem o Estado de Direito Formal, a Justiça não seria mais eficiente?

A total inacessibilidade da personagem à prestação jurisdicional negou-lhe o direito de defesa, a oportunidade do contraditório, porque se construiu um processo difamatório, ilusório, viciado pelas inverdades que já traziam sua condenação, explicitamente, desde o início do romance: uma história de negação do Estado de Direito Formal.

O fato, no entanto, é que esse *Estado de não-Direito*, esse **Estado de Kafka**, não é mera reprodução da ficção – é mais real do que se supõe. Na China, por exemplo,

²⁷ Diria que a normatização é o trunfo do Estado de Direito, mas vimos o alerta de Havel: normatizar e normalizar não significam propugnar pela verdade ou pela Justiça.

²⁸ A China responde por 2/3 das execuções globais, com tiros na nuca – um ritual para o qual os soldados treinam regularmente.

de cada dez julgamentos, sete são feitos sem acompanhamento de advogados²⁸, ou seja, sem que haja direito de ampla defesa, sem o contraditório, à base de um *processo imaginário*, em que a Justiça não é expressa a não ser como *artificialidade processual* (diria Kafka). O que configura um Estado Arbitrário, em que não valem as regras do jogo do Estado de Direito e nem da democracia efetiva. Pois, sem a oportunidade de defesa não há nem sombra de democracia e do Direito, e muito menos de Justiça.

“A China abriu sua economia ao mundo e incluiu na sua Constituição o respeito aos direitos humanos. Apesar disso, o país continua a negar a seus cidadãos garantias mínimas de qualquer Estado de Direito, como o direito à defesa e a julgamento por um Poder Judiciário independente. De cada 100 acusados de cometer crimes no país, 70 são julgados sem a intervenção de um advogado, segundo Mo Shaoping, que já atuou como defensor em alguns dos casos de violação de direitos humanos na China de maior repercussão internacional. Depois de servir como soldado do Exército no fim dos anos 70, Mo prestou exame para a faculdade de direito em 1980 e hoje dirige um escritório no qual atuam 30 advogados e que também trata de questões empresariais e tributárias” (Trevisan, 19/07/2004).

Mas é preciso destacar, para não confundir, que a necessidade evidente da atividade processual, no Estado de Direito, não deve dar suporte às alegações que queiram *endurecer o sistema*, construindo um tipo de **Estado Estrutural**: um Estado baseado no Direito como *instrumento*, em que impera a jurisdicização de toda demanda social. Aliás, num passado não muito distante, *toda questão política era tratada como questão de polícia*.

Na já referida entrevista de Mo Shaoping, ficará clara essa relação do *Estado de Direito Chinês* com o também já referido Estado de não-Direito apontado por Kafka. Vejamos como se relacionam o princípio da inocência e o devido processo legal:

“Folha - Quantos acusados o sr. conseguiu absolver?”

Mo - Na China, não existe a absolvição como nos países estrangeiros, mas o governo chinês costuma libertar os condenados por crimes políticos após um certo período, por causa da pressão internacional. Normalmente, o governo diz ao público que essas pessoas precisam de tratamento médico fora da prisão” (Trevisan, 19/07/2004).

Agora, vejamos como os mesmos princípios se relacionam no romance *O Processo*, quando Joseph K. é informado sobre suas possibilidades reais de provar sua inocência:

Numa absolvição real, os autos do processo devem ser totalmente arquivados, eles desaparecem por completo do procedimento judicial; não só a acusação,

mas também o processo, e até a absolvição, são destruídos, tudo é destruído. Na absolvição aparente é diferente. Não produz nenhuma alteração no processo, a não ser o fato de que ele foi enriquecido pela comprovação da inocência, pela absolvição e pela fundamentação da absolvição. No mais, porém, ele permanece tramitando e continua a ser encaminhado – conforme exige o transito ininterrupto dos cartórios (...) Nenhum dos autos se perde, o tribunal não se esquece de nada. Um dia – ninguém o espera – algum juiz toma os autos nas mãos, mais atentamente, reconhece que nesse caso a acusação ainda está viva, e determina a detenção imediata (Kafka, 1998, pp. 192-193).

Note-se que mesmo no caso da *absolvição real*, os processos não são arquivados, mas sim destruídos, e com eles tanto as alegações da acusação quanto as da defesa. Coincidentemente com a realidade chinesa, os processos nunca *param*, não havendo prescrição, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada²⁹, arquivamento, mas sim constantes medidas protelatórias que só instigam a permanência de um estado de total *insegurança jurídica*. Por fim, quanto à própria natureza política e profissional do exercício da advocacia, Mo Shaoping nos revela que:

“Folha - Que tipo de garantias os advogados chineses têm no exercício da profissão?”

Mo - Nessa área, o assunto mais discutido no país hoje é a imunidade profissional para os advogados. Segundo o artigo 306 do Código Penal, os advogados podem ser presos se forem suspeitos de falsificar provas [o que pode ocorrer se eles derrubarem evidências apresentadas pela Promotoria ou conseguirem modificar depoimentos de testemunhas] (Trevisan, 19/07/2004).

Além de que não prevalece o princípio da representação e, portanto, vê-se abalado o princípio da ampla defesa:

Folha - E eles podem ser julgados mesmo assim?”

Mo - A China não tem a mesma legislação que os países ocidentais, nos quais as causas instruídas sem defensor são ilegais. Na China, acusados que não têm advogado podem se autodefender. Só acusados com menos de 18 anos, os cegos e mudos e os que podem ser condenados à morte têm direito a um defensor nomeado” (Trevisan, 19/07/2004).

Dir-se-ia que, neste caso, realidade e ficção andam de mãos dadas, que a angústia de Kafka não era romanesca, que ele vivia ou antevia esse Estado de não-

²⁹ Conforme art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Direito, esse Estado Arbitrário. A negação de procedimentos racionais à vítima implica em negar-lhe o devido processo civilizatório – aliás, no final, a personagem acaba morta, esfaqueada, justamente como demonstração de que o Direito não lhe serviu como alavanca rumo ao amplo processo civilizatório da humanidade.

A esta altura também já está claro, mas é oportuno ressaltar que o devido processo legal teve ao longo da história (como ainda tem em parte, se descontarmos os desvios burocráticos do formalismo) um papel civilizador na mediação e no encaminhamento dos conflitos. O devido processo legal operaria na base da racionalização, procurando-se instituir algum fundamento lógico no embate das relações de interesses conflituosos:

“Foi, na verdade, o domínio e a difusão da escrita, com todas as conseqüências disso decorrentes, que permitiram mais largamente a racionalização dos procedimentos judiciais, a aceitação de postulados objetivos sobre o modo de sua condução, a transformação, em suma, do ofício de julgar em algo com fundamento lógico, sem recursos apelativos ou liturgias inúteis. Se depois o fetichismo documental subverteu esses princípios, não se pode debitar à simples utilização da escrita semelhante transtorno” (Reis, 15 jul. 2004).

Com isto, então, está claro o papel que a escrita teve para o Direito e de forma decorrente para a organização processual que passou a configurar e conformar todas as relações jurídicas. Em resumo, esta é a base civilizatória em que se apoiou o Direito, quer seja na estrutura lingüística que se desenvolveria com a escrita, quer seja pelo papel mediador de conflitos (racionalização da política) que o processo iria adquirir séculos depois com o engendramento da moderna burocracia e das estruturas elementares do Estado de Direito Formal.

Especificamente a respeito da necessidade de suplantar o *formalismo excessivo* que pudesse limitar o que chamamos de Estado de Direito Formal, devemos atentar para o vigor que as *liberdades* e o *contexto social* devem ter neste quadro estatal. Nos diz Celso Bastos que:

“Não se conhece a liberdade senão nos países que consagram a primazia do direito. Isso não significa, no entanto, que o Estado deva limitar-se a ser de Direito e mandar todo o resto às urtigas. Podemos aceitar, até certo ponto, como válidas as críticas que foram dirigidas ao que se considerou ser um Estado de Direito meramente formal. É crucial que a consciência do social já penetrou profundamente as sociedades. Seria impensável, hoje, defender um Estado no qual reinassem condições subumanas de vida” (2001, p. 469).

De fato, ninguém defende abertamente um **Estado de Direito Anti-Social**, em que vigorem as piores condições de vida, mas é exatamente o que temos no

Brasil. Por fim, Celso Bastos chamará atenção para o controle sobre a tendência de gigantismo do Estado. O autor não especifica claramente do que se trata, mas pode-se intuir que se referia tanto ao Estado de Bem-Estar quanto ao Estado Socialista do passado. Como última consideração, devemos dizer que se procedeu aqui à crítica do formalismo excessivo, portanto, aos procedimentos exacerbados, mas não ao processo em si, pois aprendemos com *O Processo* de Kafka quanto o devido processo legal é fundamento da democracia e da vida republicana.

Mas deve-se frisar que tratamos de alguns procedimentos democráticos como se constituíssem o próprio processo de construção da vida republicana.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 1º volume, 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BERGEL, Jean- Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, Justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição. Lisboa-Portugal : Almedina, s/d.

CINTRA, A.C. de Araújo (et. al.). *Teoria geral do processo*. 17ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001.

CORREIA, Heloisa Helena Siqueira; MARTINEZ, Vinício C. *O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de Direito*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5130>.

HAVEL, Václav. *Ensaios políticos*. Bertrand Editora, 1991.

KAFKA, Franz. *O Processo*. 9ª Reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

MARTINEZ, Vinício. C. *Pluralismo jurídico*. **Jus Vigilantibus**, publicado em 3/5/2004, em: http://www.jusvi.com/site/p_detalle_artigo.asp?codigo=1758&cod_categoria=&nome_categoria.

As primeiras letras do biopoder: a literatura que denuncia as sombras do não-Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 292, 25 abr. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5123>.

Estado Democrático de Direito Social. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4613>.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

REIS, Nazareno César Moreira. *A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis Federais*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 373, 15 jul. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5439>.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed, 5ª tiragem. Malheiros Editores : São Paulo, 2004.

TREVISAN, Cláudia. *Poucos réus têm advogado, diz ativista chinês*. Folha de S. Paulo, capturado em 19/07/2004, em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1907200406.htm>.

WEBER, Max. *O Estado Racional*. IN : Textos selecionados (Os Pensadores). 3ª ed. São Paulo : Abril Cultural, 1985, p. 157-176.