

ORGANIZADORES

José Antonio Savaris
Márcio Ricardo Staffen
Zenildo Bodnar



JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: CONTRIBUTOS PARA UMA RELEITURA



Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



UNIVALI

2014

VOLUME 2

ORGANIZADORES

José Antonio Savaris

Márcio Ricardo Staffen

Zenildo Bodnar

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: CONTRIBUTOS PARA UMA RELEITURA

VOLUME II

COLABORADORES

Luiz Guilherme Marinoni

Jair Soares Júnior

Edmilso Michelin

Márcio Ricardo Staffen

Janilson Bezerra de Siqueira

Maria Raquel Duarte

Jane Berwanger



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



2014

ISBN 978-85-7696-131-4

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa, Extensão
e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento
Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Dr. José Antonio Savaris
MSc. Márcio Ricardo Staffen
Dr. Zenildo Bodnar

Colaboradores

Luiz Guilherme Marinoni
Jair Soares Júnior
Edmilso Michelin
Márcio Ricardo Staffen
Janilson Bezerra de Siqueira
Maria Raquel Duarte
Jane Berwanger

Diagramação/Revisão

Heloise Siqueira Garcia
Rafaela Borgo Koch

Capa

Alexandre Zarske de Mello

**Comitê Editorial E-books/PPCJ
Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi
MSc. José Everton da Silva
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Projeto de Fomento

Projeto de Pesquisa CAPES Edital n. 20/2010: CNJ
Acadêmico - AUXPE 1343/2011

Créditos

Este e-book foi possível por conta da
Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora
E-books/PPCJ composta pelos Professores
Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre
Moraes da Rosa e pelo Editor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

J938 Juizados especiais federais, volume 2 [recurso eletrônico] : contributos para uma releitura / organizadores José Antonio Savaris, Márcio Ricardo Staffen, Zenildo Bodnar. – Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2014.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários colaboradores.

ISBN 978-85-7696-131-4 (e-book)

1. Juizados especiais federais. 2. Acesso à justiça. 3. Processo civil. I. Savaris, José Antonio. II. Staffen, Márcio Ricardo. III. Bodnar, Zenildo. IV. Título.

CDU: 347.994

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VI
NÃO HÁ IGUALDADE PERANTE O DIREITO SEM RESPEITO AOS PRECEDENTES ...	8
Luiz Guilherme Marinoni	8
JUSTIÇA, IGUALDADE E DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: O SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	32
Jair Soares Júnior	32
PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE E SIMPLICIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: DA TEORIA À PRÁTICA	50
Edmilso Michelin	50
PROLEGÔMENOS PARA UM PROCESSO JUSTO EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: EM DEFESA DE UM MODELO	71
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO!	71
Márcio Ricardo Staffen	71
REFLEXÕES SOBRE A COMPOSIÇÃO E O TEMPO DE MANDATO DOS MEMBROS DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	105
Janilson Bezerra de Siqueira	105

CRÍTICA DA ABSOLUTIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PREVIDENCIÁRIOS	121
--	-----

Maria Raquel Duarte	121
---------------------------	-----

A PROVA NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL NA BUSCA DA CIDADANIA PREVIDENCIÁRIA.....	163
---	-----

Jane Lucia Wilhelm Berwanger.....	163
-----------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

A obra que temos a satisfação de tornar pública objetiva debater o microssistema dos Juizados Especiais Federais, no percurso histórico além da primeira década de sua existência, trazendo ao limiar aspectos críticos acerca do acesso à justiça, do devido processo legal, dos mecanismos de instrução e julgamento, para, ao final, discutir os expedientes de impugnação dos julgados.

Além do ponto central de convergência, todos os artigos procuram estabelecer linhas de efetiva contribuição ao Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais e Turmas Recursais da Justiça Federal - diagnósticos e prognósticos para os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais”, levado à cabo pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), com o incentivo do Conselho Nacional de Justiça.

Trata-se de obra coletiva, composta por artigos de professores e juristas especializados nas diversas temáticas propostas e vinculados a instituições de ensino ou a entidades ligadas à prestação jurisdicional no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Com isso, pretende-se fazer uma análise sistematizada e abrangente do pensamento doutrinário sobre o microssistema dos Juizados Especiais Federais.

O ebook está pautado na análise doutrinária do tema, mediante tópicos, com base na legislação nacional e nas decisões judiciais pertinente ao conteúdo. Apesar de coletiva, a obra tem como objetivo principal tecer um estudo organizado da matéria na medida em que está baseada em uma seleção prévia e criteriosa dos temas que serão abordados, proporcionando, nestes termos, um mosaico amplo e coerente das principais questões relativas aos Juizados Especiais Federais, vencida a primeira década de criação e funcionamento.

Adjetivados com a alcunha da mais inovadora mudança da justiça nas últimas décadas, os Juizados Especiais foram concebidos para possibilitar de forma efetiva o acesso à justiça, não somente ao Poder Judiciário, por meio de jurisdição simples, barata e célere, condizente ao tratamento de causas de menor envergadura material ou pecuniária. Há de se

destacar que o modo pelo qual se opera o sistema dos Juizados Especiais, em termos gerais, mostra uma (in)compatibilidade em relação aos princípios constitucionais-processuais que ganha relevo quando analisado o cenário de impugnação de julgados, objeto central do Projeto CNJ Acadêmico.

Agradecemos o apoio financeiro do órgão de fomento CAPES através do Edital n. 20/2010: CNJ Acadêmico - AUXPE 1343/2011 que oportunizou a concretização e publicação desta pesquisa.

Por fim, não desejando furtar o leitor da atenta leitura aos textos, resta-nos agradecer ao apoio de todos os co-autores, às equipes envolvidas no Projeto CNJ Acadêmico (UNISINOS-UNIVALI), e aos servidores da UNIVALI pela editoração e publicação.

Uma ótima e produtiva leitura.

Prof. Dr. José Antonio Savaris

NÃO HÁ IGUALDADE PERANTE O DIREITO SEM RESPEITO AOS PRECEDENTES¹

Luiz Guilherme Marinoni²

1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico.

Diz o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”. Como é sabido, o tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam e impõem o tratamento desigual. Porém, são rechaçadas possíveis discriminações gratuitas, não fundadas em elementos ou critérios capazes de, logicamente e substancialmente, impor um tratamento desigual.

Como é óbvio, tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio. Não obstante, se o administrador tem a sua atividade estritamente regulada pela igualdade e se o legislador certamente não pode editar leis que procedam desequilíbrios infundados, o Judiciário, no sistema brasileiro, submete-se à igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.

É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento da presente tese, que o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. Jaz inocultável que esse poder deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto. Ra-

¹ Para maior aprofundamento no tema dos precedentes, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

² Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

ciocínio contrário, capaz de desculpar o Judiciário, apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais.

2. IGUALDADE PERANTE A JURISDIÇÃO: IGUALDADE NO PROCESSO, IGUALDADE AO PROCESSO E IGUALDADE DIANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS

É interessante perceber que a doutrina brasileira, quando preocupada com a incidência do princípio da igualdade no processo civil, trata de aspectos internos ao processo, especialmente daqueles que dizem respeito à participação das partes. Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em “igualdade de armas”, assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes³.

Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial. Como salienta Mario Chiavario⁴, o contraditório não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes.

Também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça⁵ e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados.

³ Ver CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. 1. Padova: Cedam, 1982. p. 211; CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982. p. 140; MARTINETTO, Giuseppe. Contraddittorio (principio del). In: **Novissimo digesto italiano**, v. 4. p. 459; TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 467 e ss.

⁴ CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**, Milano: Giuffrè, 1982, v. 2. p. 19.

⁵ A igualdade também exige a consideração de aspectos econômicos que podem obstaculizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e esta tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha, importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo

Lembre-se que os procedimentos dos Juizados Especiais, destinados às pessoas menos privilegiadas financeiramente, são considerados indispensáveis em um ordenamento democrático. Do mesmo modo, a quebra do dogma do “procedimento único”, imposta pela pretensa neutralidade dos litígios, fez surgir a necessidade de estruturação de procedimentos especiais e de técnicas processuais capazes de ser utilizadas conforme as particularidades dos casos concretos. A técnica antecipatória, por exemplo, além de imprescindível para propiciar adequada proteção jurisdicional ao titular de direito material submetido a receio de dano (art. 273, inc. I, Código de Processo Civil), é igualmente necessária para permitir a distribuição isonômica do tempo do processo entre os litigantes (art. 273, inc. II e § 6º, Código de Processo Civil)⁶.

Como está claro, não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nessa dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade *no* processo e em igualdade *ao* processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual.

desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo, RT, 2010. v. 1, p. 419-420).

⁶ “A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada. Ainda mais evidente é a necessidade da pronta tutela da parte da demanda que se tornou incontroversa no curso do processo (art. 273, § 6º, do CPC). Seguindo-se o clássico e antigo princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo. Esse problema se torna ainda mais visível quando se pensa na cumulação dos pedidos e, especialmente, na circunstância de que essa cumulação é estimulada pelo princípio da economia processual. Ora, a impossibilidade de cisão do julgamento do mérito, ou seja, do julgamento antecipado de apenas um dos pedidos cumulados, torna risível qualquer economia que se pretenda por meio da cumulação. A tutela jurisdicional é prestada de forma tempestiva quando a técnica processual e a administração da justiça não retiram do juiz a possibilidade de concedê-la logo após os fatos terem sido esclarecidos. Portanto, se a tempestividade exige que a tutela jurisdicional seja concedida quando os fatos constitutivos estão evidenciados e o réu ainda procura provar um fato provavelmente infundado (hipótese vista há pouco), não pode haver dúvida sobre a imprescindibilidade de a técnica processual viabilizar a pronta e imediata tutela da parcela da demanda sobre a qual não mais existe controvérsia fática. Evidenciando-se parcela da demanda no curso do processo que deve caminhar adiante para que provas possam esclarecer o restante da demanda, o direito à tutela jurisdicional tempestiva impõe a fragmentação da tutela jurisdicional do mérito. *Não há aqui lesão ao direito de defesa. Na verdade, o ordenamento jurídico que impede a imediata tutela da parcela incontroversa da demanda é que viola o direito de ação, constituindo um ordenamento despreocupado com a efetividade da tutela dos direitos.* Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. Nos casos em que parcela da demanda é incontrovertida e em que o direito do autor está evidenciado e a defesa de mérito indireta é infundada, a ausência de previsão de tutela antecipatória obrigaria o Estado a faltar com o seu compromisso de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. *Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo, RT, 2010. v. 1, p. 370-371)

Vê-se, a partir daí, uma grave lacuna. Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.

Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema, e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal. A irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira.

De qualquer forma, antes de se adentrar na análise do direito à igualdade diante da jurisdição, é preciso frisar que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância desses direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.

Nota-se que o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais. O contraditório legitima o procedimento como meio, porém, não se presta a garantir o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais. Afirma-se, diante disso, que a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão⁷.

⁷ A ideia de processo justo não é suficiente para legitimar a decisão. O respeito aos direitos fundamentais processuais é requisito para se ter decisão justa; porém, embora necessário, trata-se de requisito insuficiente. A tese que faz supor que a justiça da decisão decorre de um processo justo é redutiva, pois desconsidera o conteúdo da decisão, dando ênfase apenas ao procedimento. Nessa perspectiva, a decisão é o simples resultado do procedimento, um ato jurisdicional despojado de conteúdo substancial. O que importa é somente a qualidade e a substância do procedimento. Como percebeu Taruffo, tal perspectiva *“implica la rinuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti*

Nessa dimensão surge a questão do contramajoritarismo, ou melhor, da tensão entre a decisão judicial que afirma o direito fundamental em face da norma editada pelos representantes eleitos pela maioria. Diante do problema posto pela questão do contramajoritarismo e buscando explicar a legitimidade da decisão, surgem as teorias textualistas, procedimentalistas e substancialistas. As primeiras propõem uma interpretação textualista da Constituição, atrelando a legitimidade da jurisdição ao literalismo das normas constitucionais⁸. As teorias procedimentalistas buscam dar legitimidade à jurisdição, destacando seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei⁹, enquanto as substancialistas dão ênfase ao conteúdo material dos preceitos constitucionais, advindo a legitimação da

che produce, e rimanda l'osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione." (TARUFFO, Michele. Ideias para uma teoria da decisão justa. In: **Sui Confini** (scritti sulla giustizia civile). Bologna: Il Mulino, 2002. p. 221). Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo, RT, 2010. v. 1.

⁸ O textualismo é incapaz de dar legitimidade à decisão jurisdicional, uma vez que as normas constitucionais, especialmente as que afirmam direitos fundamentais, têm natureza aberta e indeterminada. Para concretizar os direitos fundamentais – viabilizando a sua proteção e realização fática – e bem situar e controlar as normas infraconstitucionais, é necessário delinear os conteúdos dos direitos fundamentais, o que não pode ser feito por meio de uma interpretação textual da Constituição. Essa dificuldade leva os textualistas à recriação do próprio problema a ser enfrentado, pois, diante da necessidade do preenchimento do sentido vago das disposições constitucionais, eles são forçados a definir critérios capazes de selecionar qual é o correto sentido "literal" do texto constitucional. Alguns dizem que é o sentido atribuído pelos membros da assembleia constituinte que elaborou a Constituição; outros, que é o sentido que pareceria razoável aos olhos da geração constituinte; e outros, ainda, que é o sentido que lhe dá a geração atual. Ou seja, os textualistas têm de apelar para fora do texto constitucional para solucionar dúvidas interpretativas. Porém, este é precisamente o defeito que eles apontam nas demais teorias constitucionais. Logo, essa é uma teoria que reproduz a sua própria crítica. Ver SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. New Jersey: Princeton University Press, 1997. Para uma versão mais rica e proveitosa do argumento textualista: AMAR, Akhil Reed. Intratextualism. **Harvard Law Review**, v. 112, p. 747-827, 1999.

⁹ As teorias procedimentalistas criticam a busca de um conteúdo substancial na tutela dos direitos fundamentais com base no argumento de que inexistem valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Aqueles que se encontram nessas correntes afirmam que, diante da natureza aberta das normas constitucionais, não se deve dar ao juiz o poder de escolher os valores substanciais nelas contidos, pois isso poderia gerar a tirania dos tribunais. Portanto, a legitimidade da decisão, segundo essas teorias, jamais seria encontrada dando-se ao juiz o poder de determinar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para se opor à decisão da maioria da casa legislativa. Eis o que escreve John Hart Ely, um dos mais importantes representantes do procedimentalismo norte-americano: "Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional a favor de um sufrágio quase universal para mudar de atitude e aceitar, em decisões populares, a imposição, desde o alto, dos valores de juristas de primeira classe. Como Robert Dahls observou, 'após quase vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem convencidas das vantagens de serem governadas por reis-filósofos são [...] uns poucos filósofos'." (No original: "Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, 'after nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are [...] a few philosophers.'") (ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 59-60). Embora parte das teorias procedimentalistas faça preponderar a participação popular sobre os direitos fundamentais, a teoria de Habermas – ao contrário das outras teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo o filósofo alemão, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade, assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. Para ele, os juízes constitucionais devem agir de modo a garantir as condições do processo democrático de legislação. A eles cabe "examinar os conteúdos de normas controvertidas, principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático". (No original: "Die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen.") (HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 320). V. ainda HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1988. Acerca da teoria da jurisdição constitucional de Habermas, ver, no Brasil, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998; CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 203-217.

jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base¹⁰.

No presente momento não importa analisar qual é a teoria mais adequada ou como é possível conferir legitimidade à decisão que afirma um direito fundamental em face da vontade da maioria. O objetivo é apenas demonstrar que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão e, portanto – ao menos em face da teoria procedimentalista de Habermas e das teorias substancialistas –, de um “consenso” acerca do significado do direito fundamental nela afirmado. Assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para em um momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria, sem qualquer razão de ser, as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.

¹⁰ Ronald Dworkin sintetiza a proposta substancialista na seguinte passagem: “Nosso sistema constitucional repousa sobre uma teoria moral particular, isto é, que homens têm direitos morais [*moral rights*] contra o Estado. As cláusulas difíceis da Carta de Direitos [...] têm de ser entendidas como apelativas a conceitos morais [...]; por essa razão, uma corte que está incumbida do ônus de aplicar estas cláusulas plenamente como direito tem de ser uma corte ativista, no sentido de que precisa estar preparada para moldar e responder questões de moralidade política.” (No original: “*Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights [...] must be understood as appealing to moral concepts [...]; therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality*”) (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard Press, 1978. p. 147). V. também DWORKIN, Ronald. Integrity in law. In: **Law’s empire**. Cambridge: Harvard Press, 1986; e, para a elaboração mais recente desta tese, DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996. Uma defesa qualificada da teoria substancialista também é encontrada em TRIBE, Laurence. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985; TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

3. IGUALDADE PERANTE A LEI E IGUALDADE PERANTE A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA LEI

3.1 A plurissignificação do texto legal

Não haveria motivo para falar em igualdade diante das decisões caso estas pudessem se resolver na mera aplicação da lei. Bastaria a noção de igualdade perante esta. Portanto, quando se pensa em igualdade diante das decisões, remete-se ao problema da interpretação judicial¹¹.

Para ficar claro, está-se considerando a decisão em relação à lei, embora, obviamente, não se ignore a importância dos fatos litigiosos para a construção da decisão judicial¹². Descartados os fatos e resumindo-se a questão à aplicação da lei, é preciso lembrar que há tempo se aceita que a tarefa do intérprete não se resume à explicitação do texto da norma, devendo constituir uma continua reformulação e adequação do texto legal às novas situações concretas¹³.

Com efeito, embora este item se proponha a demonstrar o impacto da técnica das cláusulas gerais e do neoconstitucionalismo sobre a ideia de mera aplicação da lei, não há como admitir – nem mesmo em nível teórico – a possibilidade de limitar a função judicial a essa simples aplicação. Na verdade, é uma grande ingenuidade supor que o texto legal possa ter somente um significado ou uma interpretação. Essa ingenuidade *pode* ser escusável apenas quando atrelada às angústias da tradição do *civil law*. Ora, por mais perfeita que a sua construção linguística possa parecer, a norma – compreendida como texto legal – tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes. Como diz Riccardo Guastini, o texto da lei admite uma pluralidade de interpretações, ou seja, exprime potencialmente não apenas uma norma (ditada pelo intérprete) de

¹¹ No livro *Interpreting Precedents*, advertem Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel que o direito manteria uma uniformidade apenas formal caso pudesse variar de acordo com o caso. Anotam os juristas que a uniformidade do direito é um componente essencial para o tratamento igualitário de casos substancialmente similares, isto é, de casos que se qualificam como similares a partir de uma determinada e estável interpretação do direito. No original: “*This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law.*” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, *Rationales for precedent. Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997. p. 481-482).

¹² Ver TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2001, p. 11 e ss. Também em TARUFFO, Michele. *Sui Confini...*, TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2001, p. 195 e ss.

¹³ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2004, p. 54; CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2002/1, p. 1 s.

limites determinados, mas uma multiplicidade de normas alternativas, sempre de conteúdo indeterminado¹⁴.

O problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal. Embora o objetivo da limitação da decisão à letra da lei seja o de conter o arbítrio do juiz, não há dúvida que a compreensão da lei, e, portanto, o subjetivismo, varia à medida que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição do significado normativo. Entende-se, em vista disso, que o subjetivismo do juiz é um dado; o que importa, diante da construção da decisão, é o texto legal. A lei é interpretada – e não meramente aplicada – não apenas porque o juiz inevitavelmente deve compreendê-la, mas especialmente porque o seu significado precisa ser apreendido e deduzido.

3.2 A técnica legislativa das cláusulas abertas

É lugar comum, na doutrina jurídica, a ideia de que, atualmente, vive-se a época da decodificação. Os Códigos, com sua pretensão de generalização e uniformidade, cederam lugar a leis especiais, destinadas a regular situações específicas, titularizadas por grupos e posições sociais determinados¹⁵.

No Direito Processual, o fenómeno também é observado. Lembre-se que, no processo civil de conotação liberal clássica, deveria bastar um único procedimento para atender a todas as posições sociais e a todo e qualquer direito. A doutrina processual do início do século passado via os procedimentos especiais como espécie de desvio do procedimento padrão de tutela dos direitos. Contudo, já faz algumas décadas que os procedimentos especiais assumiram a conotação de instrumentos elaborados para atender às variadas situações jurídicas carentes de tutela¹⁶.

¹⁴ “La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione ‘false’. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco: sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni ‘vere’ e interpretazioni ‘false’. Quale mai dovrebbe essere il criterio di verità delle tesi interpretative?” (GUASTINI, Riccardo. Se i giudici creino diritto. In: VIGNUDELLI, A. (Org.). **Istituzioni e dinamiche del diritto**: I confini mobili della separazione dei poteri. Milano: Giuffrè, 2009. p. 391).

¹⁵ V. IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979; IRTI, Natalino. **Codice Civile e Società Politica**. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

¹⁶ Com isso, é rompida a confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, afirmando-se a noção de instrumentalidade substancial.

O problema é que, diante de uma variedade de procedimentos e de técnicas processuais, aumenta-se não só o poder do juiz, mas também a possibilidade de soluções variadas para as situações litigiosas. É claro que a situação substancial que pode ser tutelada mediante procedimento que viabiliza execução imediata da sentença, por exemplo, é tratada de forma diferenciada em relação a outra cujo procedimento de tutela submete a eficácia da sentença ao duplo grau de jurisdição¹⁷.

Ademais, diante da percepção do inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legislativas, tornou-se clara a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores. Surge, daí, a noção de cláusulas gerais¹⁸, vista como técnica legislativa que se contrapõe à técnica casuística. Há profunda modificação na maneira de o legislativo produzir direito. Ou melhor, ainda que o legislativo continue a se valer de Códigos, deixa-se de utilizar apenas a técnica casuística, admitindo-se, ao seu lado, as chamadas cláusulas gerais, destinadas a permitir ao juiz considerar circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos.

A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da norma, se estabelecem, na medida do possível, critérios para a qualificação dos fatos normados¹⁹. Norma de tal espécie não exige maior esforço do juiz, permitindo aplicação por meio de subsunção. Ao revés, as cláusulas gerais são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma²⁰.

Observa Judith Martins-Costa que as cláusulas gerais não pretendem “dar, previamente, respostas a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são pro-

¹⁷ “La pluralità di normative processuali e, quindi, di riti differenziati, già di per sé, favorisce la possibilità di soluzioni diversificate ed, in ultima istanza, aumenta il tasso di discrezionalità delle decisioni del giudice. Del resto, a suo tempo, già Giambattista Vico osservava: ‘*hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia videantur*’. L’aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. A titolo di esempio, basti ricordare come nella giustizia civile il ricorso ai provvedimenti d’urgenza sia divenuto ormai molto frequente e le misure cautelari o quelle anticipatorie tendano a definire la controversia. Si profila, in altri termini, una forma di ‘supplenza’ della tutela cautelare e di quella anticipatoria, o comunque della cognizione sommaria, rispetto alla cognizione piena ed esauriente.” (PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2004, p. 44).

¹⁸ V. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 129 e ss.; GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2000, p. 3 e ss.; TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 65, 1993, p. 21 e ss.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 134.

²⁰ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2004. p. 46.

gressivamente construídas pela jurisprudência”. Adverte que, “por nada regulamentarem de modo complexo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social. Em razão destas características, esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”²¹.

Nota-se, desde logo, que a técnica das cláusulas gerais, peculiar aos códigos da contemporaneidade, funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do Direito. Portanto, tal técnica não só faz ruir a ideia de completude dos compêndios legislativos, definidos exclusivamente segundo a técnica casuística, como demonstra a insuficiência da lei, aplicada à base de subsunção, para a solução dos variados casos litigiosos concretos. Com isso, inquestionavelmente, confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe poder para construir a decisão com base em elementos que não estão presentes no tecido normativo.

A passagem da técnica casuística, na qual a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; esta é responsável pela previsibilidade em relação ao direito e, portanto, tem que contar com estabilidade.

Acontece que, diante desse deslocamento de eixo, torna-se também necessário repensar o significado externo de decisão. Não basta mais afirmar que esta não pode ser vista como mera aplicação da lei: trata-se de algo, é óbvio e indiscutível. É imprescindível conferir à decisão do juiz contemporâneo outro valor, que lhe assegure respeito e previsibilidade.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998, p. 134.

Ora, se o juiz se vale da cláusula geral para chegar à regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto. Dessa forma, como é intuitivo, afigura-se previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Acontece que, obviamente, a função das cláusulas gerais não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral.

E isso é detectado pela melhor doutrina civilista dos nossos dias. Judith Martins-Costa²² escreve que o “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva, o juiz é, efetivamente, a boca da lei – não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese, mas porque atribuiu a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”.

Como se vê, a notável civilista chega até mesmo a utilizar termo próprio à teoria dos precedentes (*ratio decidendi*), comumente utilizado no *common law* para identificar o real significado de um precedente e o modo e a extensão em que ele vincula as decisões judiciais subsequentes.

Tudo isso quer dizer que, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *common law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

Não obstante, considerando-se que a técnica das cláusulas gerais difundiu-se a partir dos anos 40 do século XX, é no mínimo curioso constatar que os países do *civil law* – e, no que aqui realmente importa, o Brasil – não tenham efetivamente se dado conta do problema. Na verdade, o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral, comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade. Ao assim proceder, o sistema apresenta o remédio, mas esquece dos perversos efeitos colaterais que ele proporciona.

²² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998, p. 139.

A concepção de Judiciário apagado pelo Legislativo e a ideia de juiz como mero executor da lei obviamente estão distantes. Isto não significa, no entanto, que a admissão da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto tenham gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o direito. A ampliação da latitude do poder judicial com base nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais.

Para encarar com profundidade a discussão, cabe a análise do que se vê no Direito Processual contemporâneo. Também o Direito Processual Civil foi repentinamente marcado por um paulatino e progressivo aumento dos poderes do juiz. Deixou-se de lado a rigidez das regras e a suposição de que a segurança e a igualdade apenas poderiam ser garantidas caso o juiz não tivesse espaço para fugir da letra da lei e da tipicidade das formas processuais. Foram instituídas no Código de Processo Civil normas com conceitos vagos e outras que expressamente atribuem ao juiz o poder-dever de adotar a técnica processual necessária à adequada tutela do direito material no caso concreto.

A alteração do Direito Processual Civil e da função judicial no aspecto procedimental têm relação com a necessidade de se dar ao juiz poder e mobilidade que lhe permitam tutelar de forma efetiva as novas situações de direito substancial. Não foi por outra razão que foram abandonadas as vetustas garantias de segurança e de liberdade proporcionadas pelas “formas” do processo civil clássico. Nesse sentido, é interessante a lembrança de Vittori Denti acerca de célebre conferência de Chiovenda²³, pronunciada no alvorecer do século XX, em que o cultor do direito processual italiano não apenas frisou a necessidade das formas para evitar a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda sublinhou “a estreita ligação entre a liberdade individual e rigor das formas processuais”²⁴.

Vigorou no processo civil, particularmente à época do processo civil clássico, o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, cujo significado era impedir a utilização de meios executivos não expressamente previstos na lei. O princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1901 (Reed. 1993).

²⁴ DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1993. p. 808.

Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos expressamente tipificados na lei.

Porém, com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las.

Essa necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, inc. II, Código de Processo Civil) –, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar o que denomino normas processuais abertas (art. 461, Código de Processo Civil).

Tais regras decorrem da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos. A lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se modificam rapidamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro da sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.

Contudo, tais normas não somente conferem maior poder para a utilização dos instrumentos processuais, como também outorgam ao juiz o dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira legítima. Se antigamente o controle do poder jurisdicional era feito segundo o princípio da tipicidade, ou da definição dos instrumentos que podiam ser utilizados, hoje, esse controle é mais complexo e sofisticado.

Assim, por exemplo, a legitimidade do uso dos instrumentos processuais do artigo 461 do Código de Processo Civil, que oferece às partes e ao juiz um leque de instrumentos processuais destinados a viabilizar a denominada “tutela específica”, depende da identificação da espécie de tutela específica (tutela inibitória etc.) objeto do caso concreto, da consideração do direito de defesa e da regra da necessidade – não esquecendo, obviamente, da racionalidade da argumentação expressa na fundamentação da decisão.

Tal artigo afirma que o juiz poderá impor multa diária ao réu para constrangê-lo ao cumprimento de ordem de fazer ou de não fazer, na concessão da tutela antecipatória ou na sentença concessiva da tutela final (art. 461, §§ 3º e 4º), ou, ainda, determinar, para dar efetividade a qualquer uma dessas decisões, as “medidas *necessárias*”, que são exemplificadas, pelo § 5º, com a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Ou seja, o legislador deu ao juiz o poder de impor o meio executivo adequado (art. 461, §§ 4º e 5º), adotar a sentença idônea e conceder a tutela antecipatória (art. 461, § 3º), fazendo referência apenas às técnicas processuais que podem ser utilizadas, mas não precisando em que situações de direito material, e muito menos em que casos concretos, elas devem ser aplicadas.

Perceba-se que, para a adequada aplicação dessa norma, o juiz é obrigado a identificar e precisar as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto. De modo que não há como o juiz ordenar um fazer ou um não fazer sob pena de multa, determinar a busca e apreensão ou conceder a tutela antecipatória (sempre como exemplo) sem anteriormente compreender a razão pela qual está atuando, ou melhor, sem antes identificar a espécie de tutela específica solicitada (inibitória, de remoção de ilícito, ressarcitória etc.) e os seus pressupostos (ameaça de ilícito, prática de ato contrário ao direito, dano etc.)²⁵.

Contudo, quando se busca a técnica processual idônea a efetivamente tutelar o direito e, assim, o adequado preenchimento judicial da norma processual aberta, evidentemente, não é possível esquecer-se da esfera jurídica do réu. Se é possível escolher a técnica processual capaz de dar proteção ao direito, não há como admitir que tal escolha possa prejudicar o demandado. Isso quer dizer que a utilização da técnica processual, diante da norma processual aberta, tem a sua legitimidade condicionada não apenas à identificação da tutela do direito material, mas também a um prévio controle que considera tanto o direito do autor quanto o direito do réu.

²⁵ Os procedimentos e as técnicas processuais somente adquirem substância quando relacionados ao direito material e às situações concretas, e, por isso, podem correr o risco de serem vistos como neutros em relação ao direito substancial e à realidade social quando pensados como procedimentos ou técnicas voltados, *e.g.*, à imposição de um fazer ou à busca e apreensão. Ora, não é preciso muito esforço para evidenciar que impor um fazer, ou determinar a busca e apreensão, não tem qualquer significado no plano do direito material ou concreto. É por isso que se insiste em falar em tutela inibitória, ressarcitória, do adimplemento na forma específica etc. Note-se que “tutela” significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material. Quando se teoriza o tema das “tutelas”, tem-se em mira exatamente a imprescindibilidade da identificação das situações de direito material para a compreensão crítica da lei processual e para o delineamento das técnicas processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional e, assim, colocá-la em uma dimensão realmente apta a concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Esse controle é feito a partir de sub-regras da regra da proporcionalidade, isto é, das regras do meio idôneo e da menor restrição possível. A providência jurisdicional deve ser idônea à tutela do direito e, ao mesmo, a que traz a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. É claro que, antes de tudo, a providência deve ser idônea à tutela do direito. O juiz somente deve se preocupar com a menor restrição possível após ter identificado o meio idôneo à tutela do direito.

Entretanto, a necessidade de raciocinar com base na consideração da tutela no plano do direito material e da regra da necessidade não teria significado sem a devida justificativa, ou seja, sem a motivação capaz de expressar adequadamente o raciocínio judicial. A justificativa permite controle crítico sobre o poder do juiz²⁶, sendo que o equívoco da justificativa evidencia a ilegitimidade do uso da técnica processual.

A ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja feita pela compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras do meio idôneo e da menor restrição e mediante o seu indispensável complemento, a justificação judicial. Pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas²⁷. Nesse sentido, pode-se dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.

3.3 A legalidade substancial

Deixando de lado a questão das cláusulas gerais, outro aspecto, com profundas implicações sobre a tradição do *civil law*, deve ser considerado. Embora as cláusulas gerais também tenham a função de viabilizar a infiltração dos direitos fundamentais nos códigos e leis, o impacto do neoconstitucionalismo sobre a interpretação jurídica é mais extenso.

²⁶ V. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 194-195; Funzione della prova: la funzione dimostrativa. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 1997, p. 553-554; La motivazione della sentenza. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Gênesis, ano VIII, n. 30, out./dez. 2003, p. 674 e ss.; Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Disponível em: <www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto>. Acesso em: 15 nov. 2009. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2002. p. 17.

²⁷ A regra da necessidade, embora faça parte do *raciocínio decisório*, pois viabiliza a decisão, obviamente, não pode ser ignorada quando da justificativa. Até porque tal regra não serve apenas para facilitar a decisão, mas, muito mais, para que se possa justificá-la de modo racional, permitindo-se o seu controle pelas partes.

No Estado constitucional, as normas constitucionais e os direitos fundamentais dão unidade e harmonia ao sistema e, por isso, obrigam o intérprete a colocar o texto da lei na sua perspectiva. Em outras palavras, as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis²⁸.

Embora a interpretação da lei sempre deva considerar o texto constitucional, nem sempre, como é óbvio, o intérprete está diante de um caso difícil, que lhe exige a individualização da interpretação que esteja de acordo com a Constituição. Porém, quando isso ocorre, a margem de discricionariedade – compreendida como latitude de poder – para o juiz definir a interpretação da norma é incontestavelmente mais ampla do que aquela que lhe é conferida por uma regra que deve ser aplicada mediante subsunção.

A necessidade de compreensão da lei segundo a Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que acaba vinculando a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação. Dessa forma, se, como escreve Wróblewski²⁹, justificar uma decisão judicial consiste em dar-lhe as razões apropriadas, o problema da legitimidade da decisão judicial encontra-se na definição daquilo que assegura a sua aceitabilidade racional³⁰.

É certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isto não é suficiente como argumento em favor da decisão. Decisão racional não é o mesmo que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; geralmente, senão sempre, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos³¹. Melhor dizen-

²⁸ “Segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato –, mas apenas as normas que são afirmadas pelas leis. Pois bem, “um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, ou seja, da idéia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos” (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 53).

²⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Legal syllogism and rationality of judicial decision**. Rechtstheorie, Berlin: Dunker & Humblot, 1974. v. 5, p. 1, p. 39.

³⁰ V. MICHELMAN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. **Nomos XXVIII**: Justification. New York: New York University Press, 1986. v. 71, p. 71-99.

³¹ A respeito da argumentação jurídica, além das abordagens precursoras de Chaïm Perelman (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Trattato dell’argomentazione**. Torino: Einaudi, 1996), Theodor Viehweg (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: UnB, 1979), Edward H. Levi (LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago Press, 1949) e Stephen Toulmin (TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978), Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**, op. cit.), Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landi, 2001), Aulis Aarnio (AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Aleksander Peczenik (PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989), Klaus Günther (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, 1997),

do, a racionalidade do discurso judicial, sempre que ultrapassa a simples dedução lógica da norma geral para o caso particular – isto é, sempre que põe em questão a premissa da subsunção –, envolve um discurso que vai além daquilo que *tradicionalmente* se concebe como jurídico – que extravasa o domínio restrito das “fontes do direito” –, o qual se pode chamar de discurso prático ou moral.

Tal situação é propícia para a diversidade de decisões. Nessas hipóteses, também não há como admitir a existência de uma pauta racional capaz de fazer com que todos os juízes cheguem a uma mesma decisão, ainda que estejam diante de casos substancialmente iguais. De modo que, também quando se dá aos juízes poder para definir casos que apenas podem ser resolvidos mediante delicada interpretação da norma à luz da Constituição, há imprescindível necessidade de se estabelecer uma norma jurídica ou um precedente com alcance geral.

3.4 O controle incidental da constitucionalidade das leis

Mas a força do neoconstitucionalismo, em especial no sistema brasileiro, é ainda maior. Ora, quando se dá ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade da lei, é evidente que a função judicial ultrapassa em muito o limite que fora desejado pelo Estado legislativo. No Brasil, o juiz de primeiro grau de jurisdição e os tribunais ordinários têm poder para deixar de aplicar norma que considerem inconstitucional, assim como para adotar as técnicas de controle da constitucionalidade denominadas “interpretação conforme à Constituição” e “declaração parcial de nulidade sem redução de texto”. O Judiciário, nesses casos, contrapõe-se à produção do Legislativo, exercendo atividade inquestionavelmente criadora.

O poder jurisdicional de afirmação da inconstitucionalidade da lei, necessária para a constitucionalização da ordem jurídica, coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria. Como adverte Alexander Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo estadunidense, a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contramajoritária no sistema.

Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e

Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996) e Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. (Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006).

agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isso, sem implicações místicas, é o que realmente acontece. [...] é a razão pela qual é possível a acusação de que o controle judicial de constitucionalidade não é democrático.³²

Entretanto, embora o controle da constitucionalidade possa ser visto como força contramajoritária, a sua legitimidade advém da circunstância de que os direitos fundamentais estão excluídos da disposição do Legislativo, tendo o Judiciário o dever de protegê-los, concretizá-los e afirmá-los para a própria constitucionalização do ordenamento jurídico.

Na realidade, como os direitos fundamentais são afirmados por um Poder com déficit de legitimidade popular, eles devem expressar o consenso popular. Porém, o consenso popular é formado por diversas concepções, as quais são naturalmente conflitivas e antagônicas³³. Alexy distingue uma concepção moral individual ou particular diante de uma concepção moral pública, afirmando que esta última envolve uma representação *comum* sobre as condições justas de cooperação social em um mundo caracterizado pelo *pluralismo*. Para tanto, fundando-se em Rawls³⁴, conclui que o conteúdo dos direitos fundamentais está no que os cidadãos racionais com concepções pessoais *distintas* consideram condições de cooperação *social* justas “tão importantes” (*consenso*) que não podem ser deixadas nas mãos do legislador³⁵.

Ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição³⁶. Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental. Portanto, a afirmação do direito fundamental diante da lei deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo Legislativo. Trata-se, como diz

³² “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. [...] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. [...] it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.” (BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-17)

³³ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001. p. 39.

³⁴ Segundo Rawls, as concepções individuais racionais, ainda que opostas, podem permitir um consenso. Para explicar a sua ideia, diz Rawls que deve haver um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), o qual seria a única forma de alcançar uma concepção pública de justiça em uma sociedade pluralista (RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 132 e ss.).

³⁵ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001. p. 40.

³⁶ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

Alexy³⁷, de uma *representação argumentativa* a cargo da jurisdição em face de uma *representação política* concretizada na lei.

Mas a compreensão da existência dessas duas formas de representação não resolve o problema. Se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política³⁸.

Nessa perspectiva, a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão, mas também discussão³⁹. A inclusão da discussão no conceito de democracia a torna deliberativa⁴⁰. Trata-se de uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como instrumento para a produção de decisões públicas⁴¹. Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima. O controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons, ou, ao menos, como plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição.

De modo que o controle da constitucionalidade da lei dá ao juiz o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental. Nota-se, porém, que, se o Judiciário tem o poder de afirmar o significado dos direitos fundamentais para controlar e corrigir as leis, a decisão judicial que os afirma, por ter uma importância que transcende a toda a legislação infraconstitucional e a necessidade de identificar um discurso racional, não pode deixar de ter alcance geral obrigatório.

³⁷ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001. p. 40; ERMAN, Walter. Lücken im materialrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten. **Juristenzeitung**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1960, p. 297; CLASSEN, Claus Dieter. **Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt**. Juristenzeitung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 693.

³⁸ V. SPECTOR, Horacio. Judicial review, rights and democracy. **Law and Philosophy**, n. 22, 2003, p. 334.

³⁹ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005, p. 579.

⁴⁰ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005, p. 579.

⁴¹ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005, p. 579.

Percebe-se que o problema da necessidade de se atribuir alcance geral obrigatório às decisões que realizam o controle de constitucionalidade apenas existe nos sistemas de controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil. Não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso da constitucionalidade.

Não há necessidade de pensar em coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante. As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso – *v.g.*, recurso extraordinário –, não podem deixar de ter eficácia vinculante. O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por esse tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle da constitucionalidade.

De qualquer forma, está claro que as concepções de direito e de jurisdição foram transformadas, sobretudo, em virtude do impacto da técnica das cláusulas gerais e do neoconstitucionalismo. Isto é mais do que suficiente para impor urgente elaboração dogmática capaz de garantir a igualdade perante as decisões judiciais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005.

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landi, 2001.

AMAR, Akhil Reed. Intratextualism. **Harvard Law Review**, v. 112, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. **Interpreting Precedents**: A Comparative Study. London: Dartmouth, 1997.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. In: **Studi in memoria di Salvatore Satta**. Padova: Cedam, 1982. v. 1.

CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2002/1.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. Milano: Giuffrè, 1982. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1901. (Reed. 1993).

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo**: direito e justiça distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLASSEN, Claus Dieter. **Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt**. Juristenzeitung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ERMAN, Walter. Lücken im materialrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten. **Juristenzeitung**, Tübingen: Mohr Siebeck, 1960.

GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2000.

GUASTINI, Riccardo. Se i giudici creino diritto. In: VIGNUDELLI, A. (Org.). **Istituzioni e dinamiche del diritto**: I confini mobili della separazione dei poteri. Milano: Giuffrè, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Tempo brasileiro, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

IRTI, Natalino. **Codice Civile e Società Politica**. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chigaco: University of Chigaco Press, 1949.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

MARTINETTO, Giuseppe. Contraddittorio (principio del). In: **Novissimo digesto italiano**, v. 4.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

MICHELMAN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. **Nomos XXVIII: Justification**. New York: New York University Press, 1986. v. 71.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Trattato dell'argomen-tazione**. Torino: Einaudi, 1996.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 2004.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SPECTOR, Horacio. Judicial review, rights and democracy. **Law and Philosophy**, n. 22, 2003.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)**. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 1997.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Genesis, ano VIII, n. 30, out./dez. 2003.

TARUFFO, Michele. **Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica**. Disponível em: <www.studiocelentano.it/lenuove_vocideldiritto>. Acesso em: 15 nov. 2009.

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2002.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 65, 1993.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TRIBE, Laurence. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: UnB, 1979.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Legal syllogism and rationality of judicial decision**. Rechtstheorie, Berlin: Dunker & Humblot, 1974. v. 5.

JUSTIÇA, IGUALDADE E DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: O SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Jair Soares Júnior¹

INTRODUÇÃO

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou inafastabilidade do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 – CF/88) constitui-se em um dos pilares sobre o qual se sustenta o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

A doutrina processual, contudo, já superou amplamente a noção de devido processo legal sob o prisma exclusivamente formal, passando a adotar conceitos axiológicos para se chegar ao que se convencionou chamar de *devido processo legal substancial*, mirando o desenvolvimento do *processo justo*.

Portanto, para a adequada observância do devido processo legal, insuficiente será apenas garantir um processo ordenado², uma vez que essa garantia de nada valerá se não for assegurada a igualdade material e a *paridade de armas*³, como pressupostos para a justa prestação da tutela jurisdicional.

O devido processo legal substancial (*substantive due process*), ao contrário da noção de devido processo legal formal (*procedural due process*), busca a superação do ideal de juiz neutro, imparcial, equidistante e indiferente ao drama humano presente em cada demanda judicial.

A noção hodierna de processo justo caminha, portanto, ao encontro de critérios que prestigiem a equidade e a efetividade do direito material pretendido no processo.

¹ Defensor Público Federal de Primeira Categoria, em Brasília – DF. Membro da Câmara de Coordenação de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da Defensoria Pública da União. Professor na Escola Superior da Defensoria Pública da União (ESDPU). Especialista em Direito das Relações Sociais, pela UCDB/MS e em Direito Militar, pela Universidade Castelo Branco/RJ. Mestrando em Ciência Jurídica pela Univali/SC: <<http://lattes.cnpq.br/4725217702418969>>.

² DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 12-14.

³ A expressão paridade de armas (*parità delle armi tra le parti*) foi utilizada pela primeira vez pelo jurista italiano Giuseppe Tarzia, in: **Comunicazioni e intervenienti**, p. 361.

Por outro lado, não se pode desprezar os efeitos prejudiciais do decurso do tempo sobre o direito material que se busca tutelar por meio do processo.

Não foi por outra razão que o direito à razoável duração do processo administrativo e judicial foi elevado ao patamar de direito fundamental, cláusula pétrea constitucional e condição de legitimidade para o exercício do monopólio da tutela jurisdicional por parte do Estado (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Com efeito, não haverá adequada (justa) prestação da tutela jurisdicional quando o tempo transcorrido até a sua efetivação anular os efeitos práticos da sentença.

Nesse sentido é a esclarecedora advertência de Teori Albino Zavaschi⁴:

[...] o Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

Certo é que a busca por um processo eficaz já resultou em algumas reformas legislativas que introduziram inovações processuais que contribuíram largamente para desconstruir a noção de processo civil como algo caro, demorado e, muitas vezes, pouco eficaz.

Talvez a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil – CPC, com redação dada pela Lei 8.952/94) seja o maior exemplo de reforma processual legislativa bem sucedida, conciliando a efetividade da tutela jurisdicional com o resguardo ao contraditório no processo civil, minimizando, assim, os efeitos colaterais que o tempo poderá fazer incidir sobre uma pretensão que é levada à apreciação do Poder Judiciário.

O equilíbrio entre a celeridade, respeito ao contraditório e efetividade é a meta a ser buscada pelo direito processual contemporâneo, razão pela qual, no abalizado magistério de José Antonio Savaris⁵:

Ao dizer que “o processo deve ser célere na medida do possível e tardar o necessário”, reafirma-se a ideia de que a demora necessária para mais aprofundada cognição das circunstâncias relativas ao problema de vida representado nos autos (busca da verdade real) é um componente indispensável a um processo previdenciário efetivo.

Nessa perspectiva de tornar o processo judicial um instrumento eficaz e – tanto quanto possível – célere, foram acrescentados ao Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C.

⁴ ZAVASCHI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.

⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 92.

O artigo 543-B do CPC permite a seleção, pelo Tribunal de origem, de um ou mais recursos extraordinários representativos de controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando o andamento dos demais recursos extraordinários até o pronunciamento definitivo da Corte Suprema.

Por sua vez, o artigo 543-C do CPC permite que o Presidente do Tribunal de origem selecione um ou mais recursos especiais representativos de controvérsia, encaminhando ao julgamento do STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito até o pronunciamento definitivo do STJ.

O § 2º do artigo 543-C do CPC permite, ainda, que o próprio relator no STJ identifique os recursos representativos de controvérsia, afetando a matéria ao colegiado e determinando a suspensão, nos Tribunais de segunda instância, dos recursos em que haja discussão sobre a matéria objeto da controvérsia.

Será possível, inclusive, a admissão de *amicus curiae* no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (§ 4º do art. 543-C do CPC), haja vista o caráter transcendental que envolve o julgamento de tais recursos, podendo repercutir no destino de inúmeros outros recursos em que se está debatendo a mesma questão de direito.

Hipótese das mais interessantes, ademais, está prevista no § 7º, II, do artigo 543-C, e no artigo 543-B, § 3º, ambos do CPC, e diz respeito à possibilidade do Tribunal de segunda instância reexaminar o acórdão por ele proferido que divirja da orientação do STJ expresso no recurso especial representativo de controvérsia ou do STF no recurso extraordinário em que foi declarada a repercussão geral, mitigando a preclusão *pro judicado* (arts. 463 e 474 do CPC) e possibilitando uma espécie de juízo de retratação após o proferimento do acórdão que divirja da orientação do STJ ou do STF⁶.

⁶ Essa possibilidade de retratação tem causado polêmica na doutrina e na jurisprudência. Cassio Scarpinella Bueno leciona que: “Os §§ 3º e 4º do art. 543-B precisam ser compreendidos em conformidade com o “modelo constitucional do direito processual civil”. Não pode a lei – como parecem pretender os dispositivos destacados – autorizar que os demais Tribunais julguem os recursos extraordinários, mesmo que este julgamento se limite a aplicar a orientação já fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso concreto. Esta tarefa é privativa daquele Tribunal e sua delegação só poderia ser admitida por alteração da própria Constituição Federal, o que não foi feito pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Ademais, não há efeitos vinculantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, inclusive quando se fixa a existência (ou a inexistência) de repercussão geral ainda que a partir do exame de casos repetitivos. Por isso, os §§ 3º e 4º do art. 543-B devem ser entendidos como a necessária remessa dos autos dos recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal para que ele – e não os órgãos de interposição daqueles recursos – realize os julgamentos com conformidade com o decidido.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5: Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais, p. 300-301). O mesmo entendimento acima citado parece ser compartilhado pelo STJ, conforme o precedente a seguir transcrito: “Já exaurida a competência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível nesta instância, por decisão de quem só está autorizado por delegação do Supremo Tribunal Federal a julgar prejudicado agravo de instrumento nos termos do artigo 328-A, § 1º, do RISTF, reformar o acórdão atacado pelo recurso extraordinário”.

Passados mais de quatro anos da Lei 11.672/08 (que inseriu o art. 543-C no CPC) e quase seis anos da Lei 11.418/06 (que inseriu o art. 543-B no CPC), já é possível notar algumas definições na jurisprudência do STJ e do STF sobre as inovações processuais dispostas nos citados diplomas legislativos.

Contudo, outras questões relacionadas às inovações legislativas trazidas pelas leis acima mencionadas continuam a desafiar a construção de soluções pela jurisprudência e pela doutrina especializada.

Neste trabalho serão discutidos os efeitos – nem sempre positivos – dos “sobrestamentos” nos recursos interpostos perante os Juizados Especiais Federais. Porém, para o adequado tratamento do tema, imprescindível uma prévia análise sobre a mudança de paradigmas que pode ser observada na ciência processual contemporânea, assunto que procuraremos desenvolver nos próximos dois tópicos.

1. PRIMADO DA JUSTIÇA E A BUSCA PELA VERDADE REAL NO PROCESSO CIVIL

A evolução da ciência processual civil permite dizer que ocorreu a superação da verdade *ficta* pela verdade real⁷, que pressupõe o não contentamento por parte do juiz em aplicar a legislação processual de maneira formal e desinteressada com relação ao resultado final da prestação jurisdicional.

O alargamento dos poderes instrutórios do juiz e a releitura de antigos dogmas como o princípio do dispositivo, contribuíram para rechaçar a visão de cunho liberal-individualista de que o magistrado deve ser indiferente ao resultado do processo.

rio” (STJ-Corte Especial, Ag/RE 31.657, Min. Ari Pargendler, j. em 03.03.2010, DJ 18.03.2010). No sentido contrário, pela possibilidade de reexame e de retratação por parte do Tribunal local no recurso especial sobrestado, caso o acórdão proferido em segunda instância diverja do entendimento firmado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, *vide* a nota 11 ao artigo 543-C da obra: NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 737.

⁷ “Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental.” (THEODORO JR., Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Academia Mineira de Letras Jurídicas. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-proceso-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 25 out. 2012).

O mito do juiz “neutro” e indiferente com relação ao desequilíbrio entre os litigantes do processo cível⁸ foi revisado, fazendo surgir novas técnicas de hermenêutica tendentes à concretização dos direitos sociais.

A preocupação com a concretização dos direitos sociais consubstanciados na sociedade contemporânea, refletindo-se na atividade do juiz, é objeto da lúcida observação do ilustre processualista Barbosa Moreira⁹ *verbis*:

[...] a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Esse desenvolvimento, projetado no plano processual, traduz o fenômeno pela *intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes*.

Fala-se de uma *parcialidade positiva do juiz*¹⁰ que guiaria o magistrado no intrincado jogo do processo, reduzindo as desigualdades materiais entre as partes, eliminando barreiras – de cunho econômico, informacional ou organizacional¹¹ – que dificultam o exercício da liberdade real.

Assim, a liberdade real, ao contrário da liberdade formal, caminha no sentido de possibilitar que todas as pessoas busquem a realização do projeto de vida que melhor lhes parecer, sem que as barreiras sociais, típicas em uma sociedade excludente, inviabilizem os sonhos.

A concepção de juiz comprometido com a efetividade do processo e com o respeito aos direitos fundamentais e a verdade real não impõe uma parcialidade (negativa) do magistrado, ao contrário, dirige a atividade jurisdicional no caminho da efetivação da missão de pacificação social e da distribuição de justiça, missão delegada ao Poder Judiciário no momento em que a jurisdição passou a ser monopólio do Estado.

⁸ Como é o caso, por exemplo, da maioria das ações que tramitam nos Juizados Especiais Federais, em que uma das partes litigantes é o Estado em sentido lato e a outra parte um pessoal que está, muitas vezes, em situação de notória vulnerabilidade social.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**, v. 37, 1985, p. 145

¹⁰ SOUZA, Arthur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹ Acerca do conceito de hipossuficiência organizacional defendo que: “[...] o termo **necessitados**, contida no art. 134 da CF/88, não deve ser entendido apenas como economicamente necessitado, mas, também, como juridicamente necessitado, como ocorre, por exemplo, nos casos de grupos sociais vulneráveis. Da mesma forma, a insuficiência de recursos, prevista no inciso LXXIV do art. 5º da CR/88, poderá se referir a recurso financeiro ou a **recurso organizacional**, como bem esclareceu Ada Pellegrini Grinover, em parecer emitido na ADI nº 3.943/2007 [...]”. (SOARES JÚNIOR, Jair. A Defensoria Pública da União nos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 127).

Não é por outra razão que Humberto Theodoro Júnior¹², analisando a evolução da ciência processual e a função da verdade real no processo civil, leciona que:

A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de *acesso à justiça*. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.

O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do *processo justo*. Esse tipo de processo comprometido com desígnios sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles.

Destarte, o direito fundamental de acesso à jurisdição, um dos pilares do devido processo legal, exige não apenas uma formal possibilidade de ajuizamento de ação para buscar determinada pretensão de direito material, mais do que isso, o efetivo acesso à justiça impõe uma prestação jurisdicional comprometida com a efetividade¹³ e com a busca da verdade, a fim de que se promova a justiça.

O direito fundamental de inafastabilidade de prestação jurisdicional pressupõe, portanto, não apenas a tutela do direito material por meio do processo, mas a proteção judicial mediante o *processo justo*, sobre o qual deve incidir a busca pela verdade, o comprometimento do juiz com a efetividade da tutela jurisdicional e a preocupação com a celeridade processual, reconhecendo como axiomático o fato de que o tempo poderá transmutar o processo de instrumento de garantia e salvaguarda de direitos fundamentais em aparato burocrático e inócuo de manifestação de poder estatal.

2. A IGUALDADE MATERIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A LIBERDADE REAL

A igualdade é valor transversal consagrado pelos revolucionários franceses e destacado no Título II da Constituição Federal ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais.

¹² THEODORO JR., Humberto. **O processo justo**: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Disponível no sítio eletrônico da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 25 out. 2012.

¹³ "A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social." (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 243).

O conceito de igualdade formal está indissociavelmente ligado ao de liberdade formal (ou liberdade negativa) e também ao conceito de igualdade de posições.

Para o atingimento da igualdade formal basta uma previsão normativa expressa (isonomia) de igualdade de direitos que equivale ao conceito de igualdade de posições entre os componentes de uma sociedade. Para tal desiderato, a liberdade formal ou liberdade negativa constitui-se no ideal que impede a interferência estatal sobre o indivíduo, ou seja, os indivíduos que compõem o tecido social devem ter ampla liberdade (formal) para exercerem seus direitos civis e políticos.

Portanto, para o exercício da liberdade em seu conteúdo negativo, quanto menor a interferência estatal na vida dos indivíduos, maior a possibilidade de desenvolvimento dos direitos civis e políticos e, por consequência, mais desenvolvida será a sociedade.

A noção liberal-individualista de liberdade¹⁴ não leva em consideração, todavia, as barreiras existentes nas sociedades que, em maior ou menor proporção, a depender do estágio de evolução dessas sociedades, acabar por resultar em exclusão social.

A igualdade material, ao contrário, é a meta que permite a inclusão de todos os indivíduos na sociedade. Para que se possa falar em igualdade como direito fundamental, segundo o magistério de José Antonio Savaris¹⁵, há de se identificar que a

[...] noção de valor intrínseco igual dos seres humanos, deriva a tese de que todas as pessoas, independentemente da sorte que a natureza e a sociedade lhe reservaram ao nascer, são portadoras de determinados direitos, cujo respeito é pressuposto de legitimidade da autoridade política em uma sociedade.

A igualdade formal seria, nessa perspectiva, uma simples faceta da liberdade em sua concepção negativa¹⁶, pois estará garantida a igualdade (formal) quando não houver indevidas interferências do Estado ou de terceiros na esfera de liberdade do indivíduo, possibilitando que cada pessoa busque o que entender melhor para si.

¹⁴ Em crítica ao conceito de liberdade idealizada na Revolução Francesa, Paulo Bonavides, em sua notável obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, conclui que: “O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62).

¹⁵ SAVARIS, José Antonio. Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). In: **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano** (Coord.). José Antonio Savaris. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 92.

¹⁶ Isaiah Berlin, na obra **Quatro ensaios sobre liberdade**. Brasília: UnB, 1981, traça uma dicotomia do conceito de liberdade em liberdade negativa e liberdade positiva, sendo aquela a ausência de interferências alheias, consagrando o que se convencionou chamar de liberdades civis (direitos de abstenção estatal), enquanto liberdade positiva seria a capacidade do indivíduo agir de maneira a realiza algo.

Não se pode negar, entretanto, que a ausência do *mínimo existencial*¹⁷ impede o indivíduo de exercer sua liberdade, quer seja tomada a concepção negativa ou a concepção positiva de liberdade.

A liberdade negativa é, pois, o espaço inviolável do indivíduo contra intromissões por parte do poder político ou por outro poder, enquanto que a liberdade positiva é a ação Estatal que visa eliminar barreiras ao exercício de direito e, em última instância, promover a inclusão social.

Não é demais lembrar o efeito devastador que a exclusão social impõe ao projeto pessoal de vida e, em decorrência, ao exercício da liberdade real, merecendo destaque as ponderações de Friedrich Müller¹⁸ acerca da exclusão social:

As pessoas, que em princípio se vêem colocadas em desvantagem, estão por demais ocupadas com a sobrevivência no dia-a-dia para que se possam engajar politicamente no sentido mencionado ou exercer, com razoáveis chances de êxito, influência nas organizações políticas estabelecidas. Inexiste a base social para que elas possam exercer os seus direitos políticos, formulados no papel das constituições e das leis.

Não se pode conceber liberdade (real ou concreta) enquanto não se busque verdadeiramente a eliminação das barreiras sociais que impedem os grupos sociais menos favorecidos de concretizarem o projeto de vida que cada indivíduo entenda correto, de nada servindo a simples garantia de liberdade física (formal ou negativa) contra eventuais interferências externas.

Da mesma forma, a igualdade de oportunidade, ao contrário da mera igualdade de posições, impõe uma conduta proativa do Estado e da Sociedade no sentido de reduzir as desigualdades, assegurando uma paridade de armas que possibilite aos indivíduos uma situação de equiparação aos demais componentes da sociedade, independentemente da sorte ou do infortúnio porventura existente.

A razão prática de abordarmos as diferentes noções sobre a igualdade e a dicotomia acerca do conceito de liberdade neste trabalho é criar condições para compreender, a seguir, de que forma o sobrestamento de recursos poderá favorecer ou eliminar as barreiras de acesso ao *processo justo*, de modo a possibilitar a realização – de maneira eficaz e, tanto

¹⁷ “[...] uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258)

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Edição Especial, out. 2000, p. 21.

quanto possível, célere – da pretensão de direito material almejada nas lides mais comuns que são processadas e julgadas nos Juizados Especiais Federais.

Não se pode perder de vista que grande parte dos direitos materiais que normalmente são tutelados pelos Juizados Especiais Federais corresponde ao direito fundamental de proteção social em sentido amplo – previdenciário, assistencial, direito à recuperação ou proteção à saúde etc. –, razão pela qual a prestação jurisdicional em tempo razoável representa a possibilidade de eliminação de barreiras sociais, permitindo a inclusão social ou, ao menos, reduzindo os efeitos da exclusão social.

O sobrestamento dos recursos nos Juizados Especiais Federais, na ótica aqui apresentada, a depender da maneira que for aplicado, poderá ser um passo no caminho da prestação jurisdicional adequada, considerando, nesse aspecto, o equilíbrio entre a efetividade e a celeridade do provimento judicial ou, ao contrário, poderá representar mais um fator de exclusão social.

3. O SOBRESTAMENTO COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO DOS RECURSOS E O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Como já foi mencionado, o que guiou o legislador ao inserir no Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C foi o desiderato de dar mais um passo na direção de tornar o processo judicial um instrumento eficaz e – tanto quanto possível – célere, “otimizando” a forma de processamento de recursos extraordinários e especiais, permitindo que os recursos que apresentem a mesma questão central de direito possam ser apreciados de forma conjunta pelo órgão jurisdicional que possui a competência para emitir a última palavra sobre a matéria que está sendo debatida (STF, quando se tratar de questão constitucional, ou STJ, quando o tema debatido se referir a lei federal ou sobre a divergente interpretação jurisprudencial dos Tribunais de segunda instância).

Com efeito, a multiplicidade de recursos repetitivos atrapalha a boa administração da Justiça e pode trazer julgamentos díspares sobre questões similares.

Outro fator importante que foi levado em consideração para inserir o novo “filtro” de recursos excepcionais é a inviabilidade prática do STF e do STJ dar vazão ao imenso número de recursos especiais e extraordinários que são interpostos, muitos deles sobre questões de direito que se repetem.

Ao invés de se adotar a prática usual – embora não declarada – de se julgar “em lote” vários recursos repetitivos, sem esmiuçar as teses jurídicas expostas em cada recurso individualmente, preferiu-se adotar um sistema no qual se elegem alguns recursos que representem adequadamente a controvérsia que se está repetindo nos Tribunais de segunda instância para, no instante seguinte, com a maior gama de informações possíveis¹⁹, julgar a matéria com efeitos transcendentais aos estritos limites subjetivos do processo, ou seja, fazendo repercutir a decisão nos demais processos em que a questão debatida no recurso representativo da controvérsia se repete.

Portanto, buscou-se, tanto quanto possível, conciliar o valor *segurança jurídica*, por meio da manifestação do órgão jurisdicional legitimamente autorizado a dizer “a última palavra” sobre a questão controvertida em debate – o STF ou o STJ, conforme for o caso – com os valores *celeridade* e *eficiência*, julgando, de uma vez só, inúmeros casos em que a questão controvertida está sendo discutida.

Entretanto, como, infelizmente, nada é perfeito, outros problemas ocorreram com essa inovação processual.

O tempo que foi gasto para o julgamento dos recursos representativos de controvérsia no STJ ou daqueles que tiveram reconhecida a repercussão geral no STF repercute diretamente no tempo de sobrestamento dos recursos nos Tribunais de segunda instância, ocasionando, em muitas situações, violação ao direito à razoável duração do processo.

O STF já decidiu na QO 576.155/DF que o sobrestamento dos recursos pode ser determinado de forma monocrática pelo relator do recurso extraordinário, não sendo possível que os Tribunais de origem profiram juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, bem como os que venham a ser interpostos, até o pronunciamento definitivo do STF naqueles recursos que tiverem sido escolhidos como representativos de controvérsia²⁰.

Entretanto, o que vemos são casos de recursos extraordinários e especiais sobrestados por vários anos a espera de julgamento dos respectivos recursos representativos de controvérsia pelo STF e pelo STJ.

¹⁹ Há possibilidade de colheita de informações a respeito da questão controvertida, solicitando-as nos tribunais de segunda instância (§ 3º do art. 543-C do CPC), bem como a possibilidade de, considerando a relevância da matéria, admitir a inclusão de *amicus curiae* (§ 3º do art. 543-C do CPC).

²⁰ Nesse sentido é o artigo 328-A do Regimento Interno do STF.

Embora não haja previsão expressa de prazo máximo de sobrestamento, algumas decisões pioneiras de Tribunais de segunda instância tem aplicado um prazo limite de sobrestamento, como se pode observar pelas ementas abaixo colacionadas:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMEN-TO. PERDA DE EFICÁCIA APÓS 180 DIAS. POUPANÇA. CORREÇÃO DOS SALDOS. ÍNDICES 21,87% (FEV./91). APLICABILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. JUROS REMUNERATÓRIOS. JUROS DE MORA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

[...].

3. Ocorre que, embora o art. 328 do Regimento Interno do STF não fixe prazo máximo para a suspensão dos processos que aguardam o desfecho da repercussão geral, a Primeira Turma deste TRF já sedimentou orientação no sentido de se entender como aplicável, por analogia, a regra do art. 21, parágrafo único, da Lei 9.868/99, que determina a perda da eficácia do sobrestamento após 180 dias, interpretação que está de conformidade, inclusive, com o princípio constitucional da duração razoável do processo e com as exigências atuais de prestação jurisdicional célere. Nesse sentido: AC 507.559-CE, AC 517.600-CE, AC 519.363-CE, AC 451.207-CE (todos da Relatoria do Des. Federal Francisco Cavalcanti, julgados em 28.07.2011).

[...]. 8. Apelação provida. (TRF da 5ª Região; Primeira Turma; AC – 521782/PE – 0002168-42.2011.4.05.8300; relator Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt; DJe de 02.02.2012).

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMEN-TO. PERDA DE EFICÁCIA APÓS 180 DIAS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. POUPANÇA. CORREÇÃO DOS SALDOS. ÍNDICES DE 42,72%, 44,80% E 7,87% (JANEIRO/89, ABRIL E MAIO/90). MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. JUROS DE MORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...].

3. Ocorre que, embora o art. 328 do Regimento Interno do STF não fixe prazo máximo para a suspensão dos processos que aguardam o desfecho da repercussão geral, a Primeira Turma deste TRF já sedimentou orientação no sentido de se entender como aplicável, por analogia, a regra do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, que determina a perda da eficácia do sobrestamento após 180 dias, interpretação que está de conformidade, inclusive, com o princípio constitucional da duração razoável do processo e com as exigências atuais de prestação jurisdicional célere. Nesse sentido: AC 507.559-CE, AC 517.600-CE, AC 519.363-CE, AC 451.207-CE (todos da Relatoria do Des. Federal Francisco Cavalcanti, julgados em 28.07.2011).

[...]. 9. Apelação da CEF parcialmente provida. (TRF da 5ª Região; Primeira Turma; AC – 540517/CE – 2008.81.00.016845-8, relator Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt; DJe de 21.06.2012).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – PLANOS ECONÔMICOS – SUSPEN-SÃO DO PROCESSO FACE AO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL – DECORRIDO MAIS DE UM ANO DA PROLAÇÃO DA DECISÃO PELO STF – SUSPENSÃO AFASTADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA E PRESCRIÇÃO – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – PLANO VERÃO (JANEIRO E FEVEREIRO DE 1989) – IPC DE 42,72% – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Tenho por indiscutível a necessidade de suspensão do julgamento do processo até que haja decisão definitiva acerca da controvérsia em se tratando de repercussão geral, entretanto, repudio o sobrestamento indefinido dos processos, face à violação ao prazo limite estabelecido no artigo 265, § 5º, do Código de Processo Civil, qual seja, um ano. Por isso, aprecio o mérito recursal nesta oportunidade.

Se o apelante é sucessor do Banco Bamerindus do Brasil S/A, responde por seus créditos e débitos e, portanto, é parte legítima para ocupar o polo passivo desta ação.

Outrossim, a instituição financeira é quem possui vínculo obrigacional com seu cliente, sendo responsável pela restituição dos valores investidos e corrigidos de acordo com o índice de

reajuste financeiro aplicável e equivalente à inflação real, de modo que não há falar em ilegitimidade passiva.

A prescrição de parte dos juros remuneratórios também não se verifica, porque o artigo 178, § 10, inciso III, do Código Civil de Beviláqua não incide neste caso. É que os juros decorrentes de diferenças vinculadas às cadernetas de poupança prescrevem, de fato, em vinte anos, porquanto nesses casos se discute o próprio crédito, e não seus acessórios.

O índice aplicado para a correção das cadernetas de poupança nos meses de janeiro e fevereiro de 1989 (Plano Verão) é o IPC de 42,72%. (TJMS; Primeira Câmara Cível; Apelação Cível – Ordinário – 2010.029507-1/0000-00 – Dourados. Relator Des. João Maria Lós; data do julgamento 15.02.2012).

Outra questão controvertida, que talvez seja a maior causa de questionamentos sobre a aplicação do sobrestamento dos recursos repetitivos no STJ ou daqueles em que haja sido declarada a repercussão geral no STF, refere-se à dificuldade, em um caso concreto, de identificar adequadamente a questão de direito central discutida no recurso sobrestado com a que está sendo objeto de análise pelo recurso paradigma.

Caso o recorrente se insurja contra o sobrestamento do recurso extraordinário ou especial por entender que seu recurso veicula matéria diversa da discutida nos recursos selecionados pelo Tribunal local a indagação que se faz é: qual o recurso cabível?

Tanto o STJ quanto o STF têm entendido inadmissíveis a interposição de agravos com fundamento no artigo 544 do CPC contra a decisão que determina o sobrestamento de recurso especial ou extraordinário. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA.

1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que se falar em afronta à Súmula STF 727.
2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil.
3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal.
4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
5. Possibilidade de a parte considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.
6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de re-tratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.
7. Não conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.

8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.

9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação. (STF, Pleno, Rcl 7.569, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2009, publicado no DJe de 10.12.2009).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC – NÃO CABIMENTO.

1. A decisão do presidente do Tribunal a quo que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC não tem cunho decisório.

2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado.

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 1.223.072/SP, Segunda Turma, relator Min. Humberto Martins, DJe 18.03.2010).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. ART. 543-C DO CPC. DECISÃO QUE SUSPENDE O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. NÃO CABIMENTO.

1. O recurso de agravo de instrumento previsto no art. 544, do CPC somente é cabível em face de decisão proferida em sede de juízo prévio de admissibilidade que não admite recurso especial ou extraordinário. Precedente.

2. Decisão do presidente do Tribunal a quo que determina o sobrestamento de recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC não é passível de impugnação por meio do recurso de agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1.273.622/MG, Quarta Turma. Relator Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10.05.2010).

Conclui-se, portanto, não ser cabível o agravo do artigo 544 do CPC contra a decisão do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal de origem que, equivocadamente, sobrestá recurso especial ou extraordinário, ou, ainda, seleciona tais recursos como representativos da controvérsia ou da repercussão geral, encaminhando-os ao STJ ou STF.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STF sedimentou-se no sentido de não ser cabível reclamação em tais casos.

Restou, dessa forma, a opção de interposição de agravo interno contra decisão do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal de origem, Turma Nacional de Uniformização ou Turma Recursal que sobrestá indevidamente os recursos especiais ou extraordinários interpostos, ou, ainda, que seleciona um ou mais recursos representativos de controvérsia para encaminhamento ao STF e ao STJ de forma equivocada, por veicular matéria diversa da discutida nos demais recursos selecionados.

Da mesma forma, é adequada a interposição de agravo interno contra a decisão que aplica a caso não idêntico de acórdão do STJ proferido em sede de recurso representativo de controvérsia.

Contudo, há ainda precedentes de que os atos judiciais que determinam o sobrestamento são irrecorríveis por faltar-lhes caráter decisório, a saber:

A decisão que determina a suspensão do recurso especial, tendo em vista tratar-se de recurso que aborda matéria considerada repetitiva por esta Corte, é irrecorrível, conforme o disposto no art. 1º, § 3º, da Resolução nº 7 do STJ. (AgRg no Ag 1331521/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.03.2011).

O sobrestamento é facultativo e atende tão somente à organização e à racionalização da sequência processual, informando às partes acerca da existência de razão que impede, momentaneamente, a apreciação dos recursos.

Portanto, não há decisão a ser reparada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. (STF; 2ª Turma; Emb. Decl. Nos Segundos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 546.287/SP; relato Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.06.2012).

A Turma Nacional de Uniformização, por meio da Questão de Ordem nº 30, também entende irrecorrível a decisão que determina o sobrestamento pelos mesmos motivos acima expostos, *verbis*:

TNU – Questão de Ordem nº 30: A decisão que determina o sobrestamento do incidente de uniformização na origem, por não ter cunho decisório, não comporta recurso. (Publicado no Diário Oficial da União de 09.05.2012, SEÇÃO 1, p. 171).

Com a devida *venia*, não concordamos com o entendimento de que a decisão que determina o sobrestamento de recurso de fundamentação vinculada (recurso extraordinário, recurso especial ou pedido de uniformização) não possua cunho decisório, pois, para se chegar à conclusão de que a matéria discutida no recurso interposto é idêntica a que está sendo analisada no recurso representativo de controvérsia, evidentemente, será necessário um juízo valorativo de cunho decisório, sendo, ademais, evidente a possibilidade de prejuízo do jurisdicionado com a equivocada decisão que determina o sobrestamento.

Por fim, impende frisar que, de acordo com o artigo 7º, inciso VIII, da Resolução 22/2008, com redação dada pela Resolução 062/2009, ambas do Conselho da Justiça Federal, dispondo sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, é atribuição privativa do Presidente da TNU determinar o sobrestamento nos casos em que a repercussão geral tenha sido reconhecida pelo STF.

Destarte, por analogia ao Regimento Interno da TNU, somente o Presidente das Turmas Recursais ou Turmas Regionais de Uniformização poderão determinar o sobrestamento dos feitos em que tenham sido interpostos pedidos de uniformização ou recurso extraordinários que tratem de questões idênticas àquelas versadas em recursos representativos de controvérsia encaminhados ao STF.

A título de conclusão deste tópico, afigura-se-nos que o propósito de otimizar e de racionalizar o processamento e o julgamento dos recursos especiais e extraordinários – mote principal das reformas processuais que incluíram os artigos 543-B e 543-C no CPC – não des- toa, ao contrário, caminha ao encontro do direito fundamental à razoável duração do proces- so (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

Contudo, a demora excessiva para o julgamento dos recursos representativos de con- trovérsia ou com repercussão geral declarada, com o consequente sobrestamento dos re- cursos nos Tribunais de segunda instância, poderá representar uma inversão à lógica que guiou a reforma, configurando-se mais um obstáculo para a efetivação e a celeridade da tutela jurisdicional, impedindo a realização do almejado *processo justo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quatro anos após as inovações trazidas pela Lei 11.672/08, dentre as quais a possibi- lidade de julgamento conjunto de recursos especiais repetitivos, com o sobrestamento da- queles que versarem sobre questões idênticas nos Tribunais de segunda instância, e quase seis anos após a Lei 11.418/06, que trata da repercussão geral nos recursos extraordinários, permitindo, da mesma forma, o sobrestamento dos demais recursos extraordinários, vis- lumbramos que a ideia central de eficiência e de celeridade almejada pelo legislador não foi totalmente alcançada.

A demora ao julgamento dos recursos representativos de controvérsia acaba por re- sultar em excessivo tempo de sobrestamento dos recursos que tramitam nos Tribunais de segunda instância e também nas Turmas Recursais, Turmas Regionais de Uniformização e na TNU.

A superação do paradigma do juiz indiferente ao resultado da demanda pela figura do juiz comprometido com a realização dos direitos fundamentais discutidos no processo per- mite afirmar que o magistrado não poderá se acomodar com a lentidão e a ineficiência da prestação jurisdicional “imposta” por um ordenamento processual ineficaz de oferecer res- postas ao volume de demandas judiciais que se multiplica em escala geométrica.

Ademais, os princípios que guiam os Juizados Especiais Federais – oralidade, simplici- dade, informalidade, economia processual e celeridade –, bem como o direito fundamental

à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), não poderão ser ignorados pela simples justificativa do volume exagerado de demandas.

Como se procurou frisar, o direito ao processo justo, corolário do devido processo legal substantivo, deve levar em consideração a prestação jurisdicional realizada de forma efetiva e célere, não sendo compatível, destarte, com sobrestamentos sem prazos definidos de processos e recursos nos Tribunais de segunda instância.

Apontou-se, também, como modelo de alteração processual bem sucedida, a inserção do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil – CPC, com redação dada pela Lei 8.952/94), equacionando efetividade, celeridade e devido processo legal formal e substantivo, sendo imperiosa a concessão à utilização desse instrumento processual como forma de minimizar os efeitos nocivos do sobrestamento de recursos por tempo excessivo.

Verificou-se, por fim, a tendência jurisprudencial que começa a despontar no sentido de fixar prazo máximo de sobrestamento de recursos nos Tribunais de segunda instância, embora não haja norma legal ou regimental expressa nesse sentido.

O impasse a respeito do sobrestamento dos recursos repetitivos e daqueles objetos de repercussão geral já ultrapassa o interesse do operador do Direito, chamando a atenção, inclusive, dos pesquisadores das demais áreas das ciências sociais aplicadas, como se pode observar na pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), sobre o acesso à Justiça e os dez anos de implantação dos Juizados Especiais Federais²¹.

Talvez já tenha chegado a hora de se regulamentar um possível “trancamento de pauta” – a exemplo do que ocorre com as medidas provisórias no Congresso Nacional (art. 62, § 6º, da CF/88) –, quando for ultrapassado determinado prazo limite para o julgamento de recurso especial repetitivo no STJ ou recurso extraordinário objeto de múltiplas demandas no STF.

De qualquer forma, há de se tomar cuidado para não cair na tentação de utilizar o sobrestamento dos chamados “recursos repetitivos” como maneira de “eliminação” de processos em trâmite nos Tribunais de 2ª instância e Turmas Recursais, evitando o uso dos critérios que guiam a ética utilitarista, banalizando o sofrimento humano, violando direitos

²¹ Disponível no endereço eletrônico: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=8539.

eletrônico: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=8539>.

fundamentais (dentre os quais o direito à razoável duração do processo) e não reconhecendo o nefasto prejuízo que, decurso de longos períodos de sobrestamento, poderá ocasionar na vida da pessoa comum que procura e aguarda – muitas vezes, por mais tempo do que se pode considerar razoável – pela fruição de um direito fundamental que é levado à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre liberdade**. Brasília: UnB, 1981.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

NEGRÃO, Theotonio, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de processo**, v. 37, 1985.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, p. 20-60, Edição Especial – out. 2000.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2009.

SAVARIS, José Antonio. Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON; Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 89-125.

SOARES JÚNIOR, Jair. A Defensoria Pública da União nos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 121-136.

SOUZA, Arthur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Academia Mineira de Letras Jurídicas. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-proceso-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 25 out. 2012.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE E SIMPLICIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: DA TEORIA À PRÁTICA

Edmilso Michelin¹

INTRODUÇÃO

A temática que foi proposta pelos organizadores, contextualizando com o desafio de contribuir para uma releitura dos Juizados Especiais Federais, representa importante oportunidade para expor percepções, sugestões e críticas de uma advocacia previdenciária. O desafio é grande, pois a pretensão é a de defender que todos os indivíduos tenham o direito a uma prestação jurisdicional de qualidade e efetiva, à luz da simplicidade e informalidade e seus corolários. É de se pensar que um processo adequado resulte em uma prestação efetiva, materialmente falando, deva ser célere, simples, informal e assegurar todas as prerrogativas processuais abarcadas pelo devido processo legal, especialmente o direito à ampla produção de provas. É muito comum ouvir que os Juizados Especiais, especialmente os federais, abriram as portas do Poder Judiciário à cidadania, o que é verdade. Entretanto, cabe agora a nós, operadores do Direito, não deixar que os cidadãos saiam com as mãos vazias, em decorrência de rotinas ou práticas cartorárias que criam uma diversidade de critérios para a prática de atos processuais e obstáculos ao acesso do jurisdicionado, burocratizando ou impedindo a obtenção de prestação jurisdicional efetiva e satisfatória.

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, todos têm direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais (arts. VIII e X).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura com o regime de exceção até então vigente, e, assim, materializou o desejo coletivo de organização da sociedade a partir de um Estado Democrático de Direito, corolário com a garantia da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

¹ Advogado previdenciário, Mestre em Direito pela UFSC/IESA e Presidente da Comissão Especial de Previdência Social da OAB/RS (2007–2011)

Os Juizados Especiais Federais são consequência da opção política do legislador constituinte originário (CF/88, art. 98) e derivado (EC nº45/2004, § 1º) em construir uma sociedade pautada na cidadania. Portanto, é pré-requisito para alcançar tal intento garantir o pleno acesso à justiça.

A garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) é tomada aqui como um direito fundamental que assegura, além do acesso formal (direito de ação), a criação de instrumentos e mecanismos para a viabilização de uma ordem jurídica justa. A criação dos JEF teve como escopo principal ampliar o acesso à justiça, ou seja, aproximar a população do Poder Judiciário de forma a efetivar os direitos buscados ou se satisfazer com o resultado do julgamento. Esse entendimento é corroborado por Omar Chamon²:

O constituinte, na ânsia de liberdade e participação popular, procurou não descuidar dos institutos e princípios processuais visando à concretização do pleno acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, objetivando evitar que a democratização do acesso à Justiça se transformasse, apenas, em inútil retórica, constitucionalizou, na época, recentes experiências com os juizados de pequenas causas.

Inegavelmente, os Juizados Especiais Federais permitem que milhões de brasileiros se socorram ao Poder Judiciário, com destaque para as ações de natureza previdenciária. Entretanto, passados mais de 10 anos de sua criação, a qualidade da prestação jurisdicional está comprometida pela burocratização do acesso e do processamento das demandas por intermédio de regulamentações por atos administrativos, especialmente nas ações que necessitem de dilação probatória e/ou de matéria mais complexa.

Nesse sentido, o escopo adequado do *processo dos juizados especiais federais* é algo a ser construído e a dissecação das experiências vividas nestes últimos dez anos é pré-condição.

A construção do presente artigo parte de algumas premissas, tais como: o processo nos Juizados no sentido *latu sensu* não pode ser visto como um processo clássico simplificado, mas algo totalmente novo, segundo novos paradigmas, inarredavelmente vinculados à celeridade, à simplicidade e à informalidade; as teses, considerações, críticas e sugestões são feitas pela percepção prática de quem labora exclusivamente no Direito Previdenciário e dos debates e proposições da Comissão Especial de Previdência Social da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul – CEPS/OAB/RS – anos 2007–2012; que os indivíduos em geral, especialmente os segurados da Previdência Social, têm o direito fundamental

² CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012. p. 196.

a uma prestação jurisdicional de qualidade/efetiva; a participação (democratização) na administração da justiça é uma prerrogativa da sociedade civil.

1. PRINCÍPIOS DA INFORMALIDADE E SIMPLICIDADE

O artigo 98 da CF/88, *caput*, estabelece que a União, o Distrito Federal e territórios e os Estados criarão juizados especiais, competentes para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial econômico, mediante procedimento oral e sumaríssimo. A Emenda Constitucional 22/99 permitiu que a União passasse a ser parte. O artigo 98, § 1º, estabelece que lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

A facilitação do acesso à justiça, mediante uma prestação jurisdicional informal e simples, encontra campo fértil nos Juizados de Pequenas Causas Cíveis, com o advento da Lei 9.099/95, diante da natureza dos bens tutelados (bens privados e de “menor potencial econômico”) e das partes envolvidas (particulares). Diferentemente do que ocorre nos JEF, nos quais figuram como ré a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, o que por si só impõe limitações para transacionar ou conciliar. Além do mais, a estrita vinculação ao princípio da legalidade que permeia a administração pública antagoniza com a simplicidade e a informalidade. Assim, o grande desafio é compatibilizar uma prestação jurisdicional simples e informal com a complexidade própria do aparelho estatal.

A opção do legislador constituinte por uma prestação jurisdicional célere, como é notório, decorre da longa duração dos processos nos moldes do rito ordinário, mesmo quando o objeto é de pequena expressão econômica ou indispensável à subsistência, como as prestações previdenciárias. De um lado, é necessário, diante do novo arcabouço jurídico, eliminar toda e qualquer rotina (burocracia) que não seja necessária e simplificar os atos e despachos de tal maneira que sejam inteligíveis ao cidadão de compreensão média; por outro lado, é necessário resguardar todas as prerrogativas processuais, se necessário, em detrimento da celeridade. É inadmissível que a busca por uma prestação jurisdicional célere a faça restar ineficiente ou injusta. Assim, encontrar a medida entre a celeridade e a efetividade jurisdicional é algo que ainda deve ser buscado, pois a obsessão por aquela, em detrimento desta, está presente hodiernamente na prática forense.

Os princípios constitucionais do acesso à justiça, da verdade real e da efetividade jurisdicional, somados à finalidade protetiva da Seguridade Social, dentre outros, permitem concluir que a máquina judiciária deve direcionar todos seus esforços para assegurar que aqueles que entendem ter algum direito possam demonstrar de forma exaustiva suas alegações, de fato e de direito.

Na prática, muitas vezes, tem-se a impressão de que os servidores e juízes federais lotados nos JEFs desconhecem que o **Poder Judiciário é a última instância de socorro dos cidadãos**. Entretanto, compreende-se o *modus operandi* quando se entende que isso é a irradiação de um modelo de gestão pautado somente na eficiência econômica³. O indeferimento, por exemplo, da realização de audiência ou de nova audiência, a fim de exaurir qualquer dúvida sobre o exercício de atividade rural para fins de concessão de aposentadoria por idade; ou da necessidade da realização de perícia das condições ambientais de trabalho para fins de aposentadoria especial, considerando que as informações do Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) fornecidas pelo empregador são incompletas ou inverídicas, leva à improcedência da demanda com a formação de coisa julgada e, portanto, inviabiliza o acesso à proteção previdenciária.

O processo que se busca (idealizado), especialmente para as demandas securitárias, por ser escopo prestacional protetivo, deve ser recebido, processado e analisado *cum grano salis*, ou seja, como um grão de sal. Corrobora esse pressuposto a peculiaridade do objeto – um bem de vida fundamental – imprescindível para a subsistência da parte requerente devido a sua hipossuficiência formal e material.

Diante da necessidade de *resistir* à burocratização da prestação jurisdicional dos Juizados Federais Especiais, nasceu no Rio Grande do Sul o Fórum Interinstitucional Previdenciário⁴. Ele também tem se preocupado com a miscelânea de atos procedimentais ou proces-

³ Savaris, ao tratar, no Capítulo 3, sobre o “Primado da Eficiência: uma análise crítica da justiça previdenciária deste início de século”, ensina que “não há nada de errado em a Administração Pública buscar a eficiência”, se por eficiência for entendido como “o dever de bem atender o cidadão” e de prestar um serviço público de qualidade e que tenha o cidadão como referência “é o que desde sempre se espera da Administração Pública” (p. 104). Afirma, entretanto, que os problemas “começam quando vemos a eficiência da administração gerencial apenas pela perspectiva da racionalização dos serviços na busca de resultados, independentemente da satisfação do administrado quanto ao valor intrínseco da resposta administrativa” (p. 105). Por fim, conclui que “A primazia da eficiência econômica é inadequada aos propósitos da Administração Pública, pois guarda orientação à maximização das riquezas e a uma racionalização na alocação de recursos que tem como ponto de partida a redução de custos”. Especificamente sobre a Previdência Social, destaca que, se aplicada a eficiência econômica, “significa obsessão por redução de custos, com desajustes e graves consequências humanas” (p. 105-106) (SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 104-106).

⁴ Foi criado de proposição dos advogados previdenciaristas do Rio Grande do Sul, organizados pela Comissão Especial de Previdência Social da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul (CEPS/OAB/RS). O Fórum Institucional Previdenciário é uma experiência bem sucedida de como se podem somar esforços para qualificar a prestação jurisdicional dos usuários

suais que criavam verdadeiros obstáculos ao acesso à justiça, com a mecanização de procedimentos e com o direito que a sociedade civil tem de participar da definição dos rumos do Poder Judiciário (democratização da administração da justiça). Na Comissão Especial de Previdência Social da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul (CEPS/OAB–RS), criada de proposição dos advogados previdenciaristas, tem se firmado a convicção de ser necessário abolir todo e qualquer obstáculo ao acesso à justiça e à efetiva prestação jurisdicional, mediante a simplificação ou eliminação de atos e procedimentos desnecessários ou restritivos às garantias processuais. É necessário, também, racionalizar as rotinas e procedimentos cartoriais, no intuito de disponibilizar aos cidadãos um serviço público de qualidade, célere, simples e, tanto quanto possível, informal.

O Fórum Interinstitucional Previdenciário foi criado oficialmente no dia 24.06.2010 pela Resolução 36 da Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Conforme o artigo 2º, tem como finalidade:

Ampliar a discussão sobre o aperfeiçoamento de práticas e procedimentos nas demandas previdenciárias da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, facilitando a interlocução e fomentando a postura de colaboração entre as partes envolvidas, com vista à célere e efetiva resolução dos processos que lhe são afetos⁵.

Cumpre salientar a natureza democrática e participativa do fórum, visto que são integrantes todos os atores envolvidos no processo previdenciário⁶, e os enunciados e recomen-

dos Juizados Especiais Federais. Atualmente, também é realizado nas Seções Judiciárias de Santa Catarina e do Paraná. Caracteriza-se por ser um espaço democrático, formador de conhecimento e convencimento, no qual todos os atores diretos (operadores do Direito Processual Previdenciário) trazem a sua percepção sobre o atendimento dos cidadãos e processamento das demandas de natureza securitária. Para a advocacia previdenciária, é uma importante oportunidade para interagir com os demais atores e defender a advocacia e a sociedade civil em geral.

O primeiro evento ocorreu no dia 05.08.2010. Entretanto, no dia 23.10.2009, a CEPS reuniu-se com o Coordenador dos Juizados Especiais Federais da TRF4, Des. Paulo Afonso Brun Vaz, quando foram apresentadas diversas situações e procedimentos que estavam ocorrendo nos JEFs do RS, que criavam obstáculos ao acesso à justiça e adequada prestação jurisdicional. Na oportunidade, *postulou-se a criação de canal permanente de interlocução* entre a advocacia e o Poder Judiciário Federal. No dia 20.05.2010, em reunião com o então Presidente do TRF4, Desembargador Vilson Darós, a direção da OAB/RS, CEPS e Procuradoria Especializada do INSS, foi decidido que seria criado um “canal permanente de interlocução” e que teria a “participação de todos os atores envolvido no processo previdenciário”, ou seja, o *Fórum Interinstitucional Previdenciário*.

Informações completas sobre o *Fórum Institucional Previdenciário* podem ser obtidas no site: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_forum_prev_RS>.

⁵ BRASIL. **Resolução 36, de 24 de junho de 2010**. Institui o Fórum Interinstitucional Previdenciário na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Resolucao%2036-2010b.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.

⁶ O *Fórum Institucional Previdenciário* é composto pelos seguintes representantes: OAB/RS, mínimo de 5 representantes, mas 3 com direito a voto; Federação dos Trabalhadores e Aposentados do Rio Grande do Sul (FETAPERGS): (1); **Defensoria Pública**: (1); **Ministério Público Federal**: (1); **Procuradoria Federal Regional**, de atuação junto ao TRF da 4ª Região: (1); **Procuradoria Federal Especializada**, de atuação junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – Porto Alegre: (1); **Superintendência Regional do INSS**: (1); **Tribunal de Justiça do Estado do RGS**: (1); **Judiciário Federal**: (9), sendo: Des. Federal Coordenador dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região; Corregedor-Regional ou magistrado por ele indicado; Desembargador Federal Coordenador do SISTCON; Desembargador Federal das Turmas Previdenciárias do TRF da 4ª R; Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul; Coordenador Seccional dos JEFs da 4ª Região na Seção Ju-

dações são expedidos por consenso. O enunciado, como é próprio da natureza desse instituto, não tem força cogente. Assim, a maior ou menor repercussão dependerá do engajamento de toda a comunidade jurídica.

Andrade⁷ denominou “potencial democrático” a garantia da participação popular na constituição do poder, na gestão e na administração dos recursos públicos. A cidadania vem a ser um fundamento do Estado Democrático de Direito, no qual devem ter um papel destacado a gestão e a administração da seguridade social na construção de uma sociedade livre e solidária. Diz a autora:

Significa que o sentido democrático da cidadania é um discurso postular da possibilidade permanente do dissenso (conflito), ao defender a existência da pluralidade discursiva e do direito aos direitos, indefinidos, não congelados. Tal dimensão pode trazer, em seu bojo – tal qual a dimensão autoritária pode trazer um caráter legitimador – um caráter contestatório da dominação capitalista, podendo questionar, inclusive, suas próprias contradições e fundamentos, entre os quais a apropriação da cidadania como um instrumento de legitimação do Estado.

Na prática, a permeabilidade democrática presente na norma constitucional e infra-constitucional, que criou e regulou os Juizados Especiais Federais, sofreu alguns desvirtuamentos (burocratização/engessamento) que dificultam ou impedem uma prestação jurisdicional simples e informal. A Lei 10.259/01, de forma concisa, criou somente os parâmetros principais para o processamento das demandas, deixando a cargo dos Tribunais (art. 14, § 10) ou para os magistrados de primeiro grau, no âmbito de suas competências, a regulamentação por meio de “atos normativos”, geralmente portarias.

Acredita-se que o legislador propositalmente deixou a cargo das “bases” o detalhamento das rotinas cartorárias, justamente para aproveitar as boas práticas para se alcançar o fim proposto – uma prestação jurisdicional rápida, simples e, tanto quanto possível, informal. Entretanto, o que se vê no cotidiano da prática forense é a criação de critérios restritivos e díspares, de duvidosa legalidade, que têm como objetivo principal adequar o processamento das demandas à capacidade estrutural (pessoal e financeira) do judiciário federal.

A legitimidade da pretensão de participação da sociedade civil, mediante os principais atores envolvidos (OAB, FETAPERGS, MPF etc.), encontra respaldo na própria legislação que criou os Juizados Especiais Federais, que tem entre suas principais diretrizes a busca da conciliação e autocomposição.

diciária do RS; magistrado de Vara Federal Previdenciária da SJRGs – Corregedoria; magistrado de Vara de JEFP da SJRGs – indicado pelo COJEF; magistrado de Turma Recursal da SJRGs – indicado pela COJEF.

⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 73.

Como é sabido e notório, as direções dos TRFs não têm o hábito de convidar representantes da sociedade civil para participar da definição dos rumos da administração da justiça, mesmo quando é para tratar de conciliação, que tem como pressuposto a participação de todos os envolvidos (partes). Assim, esse espaço de participação está para ser conquistado.

1.1 Práticas processuais ou procedimentais que afrontam os princípios da simplicidade e informalidade

No âmbito dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, o qual se toma como referência neste artigo, a questão do engessamento da burocratização da prestação jurisdicional se manifestou em vários níveis. Em geral, a postura restritiva inicia com a apreciação do pedido de concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG). A continuação passa pela apreciação restritiva dos requisitos para o recebimento e processamento das ações. Também se dá por ocasião da criação de requisitos tidos como “indispensáveis”, sob pena de indeferimento da petição inicial ou extinção do feito (como no caso da juntada de cópia atualizada de comprovante de endereço; apresentação de memorial de cálculo pormenorizada, cópia na íntegra do processo administrativo, procuração atualizada, atestado médico atualizado, entre outros). Continua com o indeferimento da produção de provas (testemunhais ou periciais) e culmina nos julgamentos de 1º e 2º graus, com entendimentos igualmente restritivos.

Algumas poucas portarias da JFRS, vigentes no ano de 2010, buscaram de fato simplificar o atendimento das partes e o processamento das demandas, segundo levantamento feito pela CEPS/OAB-RS e pela Comissão de Padronização de Procedimentos dos Juizados Especiais Federais do TRF da 4ª Região. De fato, ocorreu uma involução do “potencial democrático”, que, em parte, foi recuperado com a criação do Fórum Institucional Previdenciário.

No primeiro fórum, após amplos debates, deliberou-se sobre a denúncia de rigidez no processamento das demandas previdenciárias, principalmente sob o rito especial dos Juizados Especiais Federais, por causa da tendência de regulação por portarias. Na ocasião, o encontro criou o seguinte enunciado: “**Enunciado 1:** Incumbe aos participantes do foro (magistrados, advogados e procuradores públicos), no prazo de 30 dias, reportar à Comissão de

Padronização, através do fórum, objetivamente, os problemas e sugestões que entenderem pertinentes”⁸.

A CEPS/OAB/RS apresentou seu relatório por ocasião do segundo fórum, realizado no dia 09.11.2010, e a Comissão de Padronização de Procedimentos nos Juizados Especiais Federais da Corregedoria do TRF da 4ª R, durante o 3º evento, realizado no dia 22.03.2011. Em síntese, apontaram as questões adiante tratadas.

1.1.1 Da postura restritiva para a concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG)

A postura restritiva na apreciação do benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG) para ações previdenciárias e afins, especialmente para as processadas pelo rito especial previsto na Lei 10.279/01, viola o direito ao amplo acesso à justiça e o **espírito da lei dos juizados**. Ainda nas justificativas para a criação do fórum, postulou-se que fosse observado o disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, ou seja, a simples afirmação de que, no momento do ajuizamento, não dispor a parte de condições para custear as despesas processuais seja suficiente para a concessão.

O que motivou o pedido acima foi o grande número de magistrados federais que estavam aplicando o entendimento do Enunciado 38 do Fórum Nacional dos Juizes Federais (FONAJEF), que limitava a concessão do benefício da AJG àqueles que recebem renda igual ou inferior ao limite de isenção do imposto de renda (IR), tanto para ações que tramitavam pelo rito especial ou pelo rito ordinário, em verdadeira afronta à lei. O fórum deliberou e consensualmente expediu o Enunciado 2.

Enunciado 2: Em regra, a mera declaração de impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo da subsistência é suficiente para a concessão do benefício da AJG, cabendo à parte contrária a impugnação. Pode o juiz, nos casos excepcionais, com base em razões fundadas, exigir a comprovação⁹.

Na época, alguns JEFs, chegaram ao absurdo de cobrar antecipadamente metade do valor dos honorários de perito médico, da parte autora, para todas as ações que envolviam a

⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF – Fórum Interinstitucional Previdenciário – Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁹ BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF – Fórum Interinstitucional Previdenciário – Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

saúde do trabalhador, mesmo para as ações do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, no qual está implícita a condição de vulnerabilidade social, diante da insuficiência financeira dos recursos públicos. Um problema de ordem eminentemente pública cuja solução foi atribuída à iniciativa privada e de indivíduos que deveriam ter a prioridade da atenção da administração pública. *A priori*, inválidos para o trabalho ou com grandes limitações para o exercício de qualquer atividade profissional, portanto, sem condições de aferir renda ou salários, um verdadeiro desvirtuamento dos objetivos dos JEF e da finalidade protetiva da seguridade social. O fórum expediu o Enunciado 3: “Nos JEFs não pode o autor da ação ser compelido à antecipação de qualquer despesa processual (art. 12 da Lei dos JEFs)”¹⁰.

1.1.2 Da postura restritiva e formalista no recebimento e processamento das demandas

O levantamento realizado pela CEPS, junto ao amplo e variado rol de portarias publicadas no âmbito da JF e da JEF/RS, identificou, como regra, uma postura formalista e inadequada no recebimento e processamento das ações, especialmente de natureza securitárias, que tramitam pelo rito especial.

Das muitas facetas que demonstram a postura restritiva e formalista, que aparece na maioria das portarias, é a decorrente da atribuição do ônus da prova de fatos constitutivos de direito exclusivamente ao autor, com base no artigo 333 do CPC¹¹. Esse entendimento afronta a natureza das ações securitárias e a essência dos juizados especiais federais (amplo e efetivo acesso à justiça), segundo o disposto no artigo 11 da Lei 10.259/01 e demais dispositivos legais que atribuem ao INSS o caráter de “guardião” das informações previdenciárias dos segurados e antigos segurados. Com o advento da Lei 10.259/01, impõe-se à administração pública o *dever de produzir provas*. É possível que tal postura decorra principalmente da mentalidade conservadora perceptível na busca desproporcional da segurança jurídica, e na compreensão incorreta da natureza própria do rito criado pela Lei 10.259/01, que, de um lado, leva à ordinarização do processo e, de outro, à sua precarização. Tanto uma leitura que leve a uma ou outra dessas tendências são incapazes de assegurar a “igualdade de armas” e de alcançar a finalidade de levar as prestações securitárias a quem tem direito ou necessida-

¹⁰ BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF – Fórum Interinstitucional Previdenciário – Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

¹¹ Poucas portarias preveem a possibilidade de intimação do réu para a juntada de documentos que estão em sua posse. Destaque para a Portaria 02, de 16.11.2009, da 3ª Vara do Juizado Especial Federal de Porto Alegre, inciso VI, § 5º.

de, de forma célere e efetiva. É preciso fazer uma leitura que supere esses dois paradigmas, criar um novo arcabouço processual e adequado aos novos tempos e demandas. É de crer que a intenção do legislador constitucional, ao criar princípios processuais específicos e delinear outras diretrizes do artigo 98 da CF, possa evidenciar de forma clara a criação de um novo instrumental processual.

Corroborando o entendimento de que se deve buscar *um novo paradigma processual*, na interpretação da Lei 10.259/01, Chamon¹² argumenta que: “Não é por acaso que a legislação a que se aplica subsidiariamente a Lei nº 10.259/01 é a Lei nº 9.009/95 e não o Código de Processo Civil. A ideia é evitar, o máximo possível, a denominada ‘ordinarização’ do rito dos Juizados Especiais”. Por outro lado, afirma também que: “Não se deve esquecer jamais que os Juizados Especiais não são um rito simplificado, isto é, uma tentativa de rito sumário ainda mais simplificado. Muito pelo contrário. Trata-se de uma proposta de um processo totalmente diferente do processo clássico”¹³.

A denúncia da CEPS/OAB-RS foi corroborada pelo relatório da Comissão de Padronização de Procedimentos nos Juizados Especiais da Corregedoria do TRF da 4ª Região¹⁴, após realizar levantamento das rotinas cartorárias (e respectiva regulamentação), sob a coordenação da então Juíza Federal, Vivian Josete Pantaleão Caminha, cujo relatório foi apresentado no terceiro fórum, realizado no dia 22 de março de 2011, no qual se concluiu que:

Além da diversidade de critérios para a prática de atos processuais, alguns procedimentos criavam óbices intransponíveis ao acesso dos jurisdicionados aos JEFs, burocratizavam o trâmite judicial ou contribuíam para a morosidade na prestação jurisdicional, contrariando os princípios que regiam os Juizados Especiais e os objetivos que inspiraram a sua criação¹⁵.

O notável trabalho realizado pela citada comissão apontou que, entre os procedimentos, se destacam, por seus efeitos negativos, os seguintes:

(a) a exigência de apresentação de documentos não essenciais para o ajuizamento da ação – mais especificamente o destinado à comprovação do endereço do autor, a cópia integral do processo administrativo e atestado médico com data recente (em ações de concessão de benefício previdenciário por incapacidade) –, sob pena de indeferimento da inicial;

¹² CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 198.

¹³ CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

¹⁴ A Comissão de Padronização de Procedimentos nos Juizados Especiais Federais foi instituída pela Portaria 544, de 30 de junho de 2010, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹⁵ Ata da Terceira Reunião do Fórum Interinstitucional Previdenciário – COJEF 22.03.2011. In: **Fórum Institucional Previdenciário**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Atata%20Forum%20Interinstitucional%20Previdenciario%20-%203a%20reuniao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012. p. 1-5.

- (b) a exigência de que, na procuração outorgada pelo(a) autor(a), conste poder específico para a propositura da ação;
- (c) a exigência de apresentação de memória pormenorizada de cálculo das diferenças pleiteadas, sob pena de indeferimento da inicial;
- (d) a observância a requisitos diferenciados para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, e
- (e) a postergação da análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para o momento da prolação de sentença (como regra geral)¹⁶.

Por outro lado, a precarização do processo decorre da obsessão por celeridade processual e pelo desvirtuamento da opção do legislativo de suprimir instrumentos processuais, como o agravo de instrumento e a ação rescisória. Tais criações jurídicas tiveram o intuito único de favorecer o cidadão e não o contrário.

Segundo Serau Jr.:

A informalidade e a simplicidade dos atos processuais – antes destinados a combater as mazelas do formalismo excessivo –, com o passar do tempo e, sobretudo, pela interpretação que lhes vem sendo atribuída pela jurisprudência e práticas processuais dos juizados, uma verdadeira *precarização* do processo e das prerrogativas processuais.

O **‘estado de necessidade processual’** ao qual são levadas as partes que litigam contra a Fazenda Pública Federal impõem renunciem a uma série de prerrogativas e garantias processuais em troca de uma suposta prestação jurisdicional célere.¹⁷ (grifo do autor)

Outra característica muito comum nas portarias, no sentido de criar obstáculos ao pleno acesso à justiça, é a fixação de rol de documentos indispensáveis para a propositura da ação. Tais exigências não têm amparo legal. Mais ainda, o processamento da ação fica condicionada à apresentação de tais documentos, sob pena de indeferimento da petição inicial, ou seja, criam-se novos requisitos como condição para a ação. Esses documentos normalmente estão de posse do réu, especialmente quando é o INSS. São exemplos as portarias que se segue: Portaria 01, de 16.02.2007, da 1ª VF e JEF de Santa Maria, inciso I; Portaria 01, de 12.03.2010, do Juizado Especial de Caxias do Sul, artigo 3º, §§ 5º e 6º; Portaria 04, de 31.07.2007, da Vara Federal da Subseção Judiciária de Carazinho, artigo 13.

As questões levantadas que criavam óbice ao acesso à justiça e à efetividade jurisdicional foram submetidas à apreciação do fórum, sendo expedidos diversos enunciados e recomendações, dos quais se destacam os que seguem.

¹⁶ Ata da Terceira Reunião do Fórum Interinstitucional Previdenciário – COJEF 22.03.2011. In: **Fórum Institucional Previdenciário**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Ata%20Forum%20Interinstitucional%20Previdenciario%20-%203a%20reuniao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012.

¹⁷ SERAU JR., Marco Aurélio. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 22.

Enunciado 10: A comprovação documental do endereço do(a) autor(a) deve ser exigida somente quando houver indício fundado de inconsistência da informação constante na petição inicial ou mediante impugnação do réu.

Enunciado 11: A juntada de cópia integral do processo administrativo não constitui requisito indispensável ao ajuizamento da ação.

Enunciado 12: Nos pleitos de benefícios por incapacidade, não constitui documento indispensável para o ajuizamento da ação o atestado médico atualizado, desde que a parte já tenha apresentado o documento contemporâneo ao requerimento administrativo para comprovar a necessidade de afastamento do trabalho.

Enunciado 13: A outorga de poderes para o foro em geral e específicos permite ao advogado defender os interesses da parte em juízo, não sendo necessário o minucioso detalhamento do objeto da demanda a ser ajuizada.

Enunciado 14: Não é exigível a apresentação de memória pormenorizada de cálculo das diferenças postuladas quando da propositura da ação.¹⁸

Cumpre destacar que os ganhos obtidos junto ao fórum vão além da expedição de enunciados e recomendações. Trata-se da criação de uma via de mão dupla, que permite à sociedade civil dialogar com o Poder Judiciário e vice-versa.

1.1.3 Algumas rotinas cartorárias que burocratizam ainda mais a prestação de serviços públicos

A experiência do fórum demonstrou que as diversas rotinas cartorárias são, no mínimo, irracionais. Exemplo disso é a exigência da juntada de cópia, na íntegra, do processo administrativo pelo autor e pelo réu, laborando em alguns efeitos colaterais, como a burocratização dos serviços públicos em geral e agressão ao meio ambiente. Na prática, o autor é intentado a juntar cópia na íntegra do processo administrativo. O réu também. Assim, os agentes administrativos precisam fotocopiar ou escanear duas vezes, uma para o autor e outra para a Procuradoria, sendo ambas juntadas no processo. Isto desviando o servidor de tarefas mais prementes e ocupa espaço nos mecanismos de arquivamento digital.

Outra prática muito comum e regulada por portarias é a exigência do indeferimento administrativo em ações revisionais como condição da ação, em matéria que a administração pública já exarou entendimento contrário por normatividade interna (decretos, portarias etc.) como é o caso de pedido de desaposentação. Tais procedimentos tumultuam desnecessariamente o atendimento nas agências. Com o intuito de coibir tais práticas o fórum realizado no dia 14.06.2011, expediu o **Enunciado 16**, *verbis*: “Nas ações de conversão de

¹⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF - Fórum Interinstitucional Previdenciário Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

auxílio doença em aposentadoria por invalidez e/ou auxílio acidente não é necessário o prévio requerimento administrativo em face da inexistência de rotina específica no sistema informatizado do INSS”¹⁹.

Ainda é muito comum nos JEF a imposição de rotinas que só atravancam o adequado andamento das ações, como, por exemplo: exigência de apresentação de procuração atualizada, mesmo tendo sido passada há poucos meses ou anos; a apresentação de comprovante de endereço atualizado sem qualquer impugnação ou alegação do réu etc.

Infelizmente, o óbvio não é feito, ou seja, a citação do réu com a determinação de que junte todos os documentos que tenha em sua posse e que possam interessar à demanda. Posteriormente, diante de impugnação fundada e justificável, a intimação da parte autora para atualizar informação ou juntar documentos.

1.1.4 Das Turmas Recursais

As turmas recursais (TR), especialmente no Rio Grande do Sul, após anos de postura eminentemente restritiva e formalista, passaram a adotar uma postura mais flexível e entendimentos mais ampliativos, tanto na apreciação e valoração do conjunto probatório como nos critérios de admissão de incidentes de uniformização. Entretanto, essa diretriz ainda é insuficiente para assegurar direitos a quem de fato os detém. Há que debitar a mudança parcial de postura das TR naquele estado à gestão da CEPS/OAB-RS, junto à presidência das mesmas, e ao Fórum Interinstitucional Previdenciário, bem como à compreensão, por parcela dos magistrados, do escopo próprio que envolve o direito securitário.

É imprescindível se ter a noção de que as turmas recursais são a última instância (esperança) das partes em ter a apreciação de provas, razão pela qual se exige um julgamento criterioso. Um julgamento *cum grano salis*. Entretanto, como é sabido, boa parte das decisões ainda resume-se a “manter a sentença pelos seus próprios fundamentos”. Em que pese à existência de previsão legal, passa a percepção de que nada foi apreciado, principalmente quando envolve matéria de fato.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF - Fórum Interinstitucional Previdenciário Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

Assim, de um julgamento no qual não se tem a segurança de que os argumentos e provas tenham sido devidamente apreciados, resta à TRU (Turma Regional de Uniformização) e a TNU (Turma Nacional de Uniformização), nas quais as hipóteses de interposição de recursos são poucas e os critérios de admissibilidade muitos e rigorosos. Entre advogados é comum ouvir a expressão: “É mais fácil ter admitido um recurso especial ou extraordinário do que em incidente de uniformização”. Pouco se tem para falar em simplicidade e informalidade em grau de recurso.

A oralidade, que, na prática, pouco existe nos JEFs, deveria encontrar campo fértil nas TRs. Ainda tendo como referência as TR/RS, a oralidade é basicamente proforma, um monólogo de cinco minutos, sem espaço à réplica, na qual o defensor sequer pode aproximar-se dos julgadores. O púlpito²⁰ existente para a sustentação oral, nas TRs do estado é a expressão da ritualística e do formalismo muito presentes no processo clássico.

De sorte que são muitas as experiências pelo Brasil afora que estão em sintonia com o postulado de uma justiça simples e informal, como no exemplo citado por Chamon²¹ junto às TRs do TRF da 3ª Região:

Observo a concretização do princípio em foco também na forma como se efetiva a sustentação oral nas Turmas Recursais, ao menos em face de experiência vivida nas Turmas dos Juizados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ao contrário da distância entre o advogado e os julgadores que transforma esse ato processual em cansativo e inútil discurso, o advogado senta-se junto à mesa de julgamento e explica as razões pelas quais entende que seu recurso deve ser provido. Caso haja dúvidas em matéria fática, aproveita-se a ocasião para dirimi-las, com a participação do advogado. Após, há o julgamento. Referido ato processual deixa de ser simples prerrogativa das partes a ser respeitada, mas influi, de fato, no entendimento dos julgadores.

2. ALGUMAS QUESTÕES CORRELATAS AO PRINCÍPIO DE SIMPLICIDADE E INFORMALIDADE QUE É PREMENTE UMA RELEITURA

Considerando que o intuito principal da obra é fornecer “elementos para uma releitura” sobre o funcionamento dos Juizados Especiais Federais, se estão em sintonia com os objetivos e princípios que lhe dão contorno, apontam-se três questões que se reputam impres-

²⁰ Etimologicamente: “pulpeto”, do lat. “*pulpitum*”. Também: Tribuna, estrado. Local elevado de onde fala um orador, geralmente dentro de um **templo** religioso (WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%BAlpito>>. Acesso em: 19 out. 2012).

²¹ CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 202.

cindíveis a uma releitura, quais sejam: a conciliação, especialmente em matéria previdenciária; a indispensabilidade da presença do advogado; e a competência absoluta dos JEFs.

Se for dado o adequado tratamento a essas questões, ter-se-ão avanços importantes na qualidade da prestação jurisdicional fornecida pelos JEFs diante do papel estruturante que possuem.

2.1 Conciliação nos juizados especiais federais

O instituto da conciliação ganha repercussão dentro do espectro do direito público brasileiro com o advento da Lei 10.259/01. Inquestionavelmente, representa um poderoso instrumento de celeridade processual, consequentemente de pacificação social.

A CEPS/OAB/RS, desde o início, mostrou-se favorável à conciliação, desde que condicionada à fase do processo, ao tipo de benefício e a não perda de direitos.

Dois fatores destacam-se pela falta de entusiasmo dos advogados e seus clientes com programas de conciliação:

- a) a falta de atratividade nos patamares propostos pela Administração Pública Federal. Em regra, o réu propõe acordo somente de matéria já vencida ou em que as provas dos autos indicam a certeza da sucumbência. E ainda mediante o desconto de 10 a 20% do valor da condenação. Ora, estando o réu diante de demanda que deveria ter reconhecido administrativamente, e a derrota judicial é certa, deveria reconhecer integralmente o direito. O ganho da administração ocorreria com o fim dos custos da manutenção de processos perdidos e a entrega de prestação (que é sua função precípua), mesmo que tardiamente; e
- b) a formação jurídica dos advogados, notadamente, para litigar.

Diante desse contexto, parece que primeiro se deve buscar, junto aos demais atores do processo, avanços qualitativos nas propostas de conciliação; tornar a conciliação mais atrativa economicamente. É inconcebível que aquele que possui o direito, que já teve pedido negado administrativamente, que realizou toda a ou parte da instrução processual, que passou por provações, ainda precise renunciar parte de seu direito. As conciliações até agora promovidas favorecem ao sonegador de direitos: administração pública.

Nos últimos tempos, tem-se proliferado uma nova modalidade de conciliação, especialmente em ações de natureza securitária: o sistema de conciliação pré-processual. Sem a pretensão de entrar no mérito propriamente dito da constitucionalidade de tal sistema de exaurir o tema, há de se manifestar um desacordo a essa prática, o que não necessariamente contraria o Enunciado 7 do fórum, o qual se manifestou favorável ao incremento de formas alternativas de pacificação de conflitos.

Enunciado 7: O Fórum se posiciona favoravelmente ao incremento das formas alternativas de pacificação de conflitos, propondo a retomada das discussões sobre a criação do Sistema de Conciliação Pré-Processual na Seção Judiciária do RS, e propugnando a necessidade de se ampliar o estudo das técnicas de conciliação e de avançar no aspecto qualitativo das propostas conciliatórias apresentadas aos autores de ações previdenciárias.²²

Do entendimento contrário à implantação do sistema pré-processual de conciliação, duas razões se sobressaem:

- a) É função precípua da Administração Pública, por intermédio do Poder Executivo, fornecer as prestações securitárias. A judicialização das demandas demonstra que os serviços públicos devem ser melhorados, que são insatisfatórios.

Nesse sentido, são pertinentes as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes²³, ao discursar no XXIV Congresso de Juízes Federais, realizado no ano de 2006, quando afirmou que: “Os Juizados Especiais Federais transformaram-se na maior repartição previdenciária do país”. Ora, a absorção pelo Poder Judiciário de mais atribuições do Poder Executivo somente aumentará o desvirtuamento de competências.

- b) Racionalidade econômica. Do ponto de vista da gestão, tal sistema é infinitamente menos oneroso aos cofres públicos que a solução de tantos pedidos indeferidos seja administrativa.

A opção pela resolução da inoperância da máquina administrativa mediante o Poder Judiciário importa na dupla atuação desta, o que, por si só, é suficiente para deslegitimar o novo paradigma de conciliação. Ademais, a remuneração média dos servidores lotados junto ao INSS é significativamente inferior à remuneração média dos servidores vinculados ao Poder Judiciário Federal.

²² BRASIL. Tribunal Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF - Fórum Interinstitucional Previdenciário Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

²³ MENDES *apud* SAVARIS, José Antonio (Coord.). **Curso de perícia judicial previdenciária**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 75.

A aprovação da Lei 12.011/09, que cria novas Varas e Juizados Federais, assim como autoriza a contratação dos respectivos juízes e servidores (aproximadamente 14.800), e da Lei 12.665, de 13.06.2012, que dispõe sobre a criação de novas Turmas Recursais (75) e cargo de Juízes de Turmas Recursais (225), é um indicativo de que a opção do Poder Executivo é atacar o problema na esfera judicial. A propósito, nas “justificativas” apresentadas no Projeto de Lei, pelo proponente (Superior Tribunal de Justiça), consta:

Agora o cenário é outro. Os Juizados Especiais Federais, principalmente no âmbito previdenciário, vem sendo provocados a decidir causas em que a lide é verdadeira, v.g., aquelas decorrentes de decisões administrativas que indeferem benefícios previdenciários (aposentadorias, auxílio-doença, auxílio-acidente, etc.). Muitas dessas ações demandam instrução demorada, sujeitas a perícias médicas, que exigem uma força de trabalho compatível com o número das demandas. As respectivas decisões, hoje, são objeto de recursos que congestionam as Turmas Regionais de Uniformização. O julgamento destes não pode tardar porque as ações de que se originam tem natureza alimentar, é preciso, portanto, e com urgência, que estas turmas regionais tenham juízes exclusivos, sem o que a finalidade dos Juizados Especiais Federais será frustrada²⁴.

Assim, acredita-se que o preenchimento do hiato existente entre o entendimento manifestado na esfera administrativa e na esfera judicial, quem deve avançar (ampliar) na esfera de atuação é a primeira. Especificamente sobre conciliação, tem-se que primeiro deve ser exaurido todo o potencial da modalidade convencional, pois existe espaço para avanços consideráveis, e é mais bem assimilada pelas partes.

2.2 A indispensabilidade do advogado

As causas afeitas aos Juizados Especiais Federais, contrariando os princípios da informalidade e simplicidade, tornaram-se, na sua grande maioria, complexas, inviabilizando a atuação dos jurisdicionado sem a presença de advogado. As principais causas dessa involução são: a postura restritiva e formalista do Poder Judiciário no recebimento e processamento das demandas, como já amplamente demonstrado; a defesa especializadíssima do principal réu (Administração Pública Federal); as exigências tecnológicas impostas pelo processamento eletrônico e a condição de hipossuficiente material e informacional dos jurisdicionados.

As razões e motivos que balizaram a previsão de o jurisdicionado postular em juízo sem a presença de profissional tecnicamente capacitado e habilitado deixaram de existir. Assim, o que era uma demanda eminentemente da Ordem dos Advogados do Brasil, passa a

²⁴ DIÁRIO da Câmara dos Deputados, Brasília, ano LXVI, n. 104, p. 30.527-31.082, 16 jun. 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16JUN2011.pdf#page=91>>. Acesso em: 22 out. 2012.

ser de toda a sociedade. Nesse sentido, o Projeto de Lei 7.707/10, protocolado pelo então líder da bancada do RS, a pedido da OAB/RS, altera as legislações que estabelecem rito especial, em razão do valor da causa para tornar obrigatória a presença de advogado em todas causas, sendo que, em causas no valor de 10 salários mínimos, a parte deverá estar representada por Defensor Público; na falta deste, o Estado deverá custear profissional nomeado para a causa.

Enfim, é inconcebível que uma das partes, que, em regra, é tida como hipossuficiente, litigue sem o patrocínio de profissional tecnicamente habilitado. Não há como assegurar a paridade de armas.

2.3 Competência absoluta do JEF

A fixação de competência absoluta *somente* em razão do valor da causa (art. 3º da Lei 10.259/01), para o processamento de demandas junto aos Juizados Especiais Federais, resulta em assimetrias na prestação jurisdicional. As assimetrias decorrem do nivelamento pelo valor da causa, causas simples, complexas e muito complexas.

Na prática, o encurtamento de fases e a subtração de remédios jurídicos, como o agravo de instrumento e a ação rescisória, não vieram acompanhados da flexibilidade de procedimentos e de uma interpretação ampliativa. Ao contrário, ocorreu a disseminação de uma postura restritiva e formalista em todas as fases processuais. Sucedeu um hibridismo às avessas, no qual são absorvidas ambas as faces, restritivas ou negativas. Salvo melhor juízo, é tipo caso de ofensa ao princípio da razoabilidade.

Entendemos que é premente aprofundar o debate sobre o tema, pois, com a perpetuação do atual critério, estarão os JEFs sujeitos ao descrédito diante da impossibilidade de eficácia satisfatória. Entretanto, enquanto não vêm mudanças legislativas ou doutrinárias, pugna pela adoção uma visão ampliativa em todas as fases processuais: recebimento da petição inicial, na apreciação do benefício da AJG, na instrução processual, valoração de provas e interpretação da legislação, especialmente a securitária, sob pena de se causar graves prejuízos aos cidadãos que se socorrem ao Poder Judiciário Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação jurisdicional junto aos Juizados Especiais Federais, como regra, não é pautada pela simplicidade e informalidade.

No caso concreto ocorreu desvirtuamento do potencial simplificador e informacional, constante na Lei 10.259/01, diante de regulação restritiva dos critérios para recebimento e processamento das demandas, por meio de atos normativos, geralmente portarias. O não aproveitamento de boas práticas e a não participação dos atores diretos nos processos dos juizados – especialmente os representantes da sociedade civil –, na formulação de tais critérios, levou a descrença ao projeto de prestação de serviço público de qualidade e que tenha o cidadão como referência, por causa de uma gestão da justiça pautada na “eficiência econômica”.

A tramitação das ações nos JEFs deve atender a uma formulação própria, legislativa e doutrinária, que parta de novos paradigmas contextualizados com a natureza dos bens tutelados, de modo a alcançar a eficiência de bem atender aos cidadãos, visto que a influência do CPC tem levado, de um lado, à ordinarização do processo mediante a criação de diversos atos e procedimentos que retardam ou impedem o acesso à prestação jurisdicional satisfatória; de outro lado, ocorre a precarização do processo, mediante a pura simplificação, comprometida somente com a celeridade processual.

A atribuição, como regra, de o ônus da prova caber exclusivamente ao autor da demanda (de produzir e não somente indicar), ao rigor do que estabelece o artigo 333 do CPC, especialmente em ações de natureza securitária, desvirtua o propósito dos JEFs de fornecer uma justiça célere, simples e informal. Impõe-se ao demandante um ônus que é próprio da Administração Pública; deixa visível uma leitura eminentemente privatista e civilista, não condizente com a natureza protetiva dos direitos securitários e com o disposto no artigo 11 da Lei 10.259/01 (dever da Administração Pública de produzir provas).

Da determinação de representantes da sociedade civil, capitaneada pela CEPS/OAB-RS, de resistir à onda burocratizante assentada junto às Varas Previdenciárias e ao JEF/RS, e a convicção de que é possível e devido participar da definição e aperfeiçoamento dos rumos da administração da justiça, nasceu a bem sucedida experiência do Fórum Institucional Previdenciário.

Os resultados positivos do fórum vão muito além da conquista pela sociedade civil de um espaço de participação nos rumos da administração da justiça, na expedição de enunciados e recomendações como forma de orientar o processamento, a conciliação e o julgamen-

to das demandas, especialmente nas que tramitam sob o rito especial previsto na Lei 10.259/01. Essa interveniência oportunizou a interlocução direta entre os atores envolvidos, permitindo que sejam levados, a conhecimento de todos, os problemas, dificuldades e sugestões. A complexidade e tamanho da estrutura do aparato do poder judiciário federal não permite, muitas vezes, que situações que ocorrem junto às varas e juizados cheguem a conhecimento superior. O contrário também é verdadeiro, pois, com a participação de todos, é possível tomar conhecimento da percepção dos demais atores e adotar medidas que não sendo tomadas.

Enfim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvida, que a prestação jurisdicional de competência da Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Sul está mais simples e informal, portanto, mais efetiva e satisfatória, com a criação do Fórum Interinstitucional Previdenciário. Muitas práticas ou rotinas que obstaculizavam a prática forense foram apontadas, e foram criados enunciados e recomendações que têm orientando a máquina judiciária em como proceder. Outras tantas ainda precisam ser debatidas, razão pela qual se deve incentivar a todos os advogados atuantes nos JEF a postularem, por intermédio das Comissões de Previdência Social, a criação de um canal permanente de interlocução com todos os atores envolvidos nos processos, especialmente com os integrantes do poder judiciário federal. Recorda-se, por fim, que um espaço de participação não se ganha, se conquista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ATA da Terceira Reunião do Fórum Interinstitucional Previdenciário – COJEF 22.03.2011. In: **Fórum Institucional Previdenciário**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_At%20Forum%20Interinstitucional%20Previdenciario%20-%203a%20reuniao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. **Resolução 36, de 24 de junho de 2010**. Institui o Fórum Interinstitucional Previdenciário na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Resolucao%2036-2010b.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.

CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012.

DIÁRIO da Câmara dos Deputados, Brasília, ano LXVI, n. 104, p. 30.527-31.082, 16 jun. 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16JUN2011.pdf#page=91>>. Acesso em: 22 out. 2012.

FÓRUM Interinstitucional Previdenciário. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_forum_prev_RS>. Acesso em: 20 out. 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SAVARIS, José Antonio. (Coord.). **Curso de perícia judicial previdenciária**. São Paulo: Conceito, 2011.

SERAU JR., Marco Aurélio. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coords.). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012.

TRIBUNAL Federal de Justiça da 4ª Região. **COJEF - Fórum Interinstitucional Previdenciário Enunciados RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_enunciados_forum_prev_RS>. Acesso em: 19 out. 2012.

WIKIPEDIA. Púlpeto (Verbete) Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%BAlpito>>. Acesso em: 19 out. 2012.

**PROLEGÔMENOS PARA UM PROCESSO JUSTO EM SEDE DE JUIZADOS
ESPECIAIS FEDERAIS: EM DEFESA DE UM MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO!¹**

Márcio Ricardo Staffen²

INTROITO: CONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

O presente capítulo objetiva discorrer sobre a compulsória vinculação dos Juizados Especiais Federais ao modelo constitucional de processo. São abordagens iniciais, por isso, a opção por prolegômenos, mas certas da necessária preterição do Código de Processo Civil e da Teoria Geral do Processo como condição material de entrega de justiça por parte dos JEFs.

Com esse propósito, faz-se imperioso analisar colunas centrais à Justiça no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Ao se clamar por um processo justo, clama-se preliminarmente por limitação dos poderes, defesa dos direitos e garantias fundamentais, fins de condições excludentes para efetiva inclusão. Eis a proximidade e a dependência de um paradigma constitucional.

Juridicamente, o termo constitucionalismo significa um complexo de instituições e princípios que, essencialmente, teoriza a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao absolutismo de outrora. Segundo Maurizio Oliviero³, o constitucionalismo, como produto de um processo dialético, insere no texto constitucional, de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, caracterís-

¹ Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

² Doutorando em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia. Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – Univali e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica – Unidavi. Advogado (OAB/SC). E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br

³ OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003. p. 1.

ticas ideológicas e técnicas. A consequência desses caracteres legitima as ações das instituições, provendo-as com uma forma jurídica.

Para Giuseppe Morbidelli, o constitucionalismo moderno (que se diferencia do constitucionalismo da idade clássica e do período medieval, atento somente às diretrizes de como se governar) surge de uma série de núcleos fortes: a separação dos poderes; as declarações de direitos; a constituição escrita⁴ e fundante; seu valor de norma jurídica; o Estado de Direito; o poder constituinte; o controle de constitucionalidade; a supremacia jurídica da Constituição e, por último, mas não menos importante, a tutela dos direitos sociais⁵. Por conseguinte, enquanto no paradigma medieval o conceito de constituição estava adstrito ao âmbito do *ser*, em câmbio, as constituições modernas fixam exigências de como *deveria ser* a organização e o exercício do poder estatal⁶, bem como sua relação com os indivíduos, mediante uma força normativa cogente.

Em síntese, nos dizeres de Gomes Canotilho, adotando as influências históricas e o pensamento liberal-contratualista, o constitucionalismo moderno materializa-se de modo a “ordenar, fundar e limitar o poder político” e “reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos”. Com isso, os pilares principais do constitucionalismo moderno situam-se na “fundação e legitimação do poder político” e na “constitucionalização das liberdades”⁷.

Em que pese todo esse processo histórico evolutivo maturado na modernidade, é a partir da primeira metade do século XX (1920–1930) que nasce uma teoria da constituição propriamente dita. Hermann Heller, Carl Schmitt⁸ e Richard Smend, influenciados por Hans Kelsen e Heinrich Triepel, procurando compreender a insuficiência do constitucionalismo

⁴ Ressalta-se que, como se está a trabalhar com uma variedade de constitucionalismos, este não seria o caso do constitucionalismo inglês. Conforme elucida Matteucci, uma constituição escrita é necessária pela maior confiança que supõe: “*El segundo carácter se refiere a la función: se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole.*” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998. p. 25).

⁵ MORBIDELLI, Giuseppe. *Costituzioni e costituzionalismo*. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997. p. 53.

⁶ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006. p. 49.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 54-55.

⁸ Especialmente Carl Schmitt, em sua obra “Teoria da Constituição”, buscava elaborar um estudo sistemático acerca da constituição, visando ir além da então predominante e consagrada teoria do Estado que congregava os estudos relativos ao direito constitucional. “Esta postura de ruptura, de superação do enfoque e dilemas da chamada Teoria do Estado, caracterizará o desenvolvimento da Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, mesmo em autores que, a partir do segundo pós-guerra e antes disso, tais como Karl Loewenstein, irão divergir das concepções teórico-políticas schmittianas.” (OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 26-28)

liberal e do positivismo jurídico estatal, preso à filosofia do constitucionalismo⁹, propuseram a necessidade de uma teoria da constituição capaz de adequar à realidade constitucional a realidade política e econômica de então. Para a compreensão do núcleo da teoria de cada constitucionalista, Gomes Canotilho¹⁰ resume:

Hermann Heller enfrenta a tensão entre estado-constituição e realidade constitucional através de uma teoria democrática do estado. Carl Schmitt desenvolve uma teoria da constituição centrada em categorias nominalistas como 'ordem total', 'ordem concreta', 'direito-situação', 'constituição-decisão', 'constituição e lei-constitucional', 'amigo-inimigo', que viriam a servir de travejamento e suporte dogmático à teoria do direito e do estado nacional-socialista. Richard Smend, enfrentando o 'virulento' problema da homogeneidade política e social da República de Weimar, propõe a *integração* (teoria da integração) como modo de compreensão do direito constitucional e da realidade social.

O termo da Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, a derrocada do nacional-socialismo alemão, reposiciona a teoria da constituição em novas linhas. O culto da teoria da constituição em torno da "unidade da ordem política" e da "unidade do Estado" dá espaço à preocupação com o conteúdo político do direito constitucional e seus reflexos socioeconômicos, que procura edificar um modelo de estado de direito democrático e constitucional, aliado aos postulados da ciência política¹¹.

De igual forma, sobre esse substrato, ganha relevância a ideia de que a constituição deveria superar a adjetivação de um simples pedaço de papel ou mera declaração de boa vontade para assumir força normativa¹², segundo Konrad Hesse¹³. Com isso, a constituição, além de carta política de um Estado, guarda em seu bojo eficácia normativa cogente, a conformar e modificar a realidade segundo seus pressupostos basilares.

Não bastasse a atribuição de força normativa, os valores democráticos inclusos na teoria da constituição requisitaram como premissas básicas a legitimidade material, preocupada como os princípios materiais consagrados pelo Estado e pela sociedade, e a abertura

⁹ Desenvolvida por pensadores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu e Alexis de Tocqueville, estudava as formas jurídicas da política, procurando reunir experiências práticas e ideias normativas sobre a maneira de se ordenar jurídico-constitucionalmente o Estado. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.335)

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1335.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.336.

¹² A compreensão da presente formulação passa necessariamente pela localização do "local de fala" dos constitucionalistas arrolados. De forma geral, Konrad Hesse busca dar cabo a uma deficiência constitucional da Europa continental proveniente da escola francesa, na qual a constituição possui natureza essencialmente política. Enquanto isso, o constitucionalismo inglês e também o americano desde a concepção atribuíram à Constituição a função de documento jurídico-normativo passível de aplicação imediata.

¹³ "A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social." (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 24)

constitucional, a fim de receber os anseios políticos destinados à concretização dos fins constitucionais¹⁴.

Nos dizeres de Gomes Canotilho¹⁵, soma-se às críticas do paradigma clássico de teoria da constituição o movimento crítico-legal, o qual demonstra a impotência do direito constitucional clássico em incluir as mudanças e inovações jurídicas decorrentes das mutações sociais, políticas e econômicas da atualidade. Assim, a impermeabilidade da constituição em absorver o fenômeno da materialização do Direito além do modelo liberal-individual-normativista impede a adequação da esfera jurídica aos diferentes âmbitos sociais¹⁶.

Com Luiz Vergílio Dalla-Rosa¹⁷, percebe-se que o processo evolutivo da teoria da constituição percorre três estágios significativos, iniciando com a noção da Constituição como retrato da ordem político-social (Lassale, Schmitt), passando pela ideia de Constituição e sua relação com o poder, Direito, Estado e política (Kelsen, Häberle, Canotilho), para, finalmente, a constituição ser compreendida como garantia.

1. AS CONTRIBUIÇÕES DO GARANTISMO JURÍDICO AO DEBATE ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em face das linhas gerais expostas, a ação social, o poder e o direito como garantia necessitam ser concebidos e concretizados como pressupostos essenciais à construção de uma teoria da Constituição¹⁸. Tomando por base o ideal de Constituição como garantia e, em face dos problemas que comprometem a teoria constitucional clássica, tem natalícia uma nova teoria, denominada garantismo jurídico, que, segundo um panorama racional-

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.338.

¹⁵ Todos os problemas que permeiam a teoria da constituição clássica deram origem àquilo que Gomes Canotilho denomina “dissolução da teoria constitucional”, fundando-se na teoria da administração (defensora da substituição da teoria da constituição por uma teoria do direito administrativo), na teoria da justiça (defensora da justiça como equidade) e na teoria do discurso (sustentada na razão comunicativa). Ressalta o constitucionalista lusitano que, apesar de tentar responder a algumas debilidades do direito constitucional, de modo algum substitui a teoria da constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.355-1.361)

¹⁶ Para Gomes Canotilho: “A teoria da constituição revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito. Continua a considerar o direito constitucional – e, sobretudo, a constituição – como *lugar do superdiscurso social* a partir de uma concepção unilateralmente racionalizada e piramidal da ordem jurídica.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.350)

¹⁷ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 93-141.

¹⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 140-141.

positivista (iluminista), lança um novo olhar sobre a clássica doutrina positivista e ressitua a Constituição em razão dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Embora não possa ser desconsiderada a matriz penalística, os elementos de amparo do garantismo jurídico permitem reflexões na seara da filosofia e da teoria geral do Direito, com influência nas especialidades científicas que a compõe. Afinal, conforme leciona Marina Gascón Abellán¹⁹, garantir significa afiançar, proteger, defender, tutelar algo, e, quando na ciência jurídica se fala de garantismo, esse “algo” que se tutela são direitos ou bens individuais.

De igual forma, pode-se dizer, pois, como aproximação inaugural, que um direito garantista estabelece instrumentos à defesa dos direitos dos indivíduos frente a sua eventual agressão por parte de outros indivíduos e, sobretudo, por parte do poder estatal, o que tem lugar mediante o estabelecimento de limites e vínculos ao poder no intuito de maximizar a efetivação desses direitos e a redução das suas ameaças.

Nesse sentido, a teoria garantista arquitetada por Luigi Ferrajoli requer uma apurada conexão com o constitucionalismo e, conseqüentemente, com a Constituição. Desse modo, o Estado Constitucional de Direito é o único marco institucional em que pode frutificar o garantismo. Isto porque, no referido modelo de Estado, as instituições assumem uma função instrumental para o serviço dos direitos que só são obtidos mediante uma rigorosa satisfação do princípio da estrita legalidade (entenda-se a determinação que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), isto é, com a criação de limites formais e substanciais edificados frente ao poder²⁰. Com efeito, para Alexandre Morais da Rosa²¹, o garantismo jurídico almeja sustentação em quatro colunas:

A primeira está vinculada à revisão da *teoria da validade*, a qual busca estabelecer uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. *A segunda* pretende o reconhecimento da *dimensão substancial da democracia*, superando a visão meramente formal. Na *terceira*, partindo do ponto de vista do Juiz, aponta uma nova maneira de ver a *subjeição à lei*, não mais exclusivamente por seu aspecto formal do emissor, senão por seu conteúdo normativo, o qual também deverá estar de acordo com o Texto Maior, tanto no que se refere aos *princípios* (explícitos ou implícitos) quanto em relação a *regras*, agregando, ademais, os *Direitos Humanos* aderidos pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988. Na última, a *ciência jurídica* é revisitada, não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando críticos e de projeção ao futuro.

¹⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

²⁰ Neste sentido: SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

²¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86.

Assim, a teoria do garantismo jurídico revela ao mesmo tempo o resgate e a valorização da constituição como instrumento edificante da sociedade, deixando de ter um papel meramente normativo, mirando indicar o modelo de sociedade pretendido e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se distanciar²². Atribuindo, ainda, máxima importância aos direitos individuais do homem, constitucionalmente previstos e garantidos, como meio de limitar e controlar a intervenção da ação estatal na órbita dos Direitos Fundamentais. Com isso, o garantismo possibilita a prática do direito que “deve ser”, superando os desígnios de uma ciência jurídica contemplativa²³.

Tal como a luz projetada em um prisma, a teoria de Ferrajoli pode ser decomposta em três significados diversos, a saber: modelo normativo de direito, teoria jurídica e filosofia política. O garantismo jurídico tipifica um modelo normativo de direito, vinculado ao paradigma de legalidade decorrente do Estado de Direito, o qual, por força da epistemologia, se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; a partir da seara política, orienta-se como uma técnica de tutela capaz de reduzir a violência e de maximizar a liberdade, enquanto no plano jurídico advoga “*un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*”²⁴. O garantismo como teoria jurídica designa o estudo da validade e da efetividade como categorias distintas entre si, contrapondo a existência e vigor das normas jurídicas²⁵. Nesse panorama, “*expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ‘ser’ y el ‘debe ser’ en el derecho*”²⁶.

Por fim, o garantismo jurídico como filosofia política “*impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y los intereses cuya tutela y garantía*

²² “Tem-se aqui, então, o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial”. Acerca da liberdade, dispõe Sérgio Cademartori: “a liberdade, no entanto, não é concebida por Ferrajoli como um poder sobre alguma coisa, como, por exemplo, os direitos patrimoniais, mas é concebida num sentido rigorosamente negativo, isto é, como a ausência de interferência de um poder externo, seja ele o próprio poder público-estatal ou o poder econômico privado.” (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 72-74, respectivamente)

²³ “La teoría jurídica del garantismo parte de la base de que en el Estado constitucional de derecho no sólo el «ser» sino también el «debe ser» de las normas se halla positivizado: el ordenamiento positiviza no sólo las condiciones de **existencia o legitimidad formal** de las normas («quién» y «cómo» de debe decidir) sino también las condiciones de su **validez o legitimidad sustancial** («qué» se puede o debe decidir); positiviza, en suma, no sólo las condiciones del «ser» de las normas sino también su «deber ser». De **doble artificialidad** del derecho habla Ferrajoli para hacer referencia a este hecho.” (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 25)

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 851-852.

²⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 45.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 852.

constituye precisamente la finalidad de ambos”²⁷. Nesse sentido, a premissa básica do garantismo é “*la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo* [privilegiando este ponto de vista] *en la valoración del ordenamiento*”²⁸, produzindo, com isso, a separação entre *ser* e *dever ser* do Direito.

Dessas considerações, Luigi Ferrajoli traceja novos entendimentos para vigência e validade. Dessa forma, a vigência guarda conexão com a forma dos atos normativos, sendo, portanto, uma questão de subsunção ou de correspondência da forma dos atos produtivos da norma com as previstas pelas normas formais sobre sua formação, consagradas constitucionalmente a fim de disciplinar o processo legislativo.

Enquanto isso, a validade refere-se à coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção²⁹. Noutras palavras, a validade exige compulsoriamente a compatibilidade substancial de todo o ordenamento jurídico com a Constituição, e seu conteúdo de garantias e direitos fundamentais.

Destarte, em face da distinção apresentada, torna-se factível a existência de uma norma vigente, entretanto, inválida, que, cumprindo o devido processo legislativo, ofende garantia ou direito fundamental. Isto porque todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais e não formais, “*que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que esto orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho*”³⁰.

Seguindo a orientação de Ferrajoli³¹, os direitos fundamentais se constituem em laços substanciais normativamente impostos, tidos como condição de existência de todos os direitos, razão de ser do Estado. Logo, os direitos fundamentais, indicam deveres positivos ao Estado no âmbito social e limitam negativamente a atividade estatal frente à liberdade dos

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995, p. 853.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995, p. 853.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995, p. 21-22.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 22.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Luiz Flávio Gomes et al. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

indivíduos. No que tange aos direitos fundamentais, Ferrajoli³² elabora o presente conceito formal que dê conta de suportar toda sua construção intelectual:

Propugno una definición teórica, puramente formal o estructural de 'derechos fundamentales': son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos os seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

Para a formulação de Ferrajoli, a condição de pessoa propicia um progresso relevante, isto porque, uma vez prescindir de circunstâncias de fato, ou seja, de ser reconhecida por normas internas, a teoria é válida em qualquer ordenamento jurídico, estejam ou não os direitos fundamentais positivados³³, inclusive em regimes totalitários, bem como supera, com o diferencial de ser ideologicamente neutra, a vinculação compulsória a qualquer filosofia jurídica ou política empregada (positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista), que situa a “[...] garantia aos Direitos Fundamentais como condição de existência e validade de qualquer ordenamento jurídico, alcançando todos os cidadãos de modo universal”³⁴.

Com base no conceito formulado, o jurista italiano decompõe os direitos fundamentais no seguinte quadro: direitos humanos, como direitos primários de todos os indivíduos indistintamente; direitos públicos, direitos primários destinados aos cidadãos; direitos civis, direitos secundários inerentes às pessoas aptas a pactuar, vinculados à autonomia da vontade; e direitos políticos, direitos secundários exclusivos aos cidadãos, especialmente no que tange a representação e a democracia política³⁵.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

³³ Aqui, abre-se necessária distinção ao conceito formulado por Gregorio Peces-Barba Martínez, para quem os direitos fundamentais são: “Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. [...] Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos. [...] En tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109-112)

³⁴ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 50-51.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. p. 22-23.

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa e Aroso Linhares³⁶, determinam que a teoria do garantismo jurídico, entendida como modelo de Direito, fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, que devem ser respeitados, efetivados e garantidos, que se constituem num núcleo irreduzível/fundamental, sob pena de deslegitimação paulatina das Instituições³⁷. A par disso, a constituição de matriz garantista, além do caráter normativo reúne em seu bojo conteúdo diretivo do modelo de Estado que se pretende e de cujos trilhos as práticas jurídicas não podem desdenhar.

É justamente da concepção pessimista-realista do poder observada em Luigi Ferrajoli³⁸, combinada com a ideia de que uma constituição não pode ser um conjunto de significados abertos³⁹, que toma corpo a proposição dos direitos fundamentais como o núcleo do constitucionalismo democrático, superando, assim, os fetiches construídos em torno da autonomia, da liberdade liberal ou da democracia procedimental⁴⁰. Soma-se a esse quadro o fato de que o cerne do paradigma garantista ilustra todo um esforço para reduzir ao mínimo a discricionariedade⁴¹ na produção, interpretação e aplicação do Direito.

A preocupação de Ferrajoli com o sistema democrático reside na teoria jurídica de uma democracia dotada de limites e vínculos constitucionais ao princípio da maioria⁴², existentes em quase todos os ordenamentos hodiernos. Para o jurista italiano, esses limites são os Direitos Fundamentais, universais, inclusivos, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis,

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-22.

³⁷ Nesse sentido: CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 161.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004. p. 885.

³⁹ GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 354.

⁴⁰ POZZOLO, Susanna. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 415.

⁴¹ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 52.

⁴² Pedro Salazar sustenta que: *“Me parece que Ferrajoli estaría de acuerdo con Bobbio en que «una mala democracia siempre es preferible a una buena dictadura», pero ni siquiera ante la mejor de las democracias bajaría la guardia. Para Ferrajoli todos los poderes, por más democráticos que sean, están inevitablemente caracterizados por una tendencia absolutista que amenaza a los derechos fundamentales de los individuos. Su «garantismo» está inspirado en esa desconfianza hacia los poderes públicos y privados y adquiere su mejor expresión en las limitaciones y vinculaciones jurídicas que el moderno constitucionalismo impone a los mismos.”* (SALAZAR, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 436-437). Em complemento: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006. p. 99-112.

invioláveis, intransigíveis e personalíssimos⁴³, que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em nítida opressão à minoria. Daí por que Ferrajoli atribuir aos direitos fundamentais a particularidade de constituírem a esfera do indecível aos poderes públicos e privados⁴⁴.

Dessa forma, pelo caráter reivindicatório dos direitos fundamentais, a teoria do garantismo jurídico possibilita a passagem da democracia formal para a tão almejada democracia material, assegurando mediante a aplicação equitativa dos preceitos constitucionais a harmonia indispensável ao resguardo dos direitos. Cifra-se a isso a prática de que a aplicação de qualquer norma jurídica exige uma oxigenação constitucional preliminar, de viés garantista, para aferição formal e, sobretudo, material da constitucionalidade da norma⁴⁵. Por essa razão, garantismo e constitucionalismo habitam um conjunto de pertinência, sendo que o garantismo necessita do constitucionalismo para satisfazer seu projeto e o constitucionalismo utiliza-se da teoria garantista para *“condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales”*⁴⁶.

Contudo, assim como Norberto Bobbio⁴⁷, ciente de que a tarefa precípua do constitucionalismo hodierno não se satisfaz somente com a declaração de direitos, mas sim com a sua garantia⁴⁸, Ferrajoli concebe em sua teoria garantista um novo *status* ao constituciona-

⁴³ Alexandre Morais da Rosa toma por base essa classificação para elaborar a pertinente distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. Assim, os direitos fundamentais são universais, enquanto os direitos patrimoniais são singulares, excludentes dos demais; os direitos fundamentais são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, os direitos patrimoniais são exclusivos (se sou proprietário da casa, o outro não é); os direitos fundamentais são inalienáveis, intransigíveis e personalíssimos, os direitos patrimoniais são negociáveis e alienáveis, enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são regulados por normas; os direitos patrimoniais são horizontais, pois dispõem sobre a não lesão entre os particulares, os direitos fundamentais, ao contrário, são verticais, regulando as relações entre indivíduo e Estado. (ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18-19).

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1999. p. 51. Recomenda-se ainda: ROSA, Alexandre Morais da. A vida como critério dos direitos fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Orgs.). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**: contribuições ao debate. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008. p. 228. Nessa obra, o autor, no intuito de delimitar o modo instrumental da teoria garantista de Ferrajoli, procura em Enrique Dussel um critério ético-material que atribua sentido aos direitos fundamentais, considerando prioritariamente a realização, produção, reprodução e desenvolvimento da vida.

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. p. 38.

⁴⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 44.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. p. 45.

⁴⁸ Isto porque: *“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”* (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1999. p. 25)

lismo⁴⁹. A realização das suas prescrições passa necessariamente por um constitucionalismo mais robusto, rígido, a conferir substancialmente validade aos direitos e garantias fundamentais. E, principalmente, que situe os direitos e garantias fundamentais como uma trincheira a tutelar, isto é, limitar e promover as liberdades individuais como tarefa compulsória inafastável, retirando, portanto, a condição de direitos subjetivos dos direitos fundamentais⁵⁰.

Isso importa no reconhecimento de que os direitos e garantias constitucionais não são meros mandados de otimização ou favores do poder público para os indivíduos, rescindíveis, em vista disso, a qualquer tempo e/ou modo.

Portanto, é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública, por exemplo, são instrumentos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais que, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito.⁵¹

As passagens acima consignadas além do resgate das limitações constitucionais dos poderes, ao criar em torno dos direitos fundamentais um núcleo essencial/intangível, prestam fundamental serviço à contenção dos frequentes e constantes movimentos antigarantistas que apunham a constituição a partir do próprio sistema normativo vigente.

Sem essa síntese do garantismo jurídico, algumas das questões a serem abordadas no presente texto estariam aí soltas, sem embasamento. Institutos como constituição, garantias, direitos fundamentais, esfera do indecível, validade, vigência, democracia substancial são/serão basilares ao desenvolvimento de um sistema de justiça justo para os Juizados Especiais Federais, a começar pela distinção princípios *versus* regras.

⁴⁹ “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados por mayorías contingentes.” (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p. 28)

⁵⁰ “Ferrajoli sostiene que existe una diferencia radical entre la estructura de los derechos fundamentales y las otras situaciones jurídicas de poder y deber, cosa que hace a los primeros el campo del no poder, donde toman forma y desarrollo las identidades, las necesidades y los valores que a través de su cauce exigen idéntica tutela y satisfacción. Los derechos fundamentales, sostiene, constituyen el fundamento axiológico externo al derecho y la «dimensión sustancial» de la democracia.” (PARCERO, Juan Antonio Cruz. Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 328)

⁵¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 224.

2. UMA BREVE CRÍTICA À DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS EM FERRAJOLI

As linhas que se seguem buscam superar – sem, porém, negar – a prolongada discussão existente sobre o divórcio analítico entre as espécies normativas (princípios e regras) que, em regra, contribui para um esvaziamento da eficácia normativa e possibilita a revitalização de um latifúndio jurisdicional decisório, preso à máxima do livre convencimento motivado do julgador (motivado no quê?). Por tais razões, optou-se por Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz Oliveira, haja vista a concepção reducionista e debilitadora que se produz com a distinção de princípios e regras aliada a proliferação principiológica⁵².

Conforme anteriormente indicado, a reaproximação, em certa medida hegemônica no cenário jurídico atual, entre direito, moral e justiça, promovida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, no âmbito de um modelo pós-positivista ou neoconstitucionalista, propõe o diálogo sobre valores (Alexy) e virtudes (Dworkin) no texto constitucional. Desses valores/virtudes consubstanciados que derivam os princípios, segundo dispõe Alexy⁵³. Nessa toada, ocorre não somente o nascimento de novos princípios pelo texto constitucional, mas, igualmente, de uma revolução paradigmática no Direito com o objetivo nuclear de criar suportes aos valores/virtudes da sociedade (muitos impraticáveis, como se verá)⁵⁴.

Ferrajoli⁵⁵ inicia sua crítica pela distinção das normas entre regras e princípios, proposta por Dworkin e reforçada por Alexy, como um dos esteios centrais da teoria dos direitos fundamentais a qual se materializa na forma de princípios, mais precisamente como princípios de justiça, de caráter ético-político, e não de regras. Assim, enquanto as regras se aplicam, os princípios se respeitam, ponderam-se entre si. Diversamente das regras que têm

⁵² Contudo, não querendo vincular o leitor à opção do autor, recomenda-se: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**: contribuições ao debate; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**; DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; AARNIO, Aulis. **Reason and authority**. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate Publishing, 1997.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138-147.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 192.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 42.

fattispecie e admitem a subsunção, os princípios não têm *fattispecie* e, por isso, são ponderáveis.

Nesse diapasão, os princípios, ao reverso das regras que se praticam na lógica do tudo ou nada, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, desde que respeitadas as possibilidades e os limites fáticos e jurídicos, os quais recebem a alcunha de *mandados de otimização*, enquanto as regras têm caráter de *mandados de definição*⁵⁶.

Tomando por base tais afirmações, Luigi Ferrajoli⁵⁷ conclui que a diferença entre regras e princípios não é estrutural, mas de estilo. A seu ver, “princípios e regras são igualmente normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e a sua conseqüente aplicação”. A formulação das normas constitucionais no modo dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas retórica. Sem adentrar no âmago dessas questões, deixando de lado o estilo, qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Exatamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, ou seja, em regras, as quais correspondem a deveres absolutos (*erga omnes*), igualmente consistentes em regras. Assim, não existe uma diferença real de estatuto entre princípios e regras: sempre a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações dela decorrentes⁵⁸.

Nesse diapasão, a Constituição é concebida substancialmente, mais do que um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, como quer Alexy, mas também como um sistema de limites e vínculos, que servem de regras destinadas aos titulares dos poderes. Os princípios acerca dos direitos de liberdade equivalem às regras consistentes em limites e proibições; por sua vez, os princípios consistentes em direitos sociais correspondem às regras tipo vínculo ou obrigações. Destarte, direitos e deveres, expectativas ou garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em síntese, “uns a face

⁵⁶ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 42.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 43-44.

dos outros, equivalendo à violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, a violação das segundas”⁵⁹.

Conforme Ferrajoli, a advertência por ele formulada não se resume em uma questão de palavras. Existem, na celeuma instituída pelo neoconstitucionalismo, entre regras e princípios, significativas consequências práticas. O seu aspecto mais insidioso é o enfraquecimento do valor vinculante dos princípios, ou seja, o ofuscamento do alcance normativo dos princípios constitucionais⁶⁰, o que é agravado pela euforia do Estado principiológico⁶¹ atualmente presenciado.

Contribui para o enfraquecimento da exigibilidade jurídica dos princípios a frequente utilização da racionalidade ponderativa. É aqui que se dá o embate mais forte entre Ferrajoli e neoconstitucionalistas. A ponderação, ao se opor a critério da subsunção das regras, debilita o caráter cognitivo da jurisdição, haja vista facilitar o ativismo e a discricionariedade jurisdicional, criando uma bolha terminológica apta a esvaziar as normas constitucionais, a qual permite ao julgador escolhas discricionárias impraticáveis⁶². Isto porque a ponderação passa a ter o signo de procedimento na medida em que a justificação da fundamentação da decisão tomada pelo juiz é dada conforme o procedimento, sem preocupações com uma justificação conteudística⁶³. Ou, como quer Ralf Poscher, técnica não jurídica que explica tudo, mas não orienta nada⁶⁴.

É exatamente essa brecha discricionária que preocupa Luigi Ferrajoli, em especial, a partir da construção de um constitucionalismo rígido. Ademais, os direitos fundamentais revestem-se no núcleo essencial intangível, sob o qual nenhuma maioria está autorizada a decidir. Logo, se convertidos em princípios, perdem esse caráter em face da atividade ponderativa e discricionária do julgador. Em verdade, nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010, p. 44.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010, p. 46.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23; STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiolismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-242.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 47.

⁶³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 209.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 122.

Coutinho⁶⁵, “a relativização das regras e dos princípios constitucionais, desde logo a ser denunciada como um grave equívoco que em regra atua contra direitos e garantias do cidadão”. Assim, mesmo sem se ater exaustivamente à discussão princípios e regras, os argumentos retroconsignados buscam não excluir todas as teorias principiológicas existentes⁶⁶, mas, sobretudo, concordar que acerca de direitos fundamentais não há ponderação ou satisfação limitada às possibilidades do momento.

Lenio Streck⁶⁷, por sendas distintas, especialmente hermenêuticas, atinge ponto idêntico, a corrosão jurídica das normas constitucionais pela bolha principiológica que se apresenta. Justamente pela defesa que faz à rigidez constitucional das normas, é apropriado ao presente estudo. Em suas palavras:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘pan-principiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou o século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’ (*sic*), tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites de sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem um ‘supraconstitucionalidade’.

Tal estado da arte decorre fundamentalmente da posição filosófica predominante, a saber: a filosofia da consciência e o domínio das razões metafísicas. O intérprete/aplicador do Direito continua preso à lógica sujeito–objeto e ao desiderato de impor sua interpretação aos demais. Assim, há “tantos princípios quanto necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’(*sic*) as incertezas da linguagem”⁶⁸. Todavia, essa “correção de incertezas da lin-

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas. Razoabilidade e proporcionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 192.

⁶⁶ É preciso, nesta altura, dar vazão aos ensinamentos de Humberto Ávila: “As considerações precedentes, demonstram, pois, que o problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 122)

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 233-234.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 222.

guagem” carece ser feita nos ditames da hermenêutica filosófica, uma vez que os princípios não podem ser determinados em uma única experiência fática. Carece considerar o contexto de mundo, as vivências, a facticidade, a compreensão, a pré-compreensão e o desvelamento de sentidos, como se verá no item 4. Com isso, conclui-se que os princípios, sob tal perspectiva, estão em condição de coabitação com as regras, devendo ser utilizados no fechamento hermenêutico⁶⁹ e não como exceção/exclusão aos direitos fundamentais.

3. O MODELO CONSTITUCIONAL [GARANTISTA] DE PROCESSO⁷⁰

O curso dos últimos 23 anos de existência da Constituição Federal de 1988 mostra a dificuldade de irradiação do plano abstrato dos preceitos constitucionais para realidade social. Vários são os argumentos que podem ser tomados para tentar justificar a baixa constitucionalização da vida social amplamente presenciada. A constante visão do novo com os olhos do velho é grave e gera a cooptação do texto constitucional pelo *status quo*, impedindo com isso a necessária ruptura da ordem jurídica instalada com a pretérita⁷¹.

Ainda que forte a presença da matriz liberal normativista, a partir de 1988, no caso brasileiro, observa Luís Roberto Barroso⁷², dá-se início a um processo de passagem da Cons-

⁶⁹ “A abertura deste espaço de reflexão do *modo* de pensar que a fenomenologia hermenêutica possibilita, levou-me até alguns resultados [...]: a) Os princípios representam a ‘institucionalização’ do saber prático, da racionalidade prática, no direito que havia sido expurgada pelo positivismo jurídico de tradição kantiana que, por meio de uma supervalorização da investigação teórica, levou ao ponto da supressão da diferença entre prática e teoria; b) Desse modo, só tem sentido falar em princípios se estes se apresentarem como verdadeiro ‘fechamento hermenêutico’ (proteção contra discricionariedades judiciais no sentido forte apresentado por Dworkin), visto que eles aparecem exatamente naquela dimensão que o positivismo excluía de sua esfera de reflexão: o âmbito interpretativo/aplicativo do direito, espaço de discricionariedade judicial, da indeterminação do direito; c) Estes dois fatores nos permitem dizer que não há uma distinção/cisão entre *regras* e *princípios*, mas apenas uma diferença (ontológica – Heidegger/Streck) em que as regras não excluem os princípios nem os princípios excluem as regras. Há apenas um modo distinto de manifestação: *regras são facilmente objetáveis* devido ao seu caráter ôntico-empírico, ao passo que os *princípios não podem ser determinados a partir de uma pura experiência empírica* porque comportam uma dimensão de profundidade – que é ontológica – e aparecem num horizonte de experiências práticas e cotidianas compartilhadas de um modo histórico-transcendental; d) A *ponderação* é um *procedimento* artificial (matemático) que repristina a velha discricionariedade positivista porque não consegue superar o sujeito epistemológico da modernidade.” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24-25)

⁷⁰ A ideia de processo como garantia trabalhada neste texto, embora em alguns aspectos próxima à teoria de Eduardo Juan Couture, não guarda conexão direta com os postulados do catedrático uruguaio. Couture continua vinculado à noção de processo como relação jurídica e preso ao paradoxo de Bülow, que impede a legitimidade das decisões a partir de uma teoria processual-constitucional. Tanto em Bülow quanto em Couture, o processo surge como instrumento da jurisdição, a qual é entendida como a atividade do juiz na criação do direito. Com isso, a legitimidade da jurisdição decorre essencialmente do senso de responsabilidade do julgador e não de um modelo constitucional de processo, como ora se defende. Nesse sentido: COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

⁷¹ Nesse sentido: MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 293-295.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xi.

tituição Federal para o centro do sistema jurídico. Com isso, a Constituição passa a ser um filtro⁷³ por meio do qual se condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico. Assim, a constitucionalização dos diversos ramos do Direito esboça a mudança de paradigma em curso. Nesse estágio, o Estado transcende ao fetiche da mera legalidade formal *stricto sensu* (legiscentrismo) para organizar-se nos ditames do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Em ampla medida, a constitucionalização do direito infraconstitucional não significa “a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional”⁷⁴. Nesses termos, a preeminência normativa da constituição exige que toda a atividade jurídica seja exercida à luz da constituição e passada pelo seu crivo⁷⁵.

De forma simplificada, porém certa, Luís Roberto Barroso⁷⁶ vaticina que toda operação de produção, interpretação e aplicação do Direito exige uma aplicação direta e indireta da constituição. Dá-se aplicação direta quando uma pretensão fundar uma norma constitucional. Em contrapartida, tem-se aplicação indireta quando condicionar a exame norma infraconstitucional, o que ocorre em duas hipóteses, a saber:

[...] a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Ressalta-se que o reconhecimento da posição de supremacia do texto constitucional não se satisfaz somente via controle de constitucionalidade. A colocação da constituição em um grau maior do ordenamento jurídico determina o compulsório adimplemento das suas disposições⁷⁷, condicionando de modo diretivo a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tanto pelos poderes públicos quanto pelos privados. Ou, como quer Streck⁷⁸: “A

⁷³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. XII.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 45.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. XII-XIII.

⁷⁷ “Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212)

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224.

Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”.

Evidente que, nesse panorama de supremacia e satisfação compulsória das normas constitucionais, resta inserido o processo⁷⁹, inclusive administrativo, disciplinar e demais direitos e garantias fundamentais que lhe são inerentes. Ademais, beiraria o absurdo o fato das constituições estabelecerem mandados para reger a vida em sociedade sem, contudo, possibilitar o acesso à sua efetivação⁸⁰.

Segundo Italo Andolina e Giuseppe Vignera, o modelo constitucional de processo é um esquema geral de processo, que pode ser compreendido em três características fundantes: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. A expansividade assegura a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas específicos de processo, desde que presente a conformidade com a proposta geral. A variabilidade autoriza a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microsistema. Por último, a perfectibilidade abre uma senda para o aperfeiçoamento do modelo constitucional de processo, mediante construção legislativa. É sempre de ter em conta que todo esse processo de expansividade, variabilidade e perfectibilidade exige total observância aos ditames constitucionais formais e substanciais⁸¹. A respeito dessa nova perspectiva, isso permite dizer que o processo torna-se “modelo único e tipologia plúrima”⁸², ou seja, um único paradigma de processo decomposto em uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais (penal, civil, administrativo, tributário, trabalhista etc).

⁷⁹ Dispõe Willis Santiago Guerra Filho: “O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado ‘devido processo legal’: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc.”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2000. p. 24)

⁸⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 125.

⁸¹ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 9-10. Tradução livre do autor.

⁸² BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 334.

Considerando a proposta de Andolina e Vignera, Rosemiro Pereira Leal⁸³ esclarece que o modelo constitucional prima essencialmente pela transferência da compreensão de processo da teoria geral do processo para a constituição. Com isso, a justiça civil (e demais institutos do processo civil) deixa de ser o critério determinante da construção processual. Por derradeiro, o modelo constitucional de processo exige uma nova construção processual, a qual rejeita o velho e infinito hábito de sincretismo paradigmático. Nota-se, não se está aqui a defender um movimento de recepção constitucional, mas sim de constitucionalização. Principia-se da Constituição para a teoria processual, e não desta para aquela, pois a constituição é o fundamento do ordenamento jurídico, a pedra angular, e não simples acessório de complementação de sentido, como faz pensar a prática da teoria geral do processo.

Ante o exposto, o Direito Processual é inerente à Constituição⁸⁴. Desse modo, o processo jurisdicional reclama vinculação formal e substancial aos preceitos constitucionais. A inscrição do processo e garantias corolárias como direitos fundamentais, a partir do garantismo, ressitua a sua fundamentalidade com caracteres de indisponibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, intransigibilidade e inviolabilidade, não autorizando sua relativização, nem mesmo pela maioria. Ressalta-se que a opção por um modelo constitucional garantista de processo em detrimento da teoria neoinstitucionalista⁸⁵ de Rosemiro Pereira Leal vincula-

⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 284. Vale destacar: “Por ocasião das últimas reformas do Código de Processo Civil brasileiro em vigor (LEAL, 2007b), observamos (e) que o *processo* continua sendo utilizado pelos reformistas como instrumento de uma jurisdição constitucional como *justiça civil* destinada a compor, resolver e pacificar conflitos de interesses (entre os *sujeitos individuais*) na esfera restrita das ‘ameaças ou lesões a seus direitos’ subjetivos historicamente já objetivados ou preexistentes ou co-existentes à comunidade jurídica constitucionalizada (art. 5º, XXXV, da CF/88) e, por isso mesmo, essa *justiça civil* nada compõe ou resolve sobre *direitos fundamentais* (direitos fundamentais para os que não são sujeitos individuais), adotando, por coerência, uma hermenêutica (interpretação já historicamente legitimada e acertada entre decisores ocupantes dos poderes e detentores seculares da autoridade) de bases dispositivas (juízos de equidade, conveniência, solidariedade, bom senso) que se recusa a apurar responsabilidades para os inadimplentes da constitucionalidade no paradigma de Estado de Direito Democrático. Por isso é que as leis infraconstitucionais brasileiras, após a Constituição de 1988, não precisaram ser revogadas, tendo em vista que os operadores do direito continuam a ser *civis* (LEAL, 2007a) sem qualquer formação científica para atuarem um direito não liberal-republicanista.” (LEAL, Rosemiro P. **Modelos processuais e Constituição democrática**, p. 290)

⁸⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. p. 415.

⁸⁵ “Infere-se que uma teoria neoinstitucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentença decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade.” (LEAL, Rosemiro P. **Teoria geral do processo** – primeiros estudos. São Paulo: Thomson-IOB, 2006. p. 100). Conforme se vislumbra[rá] na construção desta dissertação, a não opção pela teoria neoinstitucionalista de processo, muito embora sua vinculação com os postulados de Elio Fazzalari, decorre justamente da sua fundamentação procedimentalista, a qual impede a substancial eficácia dos direitos e garantias fundamentais, o que não ocorre no viés garantista.

se justamente na atribuição de núcleo essencial intangível ao processo e às garantias inerentes. Daí que o processo, pela matriz garantista, tem sua validade condicionada à estrita e plena observância dos direitos fundamentais, e não mais o rito assim sendo cumprido pelo rito. Percebe-se, ainda, que a adoção de um modelo constitucional de processo subtrai o caráter instrumental e técnico do processo como simples *locus* decisório⁸⁶, nos moldes de uma linha de produção fordista. Logo, vilipendiar os direitos e garantias fundamentais significa romper com a ordem constitucional.

A consagração do processo como direito fundamental, isto porque se reveste como instrumento de maior combatividade em face dos abusos e investidas arbitrárias, além da consideração de núcleo essencial intangível, reclama com urgência a preterição da concepção do processo como relação jurídica⁸⁷, para dar vazão aos preceitos de igualdade e licitude, advindos do modelo constitucional de processo.

Some-se a esse quadro a compreensão de que a norma jurídica processual, do ponto de vista de sua estrutura lógica, não se restringe a mero cânone de valoração de uma conduta (impositiva, lícito–ilícito), na qual se inserem de modo vinculante os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se vincula à valoração normativa (teleológica, por quê?). Explica-se: *grosso modo*, se todo o ordenamento jurídico procura objetivamente limitar poderes, é evidente que o modelo processual desse ordenamento não pode ficar aberto para abusos ou discricionariedades.

A ideia de norma jurídica como cânone de conduta vinculativa, concebida por Elio Fazzalari⁸⁸, de fundamental importância para a concepção de processo constitucionalmente válido, autoriza a projeção de uma conduta devida, lícita, em contraponto à tese de Hans

⁸⁶ Recomenda-se: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino. Giappichelli, 1990. p. 13.

⁸⁷ “Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que, perante o primeiro, é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 97) Acerca das teorias processuais, este assunto será mais bem exposto no capítulo segundo. Por ora, sua consagração justifica-se para demonstrar o elemento arbitrário e anti-igualitário que a teoria da relação jurídica guarda em seu bojo e, sua incompatibilidade com o modelo constitucional de processo, afinal, a Constituição que preza pela igualdade não pode legitimar uma atitude injustificada de privilégio.

⁸⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 49.

Kelsen, pautada na proibição, ou seja, no ilícito⁸⁹. Assim, não é excessivo ressaltar que, quando se inicia o processo, pratica-se direito constitucionalmente garantido, e não um ilícito.

Por outro lado, o modelo constitucional de processo brasileiro exige, além da própria e lógica ideia de constitucionalização, a sua democratização⁹⁰, conforme determinam os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 3º da CF/88. Para tanto, a democratização do processo passa, necessariamente, pela inclusão e participação dos interessados, sem descuidar, contudo, da esfera do indecidível que são os direitos e garantias fundamentais.

Enfim, a defesa de um modelo constitucional garantista de processo busca ressituar a supremacia constitucional⁹¹, a qual condiciona não só a vigência, mas também a validade substancial de todo o ordenamento, inclusive as normas processuais. Dessa forma, todo o processo jurisdicional deve guardar compulsória compatibilidade com os direitos e garantias constitucionais, sob pena de nulidade. Com efeito, a elevação do Direito Processual à categoria constitucional exige a prática constitucionalizada e garantista do princípio da legalidade, da supremacia do interesse público, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da autoridade competente, da isonomia, da proporcionalidade, da não consideração prévia de culpabilidade e do próprio conflito⁹² caracterizado pela pretensão resistida.

⁸⁹ Nesse sentido, colhe-se da matriz kelseniana: “A função específica da norma é a *imposição* de uma conduta fixada. ‘Imposição’ é sinônimo de ‘prescrição’, para diferenciação de ‘descrição’. *Descrição* é o sentido de um ato de *conhecimento*; prescrição, imposição, o sentido de um ato de vontade. *Descreve-se* algo como ele *é*, *prescreve-se* algo – especialmente certa conduta –, ao exprimir-se como a conduta *deve* ser.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 120). Ocorre que, se correta esta tese, a atividade jurisdicional estaria adstrita unicamente à mera subsunção legal, blindada contra qualquer interferência alheia à fórmula de julgamento.

⁹⁰ Para Luiz Werneck Vianna et al., a Constituição de 1988 é parte do processo de transição do autoritarismo ditatorial à democracia política, e não uma conclusão dele (VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 38).

⁹¹ Conforme anota Marcelo Cattoni de Oliveira, “[...] no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 213).

⁹² Nas lições de Luis Alberto Warat, o conflito tem função positiva em uma sociedade democrática: “É pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se este não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas do poder. [...] O sistema de representações expressas pela ideia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita, torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta”. (WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. I, p. 22.

4. O STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS⁹³

A análise histórica dos vários modelos de processo demonstra como o processo tem refletido os valores sociais oficialmente tolerados pelo Estado. Em linhas gerais, o paradigma inquisitorial tipifica a essência de um Estado autoritário, a matriz individualista repete a orientação liberal, e assim por diante...

Por sua vez, um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, como consagra a CRFB/1988, reclama um processo pautado pela inclusão e participação. Sem um modelo processual aberto à dialeticidade, não há como se falar em Estado Democrático de Direito. Eis o calcanhar de Aquiles. A teoria geral de processo dominante sustenta a prática de um sincretismo processual impraticável. A variada gama de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, típicos do Estado Social e da Pós-Modernidade, não pode ser acionada, exclusivamente, via institutos processuais individuais. A continuidade desse movimento importa no agravamento progressivo da modernidade tardia brasileira, no sentido de incluir os incluídos e excluir os excluídos.

Paralelo ao avanço desse modelo de exclusão, surge o ideal de *status activus processualis*, preocupado com a inclusão e participação dos indivíduos no processo jurisdicional. O advento dessa noção de cidadania se atribui a Peter Häberle⁹⁴, que, nos idos de 1975, propôs a adoção da categoria *status activus processualis* para satisfazer a crise de efetividade dos Direitos Fundamentais, haja vista a debilidade dos conceitos tradicionais da teoria geral do processo para dar conta dessa espécie de direitos. É um claro contraponto ao *status negativus*, de origem liberal, ao almejar “uma jurisdição aberta institucional e operacionalmente aos argumentos e à participação democrática”, segundo o magistério de Abreu⁹⁵, que vai além da mera legitimação para o *judicial review*.

⁹³ A noção de *status activus processualis*, no vernáculo português, “estado processual ativo”, origina-se da teorização formulada por Peter Häberle, nos idos de 1970, a fim de determinar uma forma de participação ativa dos indivíduos nos procedimentos da vida democrática. Embora destinada ao *modus operandi* procedimentalista, sua análise para a construção de uma posição substancialista é importante, uma vez que cria um espaço de discussão formal e material, além dos tradicionais agentes legitimados. Tanto é assim que o próprio Häberle, ao receber o título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidad de Buenos Aires, justifica uma postura ativa do Judiciário nos Estados onde o Legislativo e o Executivo estão mais interessados em brigas políticas do que com suas obrigações com o povo.

⁹⁴ Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. A jurisdição constitucional no Brasil: observações a partir do direito constitucional comparado. **Anuário Iberoamericano de Direito Constitucional** – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. v. 5. p. 151-168.

⁹⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. p. 387.

Assim, pode-se atribuir à noção de *status activus processualis* a função de realização dos direitos, dotada de uma dimensão além da tradicional ideia de caráter negativo (de defesa), haja vista sua destinação promocional de inclusão e participação no processo⁹⁶. Destarte, desempenha um importante papel teórico-dogmático de realização e consolidação da democracia, numa perspectiva participativa e interessada na *res publica*⁹⁷. A participação dos titulares dos Direitos Fundamentais nos procedimentos públicos de decisão que interferem no conteúdo desses direitos se converte em instrumento de abertura da constituição, promovendo, portanto, a integração da sociedade civil com a Constituição.

Ressalta-se que a defesa de um *status activus processualis* não está adstrita ao imaginário acadêmico ou às lições doutrinárias. Ele, o *status activus processualis*, é produto imediato dos preceitos mais caros estipulados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, portanto, garantia constitucionalmente que tutela, ainda que implicitamente, a saber: a instituição de um Estado Democrático, cujo poder emana do povo, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como ideais supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na soberania [popular], na cidadania, na dignidade da pessoa humana e múltiplos direitos deles decorrentes.

Nesses termos, não seria correto que a Constituição estabelecesse normas para ordenar a vida em sociedade e não estabelecesse condições hábeis de acesso à sua efetivação e satisfação⁹⁸. Por isso, o processo deve se aprumar no paradigma de Estado Democrático de Direito, regido por um corpo construtivo e participativo na *bricolage*⁹⁹ das respostas jurisdicionais.

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 115-138.

⁹⁷ Neste sentido: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2102.

⁹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 124.

⁹⁹ “A palavra possui diversos significados no francês. O *bricoleur* pode significar a pessoa que realiza todo tipo de trabalho manual; *bricoler*, empregado como verbo, quer dar a entender uma forma provisória, de ziguezaguear, de jogar por tabela, utilizar meios indiretos, rodeios; já como substantivo, pode ser entendido como ricochete, engano, astúcia, trabalho inesperado, pequeno acessório; *bricolage* como trabalho de armador, e, especialmente na antropologia, o trabalho em que a técnica é improvisada e adaptada ao material existente, às contingências”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 363)

Pela lavra de Abreu¹⁰⁰, a participação da sociedade civil é decisiva para a efetivação dos direitos constitucionais. Com ela, o conceito de cidadania é transmutado da recorrente e limitada visão minimalista de que democracia equivale a eleições, para uma dimensão ativa, promocional, de participação. O Estado não pode abrir mão dessa participação. A participação dos indivíduos é fundamental para que tenham a plena convicção de que no processo tudo acontece pelo esforço sério, justo e intenso na investigação dos fatos e na busca da justiça para que tenham certeza que a ajuda das instituições, em especial do Poder Judiciário, repercutirá positivamente na proteção dos seus direitos. Contudo, essa almejada participação não pode ser a mera imposição de verdades, a síntese sem antítese.

Para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões judiciais, é de fundamental importância que participem da sua construção, pois, como principais destinatários delas, precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência. Nesse cenário, as figuras petrificadas ganham vida, de sorte que o direito e o ideal de justiça transcendem o caráter de ficção para invadir a realidade. Com efeito, quanto mais a jurisdição abre-se à sociedade e aos indivíduos, mais legitimidade tende a concentrar às suas decisões,

[...] e, com isso, maior grau de confiabilidade e respeito poderá obter no meio social, ao mesmo tempo em que se torna mais suscetível aos influxos e refluxos das dinâmicas e idiosincrasias sociais, sem que, com isso, se esteja supondo a possibilidade de ruptura do pacto político-constitucional em contradição com o projeto finalístico que nele se contém, bem como se perspetive qualquer possibilidade de promover-se uma releitura da 'tradição' do constitucionalismo e da cultura que lhe constitui.¹⁰¹

É por tais razões que, em se abraçar a ideia de *status activus processualis*, dá-se voz à cidadania¹⁰². O indivíduo sai da letargia para o exercício efetivo de uma democracia humanista e inclusiva. Sem essa via de inclusão, participação e deliberação, toda e qualquer decisão jurisdicional será mera ficção jurídica.

O momento histórico-jurídico hodierno autoriza compreender que a efetivação do Estado Democrático de Direito é carente de bases de inclusão e participação dos indivíduos – num passo avante à típica ideia de participação cidadã de matriz liberal-burguesa. Por muito

¹⁰⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito, 2011. p. 398 e 509.

¹⁰¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009. p. 124.

¹⁰² WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 218.

tempo, pensou-se tão somente na participação no processo, sem considerar o desafio da inclusão dos indivíduos, que caracteriza nosso sistema de forclusão. Aqui, duas considerações merecem destaque, ainda que de forma sucinta. Um Estado Democrático de Direito não se resume em eleições regulares e no lema ‘governo do povo, pelo povo, para o povo’. A democracia – e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito – implica, além da tradicional noção de procedimento, o reconhecimento da desconcentração e da difusão do poder¹⁰³. Por tais razões, a atuação jurisdicional já não se sintetiza na figura do juiz boca da lei, alheio com as situações extraprocessuais, preocupado com a pacificação social, mas castrado do contato com a sociedade.

Os novos conflitos impõem ao Poder Judiciário a necessidade de desneutralização. Não há espaço para o juiz Pilatos. Esses novos conflitos reclamam nova forma de tutela jurisdicional. A matriz liberal-individual-normativista precisa ceder lugar ante as exigências de solidariedade, inclusão e participação. Para tanto, o processo jurisdicional deve ser compreendido como um espaço democrático de participação e inclusão dos indivíduos à luz do Estado Democrático de Direito. Assim, para a satisfação de tal desiderato, a noção do *status activus processualis* carece ser resgatada. Em grande parte, a crise de legitimidade que atinge as decisões jurisdicionais decorre da forma burocrática [kafkaniana] pela qual o processo é conduzido, como se verá mais adiante. No Estado Democrático de Direito, o processo jurisdicional passa a ser um meio propício de operar a ação do Estado na realização dos objetivos traçados pela Constituição.

No Brasil, contudo, a ideia de *status activus processualis* suplica além de um amplo acesso à justiça de instrumentos positivos de equalização das posições culturais, sociais e econômicas dos envolvidos. A tutela jurisdicional não pode ser privilégio de uma minoria ou condicionada por múltiplas situações de bloqueio. De igual sorte, é cristalina a impotência da teoria de que a função do Poder Judiciário deve ser a de cuidar exclusivamente dos procedimentos democráticos.

Em uma sociedade nitidamente excludente, defender piamente a onipotência dos procedimentos equivale, metaforicamente, à construção de uma residência que se principia pela colocação das telhas, ou ao bolo que se inicia pelo posicionamento da cereja. Em sede

¹⁰³ Ressalta-se que, como bem orienta Miglino: “La democrazia non è solo procedura. La stessa dialettica procedimentale è già un valore che presuppone l’operatività di altri principi: libertà di opinione e di parola, libertà di ottenere una imparziale e corretta informazione, pubblicità dei fatti che attengono alla sfera pubblica”. (MIGLINO, Arnaldo. La democrazia come diffusione del potere. *Archivio giuridico*, Roma, v. CCXXX, n. 1, 2010, p. 57)

de processo jurisdicional, certos direitos e obrigações inscritos na Constituição precisam de satisfação. Aos procedimentos deve ser adicionada uma teoria de direitos e valores substanciais para que se efetive uma participação democrática na tomada das decisões.

Por tais razões, a ideia de *status activus processualis* tem uma afeição mais próxima com a teoria substancialista, uma vez que a defesa de elementos morais presentes na Constituição possibilita a inclusão e a participação dos indivíduos nos procedimentos jurisdicionais, sem nenhum repúdio ao procedimentalismo. Considerando a satisfação plena das promessas da modernidade em alguns países, é possível concordar com a irrelevância da teoria substancialista e advogar a função procedimental ao Poder Judiciário, mas este não é o caso brasileiro.

Nessa exata senda, faz-se imperioso concordar com Lenio Luiz Streck¹⁰⁴, para quem, no plano da ação cotidiana dos juristas, em solo brasileiro, nem o eixo procedimentalismo nem o substancialismo ocupam espaço de preponderância. A prática substancialista ainda está longe, em face da inefetividade de grande parcela dos direitos sociais constitucionalmente consagrados e da postura adotada pelo Judiciário na apreciação de mandados de injunção e ações de inconstitucionalidade por omissão, bem como a baixa filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Carta de 1988. Noutro vértice, a submissão do Legislativo à costumeira e reiterada utilização de Medidas Provisórias por parte do Executivo, somada à crescente governabilidade via “decretos”, demonstra as incongruências da criação democrática de direitos e a preservação dos procedimentos legislativos aptos a conferir autonomia aos cidadãos, como desejam os procedimentalistas, em especial, Habermas.

Enfim, a democracia envolve a garantia de cada indivíduo de participar e influenciar na sociedade e nas suas condições de vida, devendo o Estado incentivar e promover a inclusão e a participação nas ações sociais. Somente quem está efetivamente incluído na ordem constitucional possui interesse na defesa da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O decurso dos últimos trinta anos demonstra uma preocupação substancial em favor de amplo acesso à justiça. Não por acaso, o surgimento dos Juizados de Pequenas Causas,

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 205.

posteriormente Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, Juizados Especiais Federais e, por fim, Juizados Especiais da Fazenda Pública. Todavia, tal corrente, ao passo que estabeleceu um novo sistema, distante do Código de Processo Civil e da Teoria Geral do Processo, trouxe destes vícios graves. Pode-se destacar uma litigiosidade frívola, excesso de poder concentrado nas mãos dos juízes, burocratização de um sistema pensado pela informalidade, distanciamento dos preceitos constitucionais. Eis o propósito deste artigo: defender a inserção de Direitos e Garantias Fundamentais como condição material de justiça em sede de Juizados Especiais Federais.

Embora iniciado pela temática do(s) constitucionalismo(s) e da teoria da Constituição, é com a fundamentação na teoria do garantismo jurídico, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, que o trabalho recebe uma nova guinada. É justamente a ideia de Direitos Fundamentais como núcleo essencial/irredutível do ordenamento jurídico que fornece elementos “fortes” para um modelo constitucional de processo edificado em garantias rígidas, verdadeiro escudo dos indivíduos contra o poder público ou privado.

A tenacidade de um modelo constitucional de processo exige um núcleo rígido de garantias para os indivíduos. Com isso, uma nova função nasce para o devido processo legal e garantias conexas. Ainda assim, em face da baixa densidade constitucional brasileira, não faz sentido um ordenamento jurídico preocupado exclusivamente com a observância dos procedimentos democráticos. Por tal razão, sustenta-se a adoção de um modelo constitucional, nesta altura garantista e substancial de processo, via *status activus processualis*, e que transcenda a díade instalada entre a distinção princípios e regras, que em muito “descalcifica” a rigidez das normas constitucionais.

Ressalta-se que a adoção pelos ensinamentos de Luigi Ferrajoli não significa a conversão para um novo credo. Entretanto, a partir das construções retroexpostas, faz-se necessário, em sede de Juizados Especiais Federais, elevar à condição de pressuposto judicial a Constituição Federal, de forma procedimental e substancial. Necessita-se com urgência reapreciar a essência democrática desse sistema processual; os aspectos elementares do devido processo legal; a participação das partes; e, finalmente, a qualidade da justiça entregue aos litigantes via Juizados Especiais Federais. Por isso da opção por prolegômenos, isto é, abrir sendas ao debate, reconhecendo, contudo, que de um modelo constitucional de processo não se pode preterir, sem limitação dos poderes, uma substancial proteção dos direitos e garan-

tias fundamentais, com respectivo cuidado na interpretação das normas, e participação material dos destinatários da decisão não haverá justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito, 2011.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile**: il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino. Giappichelli, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses**

públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas. Razoabilidade e proporcionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial.** Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1946, prólogo.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia:** pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.** Curitiba: ABDConst, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Luiz Flávio Gomes et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Prefazione: funzioni di governo e funzioni di garanzia. L'esperienza europea e quella latino-americana a confronto. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento social local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A jurisdição constitucional no Brasil: observações a partir do direito constitucional comparado. **Anuário Iberoamericano de Direito Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. v. 5. p. 151-168.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

LEAL, Rosemiro P. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro P. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.**

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo.** A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional:** a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad.** Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia.** Florianópolis: Conceito, 2010.

MIGLINO, Arnaldo. La democrazia come diffusione del potere. **Archivio giuridico.** Roma, 2010, v. CCXXX, n. 1.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo.** A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

MORBIDELLI, Giuseppe. Costituzioni e costituzionalismo. MORBIDELLI, Giuseppe; In: PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato.** 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional.** Desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso:** da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

PARCERO, Juan Antonio Cruz. Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

POZZOLO, Susanna. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

SALAZAR, Pedro. Los limites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas. In: CARBONELL, Miguel;

SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Orgs.). **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. I.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

REFLEXÕES SOBRE A COMPOSIÇÃO E O TEMPO DE MANDATO DOS MEMBROS DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Janilson Bezerra de Siqueira¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a composição e o tempo de mandato dos membros da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em face às dificuldades de fixação de jurisprudência duradoura inerente aos colegiados de composição temporária, pelo sistema de seleção e rodízio dos seus integrantes entre membros de Turmas Recursais, situação agravada pelas alterações levadas a efeito pela Lei 12.665/12. Como se sabe, a TNU é constituída por dois juízes federais indicados por cada um dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, sob a Presidência do Ministro Coordenador-Geral da Justiça Federal, para mandato de dois anos, vedada a recondução.

Para a solução dos problemas que a temporariedade acarreta, inclusive quanto à possibilidade de acumulação de funções jurisdicionais e administrativas pelos juízes em mais de uma unidade de trabalho no antigo modelo (Vara, Turma Recursal, Turma Regional, TNU, TRE, Direção de Núcleo da ESMAFE, Direção do Foro, substituição no TRF), propugnava-se – e a Lei 12.655/12 visou resolver em parte o problema – pela criação de cargos efetivos nas Turmas Recursais, continuando a TNU a ser integrada por juízes de primeiro grau de jurisdição em sistema de rodízio, mas com mandato aumentado; ou, mantido o atual período de dois anos, que se permitisse uma recondução, pelo menos. Com a criação dos cargos de Juízes de Turma Recursal e a fixação de quadros das TR pela nova Lei, cabe examinar o mérito da fundamentação.

Não se trata, aqui, de propor nova (i) *forma de composição* ou (ii) número cabalístico de *anos de mandato* do Juiz na Turma Nacional, muito menos de pretensão deduzida em causa própria, já que o autor, membro atual da TNU, não se candidatou a cargo de Juiz Federal de Turma Recursal criado pela Lei recente, sendo, portanto, irreelegível para a função. O fundamento para a reflexão é de que, fiel à filosófica que inspirou a criação da TNU, deve

¹ Juiz Federal. Titular da 4ª Vara do RN e da Turma Nacional de Uniformização. Mestre e Doutor em Direito. Professor da UNP – Universidade Potiguar.

ela, quanto ao primeiro ponto, continuar a ser integrada por Juízes Federais de primeiro grau de jurisdição nos termos da Constituição, bem assim em face de sua função uniformizadora da jurisprudência nas causas cíveis de pequeno valor – podendo, nesses casos, valer-se até dos critérios de justiça e equanimidade – e penais de menor potencial ofensivo; e, quanto ao segundo, em face da matéria própria à especialização – o Direito Público –, em relação ao qual a legalidade e a segurança jurídica são a base de suas decisões.

As mudanças almejadas e a solução trazida pela nova Lei constituem problema a ser enfrentado, à luz dos princípios da Constituição e dos fins que inspiraram a criação dos JEFs e das Turmas Recursais e de Uniformização.

Aliás, como diria Roberto Rossi², se a composição e os mandatos dos membros da TNU não representassem nenhum problema, se não despertassem a atenção daqueles que se debruçam sobre as questões que subjazem à simples prestação de serviços judiciais, tudo permaneceria “na sua inabalável fixidez original”; ou seja, se “houvesse equilíbrio, conformidade entre homem e realidade natural, não haveria *razão* para alterar a realidade”. E “essa falha da realidade, ou seja, o *problema*, cria o conhecimento do qual o homem extraiu e extrai o poder de fazer o que comumente definimos como cultura, história, isto é, transformação”.

Trata-se, portanto, de discussão mais ampla e profunda sobre o tema, que leva em conta, para além da forma de composição do órgão e da temporariedade dos respectivos mandatos, a natureza dos Juizados e os objetivos de uniformização à luz da nova realidade que vive a sociedade moderna, a exigir cada vez mais segurança nas relações jurídicas, em especial naquelas que envolvem o Poder Público, pela crescente flexibilização da regulação dessas relações e pelo potencial conflitivo que isso acarreta, e que cada vez mais o Estado, mediante o Poder Judiciário, tem o dever de arbitrar³. Sob essa tensão, se a composição e a temporariedade dos mandatos são importantes para a definição de um órgão que decide causas teoricamente mais simples, a insegurança gerada pelo julgamento de causas especialmente sujeitas à legalidade estrita, o potencial de frustração do objetivo da uniformização

² ROSSI, Roberto. **Introdução à Filosofia**. História e Sistemas. Trad. Aldo Vannucchi. São Paulo: Edições Loyola, 1996. Tít. original: **Introduzione Alla Filosofia. Storia e Sistemi**. p. 10-11. Sublinha mais o autor, no mesmo sentido do título e ao conteúdo destas Reflexões, que “a civilização e o progresso estão intimamente ligados ao desenvolvimento e à renovação cultural, à possibilidade de se livrar das ilusões antigas e do saudosismo da tradição, mediante a *reflexão* (Bacon, aliás, considera a mente como um *speculum*) mais lúcida sobre a realidade” (p. 111 – itálicos do original).

³ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**. Trad. Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Tít. original: *The English Legal System, Tenth Edition*.

e a possibilidade real de uma jurisprudência flutuante podem constituir realmente um grave problema.

Para examinar a questão, este ensaio está dividido em uma introdução, na qual se lança o problema a debate, seguido de breve registro sobre a composição e os mandatos na TNU, o tempo e o direito nos Juizados Especiais Federais. Na sequência, examinaremos o tema da Justiça e da segurança jurídica e os mandatos nos órgãos judiciários brasileiros, com o exemplo dos tribunais eleitorais, fazendo contraponto com a exigência de estabilidade inerente ao direito público, para, no final, expormos nossas conclusões.

Não se tratará, nos limites modestos deste trabalho, do tema *acesso à Justiça*, já amplamente debatido na doutrina, embora a matéria traga, a nosso ver, reflexos no aperfeiçoamento do sistema, no rastro da terceira (ou quarta) onda do movimento em prol de maior acessibilidade (depois da assistência judiciária aos pobres, representação dos interesses difusos e coletivos e representação em Juízo), com procedimentos ágeis, sistema judiciário e estruturas funcionais, expectativas daqueles que militam na área e ao mesmo tempo projeto de um “esforço criativo mundial”⁴.

1. A COMPOSIÇÃO E OS MANDATOS NA TNU

Os Juizados Especiais Federais, como se sabe, são órgãos do Poder Judiciário Federal responsáveis pelo processo, julgamento e execução das respectivas sentenças nas causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem assim nos feitos criminais relativos a infrações de menor potencial ofensivo. A TNU, acima das Turmas Recursais e das Turmas Regionais de Uniformização, constitui o órgão de cúpula desse microsistema, cabendo-lhe a uniformização da interpretação da lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais de diferentes regiões ou da decisão proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos da Constituição,

[...] a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tít. original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*.

em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (art. 98, inc. I)

Em relação às Turmas Recursais, a sua composição está prevista na Lei 9.099/95, segundo a qual: “O recurso [contra a sentença] será julgado por uma turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado” (art. 41, § 2º).

A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, dispõe que:

O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. (art. 14, § 2º – destaques acrescentados)

Previu mais: que “Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário” (art. 14, § 10), seguindo a mesma orientação para a composição das turmas recursais (art. 21).

Não previu a Lei 10.259/01 o número de integrantes da TNU ou a forma de escolha de seus membros⁵.

Dispondo sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização, a Resolução CJF 251, de 18 de dezembro de 2001, estabeleceu: “A turma de uniformização será integrada por juízes das Turmas Recursais, dois de cada Região, escolhidos pelo respectivo Tribunal e com mandato de dois anos, independentemente do tempo do mandato na Turma Recursal, admitida uma recondução” (art. 1º). O número de membros e sua distribuição por Região foi mantido, mas o prazo de mandato foi posteriormente reduzido para um ano, sem menção à recondução, pela Resolução CJF 273, de 27 de agosto de 2002 (art. 1º), e depois restabelecido para dois anos, vedada a recondução, nos termos dos vários Regimentos Internos da TNU editados desde 2003 (Resolução CJF 330, de 5 de setembro de 2003, art. 1º, *caput* e § 1º; Resolução CFJ 390, de 17 de setembro de 2004, art. 1º, *caput* e § 1º; Resolução CFJ 22, de 4 de setembro de 2008, art. 1º, *caput* e § 2º).

Aqui, é de se observar que, se a Constituição previu que o julgamento dos recursos nos JEF fosse feito por “turmas de juízes de primeiro grau”, sem fazer distinção entre Turmas

⁵ SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 92.

Recursais e Turmas Regionais ou Nacionais de Uniformização, um dos problemas que salta aos olhos é a limitação operada pela Lei 12.665/12 quanto à composição da TNU e, consequentemente, também pelas TRU, tão somente por Juízes de Turmas Recursais. Se a limitação era absolutamente harmônica com a Constituição no modelo antigo, ainda que regulado por Resolução do Conselho da Justiça Federal – porque as Turmas Recursais eram compostas por Juízes de primeiro grau e estes compunham as TRU e a TNU –, não se justifica a exclusividade agora da composição dessas Turmas apenas por Juízes de TR, que passam a compor uma espécie de segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais Federais.

Além do mais, se a vedação à recondução se justificava em face da previsão de idêntica providência relativamente aos juízes das Turmas Recursais conforme dispunha o § 1º do artigo 21 da Lei 10.259/01, essa limitação não mais subsiste, à luz da revogação do dispositivo pela Lei 12.665/12.

2. DURAÇÃO DO MANDATO NA TNU E ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Não é de hoje que o tema da composição e do tempo de mandato dos juízes da TNU é trazido à balha, sendo preocupação constante daqueles que se debruçam sobre as questões afetadas ao funcionamento do Poder Judiciário. Na última sessão de 17 de outubro de 2012 da TNU, respondendo à indagação do Juiz Federal Paulo Arena quanto aos riscos resultantes da renovação de sessenta por cento dos membros da Turma em apenas seis meses, que poderia “gerar uma alteração funda na jurisprudência”, disse o Presidente da TNU, Ministro João Otávio de Noronha: “Eu já pensei nisso. Na época, a gente queria prorrogar para mais de dois anos [o mandato dos juízes da TNU], mas o fato é que de repente um é promovido, o outro sai e você não consegue unificar”.

Também Savaris e Xavier, em obra voltada ao exame dos recursos cíveis nos Juizados Especiais Federais, trataram do tema, noticiando que: “O mandato de dois anos e a vedação de recondução são apontados como forma de oxigenar a jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, permitindo que haja uma permanente rotatividade entre os componentes das Turmas Recursais e, com isso, uma constante evolução da jurisprudência”. Mas, “ao fim da primeira década de funcionamento dos Juizados Especiais Federais, não pode passar despercebida outra consequência do mandato com curta duração: a mudança muito rápida dos entendimentos jurisprudenciais. Se é certo” – continuam os autores – “que a jurisprudência

não é estática e deve estar sempre em processo de evolução, também é certo que a oscilação constante causa insegurança às partes litigantes e até aos magistrados, que atuam na primeira instância dos Juizados Especiais Federais”⁶.

O problema da composição da TNU e do tempo de mandato de seus membros também diz respeito à democratização das instâncias, sendo próprio da filosofia dos Juizados que as Turmas Recursais e de Uniformização possam ser compostas por Juízes Federais de primeiro grau de jurisdição, mas tal questão perde importância diante da necessidade premente de estabilidade da jurisprudência do Colegiado em face da flutuação que a temporariedade dos mandatos implica, na medida em que também varia o conteúdo das decisões das Turmas de Uniformização, em função justamente dessa composição temporária.

3. TEMPO E DIREITO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Nos Juizados Especiais Federais, como nos Juizados Especiais Estaduais, o processo judicial se orienta “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (Lei 9.099/95, art. 2º; Lei 10.259/01, art. 1º). Busca-se a simplificação e a informalidade como meios para a celeridade processual, respeitada a isonomia, a legalidade e a segurança jurídica que devem nortear as questões que afetam a Administração Pública.

Trata-se da velha pretensão a uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, afinal inscrita na Constituição (art. 5º, inc. LXXVIII). Ou, mais antiga ainda, da velha pretensão do ser humano de controlar o tempo por intermédio do Direito. Examinando as relações entre ambos, François Ost⁷ cita Chateaubriand para lembrar que “o mundo atual, o mundo sem autoridade consagrada, está colocado diante de uma dupla impossibilidade: a impossibilidade do passado e a impossibilidade do futuro”; ou seja, “um passado que não passa” e um presente que se eterniza sem projeto; ou, ainda, um “futuro paradoxalmente sufocado pela proliferação de medidas jurídicas urgentes e provisórias, traços frágeis de um direito efêmero, incapaz de orientar duradouramente o futuro”.

⁶ SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 83-84.

⁷ OST, François. **O Tempo e o Direito**. Trad. Élcio Fernandes. Baurur: Edusc, 2005. Tít. original: *Le Temps Du Droit*. p. 10-11.

O objetivo traçado pela norma, pois, pode não atingir a sua finalidade justamente em face da realidade que lhe é subjacente. Num mundo em que a “legislação também cada vez mais busca a justiça material em vez de meramente se limitar a prestar a justiça formal exigida pelo Estado de Direito” e em que “o crescente uso de tribunais com a participação de especialistas não jurídicos em vez de juízes para resolver as controvérsias, com a conotação subjacente de que o Direito não é capaz de resolver o problema adequadamente, também representa uma diminuição do poder prévio do Direito, assim como o uso de procedimentos de planejamento em contraposição a regras prévias de Direito para se chegar a decisões”⁸, não se há de admitir estruturas ou modelos que dificultem a justa e rápida solução dos litígios conforme a sua natureza.

Nesse cenário, de nada adianta ter um órgão uniformizador se o resultado dessa uniformização, pelas vicissitudes de sua composição e do tempo dos mandatos de seus componentes, não permite o atingimento do fim almejado. O período de dois anos de mandato sem possibilidade de recondução implica uma esdrúxula situação: quando o juiz começa a se familiarizar com a técnica de julgamentos, a dominar os precedentes e a construir a possibilidade de seu aperfeiçoamento com segurança, termina o tempo do seu mandato. É assim, por exemplo, que no âmbito da Justiça Eleitoral se fixou a conveniência dos mandatos de dois anos para os Tribunais Eleitorais, com possibilidade de recondução.

Para Savaris e Xavier⁹,

[...] é de se considerar, ainda, que a mudança de jurisprudência traz consequências nefastas também para os projetos conciliatórios, pois, diante da real perspectiva de rápida alteração do entendimento dominante as partes podem se sentir desestimuladas a transigir, optando por aguardar uma decisão judicial, pois a previsibilidade dos resultados fica amplamente atingida com a permanente renovação de mentalidades. Com estas observações, não se está a tecer uma crítica ao mandato de dois anos dos integrantes das Turmas Recursais em si ou à constante evolução jurisprudencial; o que se coloca é uma reflexão sobre o tema, pois é preciso que se encontre o ponto de equilíbrio entre a oxigenação de pensamentos e a insegurança jurídica provocada pelas bruscas alterações de entendimento jurisprudencial.

⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**. Trad. Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Tít. original: *The English Legal System, Tenth Edition*.

⁹ SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 84.

4. JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

A origem do Estado de cunho liberalizante, sob o qual ainda vivemos, tem base filosófica no estado da natureza de que fala Locke¹⁰, que não assegura a sobrevivência do homem nem o seu destino, fazendo-o sacrificar, em favor da comunidade, parte da sua independência e liberdade. E não equivale a isso submeter o indivíduo à chefia de outro homem, colocando a sua segurança sob a sua discricionariedade. Num Estado de Direito, em que a liberdade e a igualdade pretendem servir de oriente à convivência social e à resolução dos conflitos, não tem sentido trocar pura e simplesmente o estado da natureza pela submissão servil, sendo preferível a construção democrática da paz pela vigilância contínua na realização do Direito.

Já se disse que a justiça se alcança passando pela segurança e que a insegurança é em si mesma injusta. Disse-se mais, que segurança e justiça são incompatíveis, de forma que sempre a busca de uma prejudica o encontro da outra e vice-versa. E, ainda, que a história e a tradição têm ensinado que os povos sempre consideraram perigo maior a insegurança do que a injustiça¹¹. Prova disso seria que uma decisão injusta tem sido admitida como mal menor do que um regime de incerteza jurídica, mostrando a experiência que, muitas vezes, no intento de chegar a uma justiça absoluta e inalcançável, renunciar-se-ia à realização da única justiça possível, a relativa e limitada¹².

Mas há um meio-termo nisso e a possibilidade efetiva de um equilíbrio entre as duas posições.

A importância da segurança observa-se pela leitura do preâmbulo e dos artigos iniciais da Constituição brasileira. No capítulo dos direitos fundamentais, garante a Carta “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade” (art. 5º). Esse princípio é destacado por Humberto Medrano¹³, para quem se pode identificar “*seguridad jurídica con certeza y ésta se*

¹⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo. Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 471-472. Na edição Abril Cultural: LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. Anuar Aiex. São Paulo, Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores). v. XVIII. p. 78.

¹¹ ROSA, Antonio José M. Feu. A Coisa Julgada Penal. **Seleções Jurídicas COAD**, São Paulo, COAD Advocacia Dinâmica, mar. 1991, p. 43.

¹² ROSA, Antonio José M. Feu. A Coisa Julgada Penal. **Seleções Jurídicas COAD**, São Paulo, COAD Advocacia Dinâmica, mar. 1991, p. 43. O autor cita Cristiani e Savigny (*System des Heutigen Roemischen Rechts*, v. VI, p. 261, **Scientia Verlag Aalen**, 1986).

¹³ MEDRANO, C. Humberto. El Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, v. 62, 1993, p. 134.

obtiene de la aplicación de una serie de principios jurídicos, cuya concurrencia permite alcanzar ése estadio en el cual ciudadanos están siempre – razonablemente – en aptitud de conocer sus obligaciones y derechos”. Mais do que regra explícita, Medrano considera segurança jurídica “el resultado de la conjugación de diversos principios fundamentales que la realizan, muchos de los cuales deben estar recogidos por la Constitución”.

Sérgio de Andréa Ferreira¹⁴ também considera ser a segurança e a liberdade direitos fundamentais da cidadania, estando ambas indissoluvelmente relacionadas, resultando que “uma das mais conspícuas expressões da *segurança* é a *segurança jurídica*” (destaques do original). Tem-se exemplo disso no Brasil, na Constituição Imperial de 1824, que previa o exame da administração, com reforma dos abusos nela introduzidos, somente após a morte do Imperador. E Antonio de Souza Prudente¹⁵, sobre segurança jurídica, afirma que esta “há de ser buscada, no Estado Democrático de Direito, através do devido processo legal”, vale dizer, por meio do devido processo, que não se compatibiliza com usurpações ou invasões de competência.

5. OS “MANDATOS” NOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS

Em relação à forma de composição e duração de mandatos judiciários, a busca por segurança pode ser constatada pela evolução dos órgãos de controle das eleições, com os peculiares métodos de recrutamento de seus membros e procedimentos operativos próprios, “denotando ajustamento a peculiaridades da concepção representativa, com a qual haveria de conviver em razão de suas finalidades institucionais, sem perder, no entanto, qualquer das características de sua natureza judiciária”¹⁶. Compreendeu-se que a verificação de poderes pelas instituições parlamentares, nada obstante à utilização do método jurisdicional, ficava ao sabor das maiorias eventuais, generalizando-se “o reconhecimento da inviabilidade de julgamentos imunes efetuados pelos próprios interessados, e assim prevaleceu a razão, levando a que os parlamentares renunciassem a decidir sobre suas eleições, que de-

¹⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, 334, separata. p. 191.

¹⁵ PRUDENTE, Antonio de Souza. Poder Judiciária e Segurança Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 29, v. 115, p. 571-580, jul./set. 1992.

¹⁶ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156.

veriam ser expressão autêntica da aritmética eleitoral, sendo dirimidas as controvérsias pelos igualitários padrões jurisdicionais”¹⁷.

A composição eclética e os mandatos temporários das cortes eleitorais têm origem na França, com os antigos *États Généraux*, “*simplement une concession ordinaire du pouvoir Royal*”, e na Inglaterra, como defesa da Câmara dos Comuns contra a interferência da Coroa. Depois, coube à Constituição de Weimar, pela instituição do Tribunal de Verificação Eleitoral (*Wahlprüfungsgericht*), aperfeiçoar o sistema, criado para livrar o Poder Legislativo do jugo do monarca, mas que descambou para o abuso. Assim, o artigo 31 da Carta alemã dispunha:

Junto à Assembleia Nacional é instituído um Tribunal especial para a verificação das eleições e mais com a incumbência de conhecer das questões de perda de mandato de Deputado. O Tribunal de verificação das eleições compõe-se de membros da Assembleia Nacional, eleitos por ela para uma legislatura e de membros do Tribunal Administrativo da República, nomeados pelo Presidente da República, mediante proposta da respectiva Presidência. As suas decisões são tomadas, depois de debate oral, por três membros da Assembleia Nacional e dois membros do Tribunal Administrativo. Fora das suas sessões, o processo é dirigido por um comissário federal, nomeado pelo Presidente da República. Ao demais, o processo será regulado pelo mesmo Tribunal.¹⁸

Tal modelo evoluiu para o atual Conselho Constitucional alemão, de composição heterogênea, com três membros escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três outros pelo Presidente do Senado, com mandatos de nove anos, não renováveis, integrando-o também todos os antigos Presidentes da República¹⁹.

Os federalistas americanos já frisavam que, “na maior parte dos Estados e segundo as opiniões mais respeitáveis, os membros do corpo judiciário conservam os seus empregos enquanto deles se mostram dignos por um comportamento cheio de integridade e de honra”²⁰. Alexander Hamilton, no Capítulo LXXVIII, dos *Federalist Papers*, pregava que a

[...] independência rigorosa dos tribunais de Justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quer dizer, numa Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* (decretos de proscricção), leis retroativas ou coisas semelhantes. [...] Esse apego constante e invencível à Constituição e aos direitos individuais, indispensável nos tribunais de Justiça, não pode certamente achar-se em juizes de comissão temporária: de qualquer modo e por quem quer que as comissões periódicas fossem feitas, em todo caso não poderia deixar de ser nocivo o seu efeito à independência indispensável aos juizes.²¹

¹⁷ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156.

¹⁸ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156

¹⁹ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 154-155.

²⁰ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Selec. Francisco Weffort. Trad. não informada. São Paulo: Abril Cultural, Col. **Os Pensadores**. 1973, v. XXIX. p. 125; v. tb. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. p. 244. Tit. original: *The Federalist*.

²¹ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Selec. Francisco Weffort. Trad. não informada. São Paulo: Abril Cultural, Col. **Os Pensadores**. 1973, v. XXIX. p. 125; v. tb. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. p. 244. Tit. original: *The Federalist*, p. 244.

Segundo o autor,

[...] os juízes suficientemente instruídos para poderem desempenhar dignamente as suas funções devem ser poucos; e menos ainda os que a conhecimentos suficientes puderem reunir a integridade, ainda mais necessária. De onde se vê quão poucos devem ser os homens que o governo pode encontrar dignos da sua escolha; e, se à dificuldade de encontrá-los se reunir a duração temporária do emprego, que lhes fará preferir a profissão lucrativa da advocacia à honra transitória do emprego, que lhes fará preferir a profissão lucrativa da advocacia à honra transitória de julgar, a administração da Justiça cairá em mãos indignas ou incapazes de desempenhar as suas augustas funções.²²

6. O EXEMPLO DOS TRIBUNAIS ELEITORAIS BRASILEIROS

No Brasil, os “mandatos” nos órgãos judiciários são, em geral, vitalícios.

A primeira das garantias da magistratura brasileira, de fato, constitui a “vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado” (art. 95, inc. I). Para o vitaliciamento, exige a Constituição, para além dos dois anos de “estágio probatório” com participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados (inc. IV), a aprovação do respectivo Tribunal. Embora não referido expressamente pela Carta (exceção feita aos membros do Superior Tribunal Militar – art. 123), a vitaliciedade dos membros de tribunais ocorre simultaneamente à posse no cargo.

Se os demais Tribunais e Juízos brasileiros têm composição e “mandato” permanente, na Justiça Eleitoral, órgão permanente do Poder Judiciário, a composição e os mandatos são temporários, exercidos por ministros, desembargadores e juízes de outros tribunais, ou da Advocacia. O Tribunal Superior Eleitoral tem composição mínima de sete membros, escolhidos mediante eleição pelo voto secreto de “três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal” (CF/88, art. 119, inc. I, “a” e “b”, e II). Da mesma forma que o TSE, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juízos Eleitorais são escolhidos, no primeiro caso, dentre magistrados estaduais e federais (desembargadores e juízes de primeiro grau) e advogados; e no segundo, dentre juízes estaduais (CF/88, art. 120, § 1º, inc. I, “a” e “b”, e II; e art. 121). A Constituição dispõe ainda que “os juízes dos tri-

²² HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Selec. Francisco Weffort. Trad. não informada. São Paulo: Abril Cultural, Col. **Os Pensadores**. 1973, v. XXIX. p. 171; v. tb. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. p. 471 e 474.

bunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria” (CF/88, art. 121, § 2º).

Para Fávila Ribeiro²³,

[...] a necessidade dessa estrutura judiciária, também em caráter permanente, recebeu peculiar ajustamento quanto ao modo de composição dos órgãos que a integram, submetidos ao mesmo regime de periodicidade, tanto quanto se aplica às investiduras representativas, de tal modo que os magistrados nela não permanecessem por prazo superior à duração dos mandatos parlamentares no seu ramo popular. Por esses marcantes reflexos parlamentares no perfil institucional da Justiça Eleitoral, esta é permanente, mas sem quadro permanente, tendo ainda sido consagrado o paralelismo com os revezamentos periódicos, nela se integrando os magistrados por período bienal, admitida apenas uma recondução, ficando, assim, no limite de quatro anos, que é o período exato de duração da representatividade parlamentar.

Segundo ainda o mesmo autor²⁴:

O perfil institucional da Justiça Eleitoral é o testemunho da firmeza de propósito em sua edificação, para conciliar em sua própria estrutura aspectos antinômicos que a inclinavam para a inalterabilidade em sua composição; no entanto – continua –, foi ajustada à regra do periódico revezamento que está na essência da concepção representativa, afastando-se dos padrões que prevalecem para os demais ramos que compõem a estrutura judiciária, adotando também, para os seus membros, o modelo de investidura temporária exatamente como sucede com os que se submetem ao processo eleitoral, assim sendo feito para segurança de sua manutenção identificada à sua precípua finalidade, por continuado exercício de controle imparcial, prevenindo-se contra desgastes, decorrentes das fricções políticas, com a limitação de permanência na judicatura eleitoral, acarretando essa assemelhação na regra da periodicidade, benefício de sua inabalável imparcialidade.

A forma de composição e a temporariedade dos mandatos dos juízes e membros da Justiça Eleitoral têm compromisso com a matéria objeto de sua competência. Para decisões quanto a Direito de natureza política, nada melhor do que uma corte permanente, composta por membros permanentes do Poder Judiciário, mas com mandatos temporários. Isto porque a eventual flutuação de sua jurisprudência estará mais de acordo com a realidade e com o ambiente jurídico-político subjacente.

Isso, porém, não é certo em relação ao Direito Público de natureza diversa da política, em que a necessidade de segurança e a uniformidade, num país de dimensões continentais como o Brasil, são essenciais à conformação do nosso modelo federativo.

7. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA A INCONSTITUCIONAL EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DA TNU RESERVADA AOS MEMBROS DAS TURMAS RECURSAIS

²³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 157.

²⁴ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 157.

Como visto anteriormente, a alteração operada na forma de composição das Turmas Recursais pela Lei 12.655/12 promoveu uma radical mudança na forma de recrutamento dos Juízes Federais para a Turma Nacional de Uniformização. Se antes, em obediência à Carta, se impunha o julgamento dos recursos, inclusive incidentes de uniformização, “por turmas de juízes de primeiro grau” (CF/88, art. 98, inc. I), e a Lei 10.259/01, bem assim as Resoluções do CJF que trataram do tema, corroboravam essa determinação prevendo a composição da TNU por juízes de primeiro grau, ainda que em exercício nas Turmas Recursais (em boa parte também titulares dos JEF), a exclusividade da seleção agora restrita aos Juízes Federais titulares de cargo nas Turmas Recursais afronta a disposição constitucional.

A solução para a virtual violação passa pela interpretação razoável da norma à luz dos princípios que regem os Juizados Especiais Federais desde a sua instituição, segundo os quais todos os Juízes Federais do Microssistema (Juiz de JEF, de TR, de TRU e da TNU) são juízes de primeiro grau de jurisdição. Se optar-se pela aplicação literal da Lei 12.655/12, as Turmas Recursais se converterão em segunda instância dos Juizados Especiais Federais, tanto do ponto de vista jurisdicional quanto administrativo, implicando a reserva de vagas da TNU exclusiva aos seus membros, em nítida afronta à Constituição. Para contornar tal possibilidade e legitimar a interpretação conforme a Carta, haver-se-á de concretamente tratar como iguais os Juízes dos JEF e os das Turmas Recursais para permitir também aos primeiros, como sempre ocorreu, a possibilidade de acesso às TRUs e à TNU, sob pena de segregação violadora à Constituição.

Não vejo outra solução para o caso, opinião que submeto a debate.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dessas breves considerações, que não têm a pretensão de esgotar a matéria, mas tão somente dar continuidade ao debate sobre o aperfeiçoamento da instituição Juizados Especiais Federais, poderíamos resumir, à guisa de conclusões:

- a) os Juizados Especiais Federais são órgãos de simplificação e celeridade do processo judicial em causas cíveis de pequeno valor e ações penais de pequeno potencial ofensivo;

- b) os procedimentos para processo e julgamento das causas no JEF devem observar os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade;
- c) sendo a matéria de competência dos JEFs de direito público, a legalidade e a segurança dos seus julgamentos, inclusive com vista à pedagogia e estímulo à conciliação, devem ser perseguidas pela via da uniformização de sua jurisprudência;
- d) em harmonia com os objetivos acima, a composição dos JEFs, inclusive de seus órgãos de revisão (Turmas Recursais, Turmas Regionais e Turma Nacional de Uniformização), deve ser feita, em atendimento à Constituição, por Juízes Federais de primeiro grau de jurisdição;
- e) a alteração operada na forma de composição das Turmas Recursais pela Lei 12.655/12 viola o artigo 98 da Constituição, ao instituir cargos permanentes nas Turmas Recursais e reservar aos Juízes destas a exclusividade na composição das TRU e da TNU, afastando os Juízes de primeiro grau da participação nesses órgãos;
- f) se a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei não leva à finalidade precípua para a qual foi editada, a melhor forma de interpretá-la será permitir o recrutamento dos membros das Turmas de Uniformização (TRU e TNU) de forma equitativa entre juízes dos JEF e das TR;
- g) compatível com a busca de segurança e de fixação da jurisprudência, o tempo de mandato dos membros dos órgãos de uniformização devem, *de lege ferenda*, ser aumentados, ou, pelo menos, à luz da revogação do § 1º do artigo 21 da Lei 10.259/01 pela Lei 12.655/12, permitir-se uma recondução.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS – AJUFE. **Anais do Seminário Juizados Especiais Federais. Inovações e Aspectos Polêmicos.** Brasília: AJUFE, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tít. original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.*

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação. **Juizados Especiais Federais**. Brasília: CJF, Série Pesquisas do CEJ, 2000. v. 7.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, 334, separata.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. Selec. Francisco Weffort. Trad. não informada. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores). v. XXIX.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005. Tit. original: *The Federalist*.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Dois Tratados sobre o Governo. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Anuar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores). v. XVIII.

MEDRANO, C. Humberto. El Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, v. 62, 1993.

OST, François. **O Tempo e o Direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2007. Tít. original: *Le Temps Du Droit*.

PRUDENTE, Antonio de Souza. Poder Judiciária e Segurança Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 29, v. 115, p. 571-580, jul./set. 1992.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROSA, Antonio José M. Feu. A Coisa Julgada Penal. **Seleções Jurídicas COAD**, São Paulo, COAD Advocacia Dinâmica, mar. 1991.

ROSSI, Roberto. **Introdução à Filosofia**. História e Sistemas. Trad. Aldo Vannucchi. São Paulo: Edições Loyola, 1996. Tít. original: *Introduzione Alla Filosofia. Storia e Sistemi*.

SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição 39**, de 2003. Serys Slhessarenko. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84170&tp=1>>. Acesso em: 9 out. 2012.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O Sistema Jurídico Inglês**. Trad. Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Tít. original: *The English Legal System, Tenth Edition*.

CRÍTICA DA ABSOLUTIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PREVIDENCIÁRIOS

Maria Raquel Duarte¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: VISÃO CONTEXTUAL

O problema inicial que instigou a realização do presente trabalho é o seguinte: se, na jurisdição comum, temos meios legais de rever decisões viciadas, não teríamos também um espaço no sistema legal para flexibilização da coisa julgada em casos extremos, quando está evidente o equívoco da justiça da decisão, principalmente por estarmos tratando de jurisdição de direito fundamental?

É sabido que sistema processual constitucional, o instituto da coisa julgada compõe um grupo de institutos fundamentais do processo² ao lado do acesso à justiça, da ampla defesa, do juiz natural, dentre outros.

A coisa julgada³ é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental⁴ à segurança jurídica, tornando-se imprescindível ao Estado Democrático de Direito e à convi-

¹ Advogada militante em direito Previdenciário. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad – Universidad d’Alicante/ES. Especialista em Direito Civil – UFSC. Especialista em Direito Previdenciário – Cesusc. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Uniderp/LFG.

² Atualmente, vem-se dando uma atenção muito grande aos princípios constitucionais, que deixaram a estática posição de reserva e de suplemento de normas e passaram a assumir um papel ativo e fundamental na formação do Direito e no método interpretativo. Dessa nova concepção doutrinária e legislativa de princípios constitucionais advém o fato de que, no transcorrer de um processo judicial ou administrativo, não podem ser transgredidos mandamentos imprescindíveis, como ampla defesa, igualdade das partes, licitude na produção de provas e outros, mesmo que para isso haja de se afastar o método interpretativo literal em relação a uma simples norma, a qual poderá deixar de ser aplicada em caso de choque com superiores preceitos principiológicos (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Constituição e processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2).

³ Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, segundo o qual – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ Quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes à pessoa humana. A doutrina utiliza, por vezes, as expressões “Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais” como sinônimas, e, por outras vezes, distinguem-nas da seguinte forma: Direitos do Homem diz respeito àqueles direitos naturais que precederam à positivação internacional ou nacional; Direitos Humanos guardam relação com documentos de direitos internacionais, uma vez que se referem àquelas posições jurídicas em favor do ser humano como tal, independentemente da sua vinculação jurídica com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional); Direitos Fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35).

vência pacífica da sociedade. Contudo, vivemos no momento do direito fundamental ao justo processo, da efetividade das normas constitucionais, as quais impregnam o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Ao discorrer sobre o processo justo, podemos dizer que o sistema processual não pode ser percebido de maneira desvinculada da Constituição; o processo tem que ser olhado numa perspectiva constitucional do devido processo legal na sua dimensão substancial, e, na perspectiva do processo justo, não podemos tolerar determinado grau de desacerto de decisões judiciais. É preciso ter um respiro, uma saída, um escape normativo para decisões que são flagrantemente injustas.

Veremos que o direito passa a ser direcionado pelo processo ao qual se atribui missão de reformador com finalidades políticas e sociais. Concepções, como legitimidade, efetividade, segurança e princípios jurídicos, apresentam-se renovados e revigorados pela nova hermenêutica, a qual busca investigar-lhes o sentido último e redefinir-lhes a função.

Também veremos que o valor da segurança das relações jurídicas e o valor da garantia da coisa julgada não são absolutos, ambos devem conviver com outros valores, que é o da justiça das decisões judiciais e o processo justo, valores estes de primeira grandeza, constitucionalmente prometidos pelo disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LIV, de nossa Carta Maior.

Em sendo assim, a questão estrutural do presente estudo é investigar, por meio da doutrina, legislação e jurisprudência, coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, seus limites e espaço para a sua flexibilização em decorrência do direito fundamental ao processo justo, considerando a natureza dos direitos tutelados nesta espécie de jurisdição.

“[...] os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35). Os direitos fundamentais em sentido formal podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões (individual, coletiva ou social) – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 34). Importa consignar a constatação de Sarlet, quanto à movimentação doutrinária rumo a um direito constitucional internacional, reconhecendo uma estreita relação entre os “direitos humanos” e os direitos fundamentais, assentada em uma proximidade de conteúdo entre os documentos internacionais e os textos constitucionais. Nesse contexto, o autor destaca o uso da expressão “direitos humanos fundamentais”, ressaltando uma “unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32-33).

1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E POLÍTICO DA COISA JULGADA E O ALCANCE DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A questão de relevo é a de delimitarmos a amplitude da proteção que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) dá à coisa julgada. Parece-nos que o legislador constituinte visou proteger o caráter definitivo da jurisdição, preservando sua característica identificadora e vedando que os litígios se eternizem em nome do princípio da segurança jurídica. A adoção de um enfoque Constitucional, neste estudo, é, em primeiro lugar, uma imposição do seu objeto, uma vez que os limites de admissibilidade da “flexibilização” desse instituto só pode ser feita a partir da Constituição. Contudo, há mais a ser dito, visto que precisamos encontrar um espaço no ordenamento jurídico pátrio para relativizarmos a coisa julgada em jurisdição de direito fundamental, quando a decisão proferida encontra-se em completo desacerto, tudo em nome do direito fundamental ao justo processo.

O instituto da coisa julgada encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988⁵, que assim dispõe: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

Na visão de Leonardo Greco⁶, o instituto da coisa julgada compreende uma importante garantia fundamental, bem como relaciona o referido instituto à segurança jurídica.

Neste sentido também é o entendimento de Cabral⁷. Segundo o autor, é comum na doutrina a ligação entre o instituto da coisa julgada com a estabilidade das decisões judiciais e, por consequência, com a segurança jurídica.

⁵ Retornando ao arcabouço moral de nossa Carta Maior, coerente com esse propósito, a declaração dos direitos e garantias fundamentais, que se insere no art. 5º, traduz um grande elenco de princípios dominados pela essência ética fundada na Dignidade Humana. Aliás, a leitura de todo o texto constitucional brasileiro evidencia a ostensiva valorização dos fundamentos éticos da Nação e do Estado, em todas as suas dimensões, sendo altamente expressivo o disposto no § 2º do artigo 5º, que assim aduz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

⁶ “[...] a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como direito no preâmbulo e no caput do art. 5º da Constituição de 1988 [...]. A ‘segurança jurídica’ é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes. (GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto167.rtf>>. Acesso em: 15 ago. 2012)

⁷ De fato, pela definitividade que empresta às sentenças de mérito, é muito comum na doutrina brasileira esta aproximação conceitual. Trata-se de convicção generalizada, que pode também ser percebida na doutrina estrangeira de que sem a coisa julgada a questão estaria sempre “aberta” a “rediscussão” e então o Estado de Direito estaria comprometido, pois

A esse propósito, Cabral⁸, partindo da premissa – segurança jurídica como continuidade: estabilidade e dinamismo –, elabora um panorama da segurança jurídica especificamente aplicada aos atos processuais e suas estabilidades, inserindo, neste contexto, a coisa julgada. O autor salienta a ligação constante entre a coisa julgada e os objetivos Estatais⁹ de garantir a paz social, enfatizando que a coisa julgada seria um mecanismo da realização da segurança jurídica¹⁰.

Como vimos, a coisa julgada é o instituto com objetivo de maior vinculação à temática da segurança jurídica, cuja pretensão é ser instrumento de pacificação social.

No contexto do presente trabalho, considerando ter este o objetivo da análise da possibilidade de flexibilização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais, cuja jurisdição, trata-se de jurisdição de direito fundamental, necessário se faz demonstrar que os referenciais de segurança jurídica e estabilidade podem e devem ser flexibilizados quando a decisão proferida encontrar-se em completo desacerto para com a verdade.

A justificativa para tal possibilidade encontra respaldo na doutrina pátria. Neste contexto, para Teori Albino Zavascki¹¹, em seu ensaio “Ação Rescisória em Matéria Constitucio-

nunca haveria segurança (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 57).

⁸ “Primeiramente devemos deixar claro que entendemos ser importante ao Estado de Direito tornar estáveis, de alguma forma, os efeitos pretéritos dos atos praticados no passado, sejam eles atos estatais ou atos privados. A segurança jurídica através da estabilidade dos atos já aperfeiçoados é algo que deve ser preservado e incentivado como fator de previsibilidade a permitir que os indivíduos programem suas vidas e suas relações jurídicas e econômicas sem receios de alterações regulativas inesperadas.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 57)

⁹ Segundo Cabral, é frequente a associação da coisa julgada com a segurança jurídica e com o Estado Democrático de Direito – “Pela associação da *res iudicata* com a segurança jurídica é frequente, e quase evidente, a ligação que a doutrina faz entre o instituto da coisa julgada com a estabilidade das decisões judiciais. Também se afirma constantemente ser a coisa julgada um ‘elemento essencial’ ao ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. De fato, pela definitividade que empresta às sentenças de mérito é muito comum na doutrina brasileira esta aproximação conceitual. Trata-se da convicção generalizada, que pode também ser percebida na doutrina estrangeira, de que sem a coisa julgada a questão estaria sempre “aberta” a “rediscussão”, e então o ESTADO DE DIREITO estaria comprometido, pois nunca haveria segurança. Devemos lembrar que, em sentido contrário, certos juristas afirmam que a coisa julgada tem apenas uma função prática: sua disciplina não é igual em todos os países e portanto não decorreria da cláusula do ESTADO DE DIREITO.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 57).

¹⁰ “É moeda corrente na literatura processual a ligação da *res iudicata* com a segurança. Diz-se que a coisa julgada seria um mecanismo da realização da segurança jurídica (seja segurança referida como máxima, valor, axioma, princípio etc.), cuja base normativa seria o art. 5º, I, da CR/88. Porém, cabe indagar se os escopos que as regras sobre a *res iudicata* visam a resguardar no ordenamento jurídico são apenas aqueles referentes à segurança ou se haveria qualquer outro prisma através do qual o fenômeno da instituição da coisa julgada retira seu fundamento, sua *ratio essendi*.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 53)

¹¹ A coisa julgada não é um valor constitucional absoluto. Trata-se, na verdade, de um princípio, e, como tal, sujeito à relativização, de modo a possibilitar sua convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema. Por exemplo: o da imparcialidade do juiz, o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional, o da própria coisa julgada e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida de modo manifesto. Nos casos em que tais valores possam ficar comprometidos, relativiza-se a imutabilidade das sentenças, propiciando a correção da

nal”, a coisa julgada é, na verdade, um princípio sujeito à relativização em nome da harmonização do sistema.

Neste sentido, José Antonio Savaris¹² assegura que, uma perfeita eficácia normativa do princípio do devido processo legal à proteção do direito social tutelado, pode ocorrer sem a completa adoção dos institutos do processo civil clássico.

Sendo o Judiciário a última via para que os cidadãos busquem a solução para os seus conflitos no âmbito do direito do exercício jurisdicional, é inaceitável que um instituto que vise à segurança e à pacificação social perpetue uma decisão manifestamente injusta em razão de um dispositivo infraconstitucional.

Podemos alegar que o ideal decerto não pode prevalecer em toda e qualquer circunstância; deve ceder, às vezes, à verdade, ocorrendo melhor prova, melhor acerto da decisão quanto à interpretação e aplicação do direito.

Em sendo assim, podemos concluir que a segurança é um objetivo próprio do Direito enquanto instrumento de pacificação social, assim como a coisa julgada. Aquela não pode ser atingida sem que se garanta a estabilidade das relações jurídicas criadas (ou reconhecidas) pelo pronunciamento judicial, personificado pela coisa julgada. Contudo, esta estabilidade pressupõe um mínimo de certeza de que aquela decisão está livre de irregularidades e de injustiças, pois, certamente, não se alcançará a pacificação social com uma decisão equivocada.

Para alcançarmos este ideal de justiça, devemos buscar, em nosso ordenamento pátrio, meios legais para a correção de graves desacertos judiciais, considerando que não possuímos na legislação infraconstitucional norma expressa permitindo realizar a flexibilização

injustiça. O instrumento processual para isso é a ação rescisória, também contemplada na Constituição, destinado a corrigir, em caráter excepcional, decisões judiciais transitadas em julgado, inclusive as proferidas pelas mais altas Cortes (CF, art. 102, I, j, e art. 105, I, e). Assim, nos termos do art. 485 do CPC, constituem casos excepcionais de especial gravidade, que permitem relativizar a coisa julgada, os de sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, ou por juiz impedido ou absolutamente incompetente, ou provocada por ato doloso da parte vencedora, ou por colusão fraudulenta das partes, ou com base em prova falsa, e assim por diante. Entre essas excepcionais hipóteses em que se permite rescindir a sentença de mérito transitada em julgado é quando ela “violar literal disposição de lei” (CPC, art. 485, V) (ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação rescisória em matéria constitucional**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 1º maio 2013)

¹² “[...] pela eficácia normativa do princípio do devido processo legal disposto no art. 5º, LIV da CRFB/88 e, mais especificamente, do direito fundamental a uma ordem jurídica justa, disposto no art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna (*Princípio do Acesso a Justiça*), exige-se que a jurisdição de proteção social, tanto quanto seja necessário à satisfação do direito material, se opere sem a adoção absolutamente vinculante dos institutos do processo civil clássico [...]” (SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 84)

da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais; devemos, então, realizá-la com escopo nos princípios de nossa Carta Maior.

Conforme abordaremos no tópico seguinte, ainda que não tenhamos uma norma infralegal que expresse permissão para a realização da relativização de coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, por decorrência do direito fundamental ao processo justo, princípio este relacionado com a justiça e a verdade da decisão, veremos que a coisa julgada não é absoluta; pode e deve ser relativizada mediante um juízo de ponderação, a fim de que não se perpetue uma injustiça, principalmente por estar em questão de jurisdição de direito fundamental.

2. DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo assumiu contornos antes inimagináveis, especialmente no que toca aos direitos e garantias fundamentais. Não é adequado pensar o processo como desassociado dos preceitos constitucionais¹³.

Com efeito, é importante ressaltar, desde logo, que o processo deixou de ser tratado apenas como frio método de compor litígios, para tornar-se veículo de satisfação de direito fundamental. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, o devido processo legal apresenta-se como o *processo justo*, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a *melhor* e mais *justa* solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social¹⁴.

¹³ O estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei, etc. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1, p. 25-26)

¹⁴ “Inadmissível é adotar-se uma interpretação da vontade sentencial que conduza a uma imoralidade. Sendo função precípua do Judiciário fazer justiça, não se pode prevalecer de erro material incontestado, para pretender a prevalência de uma iniquidade que, como é óbvio, jamais entrou no verdadeiro ato de inteligência e vontade do magistrado. As sentenças, como os negócios jurídicos, hão de ser interpretadas e executadas segundo os ditames da boa fé e dos bons costumes. Se é possível eliminar a aparente injustiça do decisório pelo caminho do reconhecimento do erro material, nos termos do art. 463, I, do CPC, não se há de titubear em fazê-lo. Deixar de eliminar o erro evidente, em circunstância como a do caso sob exame, apenas por subterfúgios de natureza formal, equivaleria a desprezar a verdade real ao alcance do Juiz, para consagrar a mentira, revertendo seus injustificáveis efeitos em favor da parte que nos próprios autos pretendeu o contrário do que formalmente restou consignado no ato decisório. O *due process of law*, o processo justo, que modernamente constitui garantia fundamental outorgada pela Carta Magna, jamais se compatibilizaria com tamanha hipocrisia e tão deslavada injustiça. O Juiz, que tem o dever de sempre “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça” (CPC, art. 125, III), e de exigir das partes que cumpram o dever de “proceder com lealdade e boa fé” (CPC, art. 14, II), estaria ele mesmo, isto é, o próprio magistrado, a cometer a suprema iniquidade de chancelar a mentira” (THEODORO

A Carta de 1988 consagrou o *due process of law*, com expressão *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*¹⁵, o qual encontra-se positivado no inciso LIV do artigo 5º da CF de 1988¹⁶. Trata-se de Cláusula Pétrea¹⁷ em nosso ordenamento jurídico¹⁸.

A existência de direitos fundamentais no texto de nossa Carta Maior condiciona o Estado e cidadãos à sua observância, bem como condiciona o julgador a observá-los também no processo judicial¹⁹.

Neste vértice, Humberto Theodoro Júnior correlaciona o devido processo legal²⁰ ao processo justo²¹.

JÚNIOR, Humberto. **Coisa julgada - Sentença condenatória - fixação da data de início da correção monetária - erro material - Arguição em embargos à execução**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 13 mar. 2013).

¹⁵ NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável de processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 329-330; 334.

¹⁶ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (CF/88)

¹⁷ Esse é o teor de acórdão da Suprema Corte citado por Alexandre de Moraes: “Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, II, ‘b’, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois, ‘admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados’. Importante, também, ressaltar, que na citada Adin nº 939-7/DF, o Ministro Carlos Veloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.” (MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 506-507)

¹⁸ Segundo Bobbio, não é possível da uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica considerada isoladamente, pois uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. “O termo ‘direito’, na mais comum acepção de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.” [...]. “O ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é um conjunto de normas. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que não constituição de um ordenamento concorram mais normas (pelos menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 31)

¹⁹ Didier, no intuito de enfatizar a adequação do processo à tutela dos direitos fundamentais nos ensina: “[...] o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve estar estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais [...]. No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1, p. 27-28)

²⁰ “[...] O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais [...]” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (Recht)* Unisinos, jan./jun. 2010, p. 67).

²¹ A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia de juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX). Uma assimilação da ideia

Savaris²², no mesmo norte, afirma que “o devido processo legal consagra o direito fundamental a um processo justo, assim compreendido aquele que se revela adequado ao direito material que busca satisfazer”.

No mesmo contexto, Sarlet, Marinoni e Mitidiero²³ esclarecem que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, instituindo-se assim o direito ao justo processo no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina moderna já trabalha com o conceito substitutivo de devido processo justo, onde a substância deve sempre se sobrepor à forma²⁴. Neste contexto, poder-se-ia dizer que a ausência de previsão de flexibilização da coisa julgada em Juizados Especiais Federais seria possível quando da ocorrência de desacerto da decisão judicial, em casos de ser gritante a injustiça da decisão. Privilegiar decisões injustas estaria violando não apenas uma garantia individual do titular do direito, mas, também, violando a Carta Constitucional em seus ditames de natureza processual fundamental.

de devido processo legal à de processo justo é feita modernamente. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (Rechtd) Unisinos**, jan./jun. 2010, p. 66).

²² SAVARIS, José Antonio. **Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_JAS_Coisa_Julgada_Previdenciaria.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

²³ De forma absolutamente inovadora na ordem interna a nossa Constituição assevera que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Com isso, institui o direito fundamental ao processo justo no Direito brasileiro. Embora de inspiração estadunidense notória, sendo nítida sua ligação com a V e a XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, certo é que se trata de norma presente hoje nas principais constituições ocidentais, consagrada no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), art. 8 e 10, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) art. 6; no Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos (1966) art. 14; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) art. 8. O direito ao *fair trial*, não por acaso, constitui a maior contribuição ao *comum law* para a civilidade do direito e hoje certamente representa o novo *jus commune* em matéria processual. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 699)

²⁴ Neste sentido, José Antonio Savaris correlaciona o processo justo ao princípio da primazia do acerto das decisões judiciais: “[...] O direito fundamental à proteção social demanda instrumentos processuais idôneos para que seja realizado de modo adequado. Disso decorre sua íntima conexão com o direito fundamental a um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos. [...] Em razão da eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo e da fundamentalidade dos direitos de proteção social, a legitimidade da função jurisdicional encontra-se inafastavelmente vinculada à plena realização desses direitos fundamentais. [...]. No âmbito da atuação jurisdicional é, talvez, onde mais significativamente repercute essa força especial dos direitos fundamentais, caracterizada, basicamente, pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com a sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas, independentemente de texto legal (infraconstitucional). [...] Mediante o fundamento da vinculação institucional aos direitos fundamentais sociais, o princípio da primazia do acerto propõe-se a oferecer resultados aderentes às exigências dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no caso concreto [...]. Perceba-se que o princípio da primazia do acerto presta-se suficientemente como matriz teórica legitimadora desse posicionamento, mesmo porque a aplicação desse princípio conduzirá o magistrado a indagar sobre fatos não suscitados originariamente pelas partes e a assumir seus poderes de instrução com vistas à verdade real e à justa definição da proteção social para o caso.” (SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista de Direito Previdenciário**, Florianópolis, Conceito, v. 7, jan. 2011, p. 15; 18-19; 36)

Na acepção de Melo, o justo processo é a espinha dorsal que move a ideia mais moderna de acesso aos canais de jurisdição, congregando as condições mínimas, sem as quais não é possível o Estado-juiz aplicar o direito material com justiça no seio das relações em conflito²⁵.

Por consequência, o controle jurisdicional também deve ser examinado em função do conjunto de princípios e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo e à coletividade, proclamados como desdobramento necessário para obtermos uma justa composição da lide e um acesso adequado à justiça. Podemos compreender, portanto, que “o justo processo é aquele que se compõe de garantias fundamentais de justiça”²⁶.

Morello leciona no sentido de que o justo processo significa um enérgico empreendimento econômico-social, cuja meta é destruir barreiras e reduzir os obstáculos que interferem na proximidade do cidadão aos benefícios do processo, responsáveis pelo bloqueio de uma visão democrática da justiça²⁷⁻²⁸.

Quanto ao âmbito de proteção do direito fundamental ao processo justo, os autores Sarlet, Marinoni e Mitidiero²⁹ asseveram que se trata de direito de natureza processual e impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. E, por essa razão, se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento³⁰.

²⁵ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz et al. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

²⁶ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz et al. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684.

²⁷ MORELLO, Augusto Mario. **El proceso justo**: de la teoría del débito proceso legal al acceso real a la jurisdicción. Studi in onore di Vittorio Denti. Padova: Cedam, 1994. v. 1, p. 482.

²⁸ Sobre o tema, Sarlet, Marinoni e Mitidiero esclarecem: “O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo de *expansão* (tem o condão e *conformar a atuação* do legislador infraconstitucional) *variável* (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 701)

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 701.

³⁰ Cintra, Grinover e Dinamarco definem o procedimento da seguinte forma: “O procedimento adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro é o sistema misto de forma que é uma mescla do sistema escrito e o oral. Assim os atos do processo podem se dar de forma escrita e de forma oral que, neste último caso, no mais das vezes é reduzida a termo para a maior segurança das partes. Esta redução a termo dos atos orais a fim de dar maiores garantias às partes e ao próprio Estado-Juiz dá-se em virtude do princípio da documentação.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87).

Os autores enfatizam, ainda, que o direito ao justo processo está caracterizado como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico³¹.

Nestas condições, Xavier e Savaris, citando Chiovenda, asseveram que o princípio da proteção judicial tem sua amplitude reconhecida para assegurar um arranjo institucional voltado ao propósito de melhor distribuir justiça, renovando as palavras de Chiovenda de que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³².

Quanto à natureza e constituição do processo justo, os autores também nos ensinam que se trata de cláusula geral, onde é possível identificar um núcleo forte inilimitável e de conteúdo mínimo essencial, contando, desta forma, com um perfil mínimo.³³

Ao tratarem da eficácia³⁴ do processo justo, Sarlet, Marinoni e Mitidiero esclarecem que o justo processo goza de eficácia vertical com repercussão lateral, que obriga o Estado a concretizar o ideal de protetividade³⁵⁻³⁶.

³¹ “[...] O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 700)

³² XAVIER, Flávia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos Juizados Especiais Federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 334.

³³ “O processo justo conta com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista “da divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes o juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante o juiz natural, em que os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e a formação de coisa julgada.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 702-703)

³⁴ Luís Roberto Barroso, em sua obra “Interpretação e aplicação da Constituição”, esclarece que a *eficácia* consiste na consequência jurídica da norma, que se trata de um atributo associado à observância da norma. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 378). Na obra “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, Barroso define eficácia da seguinte maneira: “Eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aplicação para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado”. (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. p. 81)

³⁵ “Ele obriga o Estado Constitucional a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade que dele dimana (eficácia vertical), o que inclusive pode ocasionar repercussão lateral sobre a esfera jurídica dos particulares (eficácia vertical com repercussão lateral). Ainda obriga os particulares, em seus processos privados, tendentes a restrições e extinções de direitos a observá-los.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 706)

³⁶ No mesmo norte, assevera Mitidiero: “O processo justo é a fórmula mínima do processo no Estado Constitucional (art. 5º, inc. LIV, da CRFB). A razão pela qual a doutrina impõe a observância do direito ao processo justo como condição de validade do processo no Estado Constitucional é bastante conhecida: a sua observação é condição necessária e indispensável, embora não suficiente para a obtenção de decisões justas. Trata-se de imposição inerente a qualquer espécie de processo – seja civil, trabalhista ou penal.” (MITIDIERO, Daniel. *Processo Justo Colaboração e Ônus da Prova*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Lex Magister**, ano 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 67)

Considerando o até então exposto, especificamente no que toca à destinação e titularidade³⁷ do direito fundamental ao justo processo, podemos dizer que o Poder Judiciário, na qualidade de destinatário, tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e comprometida com a verdade para os considerados titulares do direito fundamental ao justo processo.

Nesta linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a relativização da coisa julgada, em sede de Juizados Especiais Federais, consubstancia-se na efetivação do direito fundamental ao justo processo³⁸⁻³⁹.

Ao correlacionar o princípio do acesso à Justiça ao processo justo, Cambi assevera que este compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e da imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões. Logo, observamos que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada⁴⁰.

Atualmente, o processo representa uma relação jurídica de Direito Público movida pelo impulso oficial que investe o Estado-juiz do compromisso com a justa composição da lide, mercê do direito fundamental ao justo processo que compreende também o acesso adequado à Justiça⁴¹.

³⁷ Com relação à titularidade e à destinação do direito fundamental ao justo processo, asseveram Sarlet, Marinoni e Mitidiero que a titularidade desse direito fundamental destina-se a todas as pessoas físicas ou jurídicas, com relação a seus destinatários, afirmam que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são seus destinatários. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel, **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 704-705)

³⁸ Sustenta Cambi que, para a noção de acesso à ordem jurídica justa, converge o conjunto de garantias e princípios constitucionais do direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo. (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 674)

³⁹ Na mesma linha é o entender de Lenio Streck: “É incoerente pensar no processo desatado das matrizes constitucionais. O instrumento deve adequar-se aos preceitos elevados contidos na Carta, do contrário estaria se pondo em perigo os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. **Revista da Aju- ris**, Porto Alegre, ano XXVI, n. 81, t. I, mar. 2001, p. 100).

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 674.

⁴¹ Neste contexto do presente estudo, Rui Portanova correlaciona o princípio do Acesso à Justiça a uma ordem Jurídica justa: “A conceituação do princípio termo ‘acesso à justiça’ pode ser elaborada tendo-se em conta dois aspectos: formal e material. Assim, se o princípio do acesso à justiça for interpretado com o sentido e conteúdo de acesso ao Poder Judiciário, ter-se-á a conceituação meramente formal ou objetiva. De outra banda, se observada a tônica material ou substancial da expressão e considerada a justiça em seus termos axiológicos, o acesso à justiça será tido como o acesso a uma or-

A doutrina também nos ensina que a garantia do acesso à Justiça – condensada na cláusula do justo processo – é tida como direito humano⁴², na medida em que é condicionada pelos valores elementares que dão sobrevivência ao Estado Democrático de Direito.

Podemos afirmar, também, que o acesso à Justiça⁴³ é mais que o simples acesso ao Poder Judiciário, vai além, pois proporciona ao jurisdicionado uma garantia eficaz de que o seu processo será processado e julgado de forma justa com o resguardo de seus direitos fundamentais.

É imprescindível que se traga à baila o entendimento do Ministro Marco Aurélio no julgamento de Recurso Extraordinário, quando, ao tratar de inteireza de prestação jurisdicional, diz que “a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”⁴⁴.

dem jurídica justa, ou seja: ‘o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano’.” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 308)

⁴² Canotilho esclarece que os “direitos do homem” não se confundem com os “direitos fundamentais”, apesar de serem utilizados como sinônimos frequentemente. Para o autor: “[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393). Há quem, como a exemplo de Marcelo Novelino, distinga direitos fundamentais de direitos humanos. Para o autor: “Os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), ao passo que os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado.” (NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 222).

⁴³ Neste momento, mister se faz trazer os ensinamentos de Horácio Rodrigues. Entende o autor que o conceito de *acesso à Justiça* possui vários significados, contudo, aponta dois conceitos distintos e complementares para este princípio constitucional. O primeiro conceito atribuiu à Justiça o mesmo sentido de Judiciário, onde *acesso à Justiça* e *acesso ao Judiciário* são expressões sinônimas. O segundo, partindo de uma visão axiológica, *acesso à Justiça* é visto como acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28).

⁴⁴ DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA. A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omito o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. (RE 158.655, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 20.08.1996, DJ 02.05.1997, PP-16567, Ement vol-01867-01, pp-00171).

Verificamos que o efetivo acesso à Justiça, em uma perspectiva formal, compreende a superação dos obstáculos que dificultam o alcance dos objetivos inerentes ao processo, mediante a inovação e aprimoramento constante dos mecanismos processuais.

Dentro desse contexto, podemos dizer que uma desconstrução da coisa julgada, quando da ocorrência de uma decisão dissociada da realidade dos fatos, ou gritantemente equivocada quanto à interpretação do direito ou ainda manifestamente violadora da Constituição, pode vir a ser flexibilizada em nome do direito fundamental do justo processo, pois tal direito, além de constituir-se em um direito fundamental, constitui-se na efetivação do princípio basilar da Dignidade Humana.

Importa lembrar que a coisa julgada também está incluída no rol de direitos e garantias fundamentais, e que seus objetivos são a segurança jurídica e a pacificação social. Este importante instituto também vai ao encontro do justo processo, visto que pacificação social também é objetivo primeiro do direito e da jurisdição. Podemos observar, contudo, o quanto o nosso ordenamento jurídico se inclina para a ideia de jurisdição com pacificação social e como se inclina para emprestar segurança, e, em dada medida, em detrimento da verdade e da justiça.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que tal situação não pode ocorrer, valendo-se de uma análise crítica da coisa julgada, com observância da doutrina pertinente do direito fundamental ao processo justo, que, valendo-se de um juízo de ponderação⁴⁵, determina que pode e deve ser relativizada uma norma infraconstitucional, em nome de um preceito fundamental de maior grandeza.

José Antonio Savaris⁴⁶, no exercício de seu juízo de ponderação, sustenta que “a coisa julgada não deve significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica”.

⁴⁵ Segundo Barroso, “a distinção qualitativa entre regras e princípios é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista [...] Regras são proposições normativas sob a forma de tudo ou nada. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. [...] Princípios contêm normalmente uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante que indicam determinada direção a seguir [...]. A colisão de princípios não só é possível como faz parte da lógica do sistema que é dialético. Por isso, sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada de validade ou invalidade [...]. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 330-331).

⁴⁶ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 89.

O referido autor, em conjunto com Xavier, ao tratar da preservação do núcleo essencial do direito fundamental, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, defende que a omissão legal quanto à possibilidade de revisão da coisa julgada em Juizados Especiais Federais restringe também o direito fundamental⁴⁷.

Destarte, mesmo à míngua de previsão legal infraconstitucional, não pode o Poder Judiciário demitir-se de seu papel constitucional de prestar a jurisdição – princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴⁸.

Para finalizar o presente tópico trago em nota de rodapé parte dos ensinamentos do Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, em belíssimo ensaio publicado na Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo entendimento coaduna com o pretendido pelo presente trabalho, qual seja: a possibilidade de relativização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais em nome do justo processo⁴⁹.

⁴⁷ “A proporcionalidade reclama que a restrição do direito fundamental se opere na estrita medida da necessidade para viabilizar a promoção ou realização do bem constitucional envolvido no caso concreto ou perseguido, em abstrato, por uma adequada lei restritiva. [...] A ideia de “menor restrição possível”, que aflora do princípio da proporcionalidade, oferece a garantia de que se faz possível o exercício do direito fundamental, apesar da restrição. A restrição agride a essência do direito fundamental.” (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 352)

⁴⁸ “[...] O princípio da proteção judicial, denominado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou de princípio do monopólio de jurisdição, é tido ao lado de vários direitos fundamentais assegurados a quem litiga em juízo, como desdobramento ou extensão do ‘devido processo legal’. CF/88 – Art. 5º. [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ao contrário do que uma rápida leitura possa sugerir, o conteúdo desta garantia de acesso à justiça não se restringe a possibilitar o exercício do direito de ação e obtenção de resposta do Poder Judiciário. Com efeito, a doutrina processual há décadas vem expressando que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consagra um direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, uma leitura mais moderna desse dispositivo oferece a concepção de que a referida norma constitucional, mais do que garantir o direito de ação, assegura um acesso efetivo à justiça [...]” (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 332-333).

⁴⁹ “[...] Consoante dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da CR, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Está, pois, assentado que os preceitos constitucionais e também as regras consagradoras de direitos fundamentais de natureza material e processual não carecem de interposição legislativa para serem implementados. Também já não se debate mais acerca da principal virtude das normas de direitos fundamentais de constituírem diretivas e fontes materiais permanentes para a atuação tanto do legislador como dos aplicadores do direito, inclusive os governantes e o Poder Judiciário.

No processo, que sempre deve ser visto como um instrumento, um meio para a concretização dos direitos fundamentais, nunca um óbice, um entrave, a aplicação imediata destes direitos impõe aos juízes arrear os formalismos e suprir as deficiências e omissões porventura existentes na legislação processual para assegurar a maior efetividade possível no resultado a ser obtido. Se o legislador falha, o juiz precisa corrigir e adaptar o procedimento, se o legislador é omissivo, cumpre ao juiz criar o procedimento adequado para possibilitar seja a tutela jurisdicional prestada no caso concreto. Este comportamento não macula o devido processo legal. Mais relevante ainda é o princípio do devido processo legal substantivo, este que se coloca nas decisões judiciais como imperativo de um *juízo justo*, calcado na aplicação da lei segundo os valores eleitos na Constituição, em favor da efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais (vida, saúde, previdência, assistência, liberdade, patrimônio, meio ambiente, etc.).

A doutrina moderna já trabalha com o conceito substitutivo de *devido processo justo*, querendo com isso dizer que a substância deve sempre se sobrepor à forma. Nesta perspectiva, ensina Arruda Alvim, o que conta, em última análise, não é tanto a existência de uma normatividade completa e lógica, em que todos os direitos são protegidos pela letra da lei e pelo sistema, mas tão-somente aparentemente funcional, pois, na verdade, normatividade jurídica, ainda que exaustiva, não é suficiente para satisfazer as aspirações sociais dos segmentos numericamente predominantes e desprotegidos da

Em sendo assim, podemos dizer que vivemos no momento do direito fundamental ao processo justo, da efetividade das normas constitucionais. Neste contexto, pode e deve haver espaço para a relativização de decisões pautadas em premissas de um juízo equivocado, onde a injustiça é tão inaceitável, que merece ser objeto de rediscussão.

No caso, valor de segurança consubstanciado na coisa julgada não pode corresponder a um valor absoluto, pois não pode se impor em algumas questões quando é gritante a injustiça da decisão, principalmente nas causas que tramitam nos Juizados Especiais Federais, em que estamos diante de um direito, a subsistência de um direito fundamental à proteção social.

Conforme já o dissemos, o objetivo é privilegiar decisões justas, decisões que correspondam com a verdade, pois, segundo Xavier e Savaris⁵⁰, o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela para fins de efetivação e concretização de um princípio maior, qual seja: o da *dignidade humana*.

O acesso à ordem jurídica justa, portanto, conduz à percepção de que os aspectos fundamentais do direito processual devem ser adequados à luz da relação jurídica material, com a preservação do necessário para a garantia da regularidade procedimental e eliminação dos excessos injustificados, de sorte a se obter a efetividade segura, almejada por toda a Sociedade.

sociedade [...]” (VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela jurisdicional da seguridade social. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao045/paulo_vaz.html>. Acesso em: 29 set. 2012)

⁵⁰ XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 334.

3. A COISA JULGADA SEGUNDO A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SEUS MEIOS DE FLEXIBILIZAÇÃO CONSOANTE O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Atualmente⁵¹, em nosso direito positivado infraconstitucional, existem dois dispositivos legais nos quais o legislador mencionou o instituto da coisa julgada.

De forma cronológica, o primeiro dispositivo legal a tratar do instituto da coisa julgada foi o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁵²⁻⁵³, que, utilizando-se da nomenclatura portuguesa “caso julgado”, conceituou a coisa julgada como a decisão de que não cabe mais recurso, ou seja, sentença irrecurável. Seguidamente, o segundo dispositivo legal a tratar da coisa julgada foi o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 467⁵⁴.

No âmbito doutrinário, consoante os ensinamentos de Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira⁵⁵, a conceituação do instituto da coisa julgada, dentre as diversas teorias constantes na doutrina Pátria, gira em torno de duas, a primeira liderada por Chiovenda e a segunda por Liebman⁵⁶.

A moderna doutrina processual, na visão de Fredie Didier Júnior⁵⁷, considera a existência de três diferentes acepções sobre o instituto: 1) a coisa julgada como um *efeito da*

⁵¹ No tópico anterior deste trabalho, observamos que o instituto da coisa julgada no plano Constitucional tem previsão no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Constituição, sendo que a primeira previsão legal neste plano foi na Carta de 1834, considerando que a Carta de 1991 nada previa a respeito do tema.

⁵² **Art. 6º** A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (*Redação dada pela Lei 3.238, de 1957*) [...] **§ 3º** Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (*Incluído pela Lei 3.238, de 1957*).

⁵³ “A coisa julgada a que se refere o art. 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do art. 6º da LICC, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa.” (RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 29.04.1997, Primeira Turma, DJ de 12.09.1997. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>).

⁵⁴ **Art. 467.** Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁵⁵ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Dissertação [Mestrado em Direito Público] - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 44-46.

⁵⁶ Para a primeira corrente, defendida por Chiovenda, a coisa julgada equivale à eficácia da sentença que acolhe ou rejeita o pedido, ou seja, para Chiovenda, a coisa julgada decorreria dos efeitos da sentença (CHIOVENDA, Giuseppe *apud* SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Dissertação [Mestrado em Direito Público] - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 44).

Para a segunda corrente, defendida por Enrico Tullio Liebman, esta dominante no direito pátrio, a coisa julgada era vista não só como elemento declaratório da sentença, mas também os elementos constitutivos e condenatórios, não a considerando como efeito da sentença, mas um modo como esta se manifesta e produz seus efeitos (LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* SIQUEIRA Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Dissertação [Mestrado em Direito Público] - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 46).

⁵⁷ Didier Júnior, ao iniciar seu estudo a respeito do instituto, assevera que coisa julgada não é instrumento de justiça, pelo fato de não assegurar a justiça das decisões. Segundo o autor, o referido instituto apenas impõe a definitividade da solução judicial: “A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, as-

decisão; 2) a coisa julgada como uma *qualidade dos efeitos da decisão*; 3) a coisa julgada como uma *situação jurídica do conteúdo da decisão*, e destaca que a coisa julgada é um efeito jurídico composto⁵⁸.

Cuidemos agora de dois fenômenos pertinentes à coisa julgada, denominados coisa julgada formal e coisa julgada material. O mestre Cândido Rangel Dinamarco salienta que não existem dois institutos distintos representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade⁵⁹.

segurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em todo nosso ordenamento. A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Savador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 408).

⁵⁸ “[...] a coisa julgada é um efeito jurídico composto consistente na prolatação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que e tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Savador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 412-416)

⁵⁹ Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes (sempre Liebman).

A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum, institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido (ainda Liebman).

Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss.).

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídica material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles. As normas e as técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso. Nesse sentido é que prestigioso doutrinador afirmou ser a coisa julgada material o direito do vencedor a obter dos órgãos jurisdicionais a observância do que tiver sido julgado (Hellwig).

Quando, porém, já não se pensa nos efeitos imunizados da sentença, mas na sentença em si mesma como ato jurídico do processo, sua imutabilidade é conceituada como coisa julgada formal. Em um momento, já não cabendo recurso algum, ela opera sua eficácia consistente em pôr fim à relação processual (art. 162, § 1º) e, a partir de então, nenhum outro juiz ou tribunal poderá introduzir naquele processo outro ato que substitua a sentença irrecorrível. Como é inerente à teoria dos recursos e está solenemente proclamado no art. 512 do Código de Processo Civil, o julgamento proferido em um recurso cassa sempre a decisão recorrida e, quando não a anula, substitui-a desde logo ainda que lhe confirme o teor (improvemento, lição corrente em doutrina: Barbosa Moreira, etc.).

A coisa julgada formal existe quando já não for possível, pelas vias recursais, cassar a sentença proferida e muito menos substituí-la por outra. Ela incide sobre sentenças de qualquer natureza, seja de mérito ou terminativa, porque não diz respeito aos efeitos substanciais, mas à própria sentença como ato do processo. A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que (a) a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los;

Tendo recorrido sobre o instituto da coisa julgada no plano infraconstitucional e sua conceituação doutrinária, cumpre-nos, abordar o tema relativo à possibilidade de flexibilização do referido instituto, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Ao iniciarmos este tópico, mister se faz registrar que a flexibilização da autoridade da coisa julgada não é matéria nova, vez que de muito o sistema processual brasileiro admite tal possibilidade pela via da ação rescisória em hipóteses expressamente catalogadas. A inovação, nesta terceira onda, é a admissão da relativização da coisa julgada para além das hipóteses nominadas e, igualmente, para além da forma consagrada pela ordem jurídica processual⁶⁰.

A doutrina, ao tratar dos instrumentos de flexibilização da coisa julgada, afirma que em nosso sistema jurídico existem cinco instrumentos predeterminados para essa destinação. São eles⁶¹:

- a) a ação rescisória;
- b) a *querella nulitatis* (art. 475-L, I, do CPC);
- c) a impugnação com base na existência de erro material;
- d) a impugnação da sentença inconstitucional (art. 475-L, § 1º e art. 741 do CPC); e
- e) a possibilidade de revisão da coisa julgada por denúncia à violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, formulada perante a Corte Interamericana de direitos Humanos.

enquanto que (b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.

Assim conceituada, a coisa julgada formal é manifestação de um fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade, que é a preclusão e daí ser ela tradicionalmente designada como *præclusio maxima*. Toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo; e a coisa julgada formal, como preclusão qualificada que é, caracteriza-se como extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado. O sistema procedimental brasileiro é muito mais preclusivo que os europeus, o que é uma decorrência das fases em que a lei distribui os atos do procedimento, sem possibilidade de repetições ou retrocessos e daí ser a rigidez do procedimento um dos mais destacados elementos caracterizadores do modelo processual infraconstitucional brasileiro.

A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas. Escuso-me pelo tom didático com que expus certos conceitos elementares referentes a esses institutos; assim fiz com a intenção de apresentar a base sistemática dos raciocínios que virão, onde porei em destaque e criticarei alguns tradicionais exageros responsáveis por uma exacerbação do valor da coisa julgada e das preclusões, a dano do indispensável equilíbrio com que devem ser tratadas as duas exigências contrastantes do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 08 jun. 2012).

⁶⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual e relativização da coisa julgada**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 437.

Aponta também a doutrina que a relativização da coisa julgada deve ocorrer como medida excepcional, limitada às situações em que os bens jurídicos envolvidos sobreponham-se à exigência de estabilização das relações jurídicas, sob pena de serem desfigurados os alicerces que orientam a Ciência Jurídica⁶².

De maneira sucinta considerando que o objetivo do presente trabalho é verificar a possibilidade de flexibilização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais destacaremos alguns pontos dos instrumentos de flexibilização da coisa julgada consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial.

3.1 A Ação Rescisória

É sabido que o meio normal de combater a sentença, antes da coisa julgada, são os recursos⁶³. Contudo, a legislação ordinária prevê a possibilidade de uma ação específica contra o instituto da coisa julgada, qual seja: a ação rescisória⁶⁴⁻⁶⁵.

O cabimento da *ação rescisória* independe de interpretação, ficando restrito à norma legal vigente. O artigo 485 do CPC estabelece taxativamente os casos cabíveis.

A legitimidade para propositura da ação rescisória: a) quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular; b) o terceiro interessado; c) o Ministério Público⁶⁶.

⁶² LONGHINOTI, Cristian Bazanella. **Da relativização da coisa julgada**: princípios norteadores e formas de relativização. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 1º jul. 2013.

⁶³ Humberto Theodoro Junior, citando Pontes de Miranda, esclarece: “O que caracteriza o recurso é ser, na lição de PONTES DE MIRANDA, uma ‘impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna’” (Tratado das Ações, IV, p. 527). Só cabem recursos, portanto, enquanto não verificado o trânsito em julgado da sentença. Operada a coisa julgada, a sentença, como dispõe o art. 467 do CPC, torna-se imutável e indiscutível. (THEODORO JUNIOR, Humberto. **A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 03 jun. 2013).

⁶⁴ Humberto Theodoro Junior enfatiza a diferença entre ação rescisória e recurso e esclarece: “Recurso, coisa julgada e ação rescisória são três institutos processuais que apresentam profundas conexões [...]. O recurso visa a evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora possa correr o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a ação rescisória, como remédio extremo, que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 03 jun. 2013).

⁶⁵ Sobre o tema, os dizeres de Fredie Didier Júnior: É uma ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva), utilizada contra a decisão de mérito transitada em julgado, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, p. ex.), quer por motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, p. ex.), quando presente uma das hipóteses taxativas consagradas no artigo 485 do Código de Processo Civil. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 249)

⁶⁶ **Art. 487 do CPC**: “Tem legitimidade para propor a ação: I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II - o terceiro juridicamente interessado; III - o Ministério Público.” (BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

O prazo para interposição é de dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença rescindenda⁶⁷. Deve o autor seguir os requisitos do art. 282⁶⁸, e a competência para propositura é do tribunal⁶⁹ que julgou originariamente a ação rescindenda.

3.2 A *querella nullitatis* (Art. 475-L, I, do CPC)

Consoante a doutrina no Direito Processual Civil brasileiro, existem duas formas em que uma decisão judicial existente pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória. A primeira, é o caso em decisão proferida em desfavor do réu, em que o processo correu à sua revelia, quer porque não fora citado, ou ainda, quer porque a citação ocorreu de maneira defeituosa. Nessas hipóteses, a decisão judicial está eivada por vícios transrescisórios⁷⁰.

De acordo com os autores, a *querella nullitatis* diferencia-se da rescisória principalmente por encontrar hipóteses de cabimento mais restritas e por ser imprescritível – não se submetendo a qualquer prazo decadencial. Trata-se de ação desconstitutiva, que pode ser manejada até mesmo depois do decurso do prazo de dois anos previstos para a ação rescisória⁷¹. Distingue-se também da ação rescisória pelo fato de ser imprescritível e a competência para julgamento é do juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é o caso da ação rescisória).

No ordenamento jurídico pátrio, a *querella nullitatis* está prevista como hipótese de cabimento de impugnação à execução de sentença (art. 475- L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como

⁶⁷ **Art. 495 do CPC:** “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” (BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

⁶⁸ **Art. 488 do CPC:** “A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa; II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. **Parágrafo único.** Não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.” (BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

⁶⁹ **Art. 494 do CPC:** “Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20.” (BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 3, p. 453-454.

⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 437.

hipótese de cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC)⁷²⁻⁷³.

Adverte Pontes de Miranda sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas aceitáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) daquelas nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo⁷⁴⁻⁷⁵.

3.3 A impugnação com base na existência de erro material

⁷² Mister se faz ressaltar a existência de entendimentos doutrinários sobre o cabimento da *querella nullitatis*. Há entendimentos que acham que a *querella nullitatis* será admitida em diversas situações; em contrapartida, alguns admitem um rol mais enxuto de possibilidades de cabimento. Porém, dentre todos estes entendimentos, uma coisa é certa e pacífica: a *querella nullitatis*, apesar de não ter previsão legal expressa, é cabível em nosso sistema jurídico. (CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de. **Querella nullitatis insanabilis (ação declaratória de inexistência de sentença) na coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11223>. Acesso em: 1º jul. 2013).

⁷³ Sobre o tema, advertem Savaris e Xavier: “A *actio nullitatis* é a ação impugnativa por excelência pela qual se buscará a declaração da inexistência jurídica da sentença. É importante observar aqui: A *querella* ou *actio nullitatis* visa impugnar a sentença inexistente, sendo, portanto, ação declaratória de inexistência jurídica e não de nulidade. Ela pode ser ajuizada a qualquer tempo pelo vencido ou pelo vencedor (que pode ter interesse em afastar a incerteza criada pela sentença inexistente), perante o juízo de primeiro grau competente originariamente para a causa objeto da sentença inexistente [...]. É importante notar que a procedência da *actio nullitatis* pode levar tanto à possibilidade da repropositura da ação como à retomada do processo que foi encerrado com uma sentença inexistente. A retomada do processo será necessária sempre quando a sentença inexistente for proferida no curso de um processo que cumpria todos os pressupostos de sua existência e que, por ter sido encerrado por meio de uma decisão inexistente, permanecerá incompleto após a declaração judicial da inexistência da sentença que lhe corresponde. Não será possível, nessas hipóteses, a direta repropositura da ação, mas o prosseguimento do feito que originariamente culminou com a sentença aparente. Por outro lado, quando todo o processo for inexistente, duas hipóteses se abrem: primeira, a *actio nullitatis* pode ser cumulada com a pretensão deduzida que deveria ter sido apreciada pela sentença do processo que não existiu; segunda, pode ser proposta novamente a mesma demanda, resolvendo-se incidentalmente a questão da inexistência da sentença anterior, caso seja invocada a coisa julgada.” (SAVARIS. José Antonio; XAVIER, Flavia da Silva. **Manual de recursos**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 368-369)

⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 6, p. 190-199.

⁷⁵ Já Gajardoni adverte sobre a existência de casos certos, em que o vício do processo em que proferida a sentença faz com que ela própria somente exista no campo formal, desprovida de qualquer conteúdo jurídico ou material. “[...] Contudo, há certos casos em que o vício do processo em que proferida a sentença faz com que ela própria somente exista no campo formal, desprovida de qualquer conteúdo jurídico ou material, verdadeiro simulacro de sentença que só na aparência assim pode ser considerada. Não tenho dúvidas que essas sentenças são aquelas proferidas em feitos em que não observados os pressupostos processuais de existência (estes considerados como requisitos mínimos para a própria constituição da relação jurídica processual, sem os quais essa não existe e, consequentemente, o fruto dela, a prestação jurisdicional veiculada na sentença, também não. São eles: a) citação; b) procedimento; c) jurisdição; d) capacidade postulatória). Desta forma, as sentenças passadas em julgado com a ausência de um ou mais desses requisitos jamais transitam em julgado, visto que são frutos de uma relação jurídica processual inexistente, o que, consequentemente, nos faz concluir que se a relação jurídica processual é inexistente, a própria sentença também o é, pois não cabe ação rescisória sobre algo que não existe. Por tal motivo, em qualquer momento processual, sem necessidade de ação própria ou através dela (“querela nullitatis” ou, ação declaratória de inexistência), essas sentenças podem ser declaradas inexistentes, deixando de produzir de imediato qualquer efeito.” (GAJARDONI Fernando da Fonseca. **Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”**. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professor/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2013)

A previsão para flexibilização da coisa julgada operada mediante a detecção de erro material encontra suporte no inciso I do artigo 463 do CPC⁷⁶.

As correções consentidas pela lei adjetiva pátria, e que podem ser realizadas a qualquer tempo, sem ofensa à coisa julgada, correspondem ao erro material sob duas modalidades: a) as inexatidões materiais; e b) os erros de cálculo⁷⁷.

Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que o erro, para ser havido como material, “deve ser identificável a partir de padrões objetivos”, e, além disso, tem “de ser possível de ser corrigido pelo *homo medius* e não pode corresponder à vontade do juiz”⁷⁸.

3.4 A impugnação da sentença inconstitucional – Art. 475-L, § 1º, e Art. 741, do CPC.

Temos verificado crescente debate acerca da “coisa julgada inconstitucional”, a saber, sentença que infere, gera, ou mesmo veicula uma afronta à Lei Maior⁷⁹.

A lei processual adjetiva pátria trata do assunto no artigo 475-L, § 1º, versando sobre a inexigibilidade de decisão judicial inconstitucional.

⁷⁶ **Art. 463 do CPC:** “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (*Redação dada pela Lei 11.232, de 2005*) I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.” (BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013).

⁷⁷ Sobre o tema, o seguinte arresto: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO SINGULAR. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. AÇÃO COLETIVA. CUNHO DECLARATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. VALOR DA CAUSA. INCIDÊNCIA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. ART. 463, I, DO CPC. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. – A teor do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, pode o relator, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente improcedente e inadmissível, como é o caso dos autos. – Em ação coletiva de cunho declaratório – inexistência de condenação –, a verba honorária deve ser calculada sobre o valor dado à causa, consoante orientação jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. – Erro material pode ser sanado a qualquer tempo, nos termos do art. 463, I, do CPC, sem implicar ofensa à coisa julgada. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. 1.223.157/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, j. em 02.08.2012, DJe 10.08.2012)

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Liquidação de sentença**. São Paulo: RT, 1977. p. 126.

⁷⁹ Neste sentido, não há como certificar a completude da coisa julgada quando esta atenta contra os princípios norteadores da Constituição da República e contra a realidade social. Assim nos ensinam Theodoro Júnior e Faria: “Em relação ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a ideia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa constitucional será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 142)

Para Thiago Alves Barbosa Rodrigues, pode ser constatada a coisa julgada inconstitucional quando da oposição entre a sentença e/ou acórdão e o texto da Constituição. Trata-se de uma questão de interpretação⁸⁰ e aplicação do Direito.

A doutrina também faz distinção do que seja coisa julgada inconstitucional típica e atípica. A coisa julgada inconstitucional típica corresponde aquela com previsão legal para o seu afastamento, ao passo que a coisa julgada inconstitucional atípica esta baseada no ideal de justiça das decisões, sendo esse o norte da teoria que visa relativizar a coisa julgada não apenas com base nas previsões legais já existentes.

No entender de Thiago Alves Barbosa Rodrigues, a coisa julgada inconstitucional típica não apresenta maiores dificuldades, visto que as possibilidades de sua ocorrência e de sua dissolução encontram previsão expressa em lei, podendo ser claramente verificadas, reduzindo os riscos de se promover uma afronta generalizada à segurança jurídica⁸¹.

A relativização da coisa julgada inconstitucional atípica, diferentemente das hipóteses previstas para a relativização da coisa julgada inconstitucional típica, para as quais o jurisdicionado vislumbra instrumentos processuais próprios e preestabelecidos, a coisa julgada inconstitucional atípica tem como fundamento a defesa do abrandamento da força vinculante e imutável emanada, em regra, da coisa julgada, a fim de promover um ideal de justiça às decisões⁸².

⁸⁰ Cabe referir o que realmente significa interpretar. De Plácido e Silva afirma que: “INTERPRETAÇÃO. Do latim *interpretatio*, do verbo interpretar e (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a tradução do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato. [...]”. (SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Forense, (4 volumes), 1963). Interpretação, pois, seja a respeito do que fôr, em seu sentido jurídico, exprime a tradução, a revelação, a determinação do pensamento ou da intenção contida em um escrito, para que se tenha a exata aplicação, originariamente desejada.

⁸¹ Os mecanismos legalmente previstos e aptos a enfrentar a coisa julgada típica são: I) as hipóteses de cabimento da ação rescisória previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil; II) embargos em sede de execução previstos no parágrafo único do artigo 741 do CPC; III) impugnação em sede de cumprimento de sentença prevista no § 1º do artigo 475-L, também do Código de Processo Civil. Os instrumentos insertos nos itens II e III poderão ser arguidos pela parte quando o título executivo judicial no qual se baseia a execução seja fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Acerca dos itens II e III. (RODRIGUES, Thiago Alves Barbosa. Coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 18-37, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76642>>. Acesso em: 03 jan. 2012)

⁸² Assim nos esclarece Daniel Amorim: “Fundamentalmente, trata-se da possibilidade de sentença de mérito transitada em julgado causar uma extrema injustiça, com ofensa clara e direta a preceitos e valores constitucionais fundamentais. Reconhecendo ser a coisa julgada material instituto processual, responsável pela tutela da segurança jurídica, sendo esse também um importante direito fundamental previsto na Constituição Federal, a doutrina que defende a sua relativização entende que a coisa julgada não pode ser um valor absoluto, que a priori e em qualquer situação se mostre mais importante do que outros valores constitucionais. A proposta é que se realize no caso concreto uma ponderação entre a manutenção da segurança jurídica e a manutenção da ofensa a direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Nesse juízo de proporcionalidade entre valores constitucionais, seria legítimo o afastamento da coisa julgada quando se mostrar no caso concreto mais benéfico à proteção do valor constitucional afrontado pela sentença protegida pela coisa julgada material.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009. p. 471)

Neste viés, a coisa julgada inconstitucional atípica é também costumeiramente denominada de coisa julgada “injusta” inconstitucional, tendo em vista seu ideal voltado à justiça das decisões jurisdicionais⁸³.

Consoante Rodrigues⁸⁴, esta espécie de flexibilização, para alguns dos defensores desta onda relativizadora da coisa julgada “injusta” ou inconstitucional atípica, penetra o campo da existência, porém deve ser suprimida. Para uma segunda subcorrente, a coisa julgada injusta nem mesmo atingiria o campo da existência, ou ainda, não seria eficaz nem válida. Salaria o autor a existência de um binômio de difícil equação, de um lado a segurança jurídica garantida pela imutabilidade das decisões que atingem a qualidade de coisa julgada, e de outro lado, a busca pela impugnação/relativização de decisões ditas injustas inconstitucionais⁸⁵.

3.5 O reexame da coisa julgada por tribunais supranacionais

Além dos instrumentos internos, é possível a existência de mecanismos externos aptos a repercutir sobre os comandos acobertados pela coisa julgada⁸⁶.

Tal possibilidade advém da participação do Brasil em dois sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos: o da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Em razão disso, podem ser apresentadas denúncias nessas Cortes de Justiça supranacionais.

Consoante o artigo 44⁸⁷ daquele Tratado, qualquer indivíduo, grupo de pessoas ou Organização Não Governamental (ONG) pode apresentar denúncia de violação a direitos

⁸³ RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. Coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 18-37, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76642>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

⁸⁴ No mesmo ensaio destaca Rodrigues: “Surge, assim, um binômio de difícil equilíbrio, especialmente em razão do elevado grau de subjetividade ligado às expressões “justo” e “injusto”, qual seja, de um lado, a segurança jurídica, de outro lado, a prolação unicamente de decisões justas.” (RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. Coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 18-37, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76642>>. Acesso em: 03 jan. 2012).

⁸⁵ RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. Coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 18-37, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76642>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.535.

⁸⁷ **Art. 44.** “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” (Disponível em:

humanos perante a comissão. Mister salientar que demandas contra Estado são possíveis apenas se o Estado acusado tiver reconhecido previamente a jurisdição da Corte, conforme o artigo 62.1⁸⁸ do mesmo diploma legal.

Assevera Didier Júnior que, em razão de o Brasil ser signatário dos referidos tratados, existe a possibilidade de relativização da coisa julgada em sede de tribunais supranacionais. Assegura o autor que, além dos remédios “internos” de revisão da coisa julgada, subsiste também um remédio “externo” consubstanciado na denúncia por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos a ser Julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁹.

In casu, a Corte pode ser chamada para analisar qualquer ato ou omissão Estatal brasileiro, seja ele do Poder Executivo, Legislativo ou do Poder Judiciário. Neste caso, as decisões judiciais, acobertadas pelo manto da coisa julgada material e que violem garantias fundamentais, podem ser objeto de um processo internacional, instaurado perante aquele tribunal, podendo ter mediato ou imediato o rejugamento (em termos incompatíveis com o julgamento interno) ou a invalidação da sentença brasileira transitada em julgado, configurando-se, assim, um instrumento típico de revisão da coisa julgada.

4. A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA COISA JULGADA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A sociedade contemporânea exige uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva. Juizados Especiais Cíveis instituídos pela Lei 9.099/95 e os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal criados pela Lei 10.259/01 introduziram, no ordenamento jurídico, uma nova concepção no que diz respeito aos meios de resolução dos litígios, orientados e informados pelos valores mais práticos, modernos e condizentes com o estágio atual da sociedade.

<http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

⁸⁸ **Art. 62.1.** *“Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”* (Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013)

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2, p. 438.

Conforme já dito, o presente estudo tem por objetivo verificar meios e apontar possibilidades para a flexibilização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a implantação dos Juizados tornou-se obrigatória por força dos artigos 98, I, e 24, X⁹⁰. Com o advento da Emenda Constitucional 22⁹¹, de 18 de março de 1999, foi introduzido o parágrafo único no artigo 98 da Constituição Federal dispondo sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Somente no ano de 2001, com o advento da Lei 10.259, de 12.07.2001⁹², com vigência em 13.01.2002, foram criados os Juizados Especiais na esfera federal, estes com competência comum e previdenciária, aptos a resolver demandas de menor complexidade e expressão financeira.

Neste ponto, em nossa compreensão, reside o grande equívoco do legislador ordinário, quando aplicou o mesmo entendimento para as causas que tramitam nos Juizados Especiais Federais com aquele aplicado na Lei 9.099/50. Registre-se que as causas que tramitam em Juizados Especiais Federais em nada se parecem com aquelas cuja jurisdição é realizada pelos ditames desse diploma. As causas que tramitam em sede de Juizados Especiais Federais possuem natureza jusfundamental, como a seguir será demonstrado.

Com efeito, os Juizados Especiais Federais efetivamente surgiram para eliminar a morosidade de um processo comum, e propiciar ao jurisdicionado um amplo acesso à justiça, por meio de procedimentos simples, céleres e de fácil acesso, mas, acima de tudo, devem estar envolvidos com a efetivação de decisões comprometidas com a verdade e a justiça, em busca de um justo processo.

No que toca aos Juizados Especiais Federais, o artigo 1º da Lei 10.259/01 expressamente determinou a aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, ou seja, a aproximação de propó-

⁹⁰ **Art. 24.** Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; **Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁹¹ Renumerado pela Emenda Constitucional 45 de 2004 - § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

⁹² BRASIL. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012)

sitos entre os diplomas legais ora em comento transporta para o âmbito federal a aplicação de todos os princípios já consagrados para os Juizados Especiais Estaduais.

Com efeito, os objetivos apontados pelos princípios constantes no artigo 2º da Lei 9.099/95, com aplicação à legislação pertinente aos Juizados Especiais Federais, notamos que a **informalidade** visa ao desapego às formas procedimentais rígidas; a **celeridade** determina que as decisões possuam efeitos práticos com brevidade; a **oralidade** compreende a observância da forma oral no tratamento, com o intuito de dar agilidade e resultados efetivos; a **simplicidade** tem como meta o trâmite processual simples, no qual o processo deve ser despido de exigências burocráticas para uma maior efetividade; a **economia processual** determina um mínimo de atividade para buscar o melhor resultado na aplicação do direito; e, a **autocomposição** intenciona que a resolução dos litígios ocorra de modo mais eficaz e rápido possível.

Podemos conferir que todos esses princípios expressos na legislação infraconstitucional possuem um só norte, qual seja: a efetivação de direitos por meio de um processo célere, eficaz, despido de burocracias, com resultados justos, breves e efetivos, características estas estabelecidas por um único princípio – o devido processo legal⁹³. Os referidos princípios, na verdade, mais do que garantir uma lide nessas condições, asseguram um acesso efetivo à justiça⁹⁴.

⁹³ “Entre os princípios constitucionais tradicionais avulta o do devido processo legal, praticamente compreensivo dos demais de natureza processual. Concebido originariamente como freio ao poder real, e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de direito. Para além dos princípios que envolvem o órgão judicial e do caráter essencial do direito fundamental de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também o direito a um juiz imparcial e a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do julgador. No fundo, o princípio do devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as partes perigam soçobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127-128)

⁹⁴ Podemos então correlacionar o princípio do acesso à justiça à efetividade do princípio da proteção judicial (CF/88, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o qual se manifesta no processo judicial. Nesse sentido é a lição de Savaris: “Nessas condições é que o princípio da proteção judicial tem sua amplitude reconhecida para assegurar, em face do Poder Judiciário, o envolvimento de seus agentes no propósito de melhor distribuir justiça, renovando as palavras de Chiovenda de que “o processo deve dar, quando for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Esse postulado da “máxima coincidência possível”, na denominação de Barbosa Moreira, traduz-se, consoante ensina Marcelo Guerra, “na necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico”, aproximando-se, deste modo, ao efeito que manifestaria o cumprimento espontâneo da obrigação, pela parte considerada devedora.” (SAVARIS José Antonio. **Direito processual prevencional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 87)

Considerando também que as lides que tramitam nos JEFs compreendem, em sua maioria, o caráter de proteção social, versando sobre previdência, assistência e saúde⁹⁵, um erro ou um equívoco por parte daquele que deve aplicar e dizer o direito não pode se perpetuar, pois assim o sendo estaria eternizando uma injustiça de natureza fundamentalmente social⁹⁶.

Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, Savaris assevera que estes constituem direitos fundamentais por excelência⁹⁷.

O problema que se apresenta hoje reside na dificuldade de se alcançar a Justiça, seja em razão da demora nas soluções das demandas, ou, ainda, na prestação de uma tutela equivocada, dada a má interpretação de seus princípios basilares⁹⁸.

A interpretação e a aplicação de princípios norteadores dos Juizados devem estar em consonância com os princípios constitucionais fundamentais do devido processo legal. Es-tando o devido processo legal relacionado com o justo processo e com o acesso à justiça,

⁹⁵ Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), na Justiça Federal, na qual tramitam processos envolvendo empresas e órgãos federais, a liderança cabe ao INSS, com 34,35% dos processos, ante 12,89% ligados à Fazenda Nacional, 12,71% da Caixa Econômica Federal, 11,51% da União e 2,01% da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21877-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>. Em sede de Juizados Especiais Federais, o INSS é o réu mais recorrente com percentual de 73% das ações, seguido pela Caixa Econômica Federal, com o percentual de 15%. (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2012/setembro/principios-norteadores-dos-juizados-sao-avaliados-em-pesquisa-do-ipea>>. Acesso em: 1º jul. 2013).

⁹⁶ Sobre a fundamentalidade dos direitos de proteção social, veja-se também: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55 e ss.; ROCHA, Daniel Machado. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110 e ss.; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade social como direito fundamental material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 161 e ss.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direito previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43.

⁹⁷ “Os direitos de proteção social têm seu núcleo, portanto, nos direitos à saúde, à assistência e à previdência social – e constituem direitos fundamentais por excelência” A ideia de proteção social é intimamente vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e de justiça social. Enquanto política social, isto é, política pública voltada para a concretização de direito social, a seguridade social tem como elemento constitutivo a igualdade material, guardando potencialidade de propiciar subsistência digna com desenvolvimento humano e social.” (SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista de Direito Previdenciário**, Conceito Editorial, v. 7, ano II, 2011, p. 17)

⁹⁸ No tocante à correta interpretação das lides de natureza social, cumpre trazer à baila a advertência de Zenildo Bodnar: “Pela análise das decisões judiciais sobre o tema, é possível constatar, em muitos casos, a falta de critérios razoáveis para a interpretação e para a aplicação da legislação previdenciária, fato este que contribui decisivamente para a falta de segurança jurídica e para a multiplicação de demandas. Alguns magistrados ‘mais sensíveis’ concedem benefícios apenas com base no ‘princípio do tadinho’. Outros, porém, sentem-se os ‘donos do cofre’ e acreditam que eventual flexibilização de alguns rigores da norma, ainda que seja para atender aquelas situações de extrema gravidade, levarão necessariamente o sistema ao colapso por falta de recursos. Há também a utilização/manipulação inadequada dos princípios da reserva do possível e da proibição de retrocesso, os quais podem servir de ‘falso fundamento’, tanto para negar quanto para reconhecer direitos previdenciários sociais. Esta falta de critérios racionais nas decisões gera insegurança jurídica e multiplicação de demandas por falsas e ilusórias expectativas criadas para a população.” (BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado Contemporâneo. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Coords.). **Curso modular de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 19)

tem como pressuposto que todas as pessoas possam se socorrer do sistema judiciário e obter uma decisão comprometida com a verdade e a justiça⁹⁹.

Considerando, também, a fundamentalidade da lide que tramita nos JEFs e a correta aplicação dos princípios dos Juizados Especiais Federais tudo associado aos princípios norteadores da Constituição da República pertinentes ao justo processo, podemos dizer que a atuação jurisdicional pode e deve se dar por meio da superação do formalismo positivista ante a problemática da interpretação da norma. *In casu*, a interpretação quanto à possibilidade de relativização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais deve ocorrer com olhos voltados às exigências de justiça ante a análise do caso concreto¹⁰⁰.

Neste sentido é o entendimento de José Antonio Savaris em belíssimo ensaio intitulado “Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo”, no qual o autor afirma que ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito¹⁰¹.

A partir desse ponto de vista, logra-se perceber quão ultrapassada é a noção de que a aplicação do direito se resume na tarefa judicial de mera reprodução ao texto legislativo. Uma decisão adequadamente justa e condizente com os ideais do Estado passa também pela cuidadosa observação da realidade dos fatos e interpretação da norma para a solução do caso-problema concreto.

⁹⁹ Neste sentido, Bonavides citando Rudolf Smend destaca que o intérprete da norma deve sempre voltar-se à realidade da vida: “O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretidade’ da existência, compreendida esta principalmente pelo que tem de espiritual, como processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.” (BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. In: GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Elena Polleti; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Orgs.). **Hermenêutica Constitucional – Homenagem a Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 265-266).

¹⁰⁰ Para solução de um litígio, é necessário um processo adequado e efetivo, capaz de lidar com o direito material. Para tanto, afirma o renomado jurista Wagner Balera: “[...] a interpretação de qualquer norma jurídica, numa relação da ordem social, deverá estar vinculada com os objetivos do bem-estar e da justiça, eis que vetores do espectro exegético. É com base em tais vetores que as normas processuais, que incidem sobre o processo civil, cujo objeto litigioso é uma relação de direito material, devem ser concretizadas.” (BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 16-17).

¹⁰¹ “[...] A superação do formalismo positivista deve-se dar, portanto, com a reabilitação metodológica do caso concreto – e suas exigências de justiça – na problemática da interpretação da norma. É necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito. [...]. Como fenômeno ético, o Direito terá sua compreensão determinada apenas diante do caso concreto, quando de sua final constituição. Por essa razão é que se fala de uma constituição equitativa da norma no caso concreto. Na perspectiva assumida neste texto, o pensamento jurídico é chamado a resolver problemas práticos (pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório). Para tanto, deve colocar ênfase nas exigências de justiça do problema concreto e orientar-se por princípios normativos e seus fundamentos axiológicos (os valores que lhe justificam).” (SAVARIS, José Antonio. **Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rfp_JAS_Coisa_Julgada_Previdenciaria.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2013)

4.1 Da inadmissão da ação rescisória nos Juizados Especiais Federais e da possibilidade de relativização da coisa julgada ao ver do entendimento doutrinário e jurisprudencial

Reza o artigo 1º da Lei 10.259/01 que, no que não conflitar, aplica-se o disposto na Lei 9.099/95. Diante do disposto no artigo 59 da Lei 9.099/95¹⁰², podemos verificar que não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por este diploma legal.

No que toca ao cabimento da ação rescisória no âmbito do procedimento federal, contudo, a Lei 10.259/01, ao instituir os Juizados Especiais Federais, foi omissa sobre o cabimento do instituto¹⁰³.

Conforme vimos no tópico anterior, a solução para alegados casos de injustiça está prevista no diploma processual civil pátrio por intermédio de meios específicos, meios estes não permitidos em se tratando de Jurisdição de Juizados Especiais. O artigo 485, VII, do CPC, informa que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Mister se faz lembrar, contudo, que estamos tratando de lides que versam sobre direitos fundamentais sociais. Em que pese a competência para julgamento dessas demandas se dê pela observância do valor da causa, a ideia de que as mesmas são causas de menor complexidade é equivocada.

É necessário termos em mente que nem sempre um pequeno valor pressupõe uma menor importância, uma menor complexidade, principalmente numa espécie de jurisdição onde estamos lidando com questões relacionadas ao bem da vida. O que está em discussão nesta espécie de jurisdição é o direito fundamental a uma subsistência digna.

Xavier e Savaris correlacionam a possibilidade de flexibilização da coisa julgada ao processo justo, e enfatizam a necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico¹⁰⁴.

¹⁰² **Art. 59.** Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

¹⁰³ Em que pese a omissão da lei sobre a aplicação da ação rescisória nos juizados federais, assim determina o Enunciado 44 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) dispondo que também não é aplicável aos JEFs nos termos do seguinte enunciado: Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais.

Frente à omissão legislativa, podemos dizer que tanto melhor seria a existência de um dispositivo regulando a possibilidade do instituto da relativização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais. Contudo, numa perspectiva neoconstitucional¹⁰⁵, numa perspectiva que reconhece a eficácia normativa aos princípios constitucionais, no caso ao direito fundamental ao processo justo, podemos afirmar que o instituto da coisa julgada pode ser flexibilizado, ocorrendo grave erro judicial.

O fato é que a ausência de dispositivo prevendo a possibilidade de flexibilização da norma não retira a eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo, o qual, ocorrendo um erro crasso, exige espaço para revisão da coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

Dentro desse contexto, a doutrina e a jurisprudência têm aceitado hipóteses de cabimento da flexibilização da coisa julgada, seja por meio da possibilidade de cabimento da ação rescisória ou, ainda, mediante a ação declaratória de inexistência.

Savaris e Xavier¹⁰⁶, entendendo ser inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, pautada na crença de ser algo absoluto, ensinam que a flexibilização pode

¹⁰⁴ “Este postulado da “máxima coincidência possível”, na denominação de Barbosa Moreira, traduz-se, consoante ensina Marcelo Guerra, “na necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico” aproximando-se, deste modo, ao efeito que manifestaria o cumprimento espontâneo da obrigação, pela parte considerada devedora. Além disso, a boa administração da justiça recomenda soluções que tornem efetivo o dispositivo constitucional inscrito no art. 5º, LXXVIII, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim, o princípio da proteção judicial (CF/88, art. 5º, XXXV e LXXVIII) manifesta-se, no processo judicial, como exigência de aceleração, de instrumentalidade e de efetividade, nele se compreendendo a necessidade de se interpretar o sistema processual de modo que, a todo tempo, se propiciem condições para uma resposta jurisdicional adequada às diferentes circunstâncias oferecidas pelo direito material e pelos dados do mundo. Em se emprestando eficácia ótima ao direito fundamental de tutela efetiva e sem se olvidar de sua necessária ponderação com valores constitucionais que eventualmente se apresentem em tensão no caso concreto, revelam-se admissíveis a flexibilização da intangibilidade da coisa julgada nos Juizados Especiais Federais e a adoção de outras providências tendentes a tornar concreta a aludida garantia constitucional. Neste sentido é que a possibilidade de invalidação ou de quebra da coisa julgada, buscando afastar nulidades absolutas e outros graves defeitos da prestação jurisdicional definitivamente entregue, se encontra intimamente ligada ao direito constitucional a um processo justo. Assumida a fundamentalidade do direito constitucional a um processo justo e que a ele se enlaça o direito de atacar pela ação rescisória uma decisão judicial – nula ou injusta – passada em julgado, impõe-se investigar em que medida é válida a restrição ao uso da ação rescisória no âmbito dos juizados especiais”. (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 335)

¹⁰⁵ Nessa esteira, é possível indicar, com Moreira, alguns pontos que, resumidamente, conformam o que chamamos de neoconstitucionalismo, a saber: “[...] i) presença invasora da Constituição; ii) maior atuação judicial; iii) revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes; iv) ênfase nos princípios e nos direitos fundamentais; v) maior presença da ponderação nas decisões judiciais; vi) reflexão do direito não apenas no âmbito de aplicação judicial, mas também afetando opções legislativas e políticas públicas [...]”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. 7ª obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008. p. 48).

¹⁰⁶ Savaris e Xavier defendem a ideia pela a possibilidade de intenação, em caráter excepcional, da formulação da relativização da coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em razão dos valores constitucionais envolvidos. Citam o entendimento de Talamini quanto aos parâmetros para a avaliação da possibilidade de flexibilização da coisa julgada: (a) a constatação prévia, inequívoca, e objetiva da possibilidade de produção de uma solução mais correta; (b) a identificação dos valores envolvidos (inclusive a boa-fé), com a consideração de seu correspondente peso no caso concreto; (c) a

ocorrer tanto no âmbito de uma nova ação que busque a desconstituição da coisa julgada ou seu reconhecimento incidental, qual seja: a ação declaratória de inexistência¹⁰⁷.

Na obra, os autores asseveram que, para a compreensão do instituto, se faz necessário esclarecer a diferença entre sentenças inexistentes e sentenças nulas, bem como apontam contornos para a identificação de um e outro instituto e apresentam seus respectivos meios de impugnação¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

A jurisprudência pátria tem aceitado a tese da relativização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais.

Em sua composição permanente, a Terceira Turma Recursal do Paraná, à unanimidade de votos, reconheceu direito de segurado da Previdência Social em propor nova deman-

comparação de benefícios e sacrifícios concretos aos valores constitucionais envolvidos, em caso de manutenção ou de quebra da coisa julgada, considerando-se inclusive as possíveis soluções parciais. E asseveram: “A consideração desses fatores conduz à absoluta excepcionalidade da quebra atípica da coisa julgada. O fato de a legislação expressar a irrecindibilidade das decisões dos juizados especiais não implica, em absoluto, que as decisões finais contra as quais não cabe mais recurso jamais poderão ser atacadas após a extinção do processo, independentemente da gravidade ou injustiça do defeito da decisão. É equivocada a ideia de que as decisões dos juizados especiais, uma vez transitadas em julgado, não podem jamais ser impugnadas. Também é infundado o pensamento de que, encerrado o processo, as sentenças chamadas inexistentes, mesmo elas, não poderiam sofrer ataques por qualquer meio.” (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 358). Ver também TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 613).

¹⁰⁷ Pelo que foi acima articulado, pode-se apresentar a seguinte conclusão diante do pensamento dominante acerca da imutabilidade absoluta das sentenças dos Juizados Especiais Federais: a vedação do manejo de ação rescisória constitui uma legítima restrição ao direito à justa proteção judicial, mas é necessário reconhecer, em caráter excepcional, a possibilidade da relativização da coisa julgada, sob pena de admitirmos, exclusivamente neste modelo de jurisdição, que a coisa julgada “faça do branco, preto, e do quadrado, redondo”, ainda que “sacrificando o insacrificável (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 361).

¹⁰⁸ No tocante às diferenças existentes, esclarecem: “Para as primeiras (sentenças inexistentes), não se fala adequadamente em relativização da coisa julgada, pois elas não passam em julgado, em razão de sua inexistência jurídica. Para as últimas, sendo incabível a via rescisória, restaria a possibilidade de relativização da coisa julgada: A distinção entre invalidade e inexistência assume especial importância no direito processual. As sentenças de mérito inválidas, como são aptas a revestir-se da coisa julgada, devem ser impugnadas pelos meios adequados: recursos e ação rescisória. Exaurida a possibilidade de emprego de tais meios – seja porque não utilizados oportunamente, seja porque usados sem sucesso – o defeito da sentença torna-se irrelevante. O grau de eficácia do pronunciamento, desse ponto em diante, só se poderá cogitar do desfazimento da sentença caso se conceba algum modo de relativização da coisa julgada. [...] A existência jurídica de um determinado ato pressupõe a presença dos elementos estabelecidos em lei para sua configuração. Como todo ato jurídico, a sentença comporta análise a partir do plano de sua existência e de sua validade (e eficácia). Tão grave é o vício – intrínseco ou extrínseco – da decisão jurídica inexistente juridicamente que, por tal razão, não tem aptidão para passar em julgado, nada havendo para desconstituir-se. A sentença inexistente (ou aparente) abre-se à impugnação, assim, por meio da ação declaratória de inexistência.” (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 363)

¹⁰⁹ Com relação aos contornos para identificação de sentença juridicamente inexistente e os meios adequados de sua impugnação, esclarecem os autores: “Pelo que foi acima articulado, pode-se apresentar a seguinte conclusão diante do pensamento dominante acerca da imutabilidade absoluta das sentenças dos Juizados Especiais Federais: a vedação do manejo de ação rescisória constitui uma legítima restrição ao direito à justa proteção judicial, mas é necessário reconhecer, em caráter excepcional, a possibilidade da relativização da coisa julgada, sob pena de admitirmos, exclusivamente neste modelo de jurisdição, que a coisa julgada ‘faça do branco, preto, e do quadrado, redondo’, ainda que ‘sacrificando o insacrificável’.” (XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 361)

da, agora com novos elementos de prova material, com vistas à obtenção da proteção social que afirma fazer jus.¹¹⁰

No mesmo norte, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a solução do denominado princípio *in dubio pro misero*, que tem sido frequentemente invocado para a solução das causas de direito social, e, em especial, nas causas de natureza previdenciária¹¹¹.

Podemos dizer que a manifestação deste princípio se dá por meio da solução adotada pela jurisprudência¹¹² e ratificada pela doutrina pátria na concessão de benefícios previden-

¹¹⁰ DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO. SENTENÇA DENEGATÓRIA DE PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COISA JULGADA. LIMITES. DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO-PRECLUSÃO. NOVO CONTEXTO PROBATÓRIO. REDISCUSSÃO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. RECURSO PROVIDO. 1. Pela eficácia normativa do devido processo legal em sua dimensão substancial, a decisão denegatória de proteção social por insuficiências de prova, por afetar o direito fundamental à subsistência digna de pessoa presumivelmente necessitada, constitui coisa julgada secundum eventum probationes. 2. A segurança jurídica, fundamento axiológico hospedado na norma constitucional da coisa julgada, não é malferido quando, em uma segunda demanda, à luz de significativa alteração do contexto probatório, o segurado da previdência social apresenta elementos novos, hábeis a demonstrar a injustiça da primeira decisão e o direito do hipossuficiente a direito fundamental de elevada relevância social e que conforma o mínimo existencial. 3. Seria desproporcional impor ao indivíduo agravado com a sentença de não proteção e que se presume hipossuficiente em termos econômicos e informacionais a sujeição perpétua aos efeitos deletérios da decisão denegatória, cuja injustiça resta manifesta. 4. A noção de “documento novo” tem sido compreendido em uma perspectiva ampla pela jurisprudência do STJ, para o efeito de rescisão de decisão judicial que recusa proteção previdenciária (AgRg no REsp. 1.215.172/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 05.03.2013, DJe 11.03.2013). 5. Deve ser anulada a sentença que extingue o processo em razão da coisa julgada sem ter em consideração que esse instituto, em tema previdenciário, se afigura dentro de uma perspectiva peculiar de segurança jurídica que consubstancia justa aderência do sistema normativo processual à especificidade do direito material e à dinâmica da realidade social. 6. Recurso da parte autora conhecido e provido. ACORDAM os Juízes da 3ª Turma Recursal do Paraná, por unanimidade, ANULAR o julgado, nos termos da fundamentação do voto do(a) Relator(a). Recurso Cível 5006812-44.2012.404.7003/PR – Rel.: José Antonio Savaris - Curitiba, 05.06.2013, data do julgamento.

¹¹¹ A aplicação e interpretação do princípio *pro misero* é tarefa realizada pela doutrina pátria. Vejamos o entender de Hélio do Valle Pereira: “O adágio *in dubio pro misero* - O aspecto mais conhecido das ações previdenciárias refere-se à convicção de que a dúvida se resolve em favor do autor (presumidamente hipossuficiente). A afirmação, notória na jurisprudência e na doutrina (e inegavelmente acertada), merece uma apreciação mais acurada. É de ser ter presente que a ação previdenciária é de cognição exauriente. A declaração presente no ato sentencial não é fundada em aparência, em plausibilidade, mas deve espelhar ato de convicção, que não admite, no futuro, revisão. Vale também nesse ponto o princípio segundo o qual a atividade probatória, mesmo que voltada, em termos teóricos, à descoberta da verdade, jamais logrará a “certeza”. O que se busca é a convicção racional, possível, factível. Dentro desse espírito, em ação previdenciária o juiz haverá de investigar, tanto quanto possível, a correspondência dos fatos descritos pelas partes com a realidade. Não há restrição apriorística a essa missão. O desiderato da ação previdenciária também é o do alcance da rigorosa comprovação dos fatos esgrimidos. A procedência ou improcedência do pedido (afastadas as questões interpretativas normativas) está condicionada à formação da convicção judicial. Vale o princípio segundo o qual ao autor compete a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito; malsucedida a tarefa, o pleito não tem êxito. É a proibição do *non liquet*, ou seja, evita-se o impasse que surgiria da pura e simples ausência de demonstração dos fatos, quando o ‘o julgador se negaria a sentenciar por não se sentir habilitado, dada a ausência de prova’. Ocorre que, particularmente no direito acidentário, ‘as dúvidas são sempre decididas *in dubio pro misero*’. Assim, por exemplo, ‘Pairando dúvidas acerca da origem da incapacidade laborativa do autor, deve-se interpretá-la em favor do hipossuficiente, a fim de assegurar-lhe o direito à percepção do benefício cabível’. Enfim, o princípio do *in dubio pro misero* deve ser compatibilizado com a ordinária missão intelectual desenvolvida pelo juiz em qualquer processo”. (PEREIRA, Hélio do Valle. **Ações previdenciárias**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17724-17725-1-PB.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹¹² PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. CERTIDÃO DE ÓBITO DO MARIDO DA AUTORA. QUALIFICAÇÃO COMO LAVRADOR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. DOCUMENTO PREEXISTENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SOLUÇÃO *PRO MISERO*. SÚMULA 149 DO STJ AFASTADA. PEDIDO PROCEDENTE. 1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de que é possível o acolhimento da ação rescisória, ante a juntada de documento novo, nas hipóteses como a dos autos, em que se pleiteia aposentadoria rural por idade, quando apresentada, além de outras provas, certidões, como a de casamento, nascimento ou óbito, em que se atesta o ofício de trabalhador rural do marido da demandante. 2. **A Ter-**

ciários ou assistenciais diversos do postulado pelo jurisdicionado quando do ajuizamento da ação¹¹³.

Por certo se levantarão vozes no sentido de alertar que tal abertura congestionará, ainda mais, o já superlotado Juizado Especial Federal, justificando a preocupação com eventual comprometimento de uma prestação jurisdicional adequada¹¹⁴. Contudo, a inadequação da estrutura da justiça não pode se transformar em álibi legitimante para se negar ao jurisdicionado a proteção jurisdicional, sob pena de estar privando o jurisdicionado do mínimo existencial¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Finalmente, podemos dizer que, ante a vedação na legislação pertinente aos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) no tocante à possibilidade de relativização da coisa julgada e a omissão na legislação pertinente ao referido instituto em sede de Juizados Especiais e Juizados Especiais Federais, pode ser contemporizada por meio da interpretação do ordenamento

ceira Seção desta Corte Superior, levando em conta as condições desiguais pelas quais passam os trabalhadores rurais, tem adotado a solução *pro misero*, entendendo irrelevante o fato de o documento apresentado ser preexistente à propositura da ação. Dessa forma, o documento juntado aos autos é hábil à rescisão do julgado com base no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, afastando-se a incidência da Súmula 149 do STJ. Precedentes. 3. Pedido julgado procedente com o restabelecimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. (AR 2.197/MS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Seção, julgado em 28.03.2012, DJe 13.04.2012).

¹¹³ Segundo Savaris: “tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo toca à correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.” (SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 70).

Sobre a segurança das decisões ante a crise processual, enfatiza Savaris: “Diante dessa interseção de trajetórias, não é surpreendente que estejamos presenciando uma explosão de demandas previdenciárias. Como consequência, em que pese toda sua singularidade, a ação previdenciária passa a ser conduzida em uma atmosfera de gerenciamento de processos em massa, no qual pode perder relevância o valor da verdade material em cada feito isoladamente considerado. É nesta atmosfera de eficiência gerencial que se sobressai a adoção de técnicas de aceleração de processo que, por vezes, imprimem celeridade em dissonância com o devido processo legal e inibem movimentação processual tendente a oferecer maior grau de segurança à decisão.” (SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108)

¹¹⁵ “[...] o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com seu conteúdo material [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 181).

¹¹⁶ Neste vértice, sustenta Savaris: “É evidente que os conhecidos problemas do Poder Judiciário não poupam a justiça previdenciária. O que se deseja referir é que, em face das peculiaridades de um processo judicial previdenciário, é possível perceber questões críticas que lhe são específicas: a) o conteúdo da demanda se reporta a um bem da vida presumivelmente indispensável para a subsistência digna do indivíduo, o que carrega uma nota de urgência e eleva a importância de uma solução justa ao processo; b) a parte autora está supostamente destituída de valores necessários à sua manutenção, presumindo-se sua hipossuficiência, o que implica dificuldades para a efetiva participação processual e também acrescenta uma nota de urgência ao processo.” (SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 123)

jurídico pautando-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para alcançarmos um ideal de ordenamento jurídico capaz de promover a pacificação social.

Neste contexto é que o presente estudo procurou repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88), na consciência de que não é legítimo perpetuar injustiças a pretexto de impedir a perpetuação de incertezas, motivo pelo qual é entendimento da atual doutrina e jurisprudência ser possível a relativização da coisa julgada em sede de Juizados Especiais Federais, com escopo no direito fundamental ao justo processo constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o presente trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de flexibilização da coisa julgada proferida em sede de Juizados Especiais Federais em razão do direito fundamental ao justo processo; considerando que a questão estrutural foi investigar, por meio da doutrina, legislação e jurisprudência, o instituto da coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais, seus limites e espaço para a sua flexibilização em decorrência do direito fundamental ao processo justo; e considerando a natureza dos direitos tutelados nesta espécie de jurisdição, podemos observar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), consubstanciados no direito fundamental ao justo processo.

Diante de tudo o que foi tratado no presente estudo, a título de considerações finais, deve-se ressaltar a necessidade de estudos relacionados à revisão da coisa julgada no âmbito dos Juizados Especiais Federais na perspectiva do direito fundamental ao processo justo, em razão da fundamentalidade das lides discutidas em sede de Juizados Especiais Federais e seus elevados percentuais de incidência, colocando-se em ênfase as exigências de justiça relacionadas ao problema concreto, orientando-se por princípios normativos e seus fundamentos axiológicos.

Neste contexto, podemos afirmar que o “justo processo” consubstancia-se em um direito fundamental, cujos valores estão relacionados ao princípio do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), este considerado não apenas como um simples acesso ao Poder Judiciário, mas relacionado à garantia constitucional de proporcionar ao cidadão uma tutela judicial eficaz. Outro valor relacionado ao processo justo constitucionalmente previsto é o princípio constitucional do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Carta da República. Neste norte, processo justo pode ser interpretado no sentido de que a sentença deve ser certa e corresponder com a verdade.

Em sendo assim, defronte a estas garantias constitucional-processuais, podemos dizer que, para a concretização de ideais de justiça, os valores atinentes ao instituto da coisa julgada podem e devem ser ponderados levando em consideração o caso concreto.

Podemos observar que os valores agregados ao instituto da coisa julgada correspondem à segurança jurídica e à pacificação social; contudo, é possível afirmar que o instituto da coisa julgada, apesar de possuir valores constitucionalmente definidos, encontra definição na legislação ordinária, qual seja, o artigo 467 do Código de Processo Civil, e o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Por essa razão, coisa julgada não deve ser entendida como absoluta de cunho constitucional, mas sim como relativa, posto que passível de modificação pelo legislador ordinário por ter matriz infraconstitucional.

Desta forma, considerando todos os valores envolvidos em um processo, em especial aqueles que têm por objetivo a tutela de direitos fundamentais sociais, se faz necessária a minimização de obstáculos antepostos à efetiva prestação jurisdicional para a concretização de um valor ainda maior, qual seja: a justiça da decisão e a efetivação de um direito fundamental.

Considerando a legislação pátria em âmbito constitucional e infraconstitucional e os contornos doutrinários dado ao tema, podemos dizer que é possível flexibilizar a coisa julgada proferida em sede de Juizados Especiais Federais?

Em que pese a lei que disciplina os Juizados Especiais Federais ser omissa com relação à possibilidade de flexibilização da coisa julgada, é possível sustentar a existência de um espaço para a quebra da coisa julgada nos Juizados Especiais Federais, especialmente porque

estamos tratando de jurisdição de direito fundamental. *In casu*, quando está evidente o equívoco da justiça da decisão, devemos buscar e privilegiar decisões justas, decisões que correspondam com a verdade.

Precisamos de uma construção da coisa julgada, com base constitucional, podemos dizer que o valor “segurança” não é absoluto, bem como podemos afirmar que não teremos pacificação social com uma decisão equivocada, por isso ligamos a possibilidade de flexibilização da coisa julgada ao direito fundamental ao justo processo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1999.

BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado Contemporâneo. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Coords.). **Curso modular de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. In: GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Elena Polleti; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Orgs.). **Hermenêutica Constitucional – Homenagem a Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BRASIL. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. STJ. RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 29.04.1997, Primeira Turma, DJ de 12.09.1997. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>.

BRASIL. STJ. RE 158.655, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. em 20.08.1996, DJ 02.05.1997 PP-16567 Ement vol-01867-01 pp-00171).

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed. 9 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de. **Querella nullitatis insanabilis (ação declaratória de inexistência de sentença) na coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11223>. Acesso em: 1º jul. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 1º jul. 2013.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direito previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Savador: JusPodivm, 2009. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

FUX, Luiz et al. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAJARDONI Fernando da Fonseca. **Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”**. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2013.

GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Elena Polleti; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Orgs.). **Hermenêutica Constitucional – Homenagem a Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto167.rtf>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

LONGHINOTI, Cristian Bazanella. **Da relativização da coisa julgada**: princípios norteadores e formas de relativização. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 1º jul. 2013.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 6.

MITIDIERO, Daniel. Processo Justo Colaboração e Ônus da Prova. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, **Lex Magister**, ano 78, n. 1 jan./mar. 2012.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. 7ª obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

MORELLO, Augusto Mario. **El proceso justo**: de la teoría del débito proceso legal al acceso real a la jurisdicción. Studi in onore di Vittorio Denti. Padova: Cedam, 1994. v. 1.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável de processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Constituição e processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Ações previdenciárias**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17724-17725-1-PB.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual e relativização da coisa julgada**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

ROCHA, Daniel Machado. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. Coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 18-37, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76642>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988***. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). ***Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. ***Curso de direito constitucional***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVARIS José Antonio. ***Direito processual previdenciário***. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SAVARIS, José Antonio. ***Coisa julgada previdenciária como concretização do direito constitucional a um processo justo***. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_JAS_Coisa_Julgada_Previdenciaria.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

SAVARIS, José Antonio. ***Direito processual previdenciário***. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SAVARIS, José Antonio. ***Direito processual previdenciário***. Curitiba: Juruá, 2011.

SAVARIS, José Antonio. ***Direito processual previdenciário***. Curitiba: Juruá, 2008.

SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. ***Revista de Direito Previdenciário***, Florianópolis, Conceito, v. 7, jan. 2011.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. ***Direitos fundamentais: proteção e restrições***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. ***Seguridade social como direito fundamental material***. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, De Plácido. ***Vocabulário jurídico***. 1ª ed. São Paulo: Forense, (4 volumes), 1963.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. ***A coisa julgada constitucional***. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. ***Revista da Ajuris***, Porto Alegre, ano XXVI, n. 81, t. I, mar. 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Coisa julgada - Sentença condenatória - fixação da data de início da correção monetária - erro material - Arguição em embargos à execução**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (Rechtd) Unisinos**, jan./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela jurisdicional da seguridade social. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao045/paulo_vaz.html>. Acesso em: 29 set. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Liquidação de sentença**. São Paulo: RT, 1977.

XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS José Antonio. **Manual dos recursos nos juizados especiais federais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação rescisória em matéria constitucional**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 1º maio 2013.

A PROVA NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL NA BUSCA DA CIDADANIA PREVIDENCIÁRIA

Jane Lucia Wilhelm Berwanger¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A seguridade social é, sem dúvida, uma das mais importantes políticas de cidadania e inclusão social vigente no país. As mulheres passaram a ser tratadas em condição de igualdade com a evolução legislativa, inclusive com garantias próprias de especificidades que mereçam tratamento diferenciado. Os indígenas tiveram acesso aos benefícios do sistema previdenciário. Ainda em 2000, os homossexuais passaram a ter tratamento igualitário na previdência social, mais especificamente no caso de pensão por morte.

Nenhum benefício prescinde um rito processual, inicialmente (em regra) na via administrativa e, se necessário, na instância judicial. Para se chegar ao direito é preciso, geralmente, produzir prova, ou valorar a prova pré-constituída. Trata-se sempre de um benefício concedido no âmbito da Administração Pública, devendo, por isso, merecer toda cautela.

O processo, enquanto sucessão de procedimentos, só existe porque oportuniza às partes produzir provas para levar à conclusão sobre o problema posto no litígio. É nele que são apresentados os elementos e argumentos para que o juiz possa decidir sobre quem tem razão e em que medida.

É inegável que a implantação dos Juizados Especiais Federais trouxe uma nova dinâmica ao Direito Previdenciário. Recente pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) informa que milhões de processos foram julgados nos JEFs, desde o seu surgimento, há dez anos. Apenas no primeiro ano de funcionamento dos Juizados, o

¹ Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI/Santo Ângelo, RS, e do curso de graduação na mesma instituição. Advogada. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Autora de várias obras de Direito Previdenciário, entre as quais “Segurado Especial – Para além da Sobrevivência Individual” e Previdência Rural – Inclusão Social, ambos pela Editora Juruá.

número de processos aumento 2,6 vezes. Atualmente, a quantidade de ajuizamentos é de cerca de 1,2 milhão por ano.²

Pretendemos trabalhar, neste texto, a importância e as espécies de prova, no âmbito previdenciário, especificamente nos Juizados Especiais Federais, respondendo ao questionamento: a produção da prova atinge a finalidade de levar a efeito esta tão importante política de cidadania que é a seguridade social? Fico muito honrada em poder contribuir, humildemente, com esta importante obra sobre os Juizados Especiais Federais.

1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO

Novamente nos reportamos à pesquisa sobre os 10 anos dos Juizados Especiais Federais, para referir que em 73,1% dos processos tem o INSS no polo passivo. Mas, não se pode tratar o processo como mais um. Por detrás de cada processo há uma vida, um direito básico, muitas vezes a sobrevivência. Isso significa dizer que se está tratando de bens elementares da vida das pessoas, de caráter alimentar, razão que já seria o bastante para fazer predominar a qualidade sobre a celeridade, sempre. Deve o direito ser bem investigado, aprofundado, sob pena de perder-se a função de fazer Justiça e prestar-se apenas a fazer número.

O direito de acesso à jurisdição vem sendo exercido pelos que se sentem lesados quantos aos benefícios que buscam junto à previdência social. É por onde se começa, ou seja, antes de mais nada, ao cidadão deve se garantir o direito de ação. Essa é a vontade expressa na Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não há como falar em direito a uma prestação previdenciária sem falar na possibilidade de levar o indeferimento ou cessação do benefício à apreciação da Justiça. Se, por um lado, é verdade que o INSS concede muitos benefícios, por outro, também ocorrem muitos

² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Série Pesquisas do CEJ: Acesso à Justiça Federal: Dez Anos de Juizados Especiais.** Disponível em < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>>. Acesso em 29. Mar. 2013.

indeferimentos e cessações injustos, ilegais, até mesmo contrários à normatização. Não é incomum encontrarmos decisões administrativas totalmente contrárias à Instrução Normativa do INSS. Ou seja, grande parte das ações judiciais seria desnecessária se a Autarquia cumprisse as normas internas.

O aumento significativo do ajuizamento de ações previdenciárias é, sim, resultado do maior acesso, da celeridade dos Juizados. Todavia, se o INSS não indeferisse indevidamente – tanto é indevido que o Judiciário determina a concessão – milhares de benefícios, não haveria lesão ou ameaça à Direito a ser submetida ao Judiciário. Basta verificar os dados informados pelo próprio Ministério da Previdência Social: “Em dezembro de 2012 foram concedidos 338,7 mil benefícios, no valor total de R\$ 311,4 milhões. Em relação ao mês anterior, a quantidade de benefícios concedidos diminuiu 18,24% e o valor de benefícios concedidos caiu em 17,42%.” Ainda que se considere alguma margem de diferença com relação aos benefícios requeridos e despachados no mês, os dados chamam a atenção. Será que o INSS, desde a implantação dos Juizados, está transferindo decisões ao Poder Judiciário?

De qualquer forma, isso demonstra que o acesso ao Poder Judiciário, para milhares de pessoas, é essencial para que se possa falar em efetividade das prestações previdenciárias. Pamplona resume:

... desde que o Estado chamou a si o poder de dirimir conflitos, deve ser assegurado a todos o direito de ir até ele apresentar sua demanda e, principalmente, vê-la resolvida, tanto no plano processual, quanto no plano material. Se assim não ocorrer, estará negado o direito de ver seu litígio resolvido.³

Mas, o direito de ação não se restringe ao ajuizamento da ação. Ao sujeito do processo, deve-se garantir efetiva participação, na produção de provas, nas alegações, para levar ao convencimento do juiz.⁴ Trataremos no próximo item do devido processo legal, como instrumento inerente ao direito de ação.

³ PAMPLONA, Daniele Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004. P. 90.

⁴ RAMBO, Franciele Machado. Os direitos e garantias fundamentais à luz do direito processual civil. *IN*: BOFF, Salete Oro; KERBER, Gilberto. **Processo Civil no Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2012. P. 59-70.

2. COMO TORNAR EFETIVO O DIREITO DE AÇÃO?

Não é suficiente permitir que o sujeito que se considera lesado possa buscar a tutela jurisdicional. Esta deve também se dar de forma que os procedimentos respeitem princípios como a igualdade processual, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Marinoni esclarece que, hodiernamente, já não basta o direito de ação, enquanto possibilidade de ajuizamento:

O direito de ação, como direito fundamental, deve ser devidamente protegido pelo legislador infraconstitucional, seja através de prestações viabilizadoras do acesso, seja mediante prestações normativas instituidoras de técnicas processuais adequadas.

[...]

O direito de ação não pode ser limitado ao direito de pedir a resolução do mérito. O direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial e a ação, assim, não é simplesmente proposta, conforme se poderia pensar a partir de uma leitura rápida do art. 263 do CPC.⁵

As partes do processo devem ter garantida ampla possibilidade de produção dos atos necessários à comprovação de suas alegações e tentar influir sobre o convencimento do juiz. A ação é, conforme Marinoni, exercida através do procedimento adequado. Não se pode tratar o processo como um fim, mas um meio (com diversos procedimentos) para chegar ao resultado, que é o julgamento e cumprimento das decisões.

A razoável duração do processo é uma das garantias constitucionais dos cidadãos quando buscam a jurisdição. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. E o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz. A Lei 9.099/95, que se aplica subsidiariamente aos Juizados Especiais Federais, relaciona os princípios que devem nortear as ações que tramitam nos JEFs:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.⁶

Não podemos descuidar que a Lei 9.099/95 foi instituída para tratar de crimes de menor potencial ofensivo e de ações cíveis de valor menor e não para ações previdenciárias,

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito Fundamental de Ação**. Disponível em < <http://pt.scribd.com/doc/52893547/O-DIREITO-DE-ACAO-NA-CONSTITUICAO-BRASILEIRA> > Acesso em 29. Mar. 2013.

⁶ BRASIL. **Lei 9.099, de 26.09.1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm > Acesso em 29. Mar. 2013.

que buscam tutelar o direito fundamental à prestação do Estado, quando da ocorrência de contingências sociais, reconhecidas como relevantes pelo ordenamento jurídico.

Deve-se adotar procedimentos com vistas à informalidade, economia processual e celeridade, mas desde que não comprometam o direito fundamental à prova do direito material sob litígio. Não fosse assim, os princípios não atenderiam a finalidade maior que é garantir a plena tutela jurisdicional, já que o processo não deve ser um fim em si mesmo.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O conhecimento dos fatos é fundamental para a correta aplicação do Direito. A função de toda atividade jurisdicional é conhecer a verdade. O juiz conhece os fatos e sobre eles aplica a norma correspondente. Distingue-se a verdade substancial da verdade formal, admitindo naquela a intervenção do juiz no sentido de produzir provas, o que competiria, inicialmente, às partes, dando, agora, ares de instrumento público ao processo. Já a verdade formal é a verdade segundo os autos, ou seja, o juiz considera verdade aquilo que foi reconstruído, uma vez decorrida a fase instrutória da ação.⁷

Marinoni e Arenhart entendem como ingênua a ideia de que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato sem acrescentar alguma dose de subjetividade.

Exige-se que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes, onde cada qual entende estar com a 'verdadeira' verdade e, portanto, com a razão.⁸

Portanova defende que há três ordens de motivação para a sentença: a probatória, a pessoal e a ideológica. A primeira é a relação do juiz com as provas produzidas nos autos. São pessoais as interferências psicológicas, sociais, culturais, os valores, sentimento de Justiça, percepção da função, ideologia, intelectualização, afetos, ódios, rancores, convicções, fanatismos, predileções, etc.⁹ O autor cita pelo menos três ideologias que resistem ao tempo e influenciam o juiz: capitalismo, machismo e racismo. Esclarece Portanova:

A ideologia de que falamos não é má-fé, é um conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de condutas. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático ori-

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30-31.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 38.

⁹ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 15-16.

enta, coordena e governa atos, decisões e atividades. [...] Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilo, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bem-senso, tradição.¹⁰

Em vez de obter a verdade, o juiz consegue apenas chegar à verossimilhança dos fatos, pois, além dos elementos já citados por Portanova, do próprio juiz, ele está sujeito à versão tendenciosa das partes, à subjetividade das testemunhas que presenciaram o evento, que pode não corresponder àquilo que realmente ocorreu. Assim, conforme Marinoni e Arenhart, sobre a atividade do juiz:

O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção de que esse é o ponto mais próximo da verdade que poder atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo.¹¹

É no procedimento que se constrói (e não descobre) a verdade, em colaboração das partes, apresentando sua versão e, a partir do diálogo, se chega a uma verdade possível, que guiará a aplicação da lei ao caso concreto. É a interferência entre os sujeitos que leva ao conhecimento (ou elaboração) dos fatos. A legitimidade da decisão decorre, assim, da forma e garantias que permeiam o procedimento, ou seja, por meio das alegações e comprovações, em suma, do contraditório. Marinoni e Arenhart sustentam que:

a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante de sua impugnação por outro sujeito do diálogo. É por essa razão que somente os fatos (*rectius*, as afirmações de fatos) controvertidos são objeto de prova; as afirmações de fato sobre as quais não se levanta (por nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida são incontroversas e, portanto, estão fora da investigação processual...¹²

Dessa forma, os autores definem a prova, em direito processual, como sendo:

... todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.¹³

Há, todavia, situações em que o juiz vai além das proposições apresentadas pelas partes no processo. É o caso em que considera, na decisão, elementos que não foram invocados em momento algum pelos interessados.

Nesse sentido, importa diferenciar o princípio dispositivo do princípio inquisitivo.

Segundo o princípio dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha

¹⁰ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 17.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 59.

sido postulada pelas partes. [...]Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e o obriga a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeiras.¹⁴

Pelo princípio dispositivo, são as partes que determinam e fixam o objeto do processo. A esse princípio, contrapõe o princípio inquisitivo, segundo o qual o juiz tem o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda.

Com tal tipo de atividade desempenhada pelo juiz, no campo probatório, o princípio dispositivo atenuou-se bastante. O ônus da parte em provar suas alegações continua a existir, mas os poderes do juiz na disposição do material probatório foram aumentados.

No direito brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o princípio dispositivo, como regra fundamental, porém, também se outorga ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória. Essa autonomia é, todavia, limitada, pois dificilmente teria o julgador condições de manter-se imparcial, se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória. Conforme Barbieri:

....na medida em que o magistrado abandonasse a condição de neutralidade que a função jurisdicional pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja prova a parte se haja desinteressado, certamente ele poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção.¹⁵

Quando o juiz usar da faculdade de produzir provas de ofício, em nome da busca da verdade, deverá oportunizar às partes que se pronunciem sobre a sua oportunidade, a participação na produção e o resultado. Significa dizer, que as partes não devem ficar alheias à produção da prova de ofício.

No Direito Penal corresponde ao princípio inquisitivo o sistema inquisitório, que, conforme Streck está ligado ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto), que se concretiza através da produção de prova *ex officio* e de princípios como o do livre convencimento do juiz. Já o sistema acusatório (princípio dispositivo) é o modo pelo qual a aplicação

¹⁴ BARBIERI, Mauricio Lindenmeyer. **O Princípio Dispositivo em Sentido Formal e Material**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260>. Acesso em 16. Jan. 2012.

¹⁵ BARBIERI, Mauricio Lindenmeyer. **O Princípio Dispositivo em Sentido Formal e Material**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260>. Acesso em 16. Jan. 2012.

igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal, em que o poder persecutório do Estado é exercido de um modo limitado e equalizado.¹⁶

Streck sustenta que se fossem tomadas seriamente cláusulas constitucionais como o princípio do contraditório, já haveria condições de evoluir no processo jurisdicional democrático.

Falo em compreender o contraditório como garantia de comparticipação e debate, assegurando a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantindo que nas decisões, não apareçam fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual.¹⁷

O autor ressalta, porém, que mais importante do que saber quem produziu a prova, é impedir que o juiz a examine sem que a tenha apresentado aos demais sujeitos do processo e sem que leve em consideração os argumentos relevantes por eles apresentados e que, ao final, não decida apenas pelo seu livre convencimento. O caminho processual defendido por Streck é:

- a) os sujeitos processuais tem o direito de ver seus argumentos considerados;
- b) esse direito exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas e;
- c) o dever de conferir atenção aos direitos das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento, mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.¹⁸

Se, como diz Streck, em nome do processo democrático, o juiz não deve descuidar do contraditório, oportunizando constantemente que as partes se manifestem sobre as provas dos autos, não importando quem as tenha produzido, não há que se confundir a produção de prova, com a produção de alegações. A legislação processual não autoriza o juiz a introduzir alegações sem que tenham sido objeto de discussão nos autos, tampouco pode inovar em aspectos controversos. Quando, por exemplo, em se tratando de ação previdenciária de concessão de benefício por incapacidade, a qualidade de segurado foi incontroversa na via administrativa e não foi invocada pelo INSS na contestação, não cabe ao juiz fazê-lo, pois

¹⁶ STRECK, Lenio. O Livre Convencimento e a sua Incompatibilidade com o Dever de *Accountability* Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. IN: LEITE, George Salomão [et. al] **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011. p. 625-659.

¹⁷ STRECK, Lenio. O Livre Convencimento e a sua Incompatibilidade com o Dever de *Accountability* Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. IN: LEITE, George Salomão [et. al] **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011.

¹⁸ STRECK, Lenio. O Livre Convencimento e a sua Incompatibilidade com o Dever de *Accountability* Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. IN: LEITE, George Salomão [et. al] **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011.

não estaria apenas produzindo prova, mas inserindo controvérsia não invocada pelas partes, o que descaracteriza a imparcialidade ou caracteriza a *parcialidade negativa*.

Nesse aspecto, a doutrina propõe uma nova leitura da imparcialidade do juiz, sob o enfoque do constitucionalismo social, o que não significa lançar a decisão judicial ao crivo subjetivo do magistrado, mas romper a postura inerte idealista de que o juiz está “fora” da sociedade, alheio aos fatos que o cercam. Nesse sentido, Artur César Souza:

Sendo um homem de seu tempo, o magistrado deve levantar a venda que o liberalismo burguês do século XVIII lhe colocou sobre os olhos para reconhecer as diferenças das pessoas (humanização do processo) que se encontram no âmbito da relação jurídica processual, suprindo essas diferenças com os instrumentos que a própria Constituição Federal lhe confere no transcurso de sua atividade jurisdicional.¹⁹

O autor trata dos conceitos de parcialidade negativa e positiva. É negativa, quando a conduta tendenciosa for motivada pela amizade, interesse pessoal, gratidão, ódio ou qualquer outro fator de âmbito subjetivo. É positiva, quando o magistrado leva em consideração, no desenvolvimento da relação jurídica processual, aspectos instrumentais fundamentais para o atingimento dos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade mais justa, igualitária, erradicando a pobreza e as desigualdades.²⁰

A parcialidade positiva, todavia, como já referimos apoiados em Streck, não implica nem no desrespeito ao contraditório, tampouco na ausência ou insuficiência de fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, reiteramos, com o autor, que ocorre, inclusive nas decisões de segundo grau:

... se vê, cotidianamente, acórdãos insuficientemente fundamentados, nos quais os argumentos da defesa e do Ministério Público são tergiversados e/ou ignorados, como se o Poder Judiciário conseguisse atingir a resposta final “atalhando” a argumentação que se firmou na esfera pública do processo.²¹

No mesmo andar, Ferrajoli sustenta que, hodiernamente, o principal fundamento da legitimação da independência do Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo:

¹⁹ SOUZA, Artur César. A Parcialidade Positiva do Juiz (Justiça Parcial) como Critério de Realização – no Processo Jurisdicional – das Promessas do Constitucionalismo Social. *IN*: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social** – Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 329-361.

²⁰ SOUZA, Artur César. A Parcialidade Positiva do Juiz (Justiça Parcial) como Critério de Realização – no Processo Jurisdicional – das Promessas do Constitucionalismo Social. *IN*: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social** – Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 352-353.

²¹ STRECK, Lenio. O Livre Convencimento e a sua Incompatibilidade com o Dever de *Accountability* Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. *IN*: LEITE, George Salomão [et. al] **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011. p. 647.

... o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer título com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes.²²

No Direito Previdenciário, por vezes, sobressaem na decisão judicial, elementos que não foram invocados por nenhuma das partes, o que demonstra que o juiz está indo além do seu papel, embora, por não configurar nenhum interesse pessoal ou obscuro, também está longe de se configurar em parcialidade positiva. E é mais comum encontrarmos essa postura, de produzir alegações novas, jamais discutidas no processo pelas partes, em favor da Autarquia previdenciária e não em favor dos segurados, estes geralmente hipossuficientes, inclusive processualmente, já que o INSS tem fácil acesso a dados e sistemas de difícil pesquisa pelos autores das ações previdenciárias.

Se é verdade que a prova pertence ao juiz, também é verdade que ela se refere àquilo que foi proposto para julgamento e não a outros elementos estranhos aos limites da lide, assim colocados pelas partes.

Ao falarmos de prova no Direito Previdenciário, é necessário analisar mais dois aspectos atinentes à prova: o ônus de produzi-la e as presunções. Passamos a analisar o ônus da prova.

4. ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova encontra-se estabelecida no Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.²³

Essa regra se destina às partes e também ao juiz, que, em caso de dúvida, fará a parte, a qual cabia provar o fato, suportar a consequência de não tê-lo feito. Mas, ainda que não produzida a prova, poderá o juiz se convencer dos fatos alegados. Assim:

²² FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. *IN*: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

²³ BRASIL. **Lei 5.869, de 11.01.1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 16. Jan. 2012

Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto.²⁴

No mesmo sentido, Pacífico observa que tanto no processo em que predomina a ampla investigação probatória do juiz como no modelo dispositivo, já abordado, existe a possibilidade de o juiz defrontar com uma situação de incerteza quanto aos fatos sob análise na demanda. Em qualquer caso, seja qual a estrutura do processo, deverá o juiz julgar segundo a regra de julgamento baseado no ônus da prova.²⁵

Ainda, para Marinoni e Arenhart, o ônus da prova não está ligado ao resultado favorável, mas ao convencimento do juiz, sobre o fato que está sendo provado.²⁶

Reportando-nos novamente ao disposto no Código de Processo Civil, que distribui a prova conforme sejam os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, é necessário distinguir essas espécies. Para Chiovenda, constitutivos são os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos (ex.: empréstimo, testamento, matrimônio). Impeditivo é quando a falta daquele fato que normalmente concorre com o constitutivo, que impede a este de produzir seus efeitos. Já extintivos, são os que fazem cessar uma vontade concreta da lei e a consequente expectativa de um bem, como, por exemplo, o pagamento. Os modificativos pressupõem válida a constituição do direito, mas buscam alterá-lo.²⁷

Didaticamente, para relacionar todas as espécies, Marinoni e Arenhart exemplificam:

Se o autor pede o pagamento da dívida e o réu alega que foi parcelada, somente pode ser exigida em parte, o fato é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo; se o réu afirma a exceção de contrato não cumprido, o fato é impeditivo.²⁸

Geralmente, como em outros ramos do Direito, a predominância na produção da prova cabe ao autor da ação. Quando se trata de benefícios previdenciários, não é diferente. É o segurado que junta elementos que indicam a incapacidade, que demonstram a condição de dependente, que comprovam a atividade rural, etc. Trata-se dos fatos constitutivos do direito, que o CPC incumbiu ao autor comprovar, nos termos do art. 333.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 175.

²⁵ PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 177.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 183.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 450-452.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 181.

Mas quando o segurado apresenta documento para comprovar o seu direito como, por exemplo, certidão de casamento que caracteriza a condição de cônjuge, cabe ao INSS comprovar que o segurado estava separado de fato, o que nos termos do § 2º do art. 76 da Lei n. 8.213/91 lhe tira a condição de dependente, o que representa, assim, um fato impeditivo.

Por fim, é dever do INSS, nos termos da lei processual civil, comprovar fato extintivo do direito do autor, como, em se tratando de produtor rural, o fato de ter mais de quatro módulos fiscais, o que o desenquadra da condição de segurado especial. O direito à aposentadoria ou a outro benefício se extingue porque ele não preenche um dos requisitos do benefício.

A contraprova (prova de fato impeditivo, extintivo ou modificativo) deve ser feita pelo INSS nas situações em que o segurado tem a prova do exercício da atividade como, por exemplo, quando consta vínculo empregatício registrado na CTPS.

Assim, abordado o tema do ônus da prova, passaremos a analisar as presunções legais, absolutas e relativas.

5. PRESUNÇÕES

A prova começa a ser produzida no âmbito administrativo, onde são concedidos milhares de benefícios. A Autarquia Previdenciária não pode, ao de desincumbir da tarefa de analisar o direito, criar obstáculos, impor condições não previstas em lei. Conforme esclarecem Balera e Raeffray:

Importante ressaltar que o não-cumprimento de um dos requisitos legais para a concessão do benefício ou serviço não afasta o dever do servidor de instruir o processo com relação aos demais.²⁹

Isso é fundamental para que se fixe os pontos controvertidos. Assim, sobre os fatos incontroversos, já não se deverá produzir provas, nos autos do processo judicial. Não se está querendo tirar o poder de prova do juiz, pelo contrário, defendemos a ampla produção de provas, de modo que esta se sobreponha à celeridade e informalidade do processo. O fato

²⁹ BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coord.). **Processo Previdenciário**. Teoria e Prática. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 77.

de envolver agente público, todavia, não transfere ao juiz tamanha responsabilidade que a retire da própria Autarquia, quanto à delimitação da causa.

O Código de Processo Civil admite o mais amplo conjunto probatório:

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Afasta-se, apenas, a possibilidade de produção de provas ilícitas, que são rechaçadas pelo nosso ordenamento jurídico.

O CPC relaciona situações que não dependem de prova:

Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

No Direito Previdenciário, poderíamos exemplificar como fato notório, a informalidade das relações no campo, tema já abordado, apontada pelo IBGE sempre que se realiza o Censo, bem como nas pesquisas por amostragem.

Fatos afirmados por uma parte e confessados por outra são, por exemplo, as contribuições constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais relativos a vínculos, remunerações e contribuições que, a teor do art. 19 do Decreto n. 3048/99, valem como prova de filiação à previdência social, tempo de contribuição e salários de contribuição.

Os fatos já comprovados no processo administrativo-previdenciário e reconhecidos pelo INSS devem ser considerados incontroversos. Daí nossa crítica em relação à exigência de apresentação de documentos com relação a aspectos não questionados. É o caso em que o benefício foi indeferido por ausência da incapacidade para o trabalho, sem que o INSS tivesse questionado a qualidade de segurado, mas em juízo se faz a instrução desse requisito novamente, por iniciativa do juiz. Esse fato, incontroverso pelas partes, não deveria ensejar produção de prova. Mas, se o juiz resolver, na falta de pronunciamento do INSS, analisar requisito para o benefício não invocado, deverá, no nosso entendimento, fazê-lo de modo a permitir a manifestação do segurado sobre esse critério e sobre a respectiva prova.

Fato em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade é, por exemplo, é a data de nascimento, registrada na respectiva certidão.

A presunção decorre do raciocínio lógico da prova de fato secundário, não ligado à causa, mas que, ainda assim, é hábil para levar à conclusão sobre fato que interessa para o processo. A partir dos indícios, pode ser chegar a determinada conclusão.

As presunções, no Direito, classificam-se em *jure et jure* e *juris tantum*. No primeiro caso, não admitem prova em contrário. Já, no segundo, são relativas, valem enquanto seu conteúdo *probandi* não for destruído. As presunções não são provas, mas o resultado do raciocínio da análise da prova.

Quando uma presunção pode colaborar para demonstrar o fato direto, pode ser somada a outra, para chegar à procedência ou improcedência, porém, não é necessária mais de uma presunção.³⁰

A presunção pode ocorrer no processo, na atividade jurisdicional, decorrente da valoração do juiz, mas também, pode ser feita pelo próprio legislador. Marinoni e Arenhart referem, aqui, o ônus da prova, do qual uma das partes não se desincumbiu:

Nesse caso, de presunção relativa, a ausência de prova na condução apenas a um resultado desfavorável ao onerado, mas sim a uma determinada consequência jurídica preestabelecida pela regra que fixou a própria presunção relativa.³¹

Quando se trata da presunção absoluta, o raciocínio presuntivo é apenas uma explicação da existência da figura, daquela prova. Não há valoração lógica. Esclarecem Marinoni e Arenhart que “a presunção se extrai totalmente da razão da sua existência, e a lógica que subsidiou a sua previsão deixa de ter qualquer relevância em juízo”.³²

Uma vez apresentada a certidão de casamento, conclui-se, pelo menos em princípio, que a mulher é dependente do marido e vice-versa. Porém, a separação de fato é condição impeditiva da configuração de dependente, necessária para habilitação à pensão por morte, nos termos do artigo 76 da Lei n. 8.213/91. Assim, uma vez comprovado que apesar de ainda não ter sido desfeita a união através do divórcio, o casal já não vivia junto, ou seja, que já

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

não havia dependência, não será devido o benefício ao cônjuge. Esse é um caso de presunção relativa.

Na mesma linha, encontramos diversas provas indiciárias da atividade rural como, por exemplo, a certidão de casamento do marido em que consta a profissão dele como agricultor e é considerada como início da prova para a esposa. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL EXTENSÍVEL À ESPOSA. PROVA MATERIAL. DESNECESSIDADE DE SER CONTEMPORÂNEA A TODO O PERÍODO DE CARÊNCIA. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA LEI N. 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009. INOVAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. A par da dificuldade para a comprovação documental pelos demais membros do grupo familiar, a autora apresentou a certidão de casamento em que consta a qualificação de seu cônjuge como lavrador, tida pela jurisprudência desta Casa como início de prova material extensível à esposa.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que não é necessário que a prova material seja contemporânea a todo o período de carência, e que a comprovação da atividade rural se dá com o início de prova material, ampliada por prova testemunhal.

3. Descabe suscitar a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, somente em sede de agravo regimental, pois não é permitida a inovação de argumentos neste momento recursal.

4. Agravo regimental improvido.³³

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ERRO DE FATO. DECLARAÇÕES DE PARTICULARES. CERTIDÕES EMITIDAS PELO INCRA. DOCUMENTO NOVO. CERTIDÃO DE CASAMENTO. SOLUÇÃO PRO MISERO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.

1. O erro de fato a autorizar a procedência da ação, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil e orientando-se pela solução pro misero, consiste no reconhecimento da desconsideração de prova constante dos autos. Precedentes.

2. As declarações assinadas por particulares, na condição de empregador do trabalho rural, equiparam-se a depoimentos reduzidos a termo, não servindo, portanto, de prova documental.

3. Não havendo nenhuma irregularidade aparente ou tampouco alegação de falsidade, pelo INSS, quanto às certidões que atestam que o cônjuge da autora vivia e produzia em um pequeno módulo rural, tais documentos servem de início suficiente de prova documental, sobretudo porque sobre eles pesa a presunção de veracidade do ato administrativo.

4. A certidão de casamento juntada a título de "documento novo", que atesta a condição de lavrador do cônjuge da segurada, constitui início razoável de prova documental, para fins de comprovação de tempo de serviço. Deve se ter em mente que a condição de rurícola da mulher funciona como extensão da qualidade de segurado especial do marido. Se o marido desempenhava trabalho no meio rural, em regime de economia domiciliar, há a presunção de

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1252928/MT**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 17. Jan. 2012.

que a mulher também o fez, em razão das características da atividade - trabalho em família, em prol de sua subsistência.

5. Diante da prova testemunhal favorável e não pairando mais discussões de que há início suficiente de prova material a corroborar o trabalho como rural, a autora se classifica como segurada especial, protegida pela lei de benefícios da previdência social - art. 11, inciso VII, da Lei 8.213/91 6. Ação rescisória julgada procedente.³⁴

(grifos nossos)

Verificamos, nas decisões acima, casos de presunção relativa, porque a prova é complementada, podendo ser refutada pelos depoimentos testemunhais.

Já há outros casos em que, no Direito Previdenciário, a presunção é absoluta. Por exemplo, a Lei n. 8.213/91, no artigo 16, inciso I prevê que:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

(grifo nosso)

Assim, aquele que for declarado judicialmente – pela Justiça Estadual, a quem compete fazê-lo – absoluta ou relativamente incapaz é considerado inválido para fins previdenciários, não cabendo prova em contrário. Trata-se, portanto, de presunção absoluta de dependência, decorrente da própria lei.

6. A PROVA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

No caso de revisões de benefícios previdenciários, em que a matéria sob análise é de direito, uma vez o juiz tendo chegado a uma conclusão sobre o mérito, aplicará esse entendimento a milhares de processos. Nessas ações, o segurado já está recebendo o benefício previdenciário, ou seja, trata-se de situação menos grave do que daquele que ainda busca a concessão ou restabelecimento do benefício. Isso não retira a obrigatoriedade de uma análise criteriosa do Direito, como deve ser comum em qualquer processo judicial.

Mas, quando se trata de buscar alguma prestação previdenciária, o direito depende da comprovação de fatos: o fato da incapacidade, o fato da atividade urbana ou rural, o fato da união estável, etc. Alguns são de mais fácil comprovação, como aqueles cujas informa-

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AR 2.544/MS**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 17. Jan. 2012.

ções já constam no CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais). Outros, como a incapacidade, são bem mais complexos, porque dependem de avaliação técnica individualizada. A atividade rural também comporta possibilidades distintas de comprovação e interpretação.

Assim, a prova toma grande importância. No mesmo sentido, manifesta-se Savaris:

... a atribuição de um direito previdenciário pressupõe laboriosa tarefa de exame de fatos, bastando referir que a imensa maioria das ações e que se pretende a concessão de uma prestação previdenciária veicula discussão de natureza fática: a incapacidade para o trabalho, a preexistência da incapacidade para o trabalho, o agravamento da lesão incapacitante, o tempo do início da incapacidade, sua persistência, sua cessação. [...] O tempo de contribuição, o efetivo exercício de uma atividade abrangida pela Previdência Social...³⁵

Como se observa, portanto, o Direito Previdenciário reclama a produção de prova constantemente. Negar essa ampla possibilidade, quer seja no âmbito administrativo ou na via judicial, é negar o próprio direito. Entendemos que o direito amplo à produção da prova, quando se trata de benefício previdenciário, pelo seu caráter alimentar, não pode sucumbir em nome da celeridade.

Como nos ensinam Serau Jr. e Donoso:

... a informalidade e simplicidade dos atos processuais – antes destinadas a combater as mazelas do formalismo excessivo – tornou-se, com o passar do tempo e, sobretudo, com a interpretação que lhe vem sendo atribuída pela jurisprudência e práticas processuais dos Juizados, uma verdadeira *precarização* do processo e das prerrogativas processuais.³⁶

Se a celeridade era um grande motivador da implantação dos Juizados, praticamente a qualquer custo, passados 10 anos temos procedimentos mais simplificados, mas sem a rapidez que se esperava. Ou seja, os processos tramitam, em média, quase dois anos, conforme pesquisa do IPEA, já citado no texto.

Para Omar Chamon, juiz atuante nos JEFs, a celeridade se traduz, por exemplo, na desnecessidade de dar ciência às partes do parecer da contadoria, porquanto pode ser questionado na via recursal, na utilização do meio eletrônico para citação, no julgamento de procedência ou improcedência em ações repetitivas (como nas revisões), na ausência do recur-

³⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 221-222.

³⁶ SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. **Os Juizados Especiais Federais e a retórica do acesso à Justiça**. IN: SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2012. P. 21-32.

so adesivo³⁷. Mas, o autor não refere a redução da instrução probatória como forma de celeridade.

Reiteramos que o processo não pode ser um fim em si mesmo. Só é possível atingir os mais relevantes objetivos do Estado brasileiro (dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho) se for permitido ao cidadão buscar e provar amplamente seu direito. Traduzindo em exemplos, deve ser autorizada, se necessário, uma segunda (ou terceira) perícia médica, para esclarecer sobre a incapacidade; deve ser deferida a oitiva de mais uma testemunha, se as ouvidas não esclareceram, a contento, os fatos; deve se permitida a juntada de provas da atividade especial, pois geralmente o segurado tem dificuldade de acessá-las, pois estão em poder das empresas. Esses são alguns exemplos que demonstram que entre a celeridade e o direito em si, não deveria se privilegiar o fim do processo, mas este como um meio de fazer Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da implantação dos Juizados Especiais Federais fica cristalina com as estatísticas de ajuizamento de ações nessa via. Da mesma forma, a ampliação da judicialização das causas previdenciárias resta demonstrada com a constatação de que mais de 70% (setenta por cento) das ações que tramitam nos JEFs são previdenciárias. O direito de ação vem sendo melhor atendido desde a Lei 10.250/01, se compreendido apenas como o direito de petição inicial, de levar o conflito à apreciação do Poder Judiciário.

Porém, assusta a quantidade de processos, colocando o magistrado na posição de administrador de milhares de procedimentos e, atordoado, se vê pressionado a acelerar, para concluir e reduzir o estoque. Os juízes tornam-se escravos das metas, cada vez mais rígidas, em contraponto ao aumento do número de processos, ou seja, são vítimas desse sistema, da falta de estrutura. Mas, o número não deve impressionar de tal modo que, em nome de reduzi-lo, atrole-se o direito em si, à prestação previdenciária, à produção da prova das condições para o benefício. Por detrás de cada processo, em especial de concen-

³⁷ CHAMON, Omar. **Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais**. SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2012. P. 195-205.

são e restabelecimento, há uma vida, alguém que poderá passar fome, quando a falta de prova pode ter levado a uma conclusão equivocada. Poderá haver mais vidas, inclusive, pois é sabido que a remuneração de um trabalhador ou uma trabalhadora sustenta a família e, sendo assim, a ausência do benefício pode implicar na dificuldade de sobrevivências de vários.

Assim, clama-se por não colocar o número acima do ser humano, por não privilegiar a celeridade a qualquer custo, ao custo da sobrevivência dos segurados. Se assim se pautar, na condução do processo, deverá, por vezes, o juiz deferir a produção de provas com maior amplitude, se compararmos com nossa realidade atual. Deverá evitar produzir, de ofício, provas sobre fatos já superados e incontroversos na via administrativa, especialmente sem oportunizar que a parte se manifeste sobre esse elemento até então estranho à lide.

Concluimos salientando que o direito à prova é tão importante quanto o direito de ação, porque sem (ou reduzida) possibilidade de provar os fatos que ensejam a concessão do benefício, de nada adianta possibilitar o ajuizamento. É fazer de conta que se promove a Justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coord.). **Processo Previdenciário. Teoria e Prática**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

BARBIERI, Mauricio Lindenmeyer. **O Princípio Dispositivo em Sentido Formal e Material**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5260>. Acesso em 16. Jan. 2012.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11.01.1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 16. Jan. 2012

BRASIL. **Lei 9.099, de 26.09.1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm > Acesso em 29. Mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1252928/MT**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 17. Jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AR 2.544/MS**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 17. Jan. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. *IN*: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Série Pesquisas do CEJ**: Acesso à Justiça Federal: Dez Anos de Juizados Especiais. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>>. Acesso em 29. Mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito Fundamental de Ação**. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/52893547/O-DIREITO-DE-ACAO-NA-CONSTITUICAO-BRASILEIRA>> Acesso em 29. Mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. Ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAMPLONA, Daniele Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAMBO, Franciele Machado. Os direitos e garantias fundamentais à luz do direito processual civil. *IN*: BOFF, Salete Oro; KERBER, Gilberto. **Processo Civil no Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2012. P. 59-70.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Artur César. A Parcialidade Positiva do Juiz (Justiça Parcial) como Critério de Realização – no Processo Jurisdicional – das Promessas do Constitucionalismo Social. *IN*: VAZ, Paulo

Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social** – Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 329-361.

SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. **Os Juizados Especiais Federais e a retórica do acesso à Justiça**. *IN*: SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. (Coord.) Curitiba: Juruá, 2012. P. 21-32.

STRECK, Lenio. O Livre Convencimento e a sua Incompatibilidade com o Dever de *Accountability* Hermenêutica: O Sistema Acusatório e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal. *IN*: LEITE, George Salomão [et. al] **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2011. p. 625-659.