

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NOS JUIZADOS
ESPECIAIS FEDERAIS PARA A CONSECUÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

KAIRA CRISTINA DA SILVA

Itajaí-SC, julho 2017.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NOS JUIZADOS
ESPECIAIS FEDERAIS PARA A CONSECUÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

KAIRA CRISTINA DA SILVA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Zenildo Bodnar

Itajaí-SC, julho 2017.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sei que tudo que conquistei em minha vida foi em decorrência dos planos Dele. Por isso sigo firme na minha fé.

À minha família, por ser o suporte da minha existência, e o motivo pelo qual eu sigo acreditando que sou capaz de alcançar meus sonhos, em especial aos meus avós Vandelino, Erotides e Angela, a minha irmã Pamella, ao meu pai Erico, aos meus tios Roberta e Zenildo e aos meus primos Victor e Caroline, estes dois últimos por me proporcionarem momentos que preenchem meu coração de alegria.

À minha amiga Francielly, por estar presente em minha caminhada há uma longa data.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Zenildo Bodnar, por contribuir com tamanho conhecimento nessa jornada acadêmica, desde a graduação até o Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, e ser para um exemplo de esforço e dedicação.

Ao Prof. Dr, Paulo Márcio Cruz e à todos os integrantes da Equipe PPCJ que fizeram parte da minha rotina durante esses dois anos de mestrado, contribuindo com seus conhecimentos e suas lutas diárias, tornando-se amigos que pretendo levar para vida toda.

Às minhas amigas, Aline, Camila, Paola e Yasmine, com as quais compartilhei momentos importantes da minha vida neste período acadêmico.

DEDICATÓRIA

À minha mãe (*in memoriam*), pois tenho a convicção de que se aqui estivesse presente, muito orgulho teria das minhas escolhas.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

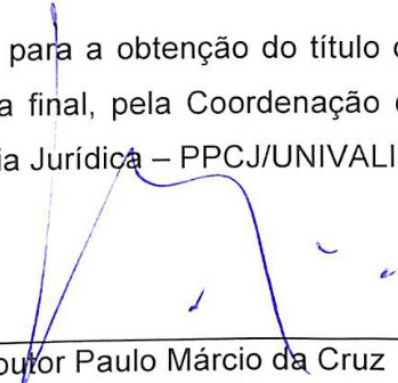
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho 2017.

Kaira Cristina da Silva

Mestrando(a)

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

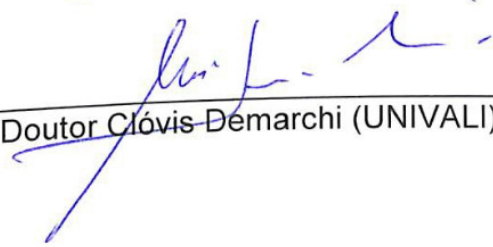
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Zenildo Bodnar (UNIVALI) – Presidente



Doutor Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED-RS) – Membro



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 29 de julho de 2017

ROL DE CATEGORIAS

Acesso à Justiça: o *direito de Acesso à Justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são dados elementares desse direito: 1) o *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; 2) *direito de Acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; 3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; 4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características*¹.

Direito ao Processo Justo: “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional (Art. 5º, LIV, CF). É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”².

Direitos Fundamentais: “Em primeiro lugar os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma **pretensão moral justificada**. Os direitos fundamentais devem ser uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana - seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana - seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade”³.

Direitos Fundamentais Sociais: “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos

¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 135.

² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 92.

³ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 198.

que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade”⁴.

Efetividade do processo: “Efetividade do processo, portanto, resumidamente, seria o encontro do resultado devido ao autor, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforços possíveis”⁵.

Estratégias Processuais: As Estratégias Processuais incluem todos os mecanismos, técnicas, métodos, utilizados na interpretação e aplicação do direito, a fim de garantir a efetividade do processo.

Juizados Especiais Federais: sistema de justiça introduzido no Brasil por ordem constitucional, e regulamentado pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, com o objetivo de promover o efetivo Acesso à Justiça, dotado de estratégias processuais garantidoras da efetividade do processo, e da concretização do direito material postulado.

Jurisdição Democrática: “O termo jurisdição democrática está ligado com o compromisso do poder judiciário em solucionar adequadamente os novos conflitos de ordem nitidamente sociais que chegam aos fóruns. São demandas que exprimem as tensões existentes na sociedade moderna, e que demandam julgamentos com viés nitidamente político e social”⁶.

Método Processual Pragmático: “[...] método para orientar a produção do direito, em todos os seus níveis, em especial no âmbito do processo judicial e dos meios de solução de disputas”. Este método deve produzir “um direito preocupado com suas repercussões práticas, que não se limite à sua coerência lógico-racional, que seja um antídoto para o formalismo”⁷.

Pessoas Vulneráveis: Para os fins desta pesquisa, são consideradas pessoas vulneráveis apenas aquelas que por algum motivo fisiológico, psicológico, cultural,

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286-287.

⁵ RAMOS, Guillermo Federico. A efetividade do processo e a execução por quantia certa. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 23, fev. 2005. p. 16.

⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo; LANGER, Octaviano. Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais em um estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 05 abr. 2016. p. 983.

⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 73.

social ou econômico, estejam em situação de vulnerabilidade, e necessitem da efetiva, tempestiva e adequada tutela jurisdicional de um direito fundamental social para a garantia do bem da vida e da dignidade humana.

Pragmatismo: “O pragmatismo se tornou atraente no direito, na medida em que se compromete em contornar o caminho espinhoso dos bens inarticulados em direção a interpretações jurídicas mais adaptáveis à estrutura social e econômica da nossa sociedade”⁸.

Pragmatismo jurídico: Duguit⁹ expressa uma forma de sistematização do pragmatismo jurídico, na qual “o pragmatismo serve como um método de “controle de realidade” das doutrinas e teorias jurídicas e políticas”¹⁰, pois segundo ele *“la realidad existirá, y los conceptos serán verdaderos para el pragmatismo sólo si tienen una eficacia en sus consecuencias – pues el valor de las ideas depende de su eficacia moral y social”*.

Processo Justo: é o processo que, moldado pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, promove a tutela jurisdicional de forma efetiva, adequada e tempestiva.

Tutela Jurisdicional: “A tutela jurisdicional corresponde à efetiva proteção do direito material, ou seja, na proteção de quem tem razão”¹¹.

Sistema: “Todo conjunto ordenado de técnicas, normas e conceitos que venha a constituir-se num modelo”¹².

⁸ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis:** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação. Mestrado em Direito. Departamento de Filosofia e Teoria Geral da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 25.

⁹ DUGUIT, L. **El pragmatismo jurídico.** p. 73-74.

¹⁰ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático.** p. 77.

¹¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. p. 113.

¹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000. p. 88.

SUMÁRIO

ROL DE CATEGORIAS	7
RESUMO	12
RESUMEN.....	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1.....	22
A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DEVER DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE CONCRETIZÁ-LOS SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	22
1.1 A noção de Direitos Fundamentais segundo Gregório Peces-Barba.....	23
1.1.1 O conceito e o fundamento dos Direitos Fundamentais: uma visão integral e seus critérios.....	24
1.1.2 Os Direitos Fundamentais como um conceito histórico	26
1.1.3 As linhas de evolução dos Direitos Fundamentais.....	28
1.2 O ESTADO E SEU DEVER DE GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE	31
1.3 CONCEPÇÕES SOBRE A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
1.4 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: em que contexto democrático é possível desenvolver os Direitos Fundamentais Sociais? .	38
1.5 PÓS-POSITIVISMO SUBSTANCIALISTA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: origem da preocupação com a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais através da tutela jurisdicional	43
1.6 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	46
CAPÍTULO 2.....	51
COMPREENDENDO OS INFLUXOS DO PRAGMATISMO, DA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COMO REFERENCIAIS PARA O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO E A OBTENÇÃO DO PROCESSO JUSTO.....	51
2.1 A DIALÉTICA CONCEITUAL DO TERMO PRAGMATISMO	52
2.1.2 O pragmatismo cotidiano de Posner: uma visão do termo pragmatismo baseada na ideia de democracia de elites.....	53
2.1.3 Aspectos gerais da dicotomia entre o pragmatismo filosófico e jurídico	60
2.2 A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA PARA A CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	68
2.3 A CONFORMAÇÃO DE UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	75
CAPITULO 3.....	81

O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DAS PESSOAS VULNERÁVEIS	81
3.1 O DEVER DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	82
3.2 O PROCESSO JUSTO COMO CONDIÇÃO PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: por uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.....	85
3.2.1 Considerações iniciais sobre o direito fundamental ao processo justo: conceito e fundamentos jurídicos	86
3.2.2 Apontamentos acerca do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva..	92
3.3 A PROPOSTA DE UM MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NA VISÃO DE ATAÍDE JUNIOR: a possibilidade de contribuição para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada	95
3.3.1 A operacionalidade do método processual pragmático em razão da dinamicidade do processo judicial: contributo ao pós-positivismo substancialista	95
3.3.1.1 A noção de “soluções processuais”	98
3.3.1.2 A prestação jurisdicional como fonte metodológica sistêmica	99
3.3.1.3 Caracterização e diretrizes do Método Processual Pragmático	101
3.4 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DAS PESSOAS VULNERÁVEIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: o método processual pragmático como contributo para a consecução de um processo justo.....	104
3.4.1 Fundamentos pragmáticos da criação dos Juizados Especiais Federais....	104
3.4.2 Finalidade do sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais: a garantia do efetivo Acesso à Justiça	108
3.4.3 Os princípios orientadores da Tutela Jurisdicional nos Juizados Especiais Federais como condicionantes do Método Processual Pragmático.....	110
3.4.4 Estratégias processuais pragmáticas disponíveis no sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais: contribuições para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada dos Direitos Fundamentais Sociais.....	113
3.5 A CONTRIBUIÇÃO DO MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	147

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto a Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, sob a perspectiva do Método Processual Pragmático. Está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, e seu objetivo geral é analisar a contribuição do Método Processual Pragmático para a consecução do Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, através da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. A pesquisa se perfaz em: a) entender a importância da proteção dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis mediante o dever do Estado Constitucional de concretizá-los, sob a perspectiva do Acesso à Justiça; b) compreender os influxos da filosofia pragmática, da Jurisdição Democrática, e do Modelo Constitucional de Processo como referenciais para a consecução do Método Processual Pragmático, e o alcance do Processo Justo; c) analisar a contribuição do Método Processual Pragmático para a garantia do Acesso à Justiça e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais nos Juizados Especiais Federais. De acordo com o desenvolvimento da pesquisa, é possível concluir que o Método Processual Pragmático tem como principal objetivo a consecução de um Processo Justo, através da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, destacando a operacionalidade como grande diferencial para a garantia da efetividade do processo. Além disso, verificou-se que o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais é pragmático, e por este motivo dispõe de estratégias processuais que viabilizam o efetivo Acesso à Justiça e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis de acordo com a real necessidade apresentada no caso concreto. Desta forma, assegura-se que no Estado Constitucional, o Direito passa a ser instrumento de emancipação social, e desta forma não se admite que o formalismo excessivo prejudique o alcance do direito material a ser tutelado através do processo judicial, em especial quando se trata de direitos fundamentais sociais. Para a realização desta pesquisa utilizou-se o Método Indutivo. Foram acionadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais. Pessoas Vulneráveis. Método Processual Pragmático. Processo Justo. Acesso à Justiça.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto la Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Sociales de las Personas Vulnerables en el sistema de justicia de los Juzgados Especiales Federales, bajo la perspectiva del Método Procesal Pragmático. Pertenece a la línea de investigación Derecho y Jurisdicción, y su objetivo general es analizar la contribución del Método Procesal Pragmático para la consecución del Acceso a la Justicia y la efectividad de los Derechos Fundamentales Sociales, a través de la tutela jurisdiccional efectiva, tempestiva y adecuada. La investigación se desdobra en: a) entender la importancia de la protección de los Derechos Fundamentales Sociales de las Personas Vulnerables mediante el deber del Estado Constitucional de concretizarlos, bajo la perspectiva del Acceso a la Justicia; b) comprender los influjos de la filosofía pragmática, de la Jurisdicción Democrática, y del Modelo Constitucional de Proceso como referenciales para la consecución del Método Procesal Pragmático, y el alcance del Proceso Justo; c) analizar la contribución del Método Procesal Pragmático para la garantía del Acceso a la Justicia y la concreción de los Derechos Fundamentales Sociales en los Juzgados Especiales Federales. De acuerdo con el desarrollo de la investigación, es posible concluir que el Método Procesal Pragmático tiene como principal objetivo la consecución de un Proceso Justo, a través de la tutela jurisdiccional efectiva, tempestiva y adecuada, destacando el funcionamiento como grande diferencial para la garantía de la efectividad del proceso. Además, se verificó que el sistema de justicia de los Juzgados Especiales Federales es pragmático, y por este motivo dispone de estrategias procesales que viabilizan el efectivo Acceso a la Justicia y a la concreción de los Derechos Fundamentales Sociales de las Personas Vulnerables de acuerdo con la real necesidad presentada en el caso concreto. De esta forma, se asegura que en el Estado Constitucional, el Derecho pase a ser instrumento de emancipación social, y de esta forma no se admite que el formalismo excesivo perjudique el alcance del derecho material a ser tutelado a través del proceso judicial, en especial cuando se trata de derechos fundamentales sociales. Para la realización de esta investigación se utilizó el Método Inductivo. Fueron accionadas las técnicas del Referente, de la Categoría, del Concepto Operacional y de la Investigación Bibliográfica.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales Sociales. Personas Vulnerables. Método Procesal Pragmático. Proceso Justo. Acceso a la Justicia.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como **objeto**¹³ a Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, sob a perspectiva do Método Processual Pragmático.

O **objetivo institucional**¹⁴ da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu **objetivo científico** é entender a importância dos Direitos Fundamentais Sociais e o dever do Estado Constitucional de concretizá-los. Em seguida, compreender os influxos do pragmatismo, da Jurisdição Democrática e do Modelo Constitucional de Processo, para a consecução do Método Processual Pragmático e a obtenção do Processo Justo. A partir dessas premissas, analisar a contribuição do Método Processual Pragmático nos Juizados Especiais Federais para a consecução do Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

O **objetivo geral** é analisar a contribuição do Método Processual Pragmático para a consecução do Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, através da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Os **objetivos específicos**¹⁵ consistem em: a) entender a importância da proteção dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis mediante o dever do Estado Constitucional de concretizá-los, sob a perspectiva do Acesso à Justiça; b) compreender os influxos da filosofia pragmática, da Jurisdição Democrática, e do Modelo Constitucional de Processo como referenciais para a consecução do Método Processual Pragmático, e o alcance do Processo Justo; c) analisar a contribuição do Método Processual Pragmático para a garantia do Acesso à Justiça e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais nos Juizados Especiais Federais.

¹³ “[...] é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 170.

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 161.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 162.

A delimitação do Tema proposto para a presente Pesquisa¹⁶ ocorre através da análise do Referente¹⁷, qual seja: A consecução do Acesso à Justiça e dos Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis nos Juizados Especiais Federais: a contribuição do Método Processual Pragmático para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

O Tema se desenvolve na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e o respectivo reconhecimento dos direitos fundamentais, tornou-se essencial uma revisão de todo o sistema de justiça antes estabelecido.

O Estado Constitucional assumiu o compromisso de concretizar direitos fundamentais sociais capazes de promover um patamar digno de vida às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade. Diante desta aliança para com os cidadãos, expressamente prevista no texto constitucional, especialmente em seu artigo 6º, é que o Estado se dispôs a materializar direitos fundamentais sociais, e além disso, oferecer meios de garantia desses direitos¹⁸.

O processo judicial, como instrumento para o alcance da tutela dos direitos, também necessita ser revisitado, eis que diante de sua dinamicidade, deve acompanhar as transformações sociais, e ser hábil para produzir um resultado prático no mundo dos fatos. De nada adianta um meio que não seja idôneo para o alcance de sua finalidade.

Devido às constantes transformações no seio social, as quais apresentam consequentemente novos conflitos sociais, evidencia-se que muitas vezes a lei não acompanha tais modificações.

¹⁶ “[...] atividade investigatória, conduzida conforme padrões metodológicos, buscando a obtenção da cultura geral ou específica de uma determinada área, e na qual são vivenciadas cinco fases: Decisão; Investigação; Tratamento dos Dados Colhidos; Relatório; e, Avaliação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 77.

¹⁷ “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 62.

¹⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 23 ju. 2017.

Portanto, o emprego de estratégias processuais adequadas para a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto se faz imprescindível, pois é através do processo judicial que os cidadãos poderão de forma democrática, obter respostas às suas demandas. Os direitos fundamentais, como núcleo inviolável da Constituição e condição de possibilidade para a dignidade humana, não podem ser suprimidos diante de tais problemas.

É nesse contexto que reside o problema de pesquisa da presente Dissertação, qual seja: **a)** De que forma o Método Processual Pragmático pode contribuir para o Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais? **b)** o Método Processual dos Juizados Especiais Federais é Pragmático?

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) O Método Processual Pragmático tem como objetivo principal garantir a efetividade do processo como instrumento para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, com fundamento nos direitos e garantias fundamentais. Isto quer dizer, que de acordo com o Método Processual Pragmático o processo dever ser justo.

b) O sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais é pragmático, pela simplicidade e celeridade que visa contribuir para o efetivo Acesso à Justiça, e consequentemente assegurar os Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis. Portanto, é dotado de estratégias processuais que viabilizam a prestação da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, sob o título “A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DEVER DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE CONCRETIZÁ-LOS SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA”, tratando-se da noção de Direitos Fundamentais segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Gregório Peces-barba Martínez, principalmente para se compreender o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais sociais conforme as linhas de evolução traçadas pelo jusfilósofo espanhol, a fim de demonstrar a sua função de proteção das

Pessoas Vulneráveis. Trata-se também da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, para se obter a possibilidade de tutela do direito através de um processo justo.

Destaca-se o dever do Estado de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, devido ao seu objetivo de promover a igualdade material. Trata-se, ainda, da democracia constitucional para fins de esclarecer em qual contexto democrático é possível desenvolver os Direitos Fundamentais.

Aborda-se, ainda que de forma superficial, a dicotomia entre o pós-positivismo procedimentalista e o pós-positivismo substancialista, para fins de demonstrar a origem da preocupação com a concretização material dos Direitos Fundamentais Sociais por intermédio da tutela jurisdicional. Encerra-se o primeiro capítulo realizando uma correlação entre o direito de Acesso à Justiça e a sua importância na tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais.

O Capítulo 2, intitulado “COMPREENDENDO OS INFLUXOS DO PRAGMATISMO, DA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COMO REFERENCIAIS PARA O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO E A OBTENÇÃO DO PROCESSO JUSTO”, trata dos influxos da filosofia pragmática, da Jurisdição Democrática e do Modelo Constitucional de Processo como referenciais para a consecução do Método Processual Pragmático, e o alcance do Processo Justo.

Isto para que se possa analisar posteriormente um método processual capaz de conferir às pessoas vulneráveis a tutela jurisdicional de seus Direitos Fundamentais Sociais, sob a perspectiva do acesso à justiça. Para tal desiderato, apresenta-se inicialmente um panorama geral sobre a definição do termo pragmatismo. Trata-se da dialética conceitual do termo, eis que contaminado por versões depreciativas. Descreve-se, ainda que superficialmente, sobre a visão pragmática de Richard Posner, o qual foi precursor da teoria do pragmatismo cotidiano baseada na ideia de democracia de elites¹⁹.

Identifica-se em seguida as principais características do pragmatismo filosófico e do pragmatismo jurídico, a fim de compreender os influxos da filosofia

¹⁹ Desde já esclarece-se que não é esta a visão de democracia aplicável para os fins da presente pesquisa, porém alerta-se que a adjudicação pragmática de Posner contribui para a proposta do Método Processual Pragmático.

pragmática sobre a formação de um novo método processual e a obtenção de um Processo Justo. Destaca-se que para atingir o objetivo desta Dissertação, que consiste, em síntese, em estabelecer um método processual para a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada dos Direitos Fundamentais Sociais, adota-se o pragmatismo clássico, de cunho filosófico.

Depreende-se a função da jurisdição democrática, como forma de demonstrar a importância da atuação da jurisdição baseada no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, fato este que permite que as decisões jurisdicionais em um Estado Democrático de Direito sejam construídas com a devida observância dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição.

Por fim, trata-se da conformação de um Modelo Constitucional de Processo, não mais visto como mero instrumento de aplicação do direito ao caso concreto, mas como efetivo instrumento para a concretização dos Direitos Fundamentais, desenvolvido em contraditório. Desta forma, todos os envolvidos na relação processual contribuem para a construção das decisões com base nos Direitos Fundamentais preestabelecidos na Constituição. Evidencia-se o papel da participação, e consequentemente do exercício da cidadania. Destaca-se, o conceito e o fundamento do Modelo Constitucional de Processo à luz do constitucionalismo contemporâneo.

O Capítulo 3 dedica-se a analisar “O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DAS PESSOAS VULNERÁVEIS”.

Busca-se identificar, através da análise do sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, estratégias processuais que viabilizem a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, considerando que no Estado Constitucional o processo em todos os seus aspectos deve ser um processo justo, hábil a tutelar o direito material almejado. Para tanto, trata-se inicialmente do dever de atuação do Poder Judiciário para a consecução do Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

Em um segundo momento, trata-se da caracterização do Direito Fundamental ao Processo Justo. Aborda-se, em um terceiro ponto, a proposta do método

processual pragmático, com o objetivo de verificar a possibilidade de contribuição para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Por fim, trata-se da tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis nos Juizados Especiais Federais, sob a perspectiva do método processual pragmático. Nesta esteira, analisa-se de que forma o método processual pragmático pode contribuir para a tutela efetiva, tempestiva e adequada destes direitos, e quais as estratégias processuais pragmáticas para a consecução do acesso à justiça nos Juizados Especiais Federais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Método Processual Pragmático no sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais e a Tutela Jurisdicional Efetiva, Tempestiva e Adequada, dos Direitos Fundamentais Sociais.

Quanto à Metodologia²⁰ empregada, registra-se que na fase de Investigação será utilizado o Método Indutivo²¹; na fase de Tratamento dos Dados será o Método Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, o Relatório da Pesquisa é composto na base lógica indutiva.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

Nas diversas fases da pesquisa serão utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria²², do Conceito Operacional²³, e da Pesquisa Bibliográfica²⁴.

²⁰ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 69.

²¹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 87.

²² Nas palavras de Pasold “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 36.

²³ Segundo Pasold “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra ou expressão com o desejo de que tal definição seja aceita para efeitos das ideias que expomos”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 54.

²⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215.

CAPÍTULO 1

A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DEVER DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE CONCRETIZÁ-LOS SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste primeiro capítulo, pretende-se compreender a importância dos Direitos Fundamentais Sociais e o dever do Estado Constitucional de concretizá-los sob a perspectiva do Acesso à Justiça.

Para tanto, descreve-se o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Gregório Peces-barba Martínez, principalmente para se compreender suas origens, até se chegar aos Direitos Fundamentais Sociais, demonstrando a sua função de proteção das Pessoas Vulneráveis. Trata-se ainda, da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, para se obter a possibilidade de tutela do direito através de um processo justo.

Destaca-se o dever do Estado de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, devido ao seu objetivo de promover a igualdade, sendo esta não somente em seu sentido formal, como já se garantia através dos direitos civis e políticos, mas também em seu sentido material, para alçar as pessoas vulneráveis a um patamar de igualdade social e econômica.

Esta análise se faz pertinente para que seja demonstrada a importância da garantia dos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente em tempos de globalização, nos quais a lógica econômica tem influenciado constantemente as decisões políticas, não só em âmbito estatal, mas também a nível transnacional, o que prejudica a proteção e defesa destes direitos.

Trata-se, ainda, da democracia constitucional para fins de esclarecer em qual contexto democrático é possível desenvolver os Direitos Fundamentais.

Aborda-se, ainda que de forma superficial, a dicotomia entre o pós-positivismo procedimentalista e o pós-positivismo substancialista, para fins de demonstrar a origem da preocupação com a concretização material dos Direitos Fundamentais Sociais por intermédio da tutela jurisdicional.

Encerra-se o primeiro capítulo realizando uma correlação entre o direito de Acesso à Justiça e a sua importância na tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais.

O direito de Acesso à Justiça também consiste em um direito fundamental social, porém possui uma função primordial, pois através deste direito, se firma a base para a materialização dos demais Direitos Fundamentais Sociais não concretizados conforme previsto na Constituição, e nos demais documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

1.1 A noção de Direitos Fundamentais segundo Gregório Peces-Barba

Primeiramente, é necessário firmar um conceito integral de Direitos Fundamentais, para que se desenvolva algum entendimento acerca do tema.

Neste íterim, utiliza-se como substrato teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais disseminada pelo jusfilósofo espanhol Gregório Peces-Barba Martínez.

Pode-se afirmar com Marcos Leita Garcia, que a integralidade do conceito dos Direitos Fundamentais ocorre a partir de duas perspectivas essenciais, sendo a primeira perspectiva referente aos processos de evolução e suas respectivas gerações de direitos; e a segunda perspectiva referente às suas dimensões ética, jurídica e social²⁵.

Assim, trata-se da noção de Direitos Fundamentais segundo Gregório Peces-Barba Martínez, com o intuito de identificar qual foi o marco histórico em que surgiram os Direitos Fundamentais Sociais e qual a sua missão para com as pessoas vulneráveis.

Pretende-se, ainda, verificar em que contexto democrático é possível desenvolver os Direitos Fundamentais, e por fim compreender o Acesso à Justiça como direito basilar para a busca incessante da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

²⁵ GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7231/4118>> Acesso em: 10 jun. 2016. p. 301.

1.1.1 O conceito e o fundamento dos Direitos Fundamentais: uma visão integral e seus critérios

Peces-Barba explica que uma compreensão integral do fundamento e do conceito de Direitos Fundamentais é produzida com uma resposta adequada ao ‘por que’ e ‘para que’ dos Direitos Fundamentais, sendo que o por que consiste na pretensão moral justificada, e o para que se refere principalmente à recepção dessa pretensão moral no direito positivo.

Neste contexto o jusfilósofo espanhol afirma que os direitos humanos, a moral e o Direito estão conectados pelo Poder, tendo em vista que “Sem o apoio do Estado, esses valores não se convertem em Direito positivo, e por conseguinte, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral”²⁶.

A justiça intrínseca aos direitos humanos reside na sua concepção moral e sua força encontra-se no ordenamento jurídico em que está positivado. Portanto, não é possível uma compreensão integral do conceito e dos fundamentos dos direitos humanos, expressão esta utilizada por Peces-Barba, sem que a moralidade e a juridicidade sejam vislumbradas²⁷.

De acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais do jusfilósofo espanhol Gregório Peces-Barba, os Direitos Fundamentais são abordados sob uma concepção tridimensional. Marcos Leite Garcia leciona que esta concepção tridimensional “leva em consideração as suas dimensões axiológicas: validade-legitimidade; normativas: vigência-legalidade; e fática: eficácia-efetividade”, ou respectivamente, as dimensões ética, jurídica e social dos Direitos Fundamentais²⁸.

²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 105.

²⁷ Segundo Garcia e Aquino, “Gregorio Peces-Barba analisa que os direitos fundamentais reportam-se a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão somente a partir da sua recepção no Direito positivo efetivasse-a a sua finalidade. Devida a essa característica alcança-se a compreensão dos direitos fundamentais de uma visão integral do fundamento e do conceito. Sua inseparável conexão se produz porque o direito tem uma raiz moral que se indaga por intermédio da fundamentação, mas não são tais sem pertencer ao ordenamento e poder, assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Neste sentido, a moralidade e juridicidade formam o âmbito de estudo necessário para a compreensão dos direitos fundamentais”. GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental? Reflexões a partir dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba. In: Maurizio Oliviero; Pedro Manoel Abreu; Liton Lanes Pilau Sobrinho. (Org.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1. p. 97-98.

²⁸ GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregório Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio (Orgs.). **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. Itajaí: Univali, 2016. Disponível em: < <http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali> > Acesso em: 10 jul. 2016.

Sendo assim, os Direitos Fundamentais possuem, em primeiro lugar, uma dimensão ética²⁹. Neste sentido, Marcos Leite Garcia³⁰ ensina que:

Em primeiro lugar os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma **pretensão moral justificada**. Os direitos fundamentais devem ser uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana - seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana - seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade.

A fundamentação do direito consiste em duas dimensões, quais sejam sua historicidade e racionalidade. Já a função dos direitos consiste na sua positivação.

Além da dimensão ética dos Direitos Fundamentais, em segundo lugar, os Direitos Fundamentais possuem também uma dimensão jurídica.

Sobre a dimensão jurídica dos Direitos Fundamentais, Peces-Barba explica que consiste em “um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos Direitos Fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma”, e que “possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo”, ou seja, “para que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, supostamente, que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, poder, ou imunidade a uns titulares concretos”³¹.

Neste contexto, Marcos Leite Garcia³² afirma que “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão momentos que será colocado em discussão, desobedecido e até sistematicamente violado”.

²⁹ Conforme ensinam Garcia e Aquino ao tratar da concepção inicial dualista de direitos fundamentais delineada por Gregorio Peces-Barba “não teria sentido falar da fundamentação de um direito que não seja logo suscetível em nenhum caso de integrar-se no Direito positivo, e tão pouco terá sentido falar do conceito de um direito ao que não se lhe possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana. Nos direitos fundamentais: a moral e o direito estão entrelaçados e a separação os faz incompreensíveis. A compreensão dos direitos fundamentais, da moral e do direito, aparecerem conectados pelo Poder. Os direitos fundamentais que se originam e se fundam na moralidade lançam-se no direito pela intervenção do Estado. Esta é a sua concepção dualista inicial”. GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental? Reflexões a partir dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba. In: Maurizio Oliviero; Pedro Manoel Abreu; Liton Lanes Pilau Sobrinho. (Org.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. p. 98.

³⁰ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 198.

³¹ Tradução livre. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales: teoría general**. p. 109-110.

³² GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso em: 15 jul. 2016.

Isto significa, que além de estarem previstos no ordenamento jurídico, devem ser proporcionados instrumentos jurídicos de tutela dos Direitos Fundamentais para que estes sejam passíveis de serem exigidos pelos seus titulares.

Em terceiro lugar, os Direitos Fundamentais possuem uma dimensão social. Sob esta perspectiva, Peces-Barba³³ explica que os Direitos Fundamentais consistem em uma realidade social, o que significa que são direitos que produzem efeitos na vida social, desta forma “são condicionados em sua existência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”.

Peces-Barba afirma que somente a partir do trânsito à modernidade é possível falar de Direitos Fundamentais, sendo que esta passagem da Idade Média para a Moderna ocorre em três níveis, os quais ele expressa que consistem na evolução da realidade social no que é relevante para entender o surgimento, a evolução, o desenvolvimento, e a possibilidade dos direitos; situação do pensamento quanto ao seu conceito, seu sentido e sua fundamentação, o que o referido autor chama de Filosofia dos Direitos Fundamentais (*Filosofía de los Derechos Fundamentales*); e por fim sua incorporação em normas de Direito positivo, tanto no plano constitucional como legal, jurisprudencial, etc., com a influência do poder capaz de produzir uma juridificação³⁴.

Demonstra-se, ainda que sinteticamente, uma visão integral dos Direitos Fundamentais e seu conceito de acordo com o entendimento de Gregorio Peces-Barba.

1.1.2 Os Direitos Fundamentais como um conceito histórico

A evolução dos Direitos Fundamentais ocorre historicamente, de acordo com os conflitos que afligem a vida em sociedade em determinado tempo, e que impulsionam as transformações no cenário jurídico e social.

Marcos Leite Garcia explica que “Os Direitos Fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e somente foram possíveis a partir de uma série de

³³ Tradução livre. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. p. 112.

³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. p. 115.

acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano”³⁵.

Neste sentido, Peces-Barba assevera que “[...] os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*”³⁶.

Na visão do referido jusfilósofo, o trânsito à modernidade caracteriza-se como:

[...] um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá à filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido³⁷.

Sobre a historicidade dos Direitos Fundamentais, Bobbio³⁸ menciona que são “direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”.

Marcos Leite Garcia aduz que antes de tratar das linhas de evolução dos Direitos Fundamentais traçadas por Peces-Barba, é cabível falar do processo de evolução dos Direitos Fundamentais, ou processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais, processo este que está relacionado à questão sobre “qual deve ser o conteúdo dos Direitos Fundamentais?”.

Explica o referido autor que esta pergunta pode ser respondida “com a leitura de documentos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, ressaltando-se que “os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos”³⁹.

³⁵ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso em: 15 jul. 2016.

³⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 146.

³⁷ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Julianio Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 32.

³⁹ GARCIA, Marcos Leite; Melo, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí,

1.1.3 As linhas de evolução dos Direitos Fundamentais

Peces-Barba estabelece as linhas de evolução dos Direitos Fundamentais, que consistem respectivamente no processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação.

Conforme ensina Marcos Leite Garcia⁴⁰, “Estas linhas de evolução serão importantíssimas para se entender o contexto histórico, sobretudo a situação política, social e jurídica, do aparecimento das respectivas gerações de Direitos Fundamentais”.

Sobre as referidas linhas de evolução dos Direitos Fundamentais Marcos Leite Garcia⁴¹ sintetiza:

Resumidamente estes são: a) *processo de positivação*: a passagem da discussão filosófica ao Direito positivo (primeira geração, direitos de liberdade); b) *processo de generalização*: significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (direitos sociais ou de segunda geração); c) *processo de internacionalização*: ainda em fase embrionária, de difícil realização prática e que implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional; d) *processo de especificação*: pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc, ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz (direitos difusos ou de terceira geração).

É possível afirmar com Marcos Leite Garcia⁴² que diante de “cada processo de evolução serão positivadas uma geração de direitos ou, como no caso dos dois últimos dois, surgirão novas esferas de defesa dos direitos, como no caso do processo de internacionalização.”

No que se refere ao processo de positivação dos Direitos Fundamentais, ressalta-se que a moral é assumida pelo poder, e daí decorre a positivação, mas quando se sustenta que o poder é quem cria a moral (conforme ocorre no Estado

v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: < <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/issue/view/317> > Acesso em: 10 jun. 2016. p. 300.

⁴⁰ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso em: 15 jul. 2016.

⁴¹ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. p. 195.

⁴² GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, X, n. 46, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em: 18 ago. 2016.

absoluto), afasta-se de todo o processo de construção e evolução dos Direitos Fundamentais. Portanto, para Peces-Barba deve haver um equilíbrio entre os valores morais, o poder político e o Direito positivo⁴³.

Desta forma, somente é possível garantir a validade e eficácia dos Direitos Fundamentais, quando a pretensão justificada é positivada. Não se pode falar em Direitos Fundamentais quando a pretensão moral não está inserida no Direito positivo, eis que aí está se tratando apenas de um valor e não de um direito.

É nesta fase que os direitos de primeira geração, ou direitos de liberdade, passam a ser positivados.

Conforme explica Garcia “Estas primeiras reivindicações serão pela separação da ética privada e consequentemente pela separação do Estado da religião, tolerância religiosa, humanização do direito penal e do processo penal e um pouco depois pela limitação do poder do Estado”⁴⁴.

Para Canotilho⁴⁵, o processo de positivação consiste na “incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”.

Quando ao processo de generalização, este consiste na afirmação de que os Direitos Fundamentais pertencem a todos, enfatiza-se que os direitos não pertencem apenas a um determinado grupo de pessoas, mas a todos os seres humanos⁴⁶.

Resulta do processo de generalização a marcha para os direitos que garantem ou possibilitam uma participação política igualitária, a configuração de uma nova geração de Direitos Fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade, e a “desfundamentalização”⁴⁷ do direito de propriedade⁴⁸.

Os grupos sociais democráticos passarão a ter direito de associação e de sufrágio, fato este que culminará em sua participação na formação dos órgãos públicos que exprimem a vontade estatal, incidindo no constitucionalismo como uma

⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. p. 157.

⁴⁴ GARCIA, Marcos Leite; Melo, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: < <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/issue/view/317>> Acesso em: 10 jun. 2016. p. 303.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina. p. 377.

⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. p. 164.

⁴⁷ Sobre a desfundamentalização do direito à propriedade, Garcia e Aquino, ao fazerem reflexões acerca dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba concluem que o direito à propriedade não se trata de um direito fundamental, mas sim de um direito patrimonial. Tratam em um primeiro momento do direito à propriedade no pensamento de Luigi Ferrajoli, o qual estabelece uma diferenciação entre Direitos Fundamentais e direitos patrimoniais. Em um segundo momento, tratam do direito à propriedade no pensamento de Gregório Peces-Barba, no qual a negação do direito fundamental à propriedade

⁴⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. p. 164.

atuação positiva dos poderes públicos, acarretando a formulação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

De acordo com o conceito de Direitos Fundamentais estabelecido por Gregorio Peces-Barba, quanto ao processo de internacionalização, destaca-se que a soberania é um obstáculo que se contrapõe à proteção dos Direitos Fundamentais, caso em que seria necessária a implementação de um poder político supranacional.

As três dimensões do processo de internacionalização são: a) a utilização de formas técnico-jurídicas do Direito internacional clássico pelos Estados; b) a conscientização da insuficiência da proteção estatal; as transformações experimentadas nas últimas décadas pelo Internacional, sendo o processo de desenvolvimento integral dos indivíduos e dos povos⁴⁹.

O processo de especificação dos Direitos Fundamentais, terminologia utilizada por Bobbio, conforme explica Peces-Barba, produz uma relação com os titulares dos direitos e com o seu conteúdo.

Trata-se de um processo em que se pressupõe que o titular do direito esteja em uma situação de fragilidade, seja ela física, psicológica ou cultural, e portanto, o conteúdo do seu direito está vinculado a superação desta situação.

Estas situações, resumidamente, decorrem de uma condição social ou cultural de pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais e que necessitam de uma proteção especial fundada na promoção da igualdade; de uma condição física que obriga a proteção especial fundada na solidariedade e na fraternidade; e de uma condição de vulnerabilidade em que a outra parte tem um papel preponderante, o que exige um equilíbrio através de uma proteção reforçada fundada na segurança jurídica, como por exemplo, os direitos do consumidor⁵⁰.

Conforme os ensinamentos de Gregório Peces-Barba⁵¹:

Nas três situações, estamos adiante de um status social que, por razões culturais, físicas ou psicológicas, e com um papel nas sociedades desenvolvidas, levam uma suposta debilidade que o Direito tenta aliviar ou corrigir, ou dito de outra maneira, que supõe uma diferença com os modelos genéricos de destinatários dos direitos fundamentais. [...] Por isso, é utilizada a técnica de igualdade como diferenciação, considerando como titulares

⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 178.

⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 182.

⁵¹ *En las tres situaciones estamos ante status sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas, y de papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. [...] Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerando se titulares sólo a quienes tienen la carência y no a todos [...] En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar esa equiparación.* PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**, 1999. p. 182.

somente os detentores da carência, e não todos [...] Neste caso, a equiparação é uma meta, enquanto a diferenciação é uma técnica para alcançar essa equiparação.

No processo de generalização verifica-se o surgimento dos direitos sociais econômicos e culturais, e no processo de especificação o que se verifica é que a promoção da igualdade é considerada a meta a ser atingida, sendo titulares dos direitos somente àqueles que se encontram em situação de carência, e a diferenciação é considerada uma técnica para que se atinja a devida equiparação.

Desta forma, expressa-se que os Direitos Fundamentais Sociais estão inseridos no processo de especificação conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais de Gregório Peces-Barba.

Feita a análise das linhas de evolução dos Direitos Fundamentais, e assim tornando visível que os Direitos Fundamentais Sociais se dão a partir do processo de especificação dos Direitos Fundamentais, passa-se à identificação dos Direitos Sociais Fundamentais e sua função de proteção das pessoas vulneráveis.

1.2 O ESTADO E SEU DEVER DE GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE⁵²

A partir do século XVIII, o Estado passou a tutelar as liberdades do indivíduo, principalmente no que se refere à propriedade privada, que eram as necessidades demandadas naquele tempo pela sociedade burguesa⁵³⁵⁴.

Neste período histórico, o Estado Liberal tem como pressuposto abster-se da intervenção na esfera privada do indivíduo. Esta época teve como marco o reconhecimento igualdade formal.

No entanto, a concepção de igualdade formal, “que orientou o movimento liberal em sua vertente jurídica”, restou insuficiente, sendo que “foi ultrapassada pela necessidade de igualdade social como pressuposto para aquela igualdade,

⁵² Subtítulo adaptado do artigo de autoria de SILVA, Kaira Cristina da. Jurisdição democrática como instrumento de garantia da (re)afirmação do direito fundamental social do idoso ao benefício assistencial. Submetido, aprovado, e apresentado no XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF, aguardando publicação. Conforme dados disponíveis em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/06/artigos-aprovados-XXV-encontro-bras%C3%ADlia.pdf>> Acesso em: 17 Ago. 2016.

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 89.

⁵⁴ Sobre o liberalismo, Cruz explica: “Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas”. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 89.

principalmente com a inclusão, no processo político, de outras classes sociais diferentes da burguesia”⁵⁵.

Pérez Luño explica que o individualismo, assim como o apoliticismo e a neutralidade do Estado liberal de Direito, não podiam satisfazer as exigências de liberdade e igualdade reais dos setores social e economicamente mais deprimidos⁵⁶.

Wolkmer⁵⁷ ensina que as necessidades sociais que demandaram a superação do Estado Liberal, “[...] possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, [...] Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc”.

Carbonell⁵⁸ atenta para o fato de que no modelo de Estado social os poderes públicos deixam de ser vistos como inimigos dos Direitos Fundamentais, e passam a exercer, ao contrário, o papel de promotores desses direitos, sobretudo dos de caráter social.

Canotilho⁵⁹ adota a expressão Estado constitucional democrático em razão do constitucionalismo contemporâneo, a qual considera a que melhor representa o Estado Democrático de Direito. Isto porque, o Estado somente é concebível contemporaneamente como Estado constitucional.

Para o referido autor, o constitucionalismo tem como objetivo “justificar um Estado submetido ao direito, um estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes”⁶⁰.

Sob este prisma, identifica duas grandes qualidades do Estado constitucional, quais sejam: Estado de direito e Estado democrático, afirmando com veemência que “O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”⁶¹.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3.ed. p. 93.

⁵⁶ PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 223.

⁵⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

⁵⁸ CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudos sobre o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 179.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 93.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 93.

Canotilho⁶² acentua o dever de respeito pelo Estado de Direito Constitucional ao afirmar que:

aponta-se para um equilíbrio entre os dois conceitos – Estado de Direito e Estado Social –, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento económico e a proteção das classes mais desfavorecidas deve fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional.

Na feição de Estado Democrático de Direito, é fundamental “a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”, o que significa considerar a lei como um instrumento de ação concreta do Estado, ensina Streck⁶³.

Segundo os ensinamentos de Bobbio⁶⁴, “A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização”.

Assim, a Constituição expressa instrumentos garantidores dos Direitos Fundamentais como forma de superar a crise do Estado Social, bem como para viabilizar a realização de seus objetivos, considerando-se esta função social como um *plus* normativo, extrai-se do entendimento de Streck⁶⁵.

Neste contexto, caracteriza-se o dever do Estado de concretizar os Direitos Fundamentais Sociais a fim de promover a igualdade, bem como de colocar à disposição das pessoas vulneráveis instrumentos eficazes para o alcance destes direitos.

Na Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais Sociais estão expressamente previstos no artigo 6º, o qual afirma que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

⁶² CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 206.

⁶³ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 47.

⁶⁵ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 47-48.

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁶⁶.

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, destacou a importância da proteção das pessoas vulneráveis através da inclusão dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, e da imposição do dever de concretização desses direitos por parte do Estado.

Além disso, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 não só afirmou o compromisso do Estado de dar efetividade aos Direitos Fundamentais Sociais, como impôs que sejam disponibilizados instrumentos aptos à proteção e promoção desses direitos.

1.3 CONCEPÇÕES SOBRE A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratar especificamente acerca da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, é necessário traçar aspectos gerais sobre as perspectivas objetiva e subjetiva desses direitos.

No que se refere à perspectiva objetiva, é possível afirmar que esta consiste na carga axiológica que os Direitos Fundamentais possuem, e que se irradia por todo o ordenamento jurídico, eis que em seu conteúdo “afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos”. Por este motivo, “tais normas implicam em uma valoração de ordem objetiva”, conforme ensina Marinoni⁶⁷.

Em que pese possuir essa “dupla dimensão”, esclarece Marinoni que “[...] as normas que estabelecem Direitos Fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade”⁶⁸.

Destaca o referido autor que o dever de proteção dos Direitos Fundamentais imposto ao Estado é uma das consequências mais relevantes da dimensão objetiva,

⁶⁶ BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em :20 set. 2017.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167-168.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 168.

e “Diante dele fica o Estado obrigado a proteger os Direitos Fundamentais mediante, por exemplo, normas de proibição ou de imposição de condutas”⁶⁹.

Alerta-se que não há que se confundir as dimensões objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais, com as suas eficácias horizontais e verticais⁷⁰. Para Marinoni⁷¹:

A dimensão objetiva é contraposta à dimensão subjetiva e tem por fim explicar que as normas de direitos fundamentais – além de poderem ser referidas a um direito subjetivo - também constituem decisões valorativas de ordem objetiva. Por isso, é correto falar nas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais quando consideradas as relações entre o Poder Público e os particulares (eficácia vertical) ou as relações entre particulares (eficácia horizontal).

Assim sendo, enfatiza-se que tanto nas relações entre particulares, como nas relações entre os particulares e o Poder Público, institui-se a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais.

No que se refere à dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais, a sua subjetividade não está adstrita apenas ao sujeito, mas os destinatários de tal subjetividade são todos os sujeitos que compõem a sociedade.

Cabe discorrer em segundo lugar, ainda que brevemente, acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais. Marinoni afirma que quando se fala em eficácias vertical e horizontal, trata-se da distinção entre “eficácia dos Direitos Fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre os particulares”⁷², e explica que:

Há eficácia vertical na vinculação do legislador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” – nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical⁷³.

Quando há na relação entre particulares a prevalência do poder econômico e social de uma das partes sobre a outra, cabe ao Estado intervir com ênfase nesta relação, para fins de assegurar a proteção da parte mais fragilizada. Neste sentido,

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 168.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 169.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 169.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 170.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 170.

afirma-se com Sarlet⁷⁴ que “(...) a existência de algum detentor de poder privado num dos polos da relação jurídico privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado”.

A mesma norma de direito fundamental, sob as perspectivas subjetiva e objetiva, pode apresentar diversas funções, aí reside a multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais⁷⁵.

Neste contexto, Marinoni destaca a importância das três classificações acerca dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, respectivamente, as quais são divididas em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestações⁷⁶.

Ressalta o referido autor, que no que se refere aos direitos a prestações, direitos estes que proclamam as novas funções do Estado perante a sociedade, é que existe diferença entre as classificações⁷⁷.

Conforme a classificação de J.J. Gomes Canotilho, os Direitos Fundamentais classificam-se em direitos a prestações e direitos ao acesso e a utilização de prestações do Estado.

Os direitos ao acesso e a utilização de prestações pelo Estado, por sua vez, subdividem-se em direito originário a prestações e direitos derivados a prestações.

Assim, cumpre destacar os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho⁷⁸ acerca dos direitos originários a prestações:

Afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece simultaneamente, *o dever do Estado na criação* dos pressupostos indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, *as prestações constitutivas desses direitos*.

No que tange aos direitos derivados a prestações, J. J. Gomes Canotilho⁷⁹ explica que:

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **A constituição concretizada** - construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 155.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 175.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 175.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 175.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 543.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 541-542.

A medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos [...] resulta de forma imediata, para os cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições *criadas* pelos poderes públicos [...]; o direito de igual quota-parte (participação) *nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade* [...].

Marinoni⁸⁰ explica que além dos direitos ao acesso e utilização das prestações do Estado, “Canotilho prossegue em sua classificação afirmando que os direitos a prestações também devem ser vistos como direitos à participação na organização e procedimento”.

Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, classifica o grupo dos direitos a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito⁸¹.

Sobre a classificação de Robert Alexy, Marinoni⁸² menciona que:

Os direitos a prestações em sentido estrito são relacionados aos direitos às prestações sociais, enquanto os direitos a prestações em sentido amplo apresentam outra divisão: direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento.

No que diz respeito à classificação delineada por Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra Eficácia dos Direitos Fundamentais⁸³, Marinoni⁸⁴ expressa que Sarlet destaca “o direito à proteção, os direitos à participação na organização e procedimento e os direitos a prestações em sentido estrito, colocando-os como um grupo – o dos direitos a prestações - ao lado dos direitos de defesa”.

Conforme Sarlet⁸⁵, os direitos à proteção podem ser inicialmente conceituados como “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais”.

Os direitos à participação na organização e procedimento, partem da concepção de que se constata “uma íntima ligação entre as noções de organização e

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 177.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 419 e seguintes.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p. 177.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 215 a 239.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 222.

procedimento e os direitos fundamentais”. Desta forma, admite-se “uma influência recíproca entre essas três categorias”, conforme leciona Sarlet⁸⁶.

Neste sentido, Sarlet⁸⁷ enfatiza que:

[...] se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.

Por fim, no que se refere aos direitos a prestações em sentido estrito, denominados por Sarlet de direitos do *status positivus socialis*, enquadram-se “as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais por parte de seus destinatários na categoria dos direitos fundamentais *stricto sensu*, que, por outro lado, costuma ser identificada com a dos Direitos Fundamentais Sociais”⁸⁸.

Neste contexto, Sarlet⁸⁹ alerta que os Direitos Fundamentais Sociais têm como objetivo “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado”, isto porque, “a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada”.

Assim, define-se a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, na qual estão inseridos os direitos a prestações no sentido de materialização da igualdade por meio da implementação de direitos sociais, bem como da participação na organização e no procedimento.

1.4 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS⁹⁰: em que contexto democrático é possível desenvolver os Direitos Fundamentais Sociais?

Para compreender em que contexto é possível desenvolver os Direitos Fundamentais, Ferrajoli apresenta sua ideia de democracia, na qual prevalece a lição

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 224.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 224.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 229.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 230.

⁹⁰ Subtítulo adaptado do artigo de autoria de SILVA, Kaira Cristina da; CUNHA, Paola Fernanda de Souza da. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Submetido, aprovado e apresentado no 3º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo: Novos Desafios na Era da Globalização, realizado na Università Degli Studi di Perugia - Itália, aguardando publicação. Conforme dados disponíveis em: <

de que a democracia deve ser voltada à proteção e defesa dos Direitos Fundamentais das pessoas mais débeis, e não aquela democracia majoritária, na qual não há limites nem vínculos aos poderes, tal como ocorre na atualidade devido ao consumismo excessivo, ao compulsivo acúmulo de bens e riquezas, e à aquisição de poder a qualquer custo, que ultrapassam a esfera do indecível e infringem os Direitos Fundamentais Sociais e de liberdade.

Ao tratar do conceito de Direitos Fundamentais, Ferrajoli⁹¹ propõe:

[...]una definicion teórica, puramente formal o estructural, de <derechos fundamentales>: son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica y por status lá condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Segundo o Ferrajoli, existem duas concepções da democracia: a democracia plebicitária e a democracia constitucional. A primeira concepção, impulsionada pela direita, embora também compartilhada por um setor da esquerda, a qual o autor chama de democracia majoritária ou plebiscitária, e a segunda concepção denominada pelo autor de democracia constitucional⁹².

A democracia majoritária ou plebiscitária caracteriza-se especificamente pela onipotência da maioria, ou seja, da soberania popular. Deste modelo democrático no qual impera a vontade da maioria decorrem uma série de fatores contrários aos Direitos Fundamentais e que enfraquecem o modelo de democracia constitucional. Conforme explica Ferrajoli⁹³, estes fatores que influenciam negativamente na concretização da democracia constitucional são:

a desqualificação das regras e dos limites ao poder executivo, que é expressão da maioria, e em consequência, da divisão dos poderes e das funções de controle a garantia da magistratura e do próprio parlamento; a

<http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppscj/mestrado-em-ciencia-juridica/editais/Documents/edital-de-publicacao-dos-artigos-aprovados-para-o-3.pdf>> Acesso em 17 ago. 2016

⁹¹ [...] uma definição teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais: são todos aqueles direitos individuais que correspondem, universalmente, a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade para agir; entendido por direito individuais qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (para evitar lesões) ligado a um assunto por norma jurídica e pelo estado e condição dum assunto, também forneceu uma regra positiva de direito, como um pré-requisito para a sua adequação para ser o titular das situações jurídicas e / ou autor dos atos que estiver exercendo (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 25

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 25.

ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso; em resumo, a refutação do sistema de mediações, de limites, de contrapesos e de controles que formam a substância daquilo que constitui, pelo contrário, o que podemos denominar de democracia constitucional. (Tradução livre)

Neste contexto, Ferrajoli denuncia que a democracia majoritária ou plebiscitária é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que “a constituição é justamente um sistema de limites e vínculos a todo poder”⁹⁴.

Sendo assim, a democracia majoritária ou plebiscitária tem consequente correlação com o liberalismo que prepondera na atualidade, e consoante menciona Ferrajoli⁹⁵:

Esta concepção tem uma inevitável conotação absolutista, e está relacionada com a concepção hoje dominante do liberalismo que tem se identificado cada vez mais para o senso comum com a ausência de regras e limites a liberdade de empresa. Atualmente a democracia liberal significa ausência de limites tanto a liberdade de mercado como aos poderes da maioria, e em consequência, a convergência dos absolutismos; o absolutismo da política, e o absolutismo do mercado; a onipotência da maioria e a ausência de limites a liberdade de empresa, o desrespeito pelas regras e pelos controles tanto na esfera pública como na esfera econômica. (Tradução livre)

Portanto, como forma de democracia compatível com a constituição e com a garantia dos Direitos Fundamentais, prevalece a democracia constitucional, que consiste num sistema de “limites e vínculos impostos pelas constituições a todo poder”⁹⁶, o qual consequentemente requer:

[...] uma concepção da democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância ao seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.

Com este desiderato, Ferrajoli propaga o paradigma da democracia constitucional, ou como bem enuncia o jusfilósofo italiano, o paradigma do garantismo ou constitucionalismo.

De acordo com este paradigma, Ferrajoli associa duas fontes de legitimação jurídica à dimensão nomodinâmica e à dimensão nomoestática do direito e da validade jurídica, quais sejam: “a formal, imposta pelas normas procedimentais sobre o “quem”

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 26.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 26-27.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 27.

e sobre o “*como*” das decisões, e aquela substancial, ditada pelas normas substanciais que versam sobre “*aquilo que*” *não pode* ou *não pode não ser decidido*”⁹⁷.

Ferrajoli estabelece assim um conceito formal de paradigma constitucional ou garantista, no qual menciona que este paradigma “equivale, sob o plano teórico, ao sistema dos limites e dos vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau superior àquelas produzidas pelo seu exercício”⁹⁸.

De acordo com a tese defendida por Ferrajoli, para uma definição completa e adequada da democracia, além de se impor condições formais relativas à forma e ao método (ao “quem” e ao “como”) das decisões, elas devem submeter-se também às condições substanciais ou dos conteúdos (“aquilo que”) em relação aos quais a nenhuma maioria é lícito decidir⁹⁹.

A democracia constitucional se origina de uma mudança radical de paradigma acerca do papel do direito produzido nos últimos cinquenta anos, uma mudança da qual ainda não se tem tomado consciência plena, e por este motivo suas formas e técnicas de garantia ainda estão longe de ser elaboradas e asseguradas¹⁰⁰.

Conforme salientam Guasque e Oliveira Neto¹⁰¹, “O constitucionalismo preserva, protege o oportuniza a democracia, retirando-lhe o caráter autodestrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada à mercê da tirania da maioria”. Desta forma, oportuniza “uma maior liberdade e igualdade entre todos os cidadãos – cânones democráticos”.

Neste contexto, Ferrajoli¹⁰² assevera que o constitucionalismo contemporâneo resulta “da positivação dos Direitos Fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 8.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. p. 27.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. p. 76.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 27-28.

¹⁰¹ GUASQUE, Barbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Constitucionalismo e democracia. In: YOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (Orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. p. 88.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadematori, Hermes Zeneti Júnior, Sérgio Cadematori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43-44.

natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico”.

Demonstra-se, portanto, que desde a antiguidade até os dias atuais houve uma considerável transformação na estrutura da democracia. Considerada somente como um procedimento político, a democracia passou a ser analisada como uma forma de proteção e defesa dos Direitos Fundamentais, garantindo-se desta maneira o acesso das minorias a estes direitos.

Conforme explica Ferrajoli, a concepção dominante de democracia, ou seja, democracia plebicitária ou democracia da maioria, consistiria unicamente em um método de formação das decisões coletivas: “concretamente no conjunto de regras que atribuem ao povo, e portanto, a maioria de seus membros, o poder de tomar tais decisões, seja de forma direta, ou por seus representantes” ¹⁰³.

Esta concepção de democracia plebicitária ou majoritária é insuficiente, pois à luz do constitucionalismo contemporâneo exige-se que a democracia possua também uma dimensão material ou de conteúdo.

Neste contexto, Ferrajoli aduz que não é certo que somente a vontade da maioria represente a única fonte de legitimação das decisões e que resulte, portanto, ilimitado¹⁰⁴.

A democracia sob seu aspecto material ou substancial decorre da pretensão de universalização dos Direitos Fundamentais, a qual permite introduzir um modelo jurídico que busca a aplicação não somente dentro das tradicionais fronteiras marcadas pelo conceito clássico de Estado e de soberania, mas também em um contexto internacional, com a intenção de definir uma rota para o estabelecimento de uma ordem constitucional mundial, hoje em fase embrionária, conforme afirma Vianello¹⁰⁵.

A concepção material da democracia introduz, ainda, uma nova visão sobre a validade e a vigência da norma, pois a norma passa a ser considerada válida pelo fato

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. In: ABELLÁN, Marina Gascón et al. **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009. p. 15.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. In: ABELLÁN, Marina Gascón et al. **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009. p. 15.

¹⁰⁵ VIANELLO, Lorenzo Córdoba. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 447.

de ajustar-se ao conteúdo de uma norma que estabelece um direito fundamental. Sendo assim, o procedimento pelo qual perpassa a criação de uma norma não seria suficiente para determinar sua validade, pois seu conteúdo deve estar de acordo com as normas que estabelecem os Direitos Fundamentais, sendo a sua vigência apenas um pressuposto para a sua validade¹⁰⁶.

Portanto, a democracia constitucional se traduz em um instrumento concreto de acesso aos Direitos Fundamentais, principalmente diante da proposta de constitucionalismo global, em razão da universalidade dos Direitos Fundamentais já consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Diante desta situação, a soberania está submetida ao sistema de limites e vínculos impostos pelos Direitos Fundamentais, os quais devem ser alvo de proteção e defesa em todas as decisões a serem tomadas democraticamente.

1.5 PÓS-POSITIVISMO SUBSTANCIALISTA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: origem da preocupação com a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais através da tutela jurisdicional

Existem duas vertentes do pós-positivismo que precisam ser definidas e caracterizadas para se compreender qual é a mais favorável à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, são elas: a procedimentalista e a substancialista.

Sobre o pós-positivismo convém advertir que se trata do “marco filosófico do novo direito constitucional”¹⁰⁷, e nos dizeres de Luís Roberto Barroso¹⁰⁸:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias

¹⁰⁶ VIANELLO, Lorenzo Córdova. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. p. 454.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 27 maio. 2017. p. 5.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 5. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 27 maio. 2017. p. 6.

ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

O pós-positivismo de cunho procedimentalista dá preferência à instrumentalização na qual será operacionalizada a tomada de decisão, não conferindo a devida importância ao seu conteúdo.

Já a vertente substancialista do pós-positivismo ressalta a importância do conteúdo, sendo que este deve estar estritamente de acordo com o texto constitucional, com a força que irradia dos preceitos constitucionais por todo o sistema jurídico, dando primazia ao cumprimento dos Direitos Fundamentais, inclusive os sociais.

Alexandre Morais da Rosa¹⁰⁹, ao tratar do judiciário entre a garantia do mercado ou dos Direitos Fundamentais, refere-se às duas vertentes do pós-positivismo, e explica que os substancialistas “defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário”, já os procedimentalistas “propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular”.

Lenio Streck¹¹⁰ afirma com veemência que é adepto da corrente substancialista, e menciona que tanto os procedimentalistas como os substancialistas reconhecem “no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra”, mas para ele “as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição”.

De acordo com Lenio Streck¹¹¹:

Trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimental, abre-se espaço para o entulhamento (no sentido hermenêutico-

¹⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da. O judiciário entre a garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 1, n. 1, 2009, (1):1-8. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5130>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 4.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Intervenção. In: J. N. MIRANDA COUTINHO (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p. p. 80-81.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 268.

heideggeriano) daquilo que a Constituição é no seu sentido negativo: os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados. Além disso, corre-se sempre o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se o risco, finalmente, de transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exsurgentes do contrato social, entendido aqui, conforme já se viu, a partir de um paradigma hermenêutico.

Para Bodnar e Staffen¹¹² a vertente substancialista do pós-positivismo entende que “o Poder Judiciário não deve assumir uma condição passiva diante da sociedade, constituindo-se em um verdadeiro e legítimo garantidor da efetividade constitucional”. Em síntese, “os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais construídos e compartilhados pelo cidadão com a chancela do Poder Judiciário”.

O procedimentalismo e o substancialismo se diferem, portanto, “no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem os Direitos Fundamentais”¹¹³.

Sobre a diferença entre esses dois eixos pós-positivista, Lenio Streck esclarece que as teses procedimentalistas “não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das “regras do jogo” democrático”, enquanto as teses substancialistas “reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário com um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas”¹¹⁴.

A vertente do pós-positivismo considerada como a mais favorável à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais é a substancialista, tendo em vista que requer a análise do direito material pleiteado, possibilitando a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais através de uma visão constitucional.

¹¹² BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. **Sequência**, Vol. 33, n. 64, p. 105-129, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 111.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 52.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 52.

1.6 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ao tratar de Acesso à Justiça, vislumbra-se que por sua relevância este direito supera as fronteiras nacionais, ensejando assim a sua previsão em documentos internacionais afim de que sua materialização seja efetivada.

O direito de Acesso à Justiça está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 10, o qual dispõe que:

Art. 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele¹¹⁵.

Desta previsão é possível afirmar que toda pessoa tem direito ao Acesso à Justiça e que este direito serve como base para instrumentalizar diversos aparatos que possuam o objetivo de materializar os demais direitos através um processo justo.

No mesmo sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, prevê em seu art. 8.1 que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental de Acesso à Justiça está previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

Boaventura de Sousa Santos acentua que o direito fundamental de Acesso à Justiça “é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”¹¹⁶.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 167.

O termo “Acesso à Justiça” determina duas finalidades básicas: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹¹⁷, ensinam Cappelletti e Garth. Embora preocupem-se mais em desenvolver o primeiro aspecto, não deixam de lado a importância do segundo, pois a justiça social idealizada somente pode ser alcançada através do acesso efetivo.

Conforme os dizeres de Cappelletti e Garth¹¹⁸, “O efetivo Acesso à Justiça tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais”, eis que “A titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Destaca-se, portanto, a importância do Acesso à Justiça, que é considerado por Cappelletti e Garth como “o mais básico dos direitos humanos”. É reconhecido como requisito fundamental “de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos”¹¹⁹.

Para Canotilho¹²⁰, “o Acesso à Justiça constitui um elemento fundamental do Estado de direito e de uma União de direito”.

Pedro Manoel Abreu, ao parafrasear Antônio Herman Benjamin, expõe três elementos necessários para a efetiva realização do Acesso à Justiça:

(...) num sentido restrito, refere-se apenas a acesso à tutela jurisdicional. Em sentido mais amplo, quer significar acesso à tutela de direitos ou interesses violados, “através de mecanismos jurídicos variados, jurisdicionais ou não”. Numa acepção integral, é acesso ao direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa¹²¹.

O direito de Acesso à Justiça não se restringe somente ao efetivo acesso ao Poder Judiciário, mas refere-se também à disposição de mecanismos eficazes de tutela dos direitos, assim como entende Juliana do Val Ribeiro:

“[...] o modo pelo qual os direitos previstos abstratamente se tornam efetivos.
[...] Mas o direito ao Acesso à Justiça não se resume tão somente na

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 11-12.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 12.

¹²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 520.

¹²¹ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 39.

possibilidade de se recorrer ao Judiciário diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, que seria o Acesso à Justiça em seu sentido formal. Esse acesso muito mais do que garantido, deve ser efetivo, ou seja, deve ser apto a viabilizar efetiva disputa, efetiva demanda, efetiva luta por direitos, que seria então o Acesso à Justiça em sentido material. De nada adianta existir um rol de direitos extensos na Constituição se não existem mecanismos práticos para torná-los efetivos, exercitáveis. O acesso então precisa ser formal e material, abrangendo o direito de recorrer ao Judiciário bem como a igualdade entre as partes, direito ao contraditório e à ampla defesa”¹²².

Além do efetivo acesso ao direito material, o direito fundamental de Acesso à Justiça pressupõe a disponibilidade de mecanismos, técnicas, estratégias e procedimentos capazes de instrumentalizar a efetiva consecução do acesso ao Poder Judiciário, bem como a um processo justo em termos de tempo e de conteúdo. Neste contexto, destaca-se os dizeres de Marinoni e Arenhart¹²³:

[...] o legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam ‘privilégios’, bem como, para atender aos socialmente mais carentes, a estruturar procedimentos que sejam diferenciados na medida em que, como escreve Nicolò Trocker, a diferenciação de procedimentos é exigência insuprimível em um ordenamento que se inspira no princípio da igualdade.

Conforme Watanabe, o Acesso à Justiça pretende viabilizar não somente o acesso aos órgãos judiciais estatais, mas também o acesso à ordem jurídica justa. Neste contexto, o referido autor explica que:

a) o direito de Acesso à Justiça é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são dados elementares desse direito: 1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; 2) *direito de Acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; 3) direito à *preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; 4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características*¹²⁴. [grifo no original]

O projeto teórico elaborado por Cappelletti e Garth, com o intuito de viabilizar o Acesso à Justiça, é impulsionado por três ondas:

a) Primeira onda: assistência judiciária para os pobres;

¹²² RIBEIRO, Juliana do Val. Estudo comparativo do tratamento dedicado ao acesso à justiça na Constituição brasileira e na Constituição portuguesa: um olhar sobre os hipossuficientes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 87, abr./jun. 2014. p. 50-51.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

¹²⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 135.

- b) Segunda onda: representação dos interesses difusos;
- c) Terceira onda: do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de Acesso à Justiça. Um novo enfoque de Acesso à Justiça.

A terceira onda é considerada mais abrangente, pois engloba as duas primeiras ondas, mas vai além, eis que representa uma tentativa de enfrentar as barreiras ao acesso de forma mais articulada e compreensiva, pode-se afirmar com Cappelletti e Garth¹²⁵.

Explicam os referidos autores que a terceira onda, além de incluir a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja através de advogados particulares ou públicos, tem como ponto central “o conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna”¹²⁶.

Neste contexto, destaca-se a necessidade de reforma das instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular “importância social”, afim de propagar uma nova tendência no sentido da especialização de instituições e procedimentos judiciais.

Cappelletti e Garth afirmam que “o esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais”. É nesse ponto que se funda a relevância do direito de Acesso à Justiça em termos de tutela dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis.

Atentam os referidos autores para o fato de que as sociedades modernas avançaram no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente mais fracos, e citam como exemplo a providência de direitos aos cidadãos em face dos governos¹²⁷.

Em que pese tais direitos necessitem de “maior desenvolvimento legislativo substancial”, tem-se que “os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados”¹²⁸.

¹²⁵ CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 31.

¹²⁶ CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 67-68.

¹²⁷ CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 91.

¹²⁸ CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 91.

Desta forma, requer-se uma nova definição de justiça, cuja preocupação fundamental é, progressivamente, com a “justiça social”, quer dizer, “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”¹²⁹.

Horácio Wanderlei Rodrigues¹³⁰ menciona que “[...] A efetividade do Acesso à Justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário [...]”.

Ingo W. Sarlet¹³¹ enfatiza a perspectiva jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais e sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado. O Poder Judiciário, enquanto um dos poderes do Estado, é também destinatário deste dever fundamental.

¹²⁹ CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 93.

¹³⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 15.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In: Revista da AJURIS*, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 142/143. Este autor, oferece consistentes subsídios doutrinários para a defesa da atuação do Poder Judiciário numa perspectiva substancial. Defender que mesmo considerando os limites fáticos é possível exercer o controle jurisdicional de políticas públicas principalmente para a plena efetividade da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 2

COMPREENDENDO OS INFLUXOS DO PRAGMATISMO, DA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COMO REFERENCIAIS PARA O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO E A OBTENÇÃO DO PROCESSO JUSTO

Este capítulo tem como objetivo geral compreender o sentido do termo pragmatismo, a função da jurisdição democrática e a conformação de um modelo constitucional de processo, para que posteriormente seja analisado um método processual capaz de conferir às pessoas vulneráveis a tutela jurisdicional de seus Direitos Fundamentais Sociais sob a perspectiva do Acesso à Justiça.

Em um primeiro momento, apresenta-se um panorama geral sobre a definição do termo pragmatismo. Trata-se da dialética conceitual do termo, eis que contaminado por versões depreciativas.

Descreve-se, ainda que superficialmente, sobre a visão pragmática de Richard Posner, o qual foi precursor da teoria do pragmatismo cotidiano baseada na ideia de democracia de elites. Desde já esclarece-se que não é esta a visão de democracia aplicável para os fins da presente pesquisa, porém alerta-se que a adjudicação pragmática de Posner contribui para a proposta do Método Processual Pragmático.

Trata-se, ainda, na primeira sessão, sobre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico, com destaque para as principais características das duas vertentes, a fim de compreender os influxos do pragmatismo sobre o Método Processual Pragmático e a obtenção de um Processo Justo.

Destaca-se que para atingir o objetivo desta Dissertação, que consiste, em síntese, em estabelecer um método processual para a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada dos Direitos Fundamentais Sociais, adota-se o pragmatismo clássico, de cunho filosófico.

Em segundo lugar, trata-se da função da jurisdição democrática, como forma de demonstrar a importância da atuação da jurisdição baseada no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, fato este que permite que as decisões jurisdicionais em um Estado Democrático de Direito sejam construídas com a devida observância dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição.

Por fim, trata-se da conformação de um Modelo Constitucional de Processo, não mais visto como mero instrumento de aplicação do direito ao caso concreto, mas como um efetivo instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, desenvolvido em contraditório, no qual todos os envolvidos na relação processual contribuem para a construção das decisões com base nos Direitos Fundamentais preestabelecidos na Constituição, evidenciando o papel da participação, e consequentemente do exercício da cidadania. Destaca-se, nesta terceira sessão, o conceito e o fundamento do Modelo Constitucional de Processo à luz do constitucionalismo contemporâneo.

2.1 A DIALÉTICA CONCEITUAL DO TERMO PRAGMATISMO

Não raramente o pragmatismo é definido de forma depreciativa, tendo como principal característica a inobservância dos Direitos Fundamentais para se obter uma decisão política ou jurídica indiferente a qualquer ideal de justiça.

Ataíde Júnior¹³² em sua tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada “Processo civil pragmático”, explica que a visão distorcida do pragmatismo descreve que “O pragmático é o que resolve as coisas na prática, mas num certo sentido egoístico, como que para atender aos seus próprios interesses ou para oferecer uma solução rápida, e de qualquer jeito, para um problema qualquer”.

Tal visão do pragmatismo “quase que se assimila com as ideias de competição e lucro, como uma maneira de ser das pessoas e das instituições dentro do modo de produção capitalista”¹³³.

¹³² ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. p. 48.

¹³³ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 48.

O pragmatismo conhecido como vulgar ou cotidiano, propaga a ideia de praticidade, e está atrelado à visão de que geralmente não se prende “às teorias abstratas e, ao mesmo tempo, meio desligado de valores éticos e morais”¹³⁴.

Conforme explica Ataíde Junior¹³⁵, na esfera jurídica “o pragmatismo tem sido quase sempre reduzido ao movimento da *Law and Economics* (análise ou interpretação econômica do direito)”.

Entretanto, afirma que essa visão ocorre frequentemente “num sentido também distorcido, de se tratar de uma proposta de eficiência à custa dos direitos fundamentais, o que reforça o estereótipo geral”¹³⁶.

Ao definir o termo pragmatismo, Arruda¹³⁷ explica que:

O pragmatismo se tornou atraente no direito, na medida em que se compromete em contornar o caminho espinhoso dos bens inarticulados em direção a interpretações jurídicas mais adaptáveis à estrutura social e econômica da nossa sociedade. Busca identificar o estado de espírito dos estudiosos que rejeitam as reivindicações fundacionais da teoria jurídica, mas que permanecem comprometidos com a visão de que o método experimental possa ser útil para resolver problemas jurídicos. Para os pragmáticos a teoria é uma ferramenta que pode ajudar os juízes a resolver tais problemas, compromissado com a ideia de progresso. Ou seja, a teoria será utilizada para se funcionar a proposta de seu investigador.

Apesar de ser objeto de visões depreciativas, o pragmatismo possui características que viabilizam uma nova visão acerca do direito processual, o que revela a importância do termo. Tais características serão delineadas a seguir, especialmente quando se trata do pragmatismo filosófico.

2.1.2 O pragmatismo cotidiano de Posner: uma visão do termo pragmatismo baseada na ideia de democracia de elites

A ideia de pragmatismo cotidiano foi delineada por Richard Allen Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito da Justiça Federal norte-americana. Em sua teoria pragmática o referido

¹³⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 48.

¹³⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 49.

¹³⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 49.

¹³⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação. Mestrado em Direito. Departamento de Filosofia e Teoria Geral da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 25.

professor estabelece que uma característica intrínseca ao pragmatismo é meramente basear ações em fatos e consequências.

Associado à teoria darwinista, Posner explica que “O corpo e a mente se desenvolveram simultaneamente. Adaptada ao ambiente humano ancestral, a inteligência humana é melhor para lidar com problemas práticos”¹³⁸.

Isto significa que, “nossa inteligência é essencialmente instrumental e não contemplativa. O raciocínio teórico dá continuidade ao raciocínio prático, não sendo uma faculdade humana separada”¹³⁹.

Neste contexto, são características centrais do pragmatismo: concretude, adequação, fatos, ação e poder. Para os pragmatistas o conhecimento se firma com base na experiência.

A verdade para os pragmatistas consiste naquilo que realmente pode acontecer, ou seja, o pragmatismo é voltado para as consequências, não se baseando em ‘ideais utópicos’.

Desta forma, Posner¹⁴⁰ explica que “Os pragmatistas não duvidam que “verdadeiro” e “falso” sejam sugestivamente atribuídos a proposições, mas compatíveis com sua ênfase nas consequências”.

Na visão dos pragmatistas, “uma proposição é verdadeira (“verdadeira o bastante” seria mais preciso) se as consequências que preveem ou inferirem realmente ocorrerem”¹⁴¹.

O pragmatismo cotidiano, como elucida Posner pressupõe que “o método experimental de investigação é o melhor. Isso significa tentar uma coisa e depois uma outra num esforço de descobrir meios de melhorar a previsão e o controle de nosso ambiente, tanto físico quanto social”.

Enfatiza que “O modelo é seleção natural, um processo essencialmente de tentativa e erro, de experimentalismo amplo. A seleção natural não tem teleologia e,

¹³⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias de Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1.

¹³⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 1.

¹⁴⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 2.

¹⁴¹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 2.

da mesma forma, o experimentalismo não está predestinado a descobrir a verdade”¹⁴².

A obra de Posner tem como objetivo principal extrair as implicações do pragmatismo cotidiano para a adjudicação e a governança política e, conseqüentemente, para o positivismo legal e para a democracia¹⁴³.

Segundo Posner, o pragmatismo cotidiano tem muito a contribuir para o direito, e consiste na “atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, que significa “uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e sonhadores utópicos”.

Posner propaga a teoria da adjudicação pragmática, afirmando que “A essência do conceito é bastante simples: o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que “todas as coisas” incluem tanto conseqüências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu sentido mais amplo”.

Refuta a concepção errada de que “o pragmatista legal só se preocupa com as conseqüências *imediatas* de uma decisão, ou de uma política”. Ainda, acrescenta princípios de adjudicação pragmática decorrentes do pragmatismo cotidiano a esta definição¹⁴⁴.

Sob os influxos da Odisseia, literatura de Homero, Posner descreve que Odisseu é forte, corajoso e habilidoso na luta, e se apoia na astúcia, na trapaça e na fraude inequívoca, ressaltando sua inteligência prática e adaptativa, caracterizando-o como pragmático, argumentador, instrumental e não especulativo¹⁴⁵.

Assim, a razão do pragmatismo é a Odisseia, eis que possui respaldo na inteligência, na prática, na adaptação, bem como na impetuosidade como mecanismo adaptativo.

¹⁴² POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 7.

¹⁴³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 10.

¹⁴⁴ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 10.

¹⁴⁵ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 21.

Trata-se de “uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, objetiva, comercial, materialista e filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar”¹⁴⁶.

Posner explica inicialmente a teoria do contrato de Holmes, apontando para uma essência da adjudicação pragmática: “uma elevada preocupação com as consequências”, ou “uma disposição para fundamentar julgamentos de políticas em fatos e consequências, e não em conceitualismos e generalidades”¹⁴⁷.

Posner¹⁴⁸ descreve doze princípios, os quais considera generalizações que podem ser úteis à definição da adjudicação pragmática, transcreve-se:

1. O pragmatismo legal não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso.
2. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dá peso controlador as consequências sistêmicas, como o formalismo legal faz, isto é, apenas raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. E às vezes circunstâncias específicas no caso dominarão completamente o processo decisório.
3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade.
4. Assim sendo, apesar da ênfase nas consequências, o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (mais proeminentemente utilitarismo) que avalia ações pelo valor de suas consequências: a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Estão destinadas a serem bolsões formalistas num sistema de adjudicação pragmático, principalmente decisão por normas e não por padrões. Além disso, por razões tanto práticas quanto jurisdicionais, não se exige e nem mesmo se permite que o juiz leve em conta *todas* as possíveis consequências de suas decisões.
5. O pragmatismo legal é objetivo em relação à aceitação de decisões passadas como uma necessidade (qualificada) em vez de um dever ético.
6. O pragmatista legal acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático.
7. O pragmatismo legal é empiricista.
8. Portanto, não é hostil a toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que é o formalismo legal, a saber, teorias que guiam a investigação empírica. O pragmatismo legal é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial.
9. O juiz pragmático tende a privilegiar bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal.
10. O pragmatismo legal não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto, do positivismo de H. L. A. Hart.
11. O pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica da retórica como modo de raciocínio.
12. É diferente tanto do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos.

¹⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 38-39.

¹⁴⁷ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 46.

¹⁴⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 47.

O pragmatismo não se preocupa em manter a autonomia conceitual do direito, e segundo Posner, “está mais aberto a invasões do direito vindas de outros domínios do saber”.

Segundo Brian Leiter, citado por Posner, os pragmatistas legais pugnam por “uma jurisprudência naturalizada, isto é, uma jurisprudência que evite uma análise conceitual de gabinete em favor da continuidade com investigação *a posteriori* nas ciências empíricas”¹⁴⁹.

Posner acentua a importância da economia para o direito, e explica que isto ocorre porque “os economistas estão preocupados em mapear muitas das consequências que são centrais para a análise legal pragmática, como os efeitos econômicos (econômicos num sentido amplo ou estreito) [...]”¹⁵⁰.

O professor norte-americano descreve as qualidades de um líder pragmatista, o que denota a concepção depreciativa do pragmatismo por ele capitaneado:

“As qualidades necessárias num estadista ou outro líder estão mais próximas das de um corretor, vendedor, ator ou empresário do que das de um acadêmico. [...] Eles são estratégicos e interpessoais – manipuladores, coercitivos psicológicos e até mesmo teatrais. [...] A ética da responsabilidade política exige uma vontade de se comprometer, de sujar as mãos, adular, lisonjear, iludir e mentir, fazer negociações inescrupulosas de pacote fechado e, assim, abrir mão da autossatisfação altiva que decorre da pureza e devoção consciente aos princípios. Essas são as qualidades de todos os políticos, mas particularmente dos democratas”¹⁵¹.

Em que pese a teoria pragmatista desenvolvida por Posner possua em sua gênese características intrínsecas de toda e qualquer teoria pragmática, seu entendimento não prevalece para os fins desta pesquisa.

Isto porque, Posner fundamenta sua ideia de democracia na democracia de elites desenvolvida por Joseph Schumpeter, no sentido de que “A democracia pragmática é representativa e bipartidária, pressupõe o fato da desigualdade (de capacidades) e reduz a política a um mercado eleitoral (disputa pelos votos dos eleitores) com o objetivo de garantir a estabilidade econômica e política”¹⁵².

¹⁴⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 70.

¹⁵⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 70.

¹⁵¹ POSNER, Richard. Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 129.

¹⁵² HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012. p. 9.

Em sua obra *Direito, Pragmatismo e Democracia*, Posner propaga a teoria do liberalismo pragmático, que diverge do liberalismo deliberativo, sendo que este consiste na junção entre a democracia deliberativa e a adjudicação vinculada a normas ou a princípios¹⁵³.

Neste sentido, o autor esclarece a diferença entre liberalismo pragmático e liberalismo deliberativo:

O liberalismo deliberativo modela a votação e a ação de representantes oficiais eleitos, guiados por razões outras que não por interesse, e a adjudicação conforme guiada por regras (nas versões mais formalistas de adjudicações deliberativas) ou princípios (nas versões de processo legal e filosofia moral, que são menos formalistas). O liberalismo pragmático, com sua compreensão sem ilusões da natureza humana e seu ceticismo em relação ao efeito restritivo das teorias jurídicas, morais e políticas sobre ações de representantes oficiais enfatiza as restrições institucionais e materiais do processo de tomada de decisão por representantes oficiais numa democracia¹⁵⁴.

O liberalismo pragmático adota o conceito de democracia de elite, desenvolvido por Joseph Schumpeter.

No que se refere à democracia Posner menciona que Dewey estabelece dois significados de democracia. O primeiro significado é o de democracia epistêmica, que consiste “na ideia de que as melhores formas de investigação e tomada de decisão política são democráticas em sua natureza.

A segunda definição se refere à democracia política, que significa “um sistema de governança política cuja característica definidora nos tempos modernos é a de que todos os legisladores, bem como o chefe do ramo executivo do governo (mesmo se ele não for um legislador, como normalmente será uma democracia parlamentar), são eleitos por voto popular para mandatos limitados”. Para Posner esses dois conceitos de democracia é o que distingue o pragmatismo na visão de Dewey¹⁵⁵.

Na tentativa de realizar a conexão entre a democracia epistêmica e a democracia política, Dewey apresenta a democracia deliberativa, a qual, segundo Posner¹⁵⁶:

é a democracia política concebida não como um choque de desejos e interesses ou como um agregado de preferências (a concepção benthamita de democracia) ou como uma mera supervisão de funcionários públicos,

¹⁵³ POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. VII.

¹⁵⁴ POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. VII.

¹⁵⁵ POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 78.

¹⁵⁶ POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 84.

eleitos ou não, que são os verdadeiros governantes (concepção de democracia de Schumpeter).

Posner trata de dois conceitos atribuídos à democracia política, a “Democracia no Conceito 1”, que ele caracteriza como um conceito idealista, teórico, e com uma visão de cima para baixo, e a “Democracia no Conceito 2”, conceito este que ele considera como pragmático¹⁵⁷.

Os pragmatistas adeptos do Conceito 2, “não partem da teoria moral ou política, mas da prática real da democracia em suas várias instâncias, de Atenas nos séculos V e IV a.C. até aos Estados Unidos no século XXI d.C.”¹⁵⁸.

Os democratas do Conceito 2 “veem a política como uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, constituindo urna classe regente, para o apoio do povo que também se pressupõe buscar seus próprios interesses”¹⁵⁹.

A Democracia no Conceito 2 “É o governo por representantes oficiais que são, no entanto, escolhidos pelo povo e que, se não atenderem às expectativas, são afastados pelo povo no final de um mandato curto fixo ou limitado”, afirma Posner¹⁶⁰.

Com base na democracia de elites de Schumpeter, Posner faz uma interpretação econômica da democracia no Conceito 2. O professor norte-americano explica que “O economista chega ao estudo da política a partir de um estudo dos mercados, onde vendedores que buscam o lucro competem pela atenção dos compradores”¹⁶¹.

Nos mercados econômicos, assim como nos políticos, o comprador não projeta o produto, ele o escolhe a partir de um menu apresentado pelos vendedores. Escolado nas vantagens econômicas da divisão do trabalho, o econômico que se torna cientista político está alerta às vantagens que mais provavelmente fluem da constituição de um corpo de especialistas em governar, os representantes e Outros representantes oficiais, liberando o resto dos cidadãos para se especializarem em outras atividades. Essa divisão salutar do trabalho acarreta uma separação na visão geral e no conhecimento entre governadores e governados, mas isso não é diferente da separação entre vendedores e compradores nos mercados econômicos¹⁶².

Uma outra denominação atribuída à democracia no Conceito 2, conforme afirma Posner¹⁶³, consiste na ‘democracia competitiva’, sendo que:

¹⁵⁷ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 101.

¹⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 111.

¹⁵⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 111.

¹⁶⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 111.

¹⁶¹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 146.

¹⁶² POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 146.

¹⁶³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 159-160.

Os "concorrentes" compartilham informações, "conspiram", reúnem resultados, e daí por diante, formas que seriam ilegais num mercado econômico e que também não são encontradas em mercados políticos. Os principais partidos às vezes conspiram, por exemplo, para sufocar outros partidos, [...], mas dentro de cada partido, há uma competição feroz entre facções e entre candidatos rivais.

Diante do referente adotado para esta pesquisa, tal entendimento acerca da democracia deve ser desprezado, pois não leva em consideração a garantia da consecução dos Direitos Fundamentais Sociais e do Acesso à Justiça.

2.1.3 Aspectos gerais da dicotomia entre o pragmatismo filosófico e jurídico

Existem duas correntes do pragmatismo que merecem ser abordadas, ainda que em linhas gerais, a fim de possibilitar a análise da aplicação do método processual pragmático, as quais especificamente consistem no pragmatismo filosófico e no pragmatismo jurídico.

No ano de 1870, surge o pragmatismo filosófico nos Estados Unidos da América, tendo como precursores Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952)¹⁶⁴.

Peirce e James, juntamente com Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green, fundaram o "Clube Metafísico de Harvard", assim denominado ironicamente, tendo em vista que "naquela época a metafísica era considerada fora de moda" nos círculos de debates filosóficos¹⁶⁵.

Ao tratar do pragmatismo filosófico, Posner descreve duas vertentes, quais sejam: o pragmatismo ortodoxo, que reside no "pensamento predominante da filosofia acadêmica", e o pragmatismo recusante, o qual "busca um papel que possibilitará aos filósofos dar uma contribuição construtiva para a solução de problemas sociais práticos, inclusive problemas legais", sendo que o professor norte-americano duvida da exequibilidade desta busca¹⁶⁶.

¹⁶⁴ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação. Mestrado em Direito. Departamento de Filosofia e Teoria Geral da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 27.

¹⁶⁵ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação. Mestrado em Direito. Departamento de Filosofia e Teoria Geral da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 27.

¹⁶⁶ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 10.

Posner distingue o pragmatismo filosófico e o pragmatismo cotidiano, do qual emerge sua teoria. Ele afirma que “há um tom pragmático, que é antigo e que, a partir de suas raízes antigas, deu origem a um ramo da filosofia do pragmatismo (que daí ramificou nos últimos anos) e a uma prática cotidiana do pragmatismo”¹⁶⁷.

O tom pragmático surgiu em sua dimensão filosófica “com os filósofos pré-socráticos e uma forma demótica na prática da democracia ateniense”.

Algumas características do pragmatismo filosófico que surgiram na referida época foram descritas por Posner, em suma, os sofistas empregavam técnicas retóricas nas contendas legais, e políticas nos tribunais e na Assembleia; Heráclito “ênfatizou o caráter de experiência como fluxo”, bem como de “conceitos como tentativas de impor ordem ao fluxo”; Protágoras, por sua vez, “disse que o homem é a medida de todas as coisas, querendo dizer que a realidade é o que seres humanos fazem do mundo externo para seus próprios fins”¹⁶⁸.

A política era debatida pelos cidadãos de acordo com “suas opiniões e interesses em vez do dos princípios abstratos do bem público ou reivindicações críveis de possuir a verdade última”.

Posner¹⁶⁹ afirma ainda que “Os sofistas, cujo papel, como o dos advogados modernos, era o de persuadir os cidadãos a escolher um lado ou o outro das disputas políticas e legais, não estavam interessados em descobrir a verdade”. Mas sim, “em escrever recursos persuasivos para a compreensão imperfeita, as opiniões e até os prejuízos, de plateias específicas”.

A problemática de se traçar uma definição específica para o pragmatismo consiste no fato de que há dissenso até mesmo entre seus precursores, ainda que no âmbito de uma mesma corrente da teoria pragmática. Esta problemática se resolve pelo fato de que o pragmatismo não foi instituído como uma doutrina, ou seja, não se trata de um conjunto de ideias harmônico e conectado entre si.

Neste contexto, Duguit¹⁷⁰ afirma que o pragmatismo “não é uma doutrina, é um conjunto de ideias que não tem coordenação e harmonia”.

¹⁶⁷ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 20.

¹⁶⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 22.

¹⁶⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 22.

¹⁷⁰ DUGUIT, León. **El pragmatismo jurídico**. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. p. 62.

Para Duguit¹⁷¹, “Doutrina é a coordenação de um conjunto de ideias gerais e o pragmatismo, ainda que tenha algumas dessas ideias, estão nele carentes de harmonia e conexão”.

Por este motivo é que o pragmatismo filosófico é reconhecido frequentemente como um método para fazer filosofia, e não uma teoria filosófica. Trata-se, portanto, de uma teoria sobre como usar a teoria¹⁷².

Segundo Pierce, o pragmatismo é método para a ação, eis que “a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação; e que qualquer coisa que esteja ligada com um pensamento, mas que seja irrelevante para o seu objetivo, é um acréscimo, mas não parte dele”¹⁷³.

A mente é, neste sentido, um instrumento para a sobrevivência humana, pois “assim como o significado se adapta ao seu propósito, o sujeito se adapta ao seu fim e a mente lhe serve como um mecanismo adaptativo para enfrentar o ambiente externo”.

James¹⁷⁴ assevera que para seguirmos o método pragmático, “Tem-se de extrair de cada palavra o seu valor de compra prático, pô-lo a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência”.

O método pragmático consiste, então, em uma atitude de orientação, que nos dizeres de James¹⁷⁵ significa “A atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das “categorias”, das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, consequências, fatos”.

O pragmatismo é antifundacionalista no sentido de que se opõe a qualquer concepção absoluta de verdade, e “não busca encontrar a causa primeira das coisas”¹⁷⁶.

¹⁷¹ DUGUIT, León. **El pragmatismo jurídico**. p. 62.

¹⁷² EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, CEBRAP, n. 62, mar 2002. p. 109.

¹⁷³ PIERCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul (Orgs.). **Collected Papers of Charles Sanders Pierce**, vol. V, p. 388-410, 1934. item 400.

¹⁷⁴ JAMES, Willian. **Pragmatismo**. São Paulo: Nova Cultural: 1989. p. 20.

¹⁷⁵ JAMES, Willian. **Pragmatismo**. p. 21.

¹⁷⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 57.

É também antirracionalista, tendo em vista que rejeita a filosofia que exerce apenas os poderes de abstração intelectual¹⁷⁷. James¹⁷⁸ explica que:

O pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori*, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.

Descreve-se ainda o pragmatismo como uma teoria empírica, pois a sua concepção de verdade é obtida através das experiências, sendo que prevalece aquela que condiz com um resultado prático.

Neste contexto James¹⁷⁹ afirma que “a verdade de uma ideia não é uma propriedade estagnada nessa ideia. Acontece ser verdade a uma ideia. Esta torna-se verdadeira, é feita verdadeira pelos acontecimentos”.

Para Pierce¹⁸⁰, o que remete aos pragmatistas “não é saber se um debate faz ou não sentido, se ele remete a problemas reais ou não-reais, mas determinar se a resolução desse debate terá um efeito na prática, se ele será útil”.

Duguit¹⁸¹ assevera que “*La verdad de una afirmación se juzga por el valor de sus consecuencias o resultado*”.

O processo de verificação da verdade ocorre, portanto, através de uma ideia que seja testada, e o resultado útil significa a sua completude através da experiência. Neste sentido, afirma-se com James¹⁸² que “verdadeira é o nome para qualquer idéia que inicie o processo de verificação, útil é o nome para sua função completada na experiência.”

De acordo com a concepção pragmática, a verdade significa “o mesmo que útil, valioso, promotor da vida”¹⁸³. Segundo Hessen¹⁸⁴, para o pragmatismo:

¹⁷⁷ RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. **Para que serve a verdade?** São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 58-59.

¹⁷⁸ JAMES, Willian. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 47.

¹⁷⁹ JAMES, Willian. **Pragmatismo**. p. 113.

¹⁸⁰ RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. **Para que serve a verdade?** p. 54.

¹⁸¹ DUGUIT, León. **El pragmatismo jurídico**. p. 65.

¹⁸² JAMES, Willian. **Pragmatismo**. p. 114.

¹⁸³ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Virgílio Gallerani Cuter. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 31.

¹⁸⁴ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. p. 31.

o homem é, antes de mais nada, um ser prático, dotado de vontade, ativo, e não um ser pensante, teórico. Seu intelecto está totalmente a serviço de seu querer e de seu agir. O intelecto não foi dado ao homem para investigar e conhecer, mas para que possa orientar-se na realidade. É dessa determinação prática de fins que o conhecimento humano retira seu sentido e seu valor. A verdade do conhecimento consiste na concordância do pensamento com os objetivos práticos do homem - naquilo, portanto, que provar ser útil e benéfico para sua conduta prática. Assim, o juízo "a vontade humana é livre" é verdadeiro porque e apenas na medida em que demonstra ser útil e benéfico para a vida humana, especialmente para a vida em sociedade.

Rorty¹⁸⁵ ensina que “o pragmatismo tentou jogar por terra a influência dos antigos códigos morais e substituí-los por uma atitude “experimental”, sem medo de uma legislação social conveniente e revolucionária, nem de novas formas de liberdade artística e pessoal”.

O pragmatismo não se confunde com o utilitarismo, neste sentido Ataíde Junior¹⁸⁶ expressa que apesar de ser consequencialista e empirista, assim como o utilitarismo, as duas teorias são divergentes:

O pragmatismo, insista-se, não se confunde com o utilitarismo, apesar de ambos compartilharem características empiristas e consequencialistas. O pragmatista se guia por consequências e resultados, mas não os identifica através de uma hierarquia de preferências hedonísticas racionalmente calculadas, senão através do contexto significado a partir de uma pesquisa empiricamente orientada.

Savaris¹⁸⁷ afirma que o utilitarismo possui como base a “busca pelo estado de coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral de custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento”.

O fundador da doutrina utilitarista foi Jeremy Bentham, esta teoria é pautada pelo princípio da máxima felicidade, ou seja, o principal objetivo da moral é proporcionar felicidade ao maior número de pessoas, elevando o prazer e reduzindo o sofrimento, considerando que todos são governados por estes sentimentos.

¹⁸⁵ RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. p. 92.

¹⁸⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 64.

¹⁸⁷ SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social**: contributo para a superação da prática utilitarista. p. 40

Bentham¹⁸⁸, precursor da doutrina utilitarista, assevera que “[...] propiciar prazeres e evitar dores constituem os ‘objetivos’ que o legislador tem em vista, razão pela qual é de conveniência que compreenda o seu valor”.

Para ele, “Os prazeres e as dores constituem os ‘instrumentos’ com os quais o legislador deve trabalhar. Por este motivo convém que compreenda a força dos mesmos, ou seja, em outros termos, o seu valor”¹⁸⁹.

A ideia central de Bentham é formulada da seguinte maneira: “o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”¹⁹⁰.

De acordo com Bentham, “a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor ou sofrimento”¹⁹¹.

No entanto, existem algumas objeções quanto ao utilitarismo, no sentido de que quem é adepto a esta teoria não consegue respeitar os direitos individuais, bem como no fato de que a preferência de todos tem o mesmo preço, oferecendo a ideia de moeda comum sem qualquer justificação¹⁹².

Mill resgatou o utilitarismo de Bentham, invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade¹⁹³.

No entanto, esta ideia de utilidade não condiz com o resultado prático pretendido pelo pragmatismo, tendo em vista que este não busca a maximização de riquezas para o maior número de pessoas. O pragmatismo pretende, através de uma análise sistêmica, voltada para as consequências do futuro, basear ações em resultados práticos.

¹⁸⁸ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16.

¹⁸⁹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16.

¹⁹⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 48

¹⁹¹ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. p. 48.

¹⁹² SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. p. 59.

¹⁹³ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. p. 71.

Neste caso, ainda que a análise econômica do direito seja uma das perspectivas importantes do pragmatismo, não é o único viés sob o qual deve ser aplicado.

A concepção de verdade pragmática está pautada no fato de que a partir de uma ideia colocada em prática através de ações, e aí reside o empirismo, pois essa ideia passa a ser testada, e através de seu resultado verifica-se a sua praticidade.

No que se refere ao pragmatismo jurídico, destaca-se que um de seus traços mais marcantes reside no fato de que ele é considerado como método para orientar a produção do direito, ou seja, não consiste em uma teoria que pretenda explicar ou conceituar o fenômeno jurídico¹⁹⁴.

Rosenfeld¹⁹⁵ assevera que o objetivo do pragmatismo jurídico é apresentar soluções práticas, “limitando a interpretação jurídica ao concreto e orientando-a às consequências práticas, levantando a possibilidade de decidir questões sem [...] tomar partido na disputa entre concepções concorrentes acerca do bem”.

Assim, pode-se afirmar com Ataíde Junior¹⁹⁶ que o pragmatismo jurídico pretende “servir de método para orientar a produção do direito, em todos os seus níveis, em especial no âmbito do processo judicial e dos meios de solução de disputas”.

Este método deve produzir “um direito preocupado com suas repercussões práticas, que não se limite à sua coerência lógico-racional, que seja um antídoto para o formalismo”¹⁹⁷.

Além disso, Ataíde Junior¹⁹⁸ explica que o pragmatismo jurídico também é considerado antirracionalista, uma vez que despreza “as formulações de direito natural, concebido como a crença”, mas “não se alinha com o positivismo jurídico, que reduz a experiência jurídica ao seu elemento normativo”.

¹⁹⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 73.

¹⁹⁵ ROSENFELD, Michel. Pragmatism, pluralism and legal interpretation: Posner's na Rorty's justice without metaphisycs meets hate speech. **Cardozo Law Review**, v. 97, p.97-151, 1996. 26.

¹⁹⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 73.

¹⁹⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 73.

¹⁹⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 73.

Conforme Saldaña¹⁹⁹ “la crítica pragmática determina, no el coeficiente efectivo de realidad, sino el coeficiente eficaz de realización”.

Duguit²⁰⁰ expressa uma forma de sistematização do pragmatismo jurídico, na qual “o pragmatismo serve como um método de “controle de realidade” das doutrinas e teorias jurídicas e políticas”²⁰¹, pois segundo ele “la realidad existirá, y los conceptos serán verdaderos para el pragmatismo sólo si tienen una eficacia en sus consecuencias – pues el valor de las ideas depende de su eficacia moral y social”.

Neste contexto Duguit²⁰² estabelece três objetivos para que um sistema tenha um valor paradigmático, quais sejam:

1.º Que con la ayuda de sus sistemas de derecho puedan establecerse los fundamentos sólidos de las limitaciones jurídicas, que deben oponerse al poder del Estado.

2.º Que permita proteger eficazmente todas las situaciones privadas legítimas dignas de ser protegidas, es decir, que correspondan a una necesidad social y a un sentimiento de justicia. Puede haber divergencias entre lo que es un fin y una necesidad social, pero todas las situaciones que respondan a esa necesidad y a ese sentimiento deben ser protegidas por un derecho.

3.º Este sistema jurídico debe tener tal naturaleza, que facilite y sancione las relaciones jurídicas entre los individuos. Que sea – según Hauriou – sanción del comercio jurídico.

Em razão do paradigma do constitucionalismo, bem como do dever do Estado de garantir a consecução dos Direitos Fundamentais, em especial seu dever de atuação positiva para a garantia dos direitos sociais, o pragmatismo jurídico nos dias atuais “não pretende apenas limitar o poder do Estado, mas se preocupa, também e intensamente, com sua atuação positiva, comprometida com a realização dos Direitos Fundamentais, com destaque aos prestacionais”, afirma-se com Ataíde Junior²⁰³.

Desta forma, em que pese descrever características importantes do pragmatismo jurídico, tais como o anticonceitualismo e o antiformalismo, a sistematização esboçada por Duguit não tende a prevalecer²⁰⁴.

¹⁹⁹ SALDAÑA, Quintiliano. Estudio preliminar: el pragmatismo jurídico de M. Duguit (prefácio). In: DUGUIT, Léon. **El pragmatismo jurídico**. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. p. 21.

²⁰⁰ DUGUIT, L. **El pragmatismo jurídico**. p. 73-74.

²⁰¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Proceso civil pragmático**. p. 77.

²⁰² DUGUIT, L. **El pragmatismo jurídico**. p. 77

²⁰³ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Proceso civil pragmático**. p. 78.

²⁰⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Proceso civil pragmático**. p. 78.

De acordo com o pragmatismo jurídico, as decisões judiciais devem ser tomadas com base em um “referencial comum”, o qual consiste na finalidade do direito²⁰⁵.

A interpretação realizada através do exercício da jurisdição deve conter um sentido pragmático, o qual “revela o compromisso do seu operador com a possível e plena realização das finalidades da lei no mundo exterior”, nos dizeres de Venturi²⁰⁶.

Para Dewey²⁰⁷, “só podemos julgar o que a lei ‘é’, na verdade, dizendo como ela opera e quais são seus efeitos nas e sobre as atividades humanas que estão em andamento”.

No que se refere à aplicação do direito, Dewey²⁰⁸ afirma que a ausência de sua aplicabilidade consiste em meros “pedaços de papel ou vozes no ar, mas nada que possa ser chamado de lei [direito]”.

2.2 A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA PARA A CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Para se compreender a função da jurisdição democrática, é antes necessário compreender o sentido do Estado Democrático de Direito, no qual passa-se a atuar a jurisdição de forma democrática, em observância à carga axiológica contida na constituição devido aos Direitos Fundamentais preestabelecidos.

Segundo Streck²⁰⁹, “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos Direitos Fundamentais Sociais”. Para ele “É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito”.

²⁰⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 82.

²⁰⁶ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158.

²⁰⁷ DEWEY, John. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 517.

²⁰⁸ DEWEY, John. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 517.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 261.

Para Streck²¹⁰, “A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade”.

Conceitua Ferrajoli²¹¹ que a constituição consiste precisamente neste sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os próprios titulares do poder.

A expressão Estado de Direito, conforme leciona Pedro Manoel Abreu²¹², possui uma carga valorativa, e traduz “um compromisso ao evidenciar um Estado que tem no direito, no seu ordenamento jurídico, e especialmente na Constituição seu fundamento e, ao mesmo tempo sua limitação”.

Streck e Morais²¹³ compartilham do entendimento de que “a novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional”.

Consideram ainda os referidos juristas que nesta versão o Estado “representa uma ruptura, porque traz à tona formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade”²¹⁴.

Sobre o paradigma constitucionalista, Atienza²¹⁵ explica que “se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição”, isto se deve pelo fato de que “a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais”.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 261.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 32.

²¹² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 118.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 103-104.

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. p. 103-104.

²¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. p. 46.

Ferrajoli ensina que as garantias jurisdicionais são secundárias, já que as primárias ou substanciais consistem nas obrigações ou proibições que correspondem aos direitos subjetivos garantidos.

As garantias jurisdicionais são reconhecidas por Ferrajoli²¹⁶ como:

as obrigações, por parte dos órgãos judiciais, de aplicar a sanção ou declarar a nulidade quando se constatem, no primeiro caso, atos ilícitos e, no segundo, atos inválidos que violem os direitos subjetivos e, com eles, suas correspondentes garantias primárias.

Pisarello classifica as garantias jurisdicionais em ordinárias e especiais. As garantias jurisdicionais ordinárias, são confiadas aos tribunais divididos em diferentes ordens (civis, penais, trabalhistas, contencioso-administrativo) com capacidade para prevenir, controlar ou sancionar vulnerações de direitos provenientes de órgãos administrativos ou de particulares²¹⁷.

Já as garantias jurisdicionais especiais geralmente são confiadas aos tribunais superiores ou especificamente constitucionais, e seu objetivo, basicamente, é estabelecer mecanismos de controle e reparação naqueles casos em que as garantias jurisdicionais ordinárias tem resultado insuficientes ou nos que a vulneração dos direitos pode atribuir-se as ações ou omissões do próprio legislador²¹⁸.

Diante desta situação, a Constituição Federal de 1988 dispõe de instrumentos capazes de garantir a (re)afirmação dos Direitos Fundamentais Sociais, dentre os quais destaca-se o papel da jurisdição democrática, tendo em vista que à luz do paradigma constitucionalista, as decisões jurisdicionais têm como pressuposto a materialização dos Direitos Fundamentais.

Staffen e Langer²¹⁹ afirmam que “A positivação de Direitos Fundamentais no texto constitucional torna o Estado devedor de uma série de prestações, que justamente por estarem inseridas no ordenamento jurídico, tornam-se judicialmente exigíveis”. Sendo assim, “há que se reconhecer que o Poder Judiciário não pode manter-se inerte, ou mesmo afastado das questões sociais”.

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2010. p. 64.

²¹⁷ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 120-121.

²¹⁸ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. p. 121.

²¹⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo; LANGER, Octaviano. Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais em um estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 05 abr. 2016. p. 979.

No Estado Democrático de Direito, “o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais”²²⁰.

A concepção contemporânea da jurisdição não admite que o legislador seja considerado “o único foco da elaboração jurídica, e da justiça atividade de segunda plana, mecânica e incapaz de criação”²²¹.

Logo, “o direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos juriferantes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei”²²².

Alexy²²³ leciona que a jurisdição em um Estado Democrático de Direito tem como pressuposto “a imposição dos direitos do homem em sua positivação como Direitos Fundamentais, o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de Direitos Fundamentais da constituição”.

Passa-se a resgatar, neste íterim, a substância da lei, e a necessidade de sua “limitação e conformação aos princípios de justiça”²²⁴.

Quando se trata desse aspecto substancial da lei, Marinoni afirma que²²⁵:

Tal substância a esses princípios tinham de ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições. Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de flexibilidade – tornando-se “rígidas”, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária – e passaram a ser vistas como dotadas de plena eficácia normativa. A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora é subordinada a Constituição. [...] A lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a elas estejam adequadas. Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016. p. 267.

²²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 100. v. 1.

²²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. p. 100.

²²³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95-96.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 46.

vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.

Considera-se a força normativa da Constituição como sendo capaz de contaminar todo o sistema jurídico, sendo que “todas as normas “textos” infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional”²²⁶.

Sobre a força normativa da constituição, convém descrever, ainda, o entendimento de J. J. Gomes Canotilho²²⁷, o qual leciona que:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como “lei”: o direito constitucional é direito positivo, Neste sentido se fala na constituição como norma e na força normativa da constituição.

Portanto, “a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos sejam interpretados de acordo com ela”²²⁸.

Luís Roberto Barroso²²⁹ ensina que a interpretação constitucional consiste em “uma modalidade de interpretação jurídica”. Isto ocorre em “decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos”.

Pode-se afirmar que, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, a norma de direito fundamental sempre contém valoração.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 348.

²²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 183.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 351.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 5. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 27 maio. 2017. p. 10.

De acordo com Marinoni, “O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos Direitos Fundamentais, assim, uma eficácia irradiante”²³⁰.

Além disso, a interpretação conforme a Constituição possibilita o combate às decisões das majorias, que muitas vezes tentam suprimir os Direitos Fundamentais Sociais já conquistados pelas minorias, o que caracteriza a denominada democracia constitucional, na qual o núcleo de proteção são os Direitos Fundamentais das pessoas mais fragilizadas.

Neste contexto, Streck²³¹ ao refletir sobre papel do processo no Estado Democrático de Direito, e juntamente com André Cordeiro Leal, afirma que:

[...] a jurisdição, a partir das propostas científicas de um processo a ser tematizado no Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas, sim, o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia esta que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão.

Em um contexto no qual o constitucionalismo tem se firmado como paradigma para a atuação dos Poderes Públicos, em especial para as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o qual está atrelado à efetiva concretização dos Direitos Fundamentais, evidencia-se a necessidade de uma jurisdição democrática, comprometida com o acesso à justiça tanto em seu aspecto formal como material. Segundo Staffen e Langer²³²:

O termo jurisdição democrática está ligado com o compromisso do poder judiciário em solucionar adequadamente os novos conflitos de ordem nitidamente sociais que chegam aos fóruns. São demandas que exprimem as tensões existentes na sociedade moderna, e que demandam julgamentos com viés nitidamente político e social.

No mesmo sentido, Pedro Manoel Abreu²³³ explica que:

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>> Acesso em: 27 maio 2017. p. 2.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 353.

²³² STAFFEN, Márcio Ricardo; LANGER, Octaviano. Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais em um estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 05 abr. 2016. p. 983.

²³³ 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 Editorial, 2011. p. 266-267.

[...] o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão 'democracia jurisdicional'.

Para Vianna²³⁴, “democratizar o judiciário passa a dizer respeito, sobretudo, à sua aproximação com a vida social”, o que requer a criação de “uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade, inclusive os pequenos interesses até então desamparados”.

A jurisdição, num contexto democrático e constitucional, tem como dever fundamental a proteção dos Direitos Fundamentais. Sobre este dever fundamental da jurisdição, Bodnar²³⁵ explica que:

Na jurisdição focada na idéia de dever fundamental, merece destaque o papel do magistrado em especial a sua sensibilidade humana. Isso porque a decisão precisa ter a cara do juiz, de seu pensamento responsável e de seu sentimento de justiça afinado com os reais anseios da sociedade a que serve. No judiciário do novo milênio, não deve haver espaço para técnicos burocratas os quais ainda pronunciam o direito como os antigos juízes 'boca da lei', ou como simples reprodutores da jurisprudência dominante, pois os juízes, enquanto peças-chaves para o engrandecimento da democracia, devem protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio.

Explica o referido autor que “Os deveres fundamentais são as exigências constitucionais imprescindíveis para o alcance dos objetivos republicanos (Art. 3. CRFB/88)”²³⁶.

E exemplifica que “Além do dever fundamental de proteção ao ambiente, também são exemplos de deveres fundamentais: solidariedade, pagamento de tributos, respeito à função social da propriedade, cooperação no processo, dentre outros”²³⁷.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, “a função de aproximar o modelo normativo existente na constituição da prática efetiva

²³⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1995. p. 26.

²³⁵ BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. CONPEDI: Manaus. p. 4. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

²³⁶ BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. CONPEDI: Manaus. p. 4. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

²³⁷ BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. CONPEDI: Manaus. p. 4. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

do Estado, função esta a ele atribuída pelo próprio modelo do Estado constitucional de direito”, conforme os dizeres de Morais Junior²³⁸.

Em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição e o acesso à justiça estão intrinsecamente vinculados aos seus objetivos, no sentido de que, conforme leciona Marinoni:

A jurisdição visando a realização dos fins do Estado; fins que tomam a liberdade e a igualdade em termos que diferem amplamente daqueles que influenciaram as mais prestigiadas teorias sobre jurisdição, teorias essas que ainda vicejam nos manuais e tratados de direito processual. O acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através do processo mediante paridade de armas, inclusive a participação efetiva do cidadão na gestão do bem comum, ponto, esse, último, que também está entre os escopos da jurisdição.

Afirma-se, portanto, que a jurisdição democrática é uma importante forma de atuação jurisdicional voltada à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais e do acesso à justiça em seu sentido formal e substancial.

2.3 A CONFORMAÇÃO DE UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A partir do segundo pós-guerra, com a ascensão dos Direitos Fundamentais no plano constitucional, revelando-se o constitucionalismo como paradigma determinante da ordem jurídica, o direito processual necessariamente passa a ser revisitado à luz dos Direitos Fundamentais. Neste sentido, Teodoro Júnior²³⁹ assevera que:

A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca antes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implementação por parte do Estado Democrático de Direito.

Baracho²⁴⁰ afirma que:

O processo, como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de Direito processual, com

²³⁸ MORAIS JUNIOR, João Nunes. **Estado Constitucional de Direito**: breves considerações sobre o Estado de Direito. Revista de Direito Público. Londrina, v. 2, n. 3, p. 119-136, set./dez. 2007. p. 132.

²³⁹ TEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e Processo**: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 234.

²⁴⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 383, p. 131-180, jan/fev, 2006. p. 132.

o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.

Conforme dispõe Guerra Filho²⁴¹, o marco temporal desta mudança de percepção com relação ao direito processual dá-se no final dos anos sessenta, e início da década de setenta, situação em que “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”.

De acordo com Marinoni²⁴², o processo judicial consiste em “um instrumento através do qual o Estado exerce o poder-dever de dar proteção jurisdicional aos direitos”.

Pedro Manoel Abreu²⁴³ entende que o processo é “um instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo”.

Conforme este entendimento, a decisão final “deve vir impregnada quase de um efeito injuntivo, para construir a norma para o caso concreto, exercitando o julgador [...] verdadeira psicoterapia social, subministrando remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social”.

Neste período de absorção do constitucionalismo como paradigma dominante, atribui-se ao processo um conteúdo ético, o qual “permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos”, salienta Pedro Manoel Abreu²⁴⁴.

Staffen²⁴⁵ menciona que “A consagração do processo como direito fundamental, isto porque, reveste-se como instrumento de maior combatividade em face dos abusos e investidas arbitrárias, além da consideração de núcleo essencial intangível”, requer urgentemente “a preterição da concepção do processo como

²⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 2000. p. 24.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 413.

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 97.012008-7/1999. Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu. Sessão de 13 maio de 1999.

²⁴⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 342-343.

²⁴⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2014. p. 155.

relação jurídica, para dar vazão aos preceitos de igualdade e licitude advindos do modelo constitucional de processo”.

Para Oliveira²⁴⁶, o processo consiste em um procedimento discursivo e participativo, sendo que:

O processo caracteriza-se como espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório.

O processo é considerado um procedimento, no qual “participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos”, expressa Gonçalves²⁴⁷.

O contraditório passa a ser chave mestra, sendo que as partes envolvidas na dialética processual participam com igualdade na construção da decisão a ser proferida pelo magistrado.

Fazzalari²⁴⁸ conceitua o processo como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Sobre a definição de processo como procedimento em contraditório descrita por Fazzalari, Staffen²⁴⁹ afirma que:

Vale ressaltar, contudo, que a aproximação por ora realizada entre a noção fazzalariana de processo enquanto procedimento em contraditório e o ideal de direitos fundamentais ganha fluência com a defesa de um modelo constitucional (garantista) de processo, isto porque, falta nos ensinamentos processuais de Elio Fazzalari um arcabouço constitucional, embora, faça menção à compreensão de ordenamento jurídico.

Desta forma, é imprescindível um modelo constitucional de processo, que seja intrinsecamente moldado pelos princípios e Direitos Fundamentais disponíveis na Constituição.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 193-194

²⁴⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, p. 68.

²⁴⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-119.

²⁴⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza**. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2014. p. 222.

Sobre a conformação de um modelo constitucional de processo, pode-se afirmar com Sampaio Junior²⁵⁰ que:

Entendemos por modelo constitucional de processo, para fins de compreensão da extensão do direito a uma tutela efetiva, na linha defendida pelo escopo maior da função jurisdicional, o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais e que, de forma expressa, vinculam toda essa atuação jurisdicional diferenciada, impondo, por conseguinte, uma releitura de todas as normas processuais de modo que os valores ali dispostos restem consagrados em todas as situações fáticas submetidas a um processo judicial e algumas delas até mesmo administrativo.

Sob a perspectiva de um modelo constitucional de processo, é imprescindível a vinculação de todas as normas de direito processual aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição, tendo em vista que a condução do processo irá refletir na situação apresentada ao Poder Judiciário, a qual dependerá de um pronunciamento satisfatório e condizente com os ditames constitucionais.

Diante da autoridade do texto constitucional sob os demais institutos jurídicos, cabe destacar que o direito processual em hipótese alguma restaria afastado desta filtragem de cunho constitucionalista. Neste contexto, entende-se que:

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'²⁵¹.

A Constituição é, portanto, metaforicamente a raiz da ordem jurídica, pois é ela que sustenta a sua existência. Está a Constituição para orientar e fundamentar todas as decisões jurídicas a serem pronunciadas em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Oliveira²⁵² expõe que:

As Constituições são a base normativa dos ordenamentos jurídicos, ao positivarem direitos fundamentais e incorporarem certos valores, que desempenham o papel de vetores orientadores da interpretação do sistema positivo. Nesse contexto, decisão judicial em que se aplica a letra da lei em dissonância com a base axiológica decorrente dos princípios jurídicos, sustenta Maria Lúcia Medeiros, 'é decisão ilegal porque em desacordo com o sistema jurídico'. Em última análise, é na Constituição Federal que se encontram os princípios básicos do ordenamento jurídico que devem orientar a interpretação das normas.

²⁵⁰ SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo** – panorama doutrinário mundial. v. 02. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 436.

²⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. p. 212.

²⁵² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. p. 212.

Staffen²⁵³, adotando o modelo constitucional de processo estabelecido por Andolina e Vignera, explica que se trata de “um esquema geral de processo, que pode ser compreendido em três características fundantes: expansividade, variabilidade e perfectibilidade”.

Conforme os dizeres de Staffen²⁵⁴, a expansividade “assegura a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas específicos de processo, desde que presente a conformidade com a proposta geral”. A variabilidade “autoriza a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microssistema”²⁵⁵. E perfectibilidade “abre uma senda para o aperfeiçoamento do modelo constitucional de processo, mediante construção legislativa”²⁵⁶.

O processo, sob a ótica do modelo constitucional, assegura a participação efetiva do cidadão na conformação dos seus direitos e garantias fundamentais, contribuindo assim para o exercício da cidadania.

Nos dizeres de Leal²⁵⁷:

A cidadania, como direito e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do processo.

A omissão ou inadequação do Estado na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais é um problema que ainda prevalece, o que faz do processo jurisdicional o foco para a efetivação desses direitos, tendo em vista que as políticas públicas não têm sido implementadas de maneira que garanta às pessoas vulneráveis o direito à igualdade e à dignidade humana²⁵⁸.

²⁵³ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2014. p. 143.

²⁵⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. p. 143.

²⁵⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. p. 143.

²⁵⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. p. 143.

²⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 50.

²⁵⁸ “Cappelletti já de há muito sustentava que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial”. STRECK,

Sendo assim, é essencial analisar um método processual que contribua para a formação de um processo justo, com vistas à consecução dos Direitos Fundamentais Sociais e do acesso à justiça em seu sentido formal e substancial, por meio de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

CAPITULO 3

O MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DAS PESSOAS VULNERÁVEIS

Para cumprir o objetivo desta Dissertação, cabe demonstrar se o método processual pragmático é condizente com o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, e se este método contribui para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis.

Busca-se identificar, através da análise do sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, estratégias processuais que viabilizem a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, considerando que no Estado Constitucional o processo em todos os seus aspectos deve ser um processo justo.

Para tanto, trata-se inicialmente do dever de atuação do Poder Judiciário para a consecução do Acesso à Justiça e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

Em um segundo momento, trata-se da caracterização do Direito Fundamental ao Processo Justo.

Aborda-se, em um terceiro ponto, a proposta do método processual pragmático, para verificar a (im)possibilidade de contribuição para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Por fim, trata-se da tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais.

Para tanto, analisa-se se o método processual pragmático pode contribuir para a tutela efetiva tempestiva e adequada destes direitos, e quais são as estratégias processuais condizentes com o método processual pragmático no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais para o alcance do processo justo.

3.1 O DEVER DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O controle jurisdicional das políticas públicas e concretização dos direitos sociais fundamentais é um desafio qualificado a ser exercido pelo Poder Judiciário.

A expansão da intervenção decorre da abertura democrática e também da própria separação dos poderes, pois esta é uma precondição para o exercício de poderes que são exercidos de maneira concorrente.

Ademais, conforme destacam Neal, Tate e Vallinder o fenômeno é até mais profícuo nas situações em que há a concorrência e competição entre os poderes²⁵⁹.

Neste sentido, Dobrowolski²⁶⁰ sustenta que “o Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos Direitos Fundamentais e da própria Constituição, ainda mais porque lhe cabe dizer da constitucionalidade dos atos normativos”. Por este motivo, possui a missão de “controlar os outros poderes para mantê-los dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais”.

E complementa que:

Desse modo, se o Judiciário não se legitima através do voto popular, o faz pelo seu desempenho, porquanto sua legitimação provém da própria Lei Fundamental, que atribui direitos a todos e a cada um em particular, mesmo contra a maioria. Como é assim, a proteção desses direitos exige, consoante assinala Luigi Ferrajoli, a presença de um juiz imparcial e independente, “subtraído de qualquer vínculo com poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes” [...]. A legitimidade e independência judiciais são democráticas porque decorrem [...] da função de garantia dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia a democracia substancial da Constituição²⁶¹.

A legitimidade do Poder Judiciário é definida pelo fato de que a própria Constituição lhe confere a função de guardião dos direitos fundamentais, o que atesta o caráter democrático de suas decisões.

Esta legitimidade democrática do Poder Judiciário consiste até mesmo no fato de que suas decisões podem ser tomadas em favor de uma minoria, o que condiz com

²⁵⁹ TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The judicialization of politics. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 02 e ss.

²⁶⁰ DOBROWOLSKI, Sílvia. O poder judiciário e a constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvia (Org.). **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 314.

²⁶¹ DOBROWOLSKI, Sílvia. O poder judiciário e a constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvia (Org.). **A constituição no mundo globalizado**. p. 314.

o conceito de democracia constitucional instituído por Luigi Ferrajoli, e já desenvolvido no primeiro capítulo desta dissertação porque, as minorias geralmente são consideradas as pessoas mais fragilizadas perante a sociedade e o Estado, ou seja, são pessoas vulneráveis necessitadas da concretização de seus Direitos Fundamentais Sociais.

Sobre esta função do Poder Judiciário, Brandão²⁶² assevera que é de fundamental importância para a efetividade do Direito na forma de tratamento de conflitos, sendo que:

É possível dizer-se, também, que, para que isso aconteça, não pode o Poder Judiciário continuar a operar com conceitos e instrumentos processuais que já não correspondam aos âmbitos conflituais de momentos passados e, ainda, deve incorporar conceitos e instrumentos processuais decorrentes de novas formas de conflitos, típicos da dinamicidade dos interesses da Sociedade.

Na caminhada para a consecução do acesso à justiça existem vários obstáculos, conforme evidenciam Cappelletti e Garth²⁶³ em seus estudos:

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” — a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁴ afirma que “para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não os ter”.

²⁶² BRANDÃO, Paulo de Tarso. Jurisdição desperdiçada: uma análise a partir de institutos do mandado de segurança. In: SPENCER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 109.

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 15.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1**: Teoria Geral do Processo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 186.

No que se refere ao acesso ao Poder Judiciário, João Batista Lazzari²⁶⁵ assevera que “Os entraves ao pleno Acesso à Justiça no Brasil podem ser classificados como de ordem econômica, cultural e social”.

Ao relacionar alguns dos fatores que obstaculizam o acesso à justiça, João Batista Lazzari²⁶⁶ menciona que os obstáculos de ordem econômica dizem respeito “ao pagamento de custas, honorários advocatícios e às demais despesas processuais. Daí a razão de ser da garantia à prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV)”.

No que se refere às dificuldades de cunho cultural, João Batista Lazzari²⁶⁷ menciona que “dizem respeito ao baixo nível de educação no nosso País responsável pela exclusão social de muitos cidadãos que não têm acesso à informação, que não conhecem seus direitos e a forma de exigí-los”.

Segundo o referido autor, este problema pode ser reduzido pela melhoria dos serviços de assistência judiciária por parte das Defensorias Públicas, Universidades e OAB”. Ainda neste contexto, menciona o autor que incumbe às escolas, aos movimentos sociais e à comunidade como um todo contribuir para a consecução deste trabalho na medida de suas possibilidades²⁶⁸.

No que tange aos obstáculos de ordem social, João Batista Lazzari²⁶⁹ afirma que se trata da “forma como os diferentes segmentos buscam a solução de suas demandas”.

E explica que “A população de baixa renda, em virtude do desconhecimento das formas de Acesso à Justiça, procura resolver conflitos por outros meios, sem a garantia estatal, e quando busca o Poder Judiciário enfrenta as dificuldades referidas”.

²⁶⁵ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 37.

²⁶⁶ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 37.

²⁶⁷ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 39.

²⁶⁸ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 39.

²⁶⁹ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 40.

Já as classes mais altas, possuem condições para contratar advogados, pagar as custas e obter a denominada “igualdade de armas”²⁷⁰.

Além dos referidos obstáculos de ordem econômica, cultural e social, João Batista Lazzari aduz que também são considerados empecilhos para o cumprimento do acesso à justiça, no que se refere ao acesso ao Poder Judiciário: a morosidade; a inadequação de leis e institutos jurídicos; a carência de recursos humanos; o excesso de demandas; a imagem negativa do Poder Judiciário; a deficiência de infraestrutura e a inadequação de rotinas e procedimentos²⁷¹.

Motivos estes que ensejam a busca de um método processual hábil a concretizar o acesso à justiça, bem como contribuir para a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais, em especial no que se refere à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, o que será abordado sucessivamente, para o fim de se atingir o objetivo almejado pela presente pesquisa.

3.2 O PROCESSO JUSTO COMO CONDIÇÃO PARA A CONSECUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: por uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada

O processo civil tem como objetivo “prestar tutela aos direitos em uma dupla dimensão: para o caso concreto e para a ordem jurídica” ²⁷², conforme ensina Marinoni²⁷³.

Explica o autor que essa dupla dimensão dobra-se igualmente em uma dupla direção: “o processo civil serve de um lado às partes e de outro à administração da justiça e à sociedade em geral” ²⁷⁴. E complementa:

O processo civil visa à produção de uma decisão justa e suscetível, em sendo o caso, de tempestiva e adequada efetivação (tutela dos direitos), ao mesmo

²⁷⁰ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 40.

²⁷¹ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 40.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. p. 86.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. p. 86.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. p. 86.

tempo em que visa à orientação da conduta institucional e social por meio de precedentes²⁷⁵.

O processo civil, além de produzir um resultado efetivo para as partes envolvidas, também orienta a atuação das instituições estatais, e passa a reger as condutas sociais por meio das decisões que dele resultam.

Gelson Amaro Souza²⁷⁶ define que “O processo é o instituto propulsor do acesso à justiça e esta é a sua principal finalidade. Somente um processo justo pode propiciar a ordem jurídica justa e o efetivo acesso à justiça”.

Sendo assim, insta reconhecer expressamente que a tutela jurisdicional efetiva consiste em um verdadeiro direito fundamental, eis que fundada nas premissas constitucionais.

Portanto, é indispensável que se utilizem estratégias idôneas para a consecução deste direito fundamental, tais estratégias são atinentes ao processo justo, o qual será analisado a seguir.

3.2.1 Considerações iniciais sobre o direito fundamental ao processo justo: conceito e fundamentos jurídicos

Cintra, Grinover e Dinamarco²⁷⁷ afirmam que “todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

Para João Batista Lazzari²⁷⁸, o processo justo “É o processo judicial que cumpre as garantias do devido processo legal em sua dimensão substancial, sendo acessível, adequado, célere e efetivo, com vistas a proteger os direitos demandados em juízo”.

Não há que se falar em uma percepção do processo através de seu ângulo interno, ou seja, o processo não consiste apenas em uma relação jurídica, isto porque, quando se trata do processo justo, a percepção do processo deve partir de um ângulo

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. p. 86.

²⁷⁶ SOUZA, Gelson Amaro. A finalidade do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 121, p. 57-71, abr. 2013. p. 59.

²⁷⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 42-43.

²⁷⁸ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 12.

externo, “compreendido no quadro maior das funções de tutela dos direitos do Estado”, o que denota a sua dinamicidade, “inerente à temporalidade que caracteriza o conceito de processo e procedimento”²⁷⁹.

O processo está intrinsecamente conectado com os fins da jurisdição, não e por este motivo, “não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas e justas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais, além de formar precedentes capazes de orientar o Poder Judiciário e a sociedade civil”, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁰.

O processo justo, conforme já mencionado, está evidenciado na Constituição Federal de 1988 na forma do devido processo legal. Ressalta-se que, além da previsão constitucional, o processo justo também está devidamente expresso nos seguintes diplomas internacionais:

Declaração Universal dos Direitos do Homem – Artigo 8: “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”; e Artigo 10, o qual já foi mencionado anteriormente por se tratar do Acesso à Justiça.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Artigo 6^{o281}:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

[...]

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 485-486.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 486.

²⁸¹ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 02 jul. 2017.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Artigo 14²⁸²:

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

Convenção Americana de Direitos Humanos – Artigo 8²⁸³:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...]

Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁴ conceitua que “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”. Trata-se do “*modelo mínimo* de atuação processual do Estados mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”. É, portanto, “condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes”.

Extraí-se dos ensinamentos do referido autor, que o processo justo possui natureza processual, tendo em vista que:

[...] impõe *deveres organizacionais* ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por esta razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. [...] a atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar

²⁸² BRASIL, República Federativa do. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 02 jul. 2017.

²⁸³ **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 02 Jul. 2017.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** p. 489.

e aplica a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se a proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição²⁸⁵.

Destaca-se que o objetivo central do processo no Estado Constitucional consiste, portanto, em assegurar “a obtenção de uma *decisão justa* para as partes e a *unidade do Direito* para a sociedade civil. Ele é o meio pelo qual se exerce *pretensão à justiça (Justizanspruch)* e *pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)*, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁶.

Sobre os destinatários e titulares do direito fundamental ao processo justo, verifica-se que seu destinatário é o Poder Público, em âmbito legislativo, executivo e judiciário, e seus titulares são todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas.

Sobre a eficácia do processo justo e de seus elementos estruturantes, Daniel Mitidiero²⁸⁷ assevera que gozam de eficácia vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral. O referido autor complementa que o processo justo:

[...] obriga o Estado Constitucional a adotar condutas caracterizadoras 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-lo (eficácia horizontal).

O processo justo, neste contexto, é multifuncional. Isto porque é detentor de quatro funções primordiais: integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora.

Conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁸, a função integrativa “exige a realização de um estado ideal de proteção aos direitos, determinando a *criação* dos elementos necessários à promoção do estado ideal de protetividade”; a função interpretativa consiste na “*interpretação* das normas que já preveem elementos necessários à promoção do estado ideal de tutelabilidade”; a função bloqueadora consiste no bloqueio “à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção”; a função otimizadora busca

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. p. 491.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. p. 491.

²⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, ano VIII, n. 45, nov./dez. 2011. p. 24.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 710.

“a *otimização* do alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional”.

O direito fundamental ao processo justo requer, ainda, que toda a legislação infraconstitucional esteja de acordo com seus elementos estruturantes, ou seja, deve estar em conformidade com o seu conteúdo mínimo.

Por este motivo, caracteriza-se uma dupla presunção, subjetiva e objetiva. Segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁹, a presunção subjetiva reside no fato de que “o legislador realizou sua função dando adequada resposta à norma constitucional”, e a presunção objetiva pressupõe que “a lei realiza de forma justa o direito fundamental ao processo justo”.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, impõe que as instituições atuem de forma a concretiza-los, especialmente no que diz respeito à garantia do acesso à justiça e à efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais das pessoas vulneráveis.

O processo, por ser instrumento à disposição dos cidadãos e a favor da concretização de direitos fundamentais, não é diferente. Para se alcançar uma tutela jurisdicional que produza o resultado objetivado pela Constituição em termos de efetividade, tempestividade e adequação, impõe-se determinados princípios, direitos e garantias que devem ser obrigatoriamente colocados em prática para que o processo possa ser considerado justo.

Sendo assim, antes de se iniciar uma análise descritiva acerca do processo justo, cabe transcrever seus fundamentos constitucionais. Conforme destaca João Batista Lazzari²⁹⁰, o processo justo se traduz constitucionalmente da seguinte maneira:

a) Devido Processo Legal: art. 5º, LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. p. 710.

²⁹⁰ LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014. p. 43-44.

b) Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

c) Inadmissibilidade de provas ilícitas: art. 5º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”;

d) Juiz natural: art. 5º, LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; e art. 5º XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção”;

e) Direito de petição: art. 5º, XXXIV – “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”;

f) Inafastabilidade da apreciação jurisdicional: art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

g) Razoável duração do processo: art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Incluído pela EC n. 45, de 2004);

h) Motivação das decisões judiciais: art. 93, IX – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (Redação dada pela EC n. 45, de 2004).

Diante dos fundamentos constitucionais acima transcritos, identifica-se a importância do direito fundamental ao processo justo, o qual consiste na integração de todos os princípios, direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição que são inerentes ao processo. Tais elementos constituem o conteúdo mínimo essencial para a caracterização de um processo justo.

3.2.2 Apontamentos acerca do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Marinoni define que “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”²⁹¹.

Desta forma, o legislador é compelido “a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição”²⁹².

Leciona Marinoni²⁹³ que nesta dimensão, “devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente”, por exemplo, “com a dispensa de advogado, custas processuais etc. – como é o caso do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis”.

Eduardo de Avelar Lamy²⁹⁴ afirma que “a tutela jurisdicional é muito mais do que uma resposta da jurisdição ao pleito que lhe é formulado, pois o direito contemporâneo, processual ou material, encontra-se impregnado pelos valores humanitários”.

Ao tratar do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, J. J. Gomes Canotilho afirma que “A ideia de um *due process* jurisdicional [...] é hoje agitada a propósito da conformação justa e adequada do *direito à tutela jurisdicional*”²⁹⁵.

Sobre a natureza jurídica da proteção judicial, J. J. Gomes Canotilho²⁹⁶ ensina que o *due process* possui uma dúplici dimensão, qual seja: “(1) *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de proteção do particular* através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros”.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 129.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. p. 129.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. p. 129.

²⁹⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual. **Sequência**. Florianópolis, n. 69, p. 301-326, dez. 2014. p. 311.

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. p. 495.

²⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. p. 496.

Para os fins desta pesquisa, destaca-se o direito de defesa perante os tribunais e contra os atos dos poderes públicos, eis que trata-se da proteção de Direitos Fundamentais Sociais.

No que se refere ao direito de acesso aos tribunais como direito a uma proteção jurisdicional adequada, J. J. Gomes Canotilho²⁹⁷ assevera que “As normas – constitucionais, internacionais e legais – garantidoras da *abertura* da via judiciária devem assegurar a *eficácia* da proteção jurisdicional”. Para o referido autor, a abertura e eficácia da proteção jurisdicional exige que, “Como conteúdo *constitucional e internacional mínimo*, [...], a *proteção jurisdicional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma **determinação legal** da via judicial adequada”.

Neste contexto, não é suficiente que a lei assegure o acesso à via judiciária de forma vaga e imprecisa, pois caso o particular se sinta tão desprotegido quanto estaria se não houvesse previsão legal, haverá flagrante “violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária”, explica J. J. Gomes Canotilho²⁹⁸.

Considerando o direito fundamental à tutela jurisdicional, entende-se que o juiz tem a obrigação de compreender as normas processuais levando em conta as diversas necessidades de direito material, fato este que atribui ao magistrado “o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”²⁹⁹. Neste sentido, Marinoni³⁰⁰ sustenta que:

O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual *de acordo* com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, também, para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade, o seu tratamento através das técnicas da interpretação *conforme*, da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Devido a este poder-dever de encontrar a técnica processual adequada, além de utilizar as técnicas da interpretação conforme a Constituição, e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, o juiz também poderá suprir as omissões que obstaculizam a consecução da tutela jurisdicional efetiva, afirma Marinoni³⁰¹:

²⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. p. 497.

²⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. p. 497.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 130.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 130.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 132.

Além disso, as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir a omissão obstaculizadora do direito fundamental à tutela jurisdicional mediante o que se pode denominar de controle da inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, isto não quer dizer que o juiz irá criar uma norma jurídica para o caso concreto que não apresenta uma solução expressamente prevista no texto da lei, mas sim que irá reconstruir através de sua interpretação orientada pela Constituição, e fundamentadamente comprovada através de um raciocínio argumentativo que demonstrará todo o percurso que o fez chegar até determinada decisão que levasse em consideração o direito material através de um processo justo. Assim, Marinoni³⁰² acentua que:

A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja *descritiva* de uma norma jurídica, não é *criativa* de normas jurídicas – a jurisdição implica a atividade de *reconstrução interpretativa* mediante um *processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica*. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas.

No entanto, “quando se compreende a distinção entre *texto* e *norma*, vendo-se esta última como resultado da interpretação do texto legal (portanto, não mais como seu *objeto*)”³⁰³, torna-se possível que o juiz realize a reconstrução da norma jurídica que reflita “a compreensão da lei na medida das normas constitucionais – ou mesmo, na hipótese específica de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre outro”³⁰⁴.

Portanto, o que facilita a função do juiz de reconstruir a norma jurídica a partir da observância da Constituição, conforme os ensinamentos de Marinoni, é a diferença entre texto e norma, eis que a norma é o resultado da interpretação de elementos textuais e não textuais que compõem a ordem jurídica, o qual será aplicado ao caso concreto³⁰⁵.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 157.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 157.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil..** p. 157.

³⁰⁵ Neste sentido, cabe também esclarecer os significados de interpretação e de aplicação, conforme as lições de Luiz Guilherme Marinoni: “**1. Interpretação.** Interpretar significa adscrever sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica. O objeto da interpretação é o texto, ou algum elemento não textual da ordem jurídica (por exemplo, o costume). O resultado da interpretação é a norma. A atividade interpretativa é reconstrutiva, porque parte de significados existentes reconduzíveis aos textos que constituem seu objeto. A interpretação exige um processo de identificação de sentidos, valoração de sentidos concorrentes e decisão por um desses sentidos. Interpretar implica identificar, valorar e decidir. A fim de que a interpretação seja aceitável do ponto de vista jurídico,

3.3 A PROPOSTA DE UM MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO NA VISÃO DE ATAÍDE JUNIOR: a possibilidade de contribuição para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada

Neste momento, trata-se de analisar o Método Processual Pragmático conforme delineado por Ataíde Junior.

Ao propor tal método, tem-se que a operacionalidade é uma condição para o processo judicial em razão de sua dinamicidade. Reconhece-se a noção de soluções processuais, bem como a tutela jurisdicional como fonte metodológica sistêmica.

A partir da respectiva análise será possível verificar a possibilidade de contribuição deste método para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

3.3.1 A operacionalidade do método processual pragmático em razão da dinamicidade do processo judicial: contributo ao pós-positivismo substancialista

Ataíde Junior, busca estabelecer um novo estágio metodológico para o direito processual civil.

Desta forma, apresenta o pragmatismo como um novo método, por reconhecer que a operacionalidade é elemento distintivo do direito processual.

Passa-se, então, a expor a importância da operacionalidade do método processual pragmático como um contributo para o alcance da tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada.

Alerta-se que o referido autor considera que os estágios metodológicos anteriores do direito processual civil, do sincretismo ou imanentismo ao

ela tem de ser racional. A racionalidade da interpretação decorre da necessidade de a atividade interpretativa ser justificada interna e externamente e de o seu resultado ser coerente e universalizável. Como a norma é o resultado da interpretação, é tecnicamente impossível qualquer aplicação normativa sem prévia interpretação. Nada obstante, é perfeitamente possível interpretação sem aplicação: a interpretação doutrinária é um exemplo claro de interpretação sem aplicação. **2. Aplicação.** Enquanto interpretação tem por objeto os textos, a aplicação tem por objeto produzir as normas. Aplicar as normas significa produzir efeitos jurídicos concretos sobre determinada situação jurídica. É pressuposto inarredável da aplicação a interpretação". MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. p. 90.

neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, são insuficientes para o alcance do processo justo.

Isto não quer dizer que o pós-positivismo de cunho substancialista não seja considerado, para os fins desta dissertação, um estágio essencial para o direito processual civil, pois conforme já foi abordado no capítulo 1, subtítulo 1.4, este estágio do direito processual tem como pressuposto a materialização dos direitos fundamentais e contribui para o exercício da jurisdição democrática.

Assim, o conteúdo das decisões judiciais deve estar de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição, e mais além, todo o processo deve ser moldado pelo paradigma do constitucionalismo. Sob esta perspectiva as decisões devem ser aptas à materialização dos direitos fundamentais.

A operacionalidade surge como um contributo para a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais, fato este que não elimina a importância do pós-positivismo substancialista, mas que demonstra a sua insuficiência, pois este tende a trabalhar mais com conceitos e diretrizes para as decisões judiciais e para a estruturação do processo, olvidando-se de seu resultado prático no mundo dos fatos.

Para compreender a necessidade de operacionalidade do processo, é importante destacar que uma das características do direito processual é a sua dinamicidade. O processo deve, portanto, acompanhar as mudanças sociais, e produzir um resultado hábil a resolver as demandas de seu tempo, ou seja, no momento histórico em que se desenvolve deve estar apto para resolver de forma prática as situações que lhe impulsionam.

Pontes de Miranda³⁰⁶ ensina que o direito processual significa “direito rente à vida e há de estar em contacto permanente com a vida, a que ele serve, por ser, como os outros ramos do direito, processo de adaptação social, porém, mais do que os outros, dinâmico”.

Segundo Ataíde Junior³⁰⁷, a operacionalidade do processo “não se confunde com celeridade, mais se aproximando de efetividade, mas com conteúdo peculiar: não

³⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. XLVII.

³⁰⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 106.

é restrito ao aspecto jurídico, penetrando todas as dimensões do fenômeno processual”.

Sendo assim, um processo operacional é aquele que funciona, ou seja, que “atinge todos os seus escopos definidos a cada momento histórico” ³⁰⁸.

Ao reconhecer a operacionalidade do processo não se desconsidera a carga axiológica que ele detém. Neste sentido, entende-se que:

O direito processual está permeado por valores, sobretudo constitucionais, os quais devem ser realizados na atividade processual. Os valores, concretizados como regras e princípios, impõem limites, mas também exigem ações positivas. Impedem, por exemplo, que o juiz decida sem a participação efetiva das partes. De outro lado, exigem que o processo tenha duração razoável³⁰⁹.

Afirma-se com Ataíde Junior que o processo deve ser justo. Além de reconhecer a sua dinamicidade, e admitir a sua carga axiológica, o processo também requer administração para que se obtenha a concretização do direito material nele pleiteado³¹⁰.

Para o referido autor, “Administrar o processo significa fazê-lo operacional, caminhar ao seu destino de realização do direito material” ³¹¹.

A função de administrar o processo não “acomete apenas ao juiz, mas a todos aqueles que, de alguma forma, participam da elaboração de soluções processuais”³¹².

Conta-se, portanto, com a participação das partes, do juiz, e de todos os agentes que contribuem para a construção da solução processual, ou seja, para a produção de uma decisão mais próxima e justa que produza o resultado desejado.

Portanto, em síntese, a operacionalidade do processo consiste no reconhecimento de sua dinamicidade, a qual requer a sua adaptação às circunstâncias sociais da época em que se desenvolve; requer ainda a sua administração por meio de todos os agentes que colaboram para a produção da decisão; e também requer sejam observados os valores constitucionais que moldam a sua estrutura, bem como permeiam todos os atos nele praticados, e principalmente

³⁰⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 106.

³⁰⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 107.

³¹⁰ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p.107 – 108.

³¹¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 108.

³¹² ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 108.

delimitam o conteúdo da decisão a ser proferida, a qual além de observar esses valores deverá produzir um resultado prático.

3.3.1.1 A noção de “soluções processuais”

Para que se institua um novo estágio metodológico do direito processual civil, é necessário também reconhecer a noção de soluções processuais. Ataíde Junior conceitua da seguinte forma:

Uma solução processual é uma resposta, empiricamente orientada, para um problema processual. Ela é produto de uma análise multidimensional, que comunga as demandas valorativas do processo justo, com as exigências funcionais do processo operacional. Uma solução processual trabalha todas as variáveis possíveis da gênese do problema³¹³.

Isto quer dizer que, a solução processual não será encontrada apenas nos textos da lei, ou nas obras jurídicas, a depender da dimensão do problema, eis que “a solução fornecida pela metodologia tradicional não é operacional, não funciona na prática, ou dificulta a administração do processo”³¹⁴.

Por vezes é necessário recorrer a outras fontes “que propiciem uma resposta criativa, avaliando comparativamente as diversas hipóteses de resolução de problema, tendo em vista as suas consequências”, explica Ataíde Junior³¹⁵.

A solução processual criativa não incide em arbitrariedade, pois estará sempre permeada pelos valores fundamentais. O que se expressa através do método pragmático é que o magistrado deverá se pronunciar de forma criativa, mas de forma responsável, e empiricamente orientado, diante de um problema processual a ele apresentado. A criatividade contribui, desta forma, para a concretização de um método que considere a necessidade de efetividade processual.

Neste sentido, Ataíde Junior³¹⁶ afirma que “A criatividade está na base da noção de solução processual, reveladora da implementação ou concretização de um processo operacionalmente justo”.

E complementa que:

³¹³ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 109.

³¹⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 110.

³¹⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 110.

³¹⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 110.

Enquanto método, deve apontar os caminhos para que a criatividade frutifique soluções adequadas, sem arbitrariedades. O processo justo repele a arbitrariedade. O importante é não confundir as coisas. Criatividade não é o mesmo que arbitrariedade. Um processo operacional não pode deixar de contar com as iniciativas criativas. O método consiste em oferecer as balizas para essa criatividade. Mas, impedir a criatividade na produção de soluções processuais é sepultar qualquer tentativa metodológica de suplantiar os obstáculos que até hoje prendem o direito e o processo ao paradigma racionalista³¹⁷.

Sendo assim, as soluções processuais serão empiricamente orientadas, mas responsabilmente conduzidas pelos valores fundamentais, de forma a tornar o direito processual operacional.

3.3.1.2 A prestação jurisdicional como fonte metodológica sistêmica

Conforme Ataíde Junior³¹⁸, o termo sistêmico “é tratado como uma visão de permanente inter-relação e interdependência essencial entre os vários elementos que compõe o fenômeno processual”. Isto significa que “O processo, sistematicamente considerado, é uma totalidade integrada cujas propriedades não podem ser reduzidas às das unidades menores, sem comprometer suas propriedades integrais”.

Neste contexto, o conceito de “prestação jurisdicional” consiste na “integração entre ação, jurisdição e processo, permeada da operacionalidade processual”, nos dizeres de Ataíde Junior³¹⁹.

É necessário esclarecer, ainda, que segundo o referido autor “A prestação jurisdicional não se confunde com a tutela jurisdicional”, eis que para ele, “A tutela jurisdicional corresponde à efetiva proteção do direito material, ou seja, na proteção de quem tem razão”. Sendo que “A “prestação” é o continente no qual se inclui a “tutela””³²⁰.

Diante da proposta de um método processual pragmático, a prestação jurisdicional passa a ser a fonte metodológica primordial do direito processual. Para

³¹⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 111.

³¹⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 112-113.

³¹⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 113.

³²⁰ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 113.

tanto, segundo Ataíde Junior³²¹, deve necessariamente ser qualificada pela “adequação”, “efetividade” e “tempestividade”.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni³²² que a prestação jurisdicional adequada ocorre “quando há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material”.

Neste sentido, é possível afirmar com Eduardo de Avelar Lamy³²³ que:

[...] a chamada “especialização de procedimentos” não deve ser concebida como a necessidade da criação de um procedimento especial previsto em lei para cada espécie de direito, o que não seria factível pela diversidade de direitos existentes – embora conveniente, na medida do possível – mas sim como a necessidade de adaptar-se os procedimentos segundo os casos concretos conforme a demanda dinâmica dos respetivos feitos. Logo, a especialização de procedimentos ora defendida não se liga apenas ao raciocínio legislativo de justificação das normas, mas sim, e principalmente, à lógica operativa de aplicação e adaptação dos procedimentos às vicissitudes das situações concretas.

Quanto à efetividade da prestação jurisdicional, Ataíde Junior³²⁴ assegura que “efetiva é a prestação jurisdicional que realiza concretamente os direitos, não se limitando a declará-los ou a emitir um provimento condenatório”.

No que se refere à tempestividade, o referido autor esclarece que a prestação jurisdicional “tempestiva é a que corresponde aos anseios da duração razoável do processo”³²⁵.

Oliveira³²⁶ ensina que:

Tem-se a razoável duração do processo como um acréscimo ao princípio do acesso à justiça, ampliando-o. Denota-se a preocupação do legislador constitucional com a temática do tempo na prestação da tutela jurisdicional, nos Estados que se constituem em Estado Democrático de Direito. Tem como fundamento o pleno exercício da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana, atributos que consolidam a compreensão dos princípios inerentes aos Direitos Humanos.

³²¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 114.

³²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72-73.

³²³ LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual. **Sequência**. Florianópolis, n. 69, p. 301-326, dez. 2014. p. 313.

³²⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 114.

³²⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 114.

³²⁶ OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A Reforma do Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos**. Millenium: Campinas, 2006. p. 103.

O direito de acesso à justiça, em toda a sua amplitude, é indispensável para que o Poder Judiciário cumpra a sua função de garantidor da tutela jurisdicional correspondente à efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis.

Conclui-se, de acordo com o entendimento de Ataíde Junior, que o referencial comum para a produção das soluções processuais resulta da integração da prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada³²⁷.

Desta forma, ressalta-se que o método processual pragmático requer a integração desses três elementos – adequação, efetividade e tempestividade – para a composição das soluções processuais por meio da prestação jurisdicional.

Passa-se, então, a tratar da caracterização do método processual pragmático, conforme a teoria defendida por Ataíde Junior, para fins de identificar se tal método processual é compatível com o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, sendo capaz de viabilizar o acesso à justiça e a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais garantidores das pessoas vulneráveis.

3.3.1.3 Caracterização e diretrizes do Método Processual Pragmático

De acordo com a proposta de Ataíde Junior³²⁸, o método processual pragmático pretende romper com o paradigma racionalista, eis que “A produção do direito, orientada pelo pragmatismo, não é um produto exclusivamente intelectual. Recama dados da experiência, do cotidiano, da realidade empírica. Por isso não se circunscreve aos conceitos e sistemas legais”.

O método processual pragmático possui, além da operacionalidade, e da prestação jurisdicional, as seguintes características fundamentais:

a) Antirracionalismo: não está apegado aos dogmas, conceitos e doutrinas preestabelecidos, mas sim, subsiste da realidade empírica, eis que sua ideia de verdade advém da experiência, uma ideia é colocada em prática, é testada, e a partir da configuração de seu resultado útil na vida real é considerada verdade;

³²⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 115.

³²⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 116.

Afirma-se, ainda, que não é possível estudar o direito processual apenas a partir do fenômeno da ação, da jurisdição ou do processo, mas de todos esses ângulos de forma integrada, eis que um não se sustenta sem o outro.

b) visão holística e multidimensional do processo: abandonando a possibilidade de um único ângulo de estudo, ou seja, o processo deve ser analisado de em todas as dimensões que o afetam, sejam econômicas, sociais ou políticas; e

c) tridimensionalidade do direito: nem só fato, nem só valor, e nem só norma consubstanciam o método processual pragmático. Essas três dimensões do direito processual devem ser analisadas também de forma integrada. Além disso, outros ramos do saber também contribuem para a operacionalidade do processo, fato este que afirma que suas fontes são múltiplas.

Essas três características, além da operacionalidade e da prestação jurisdicional já descritas anteriormente, são bem definidas por Ataíde Junior, tendo em vista que é de sua autoria a proposta de um método processual pragmático, conforme e verá a seguir.

A primeira característica, segundo o referido autor, consiste na “limpeza do discurso jurídico, tornando irrelevantes muitas das disputas teóricas com as quais os juristas perdem tempo e energia” ³²⁹.

Fato este que contribuirá para a operacionalidade do processo, em razão de propiciar o desenvolvimento de um processo que funcione na prática, e que produza um resultado útil³³⁰.

No que condiz com a concepção pragmática da verdade, Ataíde Junior³³¹ sustenta que:

A concepção pragmática da verdade é o instrumento mais importante para a construção do método processual pragmático, pois auxilia o produtor do direito a propor e a testar as soluções processuais. Toda solução processual deverá passar pelo crivo da verdade pragmática, ou seja, não bastará corresponder a um conceito ou a um esquema legal, será necessário que suas consequências práticas sejam úteis para o referencial comum do direito processual: a prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

³²⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 116 – 117.

³³⁰ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 116 – 117.

³³¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 117.

A segunda tarefa consiste no fato de que consiste a prestação jurisdicional como fonte metodológica sistêmica, e como tal não é passível ser estudada sob uma única perspectiva. Conforme ensina Ataíde Junior³³² “A visão é holística e multidimensional. Medem-se dimensões sociais, políticas e econômicas implicadas no fenômeno processual e trata-se do formalismo processual com valor e com operação”.

E explica, em terceiro lugar, que assim como o pragmatismo não admite uma visão fragmentada do direito processual, também não aceita “tomar como método uma posição analítica, que divida o direito em suas dimensões constitutivas (fato, valor e norma)”. Neste contexto, argumenta que:

Como consequência, nem a lei, nem a Constituição, nem qualquer outra base normativa serão consideradas como únicas fontes da produção jurídico-processual. A experiência processual não se esgota na normatividade formal. Elementos de administração, de economia, das ciências sociais e de outros campos do saber serão imprescindíveis para a produção de soluções processuais que resultem consequências práticas úteis para a prestação jurisdicional de qualidade.

Portanto, restam evidenciadas as características que demarcam o método processual pragmático³³³:

- a) o processo deve ser visto de forma holística;
- b) não há um polo na prestação jurisdicional, há uma integração entre ação, jurisdição e processo, a prestação jurisdicional é formada por três elementos: tempestividade, efetividade e adequação;
- c) a dimensão processual deve observar a tridimensionalidade do direito: fato, valor e norma também devem ser considerados de forma integrada;
- d) as fontes são múltiplas, além do direito, outros ramos do saber também devem ser considerados;
- e) o método processual pragmático parte do pressuposto da operacionalidade.

O método processual pragmático é conduzido, ainda, por quatro diretrizes fundamentais que merecem ser destacadas, conforme enumera Ataíde Junior:

- 1) Desprezar as diferenciações entre categorias ou conceitos processuais que não revelem implicações práticas;
- 2) Não descartar uma solução processual apenas porque ela não corresponde a um conceito, sistema ou regra de direito processual;

³³² ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 117.

³³³ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. p. 118.

- 3) Entre duas ou mais soluções processuais, adotar aquela que apresentar as melhores consequências práticas em termos de prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva;
- 4) Avaliar as consequências práticas de uma solução processual de acordo com a experiência.

Sendo assim, para produzir um resultado útil capaz de conferir a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva ao caso concreto.

Restam, portanto, esclarecidos os aspectos necessários para a compreensão do método processual pragmático para fins de verificar a (im)possibilidade de sua contribuição para a consecução de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

3.4 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DAS PESSOAS VULNERÁVEIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: o método processual pragmático como contributo para a consecução de um processo justo

3.4.1 Fundamentos pragmáticos da criação dos Juizados Especiais Federais

Na visão de Cesar, os Juizados Especiais estão relacionados dentre os principais instrumentos de Acesso à Justiça no Brasil³³⁴.

Não é demais recordar que os Juizados Especiais Federais surgiram como resposta ao clamor social que apontou uma crise no Judiciário, o qual era atacado sistematicamente pela mídia, que mostrava reportagens de filas enormes com idosos que buscavam seu direito de aposentadoria na Justiça Federal de São Paulo, pessoas que passavam mal na espera ou que morriam antes de ver a sua ação julgada³³⁵.

Antes da incorporação dos Juizados Especiais Federais no âmbito legislativo, consolidou-se um projeto-piloto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual foi inicialmente conduzido como uma experiência, e que produziu um resultado útil tanto aos cidadãos que necessitavam recorrer ao Poder Judiciário para postular Direitos Fundamentais Sociais, quanto para o Poder Judiciário, que passou a resolver diversos casos com menos formalidade e mais celeridade³³⁶.

³³⁴ CESAR, Alexandre Luiz, *apud*, CARRADORE, Enir Antonio. **O novo código civil, acesso à justiça e outros temas jurídicos atuais**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 18.

³³⁵ BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. p. 36.

³³⁶ Conforme notícia divulgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região à época dos fatos, em torno de setembro do ano de 2000, verifica-se: **“Sucesso do projeto piloto de juizado especial federal no RS embasou**

Dos dizeres de Simone Barbisan Fortes³³⁷, extrai-se que a criação dos Juizados Especiais Federais, antes de serem instituídos pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, já havia sido colocada em prática no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo o Estado do Rio Grande do Sul o primeiro a realizar tal experiência:

Para verificar os possíveis problemas que surgiriam, na prática, com o novo procedimento, menos formal e mais célere, surgiu no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por especial intermédio de seu então presidente, Juiz FÁBIO ROSA, bem como de seu atual presidente, Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, a idéia de implantação de um projeto piloto de Juizado Especial Federal, a ser realizado no Rio Grande do Sul, que já havia sido pioneiro, como já dissemos, na implantação dos Juizados Especiais na Justiça Estadual. Conclui-se que as causas mais adequadas para o projeto seriam aquelas relativas à matéria previdenciária, nas quais normalmente o valor é bastante reduzido e as pessoas são mais necessitadas de uma prestação jurisdicional célere. Elaborado um projeto com rito diferenciado, o grande problema era a ausência de poderes dos procuradores do INSS e da União para conciliarem – e a conciliação é, justamente, um dos pontos mais relevantes do Juizado. A ausência de poderes para acordos advinha exatamente da mentalidade limitativa da atuação dos procuradores da Administração, dada a suposta indisponibilidade dos interesses em discussão. Após diversas tratativas, obteve-se, do então Ministro da Previdência e Assistência Social, WALDECK ORNÉLAS, e do Advogado Geral da União, GILMAR FERREIRA MENDES, a necessária autorização para que os procuradores autárquicos e advogados da União pudessem conciliar, viabilizando, assim, a implantação do projeto. A autorização foi formalizada com a Portaria Conjunta n.º 7.401, de 27 de julho de 2000, verbis:

[...] Foi, então, implantado na 3ª Vara Federal Previdenciária da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o primeiro Juizado Especial Federal do país, antes mesmo da existência de lei que o disciplinasse, e as primeiras audiências realizaram-se em 1º de setembro do ano 2000.

a nova lei sancionada hoje por FHC 12/07/2001 16:28:00 O primeiro juizado especial federal em todo o Brasil foi implantado em setembro do ano passado, em caráter experimental, na 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, na qual a juíza Simone Barbisan Fortes analisa processos envolvendo o INSS. O projeto piloto - uma iniciativa pioneira do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região - aproveitou a legislação que já estava em vigor para se antecipar à lei que regulamentou a criação da nova modalidade de julgamento no âmbito da Justiça Federal, sancionada hoje (12/07) pelo presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Uma portaria do Ministério da Previdência e da Advocacia-Geral da União, assinada em julho de 2000 na sede do TRF, a partir de um acordo com o tribunal, permitiu acordos judiciais para acelerar a solução de processos envolvendo o INSS. Nessa fase experimental, o juizado atende aos pedidos de benefícios assistenciais, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez em processos que envolvam até R\$ 5.180,25. O objetivo era que a experiência servisse de parâmetro para o projeto que seria encaminhado ao Congresso. O funcionamento do projeto foi considerado um sucesso. Até agora, cem processos entraram em tramitação na 3ª Vara Previdenciária, dos quais 86 já tiveram audiências realizadas. Desses, metade (43) já foram decididos: houve conciliação em 22 casos e nos outros 21, não havendo acordo, a juíza emitiu sentenças para julgá-los. Os benefícios são implementados imediatamente, não precisando aguardar inclusão em precatório. De acordo com Simone, um processo desse tipo levaria normalmente de dois a três anos para ser julgado na 1ª instância e, incluindo os recursos, o tempo total de tramitação poderia chegar a 15 anos. O juizado especial é conhecido popularmente como "juizado de pequenas causas", por abranger ações com valor limitado. (12/07)". Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=2702> Acesso em: 04 Jul. 2017.

³³⁷ FORTES, Simone Barbisan. Juizados especiais federais previdenciários. In: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord.). **Juizados especiais federais**: primeiras impressões. Curitiba: Gênesis, 2001. p. 59-64.

[...] Completando um ano, o projeto piloto de Juizado Especial Federal apresenta resultados bastante satisfatórios: tem havido conciliação em cerca de 30% dos casos e a maior parte daqueles em que não é feito acordo são julgados em audiência. Pouquíssimos são os casos em que se faz necessária maior dilação probatória. Efetivamente, constatou-se que foi conferida grande agilidade às ações submetidas ao projeto, pois pelo menos 70% dos casos foram resolvidos na primeira audiência do “rito especial”. Foram enfrentadas, logicamente, algumas dificuldades, em boa parte derivadas da inexistência de disciplina legal, bem como da própria ausência de cultura de conciliação na Justiça Federal. Nada obstante, a experiência tem sido extremamente proveitosa, pois revela que boa parte dos casos que ficam anos em tramitação na Justiça poderiam ser resolvidos em acordos, bem como que é possível imprimir um procedimento mais célere aos feitos.

Sobre a criação dos Juizados Especiais Federais como um resultado do Método Processual Pragmático, Ataíde Junior³³⁸ explica:

Note-se que toda uma gama de providências preliminares foi necessária para lançar as bases do projeto: definir o tipo de matéria e o público alvo, o ajustamento entre os diversos atores processuais e a delimitação territorial da experiência. Não se tratou de algo espontâneo, surgido da cabeça dos juízes, senão um bem elaborado processo de gestão processual, com profissionais especializados na área administrativa. Os resultados do projeto-piloto foram avaliados pela própria administração judiciária, catalogando-se, estatisticamente, as vantagens e as desvantagens da solução experimentada. Como se nota pelo depoimento transcrito, as vantagens foram maiores do que as dificuldades, aconselhando o aprofundamento da experiência. E, nas experiências seguintes, sabendo-se das dificuldades registradas, ficou mais fácil enfrentá-las pontualmente, aperfeiçoando todo o sistema.

Desta forma, verifica-se que o resultado prático obtido através de uma experiência bem administrada resultou positivamente na consecução do Acesso à Justiça, principalmente no que diz respeito às pessoas menos favorecidas social e economicamente que pleiteavam Direitos Fundamentais Sociais perante a Justiça Federal, direitos estes que o Estado tem a obrigação de promover, tais como o direito à saúde, ao benefício assistencial, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, dentre outros.

É certo que diversas tentativas de construção de um sistema de justiça mais acessível a todos foram se desvencilhando ao longo do tempo³³⁹.

³³⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. p. 158.

³³⁹ Neste sentido ver: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Boiteux, 2004.

No plano normativo, a primeira lei a tratar de um sistema que regulamentasse um procedimento mais acessível para causas de menor expressão econômica, e que que não exigissem maior dilação probatória, foi a Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que tratava dos Juizados de Pequenas Causas.

No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, tal sistema se tornou insuficiente para dar suporte aos direitos e garantias fundamentais que caracterizaram a partir de então limites e vínculos ao poder.

Desta forma, no ano de 1995, em cumprimento ao disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei 9.099, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual.

O resultado da experiência dos Juizados Especiais Estaduais ensejou a promulgação da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, a qual acrescentou o parágrafo único ao artigo 98 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Lei Federal disporá sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

Neste contexto, no âmbito da Justiça Federal já não era mais possível permanecer consolidado um sistema que não fosse de fácil acesso aos cidadãos, e que proporcionasse mais celeridade aos trâmites processuais em razão do acúmulo de processos, especialmente em matéria de direito previdenciário.

Portanto, conforme já mencionado anteriormente, experiências insculpidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região com vistas a conferir uma justiça mais acessível e comprometida com os valores constitucionais, tiveram resultados úteis, e se consolidaram a partir da instituição da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 que regulamenta os Juizados Especiais Federais.

Os Juizados Especiais Federais dotaram a Justiça Federal de mecanismos ágeis e modernos de prestar a jurisdição no âmbito da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais. Estão presentes em todas as regiões do Brasil de acordo com a divisão geográfica da Justiça Federal³⁴⁰.

O sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais foi concebido e implementado principalmente para facilitar o acesso à justiça das pessoas mais

³⁴⁰ SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e conciliação**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 15.

fragilizadas socialmente, nas ações que propõem em face do Poder Público na luta constante pela concretização de seus Direitos Fundamentais Sociais.

3.4.2 Finalidade do sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais: a garantia do efetivo Acesso à Justiça

A finalidade primordial da criação dos Juizados Especiais Federais é garantir a todos os cidadãos a efetividade do Acesso à Justiça, tanto em seu sentido formal, quanto material.

Em cumprimento à sua finalidade de promover o Acesso à Justiça tanto em sentido formal como substancial, os Juizados Especiais Federais têm como um dos seus objetivos promover a resolução consensual dos conflitos, principalmente através da conciliação, com base em critérios de igualdade social distributiva e a participação de membros da comunidade diretamente interessada na controvérsia em questão, tendo como fundamento a denominada justiça coexistencial³⁴¹³⁴².

Afirma-se com José Afonso da Silva³⁴³ que “o acesso à justiça não é só uma questão jurídico-formal, mas é também, e especialmente, um problema econômico-social, de sorte que a sua aplicação real depende da remoção de vários obstáculos de caráter material para que os pobres possam gozar de uma justiça igual para todos”.

Complementa José Afonso da Silva³⁴⁴ que “Ter acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo. A igualdade é elemento comum a toda concepção de justiça, mormente na sua manifestação mais característica e relevante, que é a igualdade perante o juiz”.

Desta forma, é diante do juiz que a igualdade se concretiza, tendo em vista que se perfaz mediante a coisa julgada, sendo que “O princípio da igualdade da justiça só será respeitado, no sentido atual, se o juiz perquirir a ideia de igualdade real, que

³⁴¹ Para Cappelletti, apud, Abreu (2004, p. 173) Justiça coexistencial é aquela baseada em formas de conciliação, substitutiva da Justiça contenciosa de natureza estritamente jurisdicional. Nessa vertente, o prof. Ovídio Baptista, apud, Abreu (2004, p. 173), ensina que as concepções modernas de regime democrático, “como forma de autogoverno (como se diz: ‘do povo para o povo’), tem evidenciado uma tendência para conceituar democracia, não como a entendiam a Revolução Francesa e as concepções liberais dos séculos XVIII e XIX, ou seja, como democracia representativa, onde o povo apenas se limita e eleger os seus governantes; mas procura-se, hoje, definir a verdadeira democracia, como governo participativo e não simplesmente representativo. [...]”.

³⁴² ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** p. 173-174.

³⁴³ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos a Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155-156.

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos a Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155-156.

busca realizar a igualização da condição dos desiguais e consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente da justiça formal”³⁴⁵.

Da Exposição de Motivos da Lei dos Juizados Especiais Federais, cumpre ressaltar que o sistema de justiça tem como finalidade proporcionar “o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que hoje não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, ou a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação”³⁴⁶.

Para Nelson Nery Junior³⁴⁷:

Trata-se, pois, de um mecanismo jurisdicional importante na busca de uma tutela jurisdicional mais funcional e, por via de consequência, adequada, célere e eficaz. Provavelmente o último baluarte para a salvaguarda dos interesses da grande massa populacional. Enfim, tendem a garantir o amplo acesso à justiça, ensejando igualdade a igualdade ao permitir que todos possam levar seus anseios ao Judiciário, especialmente os mais carentes.

Em virtude das constantes mudanças socioeconômicas em detrimento da garantia dos direitos estabelecidos em lei, faz-se indispensável a consecução da tutela jurisdicional efetiva a todo o sujeito de direitos que dela necessita sem dilações indevidas, pois justiça tardia é negação da justiça cabendo aos operadores do direito a sua concretização.

Para Leonardo Greco, “a tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana”³⁴⁸.

O processo, sob a perspectiva do acesso à justiça, “é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição”³⁴⁹.

Resta evidente que o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais contribui para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, dos

³⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos a Constituição. p. 155-156.

³⁴⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001 - Exposição de Motivos**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10259-12-julho-2001-330060-exposicaodemotivos-150051-pl.html>> Acesso em: 25 Jun. 2017.

³⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10352/01**. *Revista dos Tribunais*: São Paulo. 2002. p. 108.

³⁴⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*. março 2003, v. 305. p. 89.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 99.

Direitos Fundamentais Sociais, e viabilizando o exercício da cidadania às pessoas vulneráveis, de modo a fazer do Direito um instrumento de emancipação social³⁵⁰.

3.4.3 Os princípios orientadores da Tutela Jurisdicional nos Juizados Especiais Federais como condicionantes do Método Processual Pragmático

Os Juizados Especiais Federais foram instituídos levando em consideração princípios estruturantes que caracterizam o Direito Fundamental ao Processo Justo, que consistem nos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de buscar, sempre que possível, a conciliação³⁵¹.

Todos os princípios referidos inicialmente na Lei dos Juizados Especiais Estaduais, e importados conseqüentemente para o sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais, são princípios que permitem o desenvolvimento dos atos do processo, bem como a participação das partes, do juiz, e dos demais atores processuais, em prol do efetivo Acesso à Justiça.

Os princípios informadores dos Juizados Especiais Federais são imprescindíveis para o amplo alcance de seus objetivos, assim devem ser alvo de estrita observância tanto no desenvolvimento do processo, como na interpretação e aplicação do direito, visando o verdadeiro valor social que a tutela jurisdicional representa para o Estado Constitucional.

Desta forma, passa-se a uma breve explanação acerca dos princípios estruturantes dos Juizados Especiais Federais.

O princípio da oralidade pressupõe que a palavra oralmente pronunciada prevalece sobre a escrita, fato este que tem como objetivo a simplificação e a celeridade dos trâmites processuais, sendo possível desde a apresentação do pedido inicial até a fase final dos julgados³⁵². Desta forma, apenas os atos essenciais do processo serão reduzidos a termo.

³⁵⁰ Conforme Luis Alberto Warat, "O Direito da cidadania e a justiça cidadã são duas ideias novas que surgem no pensamento jurídico transmoderno como formas de humanização do Direito e da Justiça, distanciando-se de uma concepção normativa de solução de conflitos que burocratizou o estabelecimento de litígios e desumanizou seus operadores. Humanizar o Direito é reduzir a sua mínima expressão o poder normativo. WARAT, Luis Albreto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 217. V. I.

³⁵¹ BRASIL, Presidência da República. Art. 2º, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 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: 20 Jun. 2017.

³⁵² BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. p. 32.

Para Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva³⁵³, o princípio da oralidade “impõe ao juiz o contato físico com os sujeitos do processo (imediatismo) na audiência a fim de verificar e persuadir as partes à solução consensual do conflito e, se frustrada a tentativa, a colheita da prova oral (concentração) e o julgamento da lide (identidade física do juiz)”.

O procedimento oral compreende que as decisões proferidas no curso do processo são irrecuráveis devido à concentração e celeridade dos atos processuais. Com exceção das decisões interlocutórias concedidas por meio de medidas cautelares, a fim de evitar dano de difícil reparação³⁵⁴.

Do princípio da oralidade decorre: 1 – possibilidade de formular o pedido inicial oralmente perante a Secretaria do Juizado³⁵⁵; 2 - possibilidade de mandato verbal ao advogado, exceto quanto aos poderes especiais³⁵⁶; 3 – decisão de plano de todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência³⁵⁷; 4 – faculdade de formulação de contestação oral³⁵⁸; 5 – relatório informal acerca de inspeção de pessoas ou coisas³⁵⁹; 6 – os embargos de declaração poderão ser interpostos oralmente³⁶⁰; 7 – possibilidade de solicitação verbal da execução de sentença³⁶¹.

O princípio da simplicidade afirma que os atos processuais deverão ser desenvolvidos de forma simples, desde a petição inicial até o trânsito em julgado da decisão judicial.

³⁵³ SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e conciliação**. p. 44.

³⁵⁴ Art. 5º Exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva. BRASIL, Presidência da República. 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> Disponível em: 20 Jun. 2017.

³⁵⁵ Art. 14, §3º, da Lei 9.099/95: “Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. [...] § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos”.

³⁵⁶ Art. 9º, §3º, da Lei 9.099/95: “§3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais”.

³⁵⁷ Art. 29, da Lei 9.099/95: “Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença”.

³⁵⁸ Art. 30, da Lei 9.099/95: “A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor”.

³⁵⁹ Art. 35, § único, da Lei 9.099/95: “No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado”.

³⁶⁰ Art. 49, da Lei 9.099/95: “Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão”.

³⁶¹ Art. 59, inciso IV, da Lei 9.099/95: “IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação”.

Neste sentido, Eduardo Mattos Gallo Júnior³⁶² afirma que “O princípio da simplicidade nada mais é do que a forma simples de escrever e de dizer o pedido, ou seja, expor o problema para apreciação do juízo de forma clara e objetiva [...]”.

O princípio da informalidade refere-se às formas processuais. Este princípio consiste na ausência de tradicionalismo das formas procedimentais, sendo sustentadas apenas determinadas formalidades para os atos essenciais sem os quais não haveria processo. Pressupõe que a relação processual somente pode ser invalidada por razões intransponíveis, sobrelevando sempre as questões de fundo comprometidas com os fins de justiça do processo³⁶³.

O princípio da economia processual compreende a diminuição de atos processuais, para se obter o menor gasto possível, e na concentração dos atos processuais para que se desenvolvam em uma única audiência (arts. 21 e 27 da Lei 9.099/95). Resulta da conciliação entre o número de atos processuais dentro do menor espaço de tempo.

Segundo Chiovenda *apud* Abreu, pelo princípio da economia processual, o julgador deve dirigir o processo conferindo às partes o máximo de resultado com o mínimo de esforço processual. Nessa direção, a agilização do provimento, com formas seguras e não-solenes, é corolário desse princípio³⁶⁴.

O princípio da celeridade “visa à máxima rapidez em breve espaço de tempo, no desempenho da função jurisdicional e na efetiva resolução do processo. A jurisdição deve ser prestada com rapidez, agilidade e seriedade”³⁶⁵.

Sobre o princípio da celeridade, José Antônio Savaris³⁶⁶ leciona que:

[...] a celeridade não se confunde com a pressa em colocar fim ao processo, a ponto de provocar atropelamento de atos processuais com sacrifício da segurança e da verdade. Nunca é demais lembrar que a efetividade almejada pela sociedade e prometida pela Lei 10.259/01 se encontra justamente em uma ponderação-chave do devido processo legal: equilíbrio entre os valores celeridade e segurança. [...]

³⁶² GALLO JÚNIOR, Eduardo Mattos. Juizados especiais cíveis: uma leitura à luz do princípio da efetividade e do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2005. p. 53.

³⁶³ BATISTA, Weber M. e FUX, Luiz, *apud*, ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** p. 216.

³⁶⁴ Chiovenda, *apud*, ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** p. 215.

³⁶⁵ NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira, *apud*, BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados Especiais Federais Cíveis.** p. 36.

³⁶⁶ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 127.

Do princípio da celeridade decorre: 1 – instauração imediata da conciliação quando ambas partes comparecem ao Juizado; 2 - prolação imediata da sentença estando ausente a parte ré; 3 - produção de todos os atos processuais em uma única audiência; 4 - busca do meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio.

Neste contexto, assume-se o compromisso de conduzir o processo judicial de forma célere, porém sempre respeitando o devido processo legal em seu sentido formal e substancial para que se viabilize o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Os princípios que orientam os Juizados Especiais Federais apenas reafirmam o compromisso de garantir um processo justo, a fim de conferir às pessoas vulneráveis a tutela do seu direito fundamental social.

Portanto, verifica-se que o sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais é condizente com o Método Processual Pragmático, pois prima pela efetividade do processo, ou seja, foi construído com o objetivo de conferir o efetivo acesso à justiça, ou seja, é instruído para que seja concretizado o direito material através do processo judicial.

O processo, no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais deve ser adequado, pois sua finalidade é a análise do direito material em questão; efetivo, pois possui estratégias processuais que condicionam o processo para o cumprimento de sua finalidade; e tempestivo, pois apresenta formas de produção de decisões eficazes, que produzam resultados práticos em menor lapso temporal.

3.4.4 Estratégias processuais pragmáticas disponíveis no sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais: contribuições para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada dos Direitos Fundamentais Sociais

Em conformidade com a sua função primordial de garantir o Acesso à Justiça em seu duplo aspecto: formal e material, o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais foi instruído com uma diversidade de estratégias processuais a fim de viabilizar a tutela jurisdicional dos direitos.

O que compete neste momento, é verificar se as estratégias processuais disponíveis no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais são condizentes

com o método processual pragmático, e se facilitam o alcance de uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada sob a perspectiva do processo justo.

Destaca-se que o objetivo não é esgotar o estudo individualizado de todas as estratégias processuais existentes no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais. O que se pretende é identificar essas estratégias processuais e sua correlação com o método processual pragmático, a fim de demonstrar a sua contribuição para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no plano judicial.

A conciliação é um dos instrumentos mais importantes de Acesso à Justiça instituídos pelo sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, sendo considerada uma das principais estratégias processuais pragmáticas instituídas por este sistema de justiça.

Isto porque, através da conciliação, as partes, de forma conjunta, constroem a própria decisão, sendo esta homologada pelo juiz posteriormente para surtir efeitos.

O que se denota pelo exercício da conciliação estimulado pela lei, é a aproximação do Poder Judiciário com as pessoas vulneráveis que exigem seus direitos em face do Estado pela via judicial, construindo democraticamente uma decisão por meio da cooperação entre os envolvidos.

Neste contexto, mecanismos como a mediação e a arbitragem, reconhecidamente ágeis e mais econômicos, o que afirma o seu caráter pragmático, *“han sido contrapuestos cada vez más a las normas y a los procedimientos altamente ritualistas de los modelos continentales, considerados poco objetivos, lentos e incompatibles com los imperativos de la globalización”*³⁶⁷.

Esta visão remete à importância da aplicação do método processual pragmático, eis que a resolução consensual dos casos concreto rompe com o paradigma do Direito estritamente vinculado ao texto legal, para que se construa no caso concreto uma decisão mais próxima da realidade dos fatos, e que seja justa em termos de tempo e conteúdo.

A conciliação, portanto, por referência do método processual pragmático, produz uma decisão justa para o caso concreto, eis que será produzida em tempo hábil, o resultado será prático, pois convencionado, e será formulada mediante a

³⁶⁷ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). In: JULIO SCAPUZANO; Alfonso de (Org.). **Ciudadanía y derecho en la era de la globalización**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 118.

cooperação das partes e do conciliador ou do próprio juiz que conduzirá o respectivo ato.

Além da conciliação, extrai-se do princípio da informalidade³⁶⁸ a possibilidade de interpretação mais flexível dos pedidos. Fato este que permite que o magistrado no momento da prolação da sentença decida além do que foi pedido, caracterizando-se também como uma estratégia processual pragmática.

Esta atitude do magistrado dependerá do caso concreto que estará sob sua análise. Destaca-se que aqui não se trata de uma atitude inconsequente. O que compete ao juiz nesta situação, é analisar o caso concreto, flexibilizando a regra processual prevista no Código de Processo Civil³⁶⁹ na qual o juiz não poderá proferir sentença além daquilo que foi requerido pela parte na petição inicial, em virtude da proteção do bem da vida que está sendo postulado em juízo.

O juiz não está condicionado às formalidades legais, sob pena de frustrar o direito fundamental a ser tutelado mediante o processo judicial.

Antônio Carlos Wolkmer³⁷⁰ afirma que a atuação do magistrado, no que se refere à lei, “não se caracteriza jamais pela passividade nem tampouco será a lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui um outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função jurisdicional”.

Sustenta-se que “O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa”, ensina Antônio Carlos Wolkmer³⁷¹.

Pode-se citar como exemplo, quando se trata de uma pessoa vulnerável pleiteando medicamentos ou tratamento de saúde, e a doença se agrava no decorrer do processo, o magistrado poderá proferir sentença concedendo medicamento ou tratamento de forma diversa do que havia sido requerido.

Isto porque, o dever do magistrado neste caso seria dar cumprimento ao direito fundamental social à saúde.

³⁶⁸

³⁶⁹ Art. 492, NCPC: É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional. BRASIL, Presidência da República.

³⁷⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3.ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000. p. 177.

³⁷¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. p. 177.

Através da análise do caso concreto, ante a iminência do risco de morte da pessoa vulnerável que pugna por seu direito fundamental social, de nada adiantaria que o juiz, ao proferir determinada decisão com base em uma regra processual, e não concretizasse a sua missão constitucional de proteção do direito fundamental à saúde.

O método processual pragmático contribui, então, para o efetivo alcance do direito material pleiteado, sendo que se afasta da formalidade prevista na lei, para produzir uma decisão adequada e efetiva ao caso concreto.

A perícia simplificada também é uma das estratégias processuais pragmáticas em destaque no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais.

Isto porque o sistema de justiça dos juizados pugna pela menor complexidade na produção das provas no decorrer da instrução processual, desta forma, admite-se, pela simplicidade, celeridade, efetividade do processo, a produção de prova simplificada, conforme previsão legal expressa nos artigos 5º, e 35, parágrafo único, da Lei 9.099/95:

Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado.

É possível, portanto, no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, a apresentação de laudo técnico como meio de prova, pelos princípios da simplicidade, celeridade e economia processual, além de ser uma estratégia pragmática, pois tal meio de prova produz um resultado prático, permitindo também o alcance da ampla defesa, e a adequação do processo à análise da real necessidade do direito a ser tutelado.

A expedição de Requisição de Pequeno Valor (RPV) é outra estratégia processual na qual se identifica o método processual pragmático, pois consiste na possibilidade de pagamento direto nas ações que versam sobre a obrigação de pagar quantia certa, sem a necessidade de expedição de precatório, conforme estabelece o art. 17, da Lei 10.259/01:

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

A Constituição Federal de 1988, já havia estabelecido em seu artigo 100, §3º, a possibilidade de expedição de RPV:

Art. 100, CRFB/88: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A Requisição de Pequeno Valor (RPV) “é a espécie de requisição de pagamento de quantia a que a Fazenda Pública foi condenada em processo judicial, para valores totais de até 60 salários mínimos por beneficiário, sendo encaminhada ao Tribunal, quando a entidade devedora for sujeita ao Orçamento Geral da União”³⁷².

Quanto à atualização da RPV, “Chegando ao Tribunal, a RPV é autuada, sendo atualizada no último dia do mês em que foi apresentada para inclusão em proposta orçamentária mensal”³⁷³.

O prazo para pagamento “A RPV autuada dentro do mês terá seu valor depositado no TRF no final do mês seguinte e será disponibilizado para levantamento pelo beneficiário até o dia 15 do mês subsequente”³⁷⁴.

Já o precatório “é uma espécie de requisição de pagamento de determinada quantia a que a Fazenda Pública foi condenada em processo judicial, para valores totais acima de 60 salários mínimos por beneficiário”³⁷⁵.

Difere da RPV, pelo fato de que a sua atualização, o prazo e a forma de pagamento são mais morosos. No que se refere à atualização “Os precatórios apresentados no Tribunal até 1º de julho de cada ano são atualizados nesta data para serem incluídos na proposta orçamentária para pagamento no ano seguinte. No que

³⁷² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

³⁷³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

³⁷⁴ “Exemplo: uma requisição autuada em outubro/2013 terá seu valor disponibilizado para levantamento até 15/dezembro/2013 (se houver crédito orçamentário)”. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

³⁷⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

se requiere ao prazo para pagamento “O prazo final para depósito, junto ao Tribunal, dos valores dos precatórios inscritos em proposta orçamentária é 31 de dezembro do ano para o qual foi orçado”³⁷⁶.

A forma de pagamento é feita “na ordem cronológica de apresentação dos precatórios no Tribunal, respeitada a prioridade, até o limite legal, para portadores de doença grave e idade superior a 60 anos na data da expedição do precatório, bem como a preferência daqueles com natureza alimentar sobre os de natureza comum”³⁷⁷.

Sendo que “Os valores pagos são depositados em contas de depósito judicial individualizadas para cada beneficiário, as quais são abertas em instituição financeira oficial (Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal)”³⁷⁸.

A possibilidade de receber a quantia certa mediante Requisição de Pequeno Valor contribui para o resultado útil do processo, eis que a parte envolvida não precisará aguardar por muito tempo para receber o valor estipulado.

Destaca-se a importância desta estratégia processual, tendo em vista que promove a celeridade na concretização da tutela jurisdicional mediante um resultado prático.

Isto ocorre quando, por exemplo, a pessoa vulnerável requer seja concedido benefício assistencial, sendo inicialmente indeferido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, e posteriormente deferido no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais.

Nestes casos, o valor a ser pago quando da decisão definitiva é retroativo à data do pedido na esfera administrativa, período no qual a pessoa vulnerável permaneceu sem a assistência do Estado, sendo descumprido o seu direito fundamental social ao benefício assistencial, e conseqüentemente violada sua dignidade humana.

Ressalta-se que isto ocorre, também, com relação aos benefícios previdenciários que consistem em Direitos Fundamentais Sociais a serem tutelados pelo Estado.

³⁷⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

³⁷⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

³⁷⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

Considera-se também uma estratégia processual pragmática a dispensa de relatório na sentença e a possibilidade de decisão colegiada com utilização também dos fundamentos da sentença como razão de decidir.

A dispensa do relatório na sentença, autorizada no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, tem como objetivo facilitar a compreensão das partes com relação ao que foi decidido.

A Lei 9.099/95 prevê essa possibilidade em seu artigo 38:

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Neste sentido, Fátima Nancy Andrichi³⁷⁹ afirma que:

a sentença, como ato culminante do processo, que realmente interessa aos jurisdicionados, foi concebida de forma menos rigorosa, uma vez que deverá conter breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência, sendo desnecessário o tradicional relatório. O importante é que as partes, que estarão ouvindo a sentença ou que tenham acesso à mesma em outro momento, possam compreender, com facilidade, o que o Juiz decidiu a respeito do conflito.

Portanto, em se tratando de uma justiça acessível, é certo que o objetivo é tornar compreensível aquilo que foi decidido, para que se caracterize um processo justo.

Se a pessoa vulnerável se utiliza do processo como um instrumento para a concretização de seu direito fundamental social, e se o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais prioriza o Acesso à Justiça material, a dispensa de relatório na sentença é justificada por esses escopos.

A incidência do método processual pragmático ocorre pelo fato de que aqui, simplifica-se o ato, tornando-o mais acessível, e sua composição mais célere.

Ainda, pela informalidade e simplicidade, autorizasse que “O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”, conforme art. 46, da Lei 9.099/95. O que se vê, é a operacionalidade do ato da sentença.

Destaca-se ainda a equidade como Estratégia Processual pragmática no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais para a garantia tutela jurisdicional

³⁷⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Parte I: Juizados Especiais Cíveis. In: _____; BENETI, Sidnei (Org.). **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 50.

dos Direitos Fundamentais Sociais. Assim, passa-se a explicar como se desenvolve esse elemento interpretativo no âmbito dos Juizados.

Tal como a régua de chumbo usada pelos construtores da Ilha de Lesbos, que se amolda às diversas formas das rochas, assim é a equidade, que permite que a regra criada pelo legislador de forma geral se amolde ao caso concreto, e que o julgador traga para aquele caso específico, diante de suas peculiaridades, a decisão mais próxima e justa.

Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, ao tratar das diversas concepções de justiça, menciona que “a justiça e a equidade não parecem ser absolutamente idênticas, nem ser especificamente diferentes”³⁸⁰.

Ensina Aristóteles³⁸¹ que a justiça e a equidade são corretas e não se contradizem, “pois o equitativo embora superior à uma simples espécie de justiça, é justo em si mesmo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo”.

Para Aristóteles³⁸² a equidade funciona como uma forma de correção à lei diante daqueles casos específicos que o legislador não poderia prever no momento de sua edição, e nas palavras do filósofo grego assim pode ser definida:

Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

Portanto, o filósofo grego afirma que “o equitativo é superior ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal”³⁸³.

Melo³⁸⁴ conceitua a equidade como sendo a “Adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta”.

De acordo com o conceito de Melo, o positivismo jurídico reduz a atividade do juiz a mero intérprete ou aplicador da norma vigente, e desta forma restringe a possibilidade de aplicação da equidade nas decisões judiciais³⁸⁵.

³⁸⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 124.

³⁸¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 124-125.

³⁸² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 125.

³⁸³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 125.

³⁸⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 37.

³⁸⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 37.

Gagliano³⁸⁶ explica que a equidade “Não se trata de um princípio que se oponha à ideia de justiça, mas sim que a completa, tornando-a plena, com a atenuação do rigor da norma, em evidente aplicação do brocardo latino *summum jus summa injuria*”.

Neste contexto, vislumbra-se a equidade como uma forma de melhor interpretar a lei, sendo que esta, editada em caráter geral não atende às particularidades dos casos concretos, e sendo assim, sua aplicação não acarretaria justiça em determinadas situações específicas, por isso a possibilidade de abrandamento da norma. Explica Venosa³⁸⁷ que:

Na realidade, o conceito de equidade não se afasta do conteúdo do próprio Direito, pois, enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto.

[...]

São freqüentes as situações com que se defronta o juiz ao ter de aplicar uma lei, oportunidade em que percebe que, no caso concreto, se afasta da noção do que é justo. O trabalho de aplicação por equidade é de exatamente aparar as arestas na aplicação da lei para que uma injustiça não seja cometida. A equidade é um labor de abrandamento da norma jurídica no caso concreto.

[...]

Na realidade, sintetiza-se que a equidade se traduz na busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da melhor decisão para o caso concreto. Trata-se, como se vê, de um raciocínio que busca a adequação da norma ao caso concreto. Em momento algum, porém, salvo quando expressamente autorizado pela lei, pode o julgador decidir exclusivamente pelo critério do justo e do equânime, abandonando o texto legal, sob o risco de converter-se em legislador.

Deste ponto de vista, a equidade não autoriza a dispersão do juiz ao texto legal, mas permite a adequação da lei geral de forma a proferir naquele caso específico a decisão que considera mais justa.

³⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. p. 22

³⁸⁷ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51 e ss.

Na concepção positivista³⁸⁸ de Bobbio, as leis relativas ao direito substancial correspondem a vínculos de conteúdo ao poder normativo do juiz, já as leis relativas ao processo consistem em limites formais da atividade do juiz³⁸⁹.

Para Bobbio³⁹⁰, “Chamam-se “juízos de equidade” aqueles pelos quais o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida”, ele explica que “O juízo de equidade pode ser definido como uma autorização ao juiz para produzir direito fora de qualquer limite material imposto pelas normas superiores”.

Bobbio discorre sobre a completude do ordenamento jurídico, entendendo-a como a “propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de “lacuna” (em um dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “ausência de lacunas””.

Assim, Bobbio³⁹¹ admite a incompletude do ordenamento jurídico, quando diz que “O fato de a solução não ser mais óbvia, ou seja, de não se poder extrair do sistema uma solução, nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico”.

Portanto, como forma de heterointegração do ordenamento jurídico Bobbio considera a equidade como um método de preenchimento das lacunas³⁹².

Já sob o paradigma do garantismo ou neopositivismo, Ferrajoli se refere à ponderação equitativa, que ocorre quando da solução dos conflitos em concreto, onde se verifica a singularidade dos casos submetidos ao juízo³⁹³.

O jusfilósofo italiano diz que nestas situações está-se diante de uma confusão entre fatos e normas, para ele “Em concreto, de fato, o que mudam não são as

³⁸⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2013. p. 07: “**Positivismo jurídico (ou juspositivismo):** Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou prevalentemente por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério da validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*)”.

³⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 67.

³⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 67.

³⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 136.

³⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 145.

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131.

normas, que estão sempre iguais, mas os casos julgados, que são sempre irrepetivelmente distintos uns dos outros, mesmo que subsumíveis às mesmas normas”³⁹⁴.

Assim, a ponderação equitativa não incide sobre as normas que serão aplicadas ao caso concreto, mas sim sobre as características singulares e irrepetíveis dos fatos submetidos ao juízo³⁹⁵.

Entendimento este diverso do de Aristóteles, eis que para este filósofo a norma é que se amolda à singularidade do caso em análise pelo julgador quando pautado pela equidade.

A equidade na visão garantista de Ferrajoli³⁹⁶ “não se opõe absolutamente à lei e à justiça legal ou formal”, mas consiste “tão somente na compreensão e na valoração das circunstâncias e características concretas e irrepetíveis que fazem de cada fato um fato diferente de todos os outros, ainda que todos se relacionem à mesma hipótese legal”.

De acordo com Perelman³⁹⁷, “quando aparecem antinomias da justiça, e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorreremos à equidade”. O referido autor considera a equidade como a muleta da justiça, pois “é o complemento indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se mostra impossível”.

Explica Perelman³⁹⁸ que a equidade tende a amenizar a desigualdade entre os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial, ou seja:

A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é tornado impossível pelo fato de levar em conta simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação.

³⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 132.

³⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 132.

³⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 133.

³⁹⁷ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

³⁹⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. p. 37.

A equidade, portanto, contrapõe-se ao formalismo, devendo complementá-lo, a sua intervenção ocorre quando dois formalismos entram em choque³⁹⁹.

Cabe destacar também os ensinamentos de Dworkin⁴⁰⁰, quando justifica que a força gravitacional do precedente reside na equidade em tratar casos semelhantes da mesma maneira:

A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Já em sua Teoria da Integridade, Dworkin⁴⁰¹ especifica que “A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada”.

Rawls⁴⁰², em sua Teoria da Justiça, defende a justiça como equidade, pois para que haja o consenso de todos quanto ao acordo original que regerá a vida em sociedade, as pessoas devem estar sob o véu da ignorância para que possam partir de uma mesma posição original⁴⁰³, isto com base em dois princípios de justiça quais sejam: igualdade de tratamento (ou liberdades iguais)⁴⁰⁴; e reconhecimento das desigualdades sociais e econômicas⁴⁰⁵.

Conforme explica Stacciarini⁴⁰⁶ em seu artigo sobre a Teoria da Justiça em Aristóteles, publicado na Revista Eletrônica Direito e Política, “a equidade consiste na

³⁹⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. p. 37.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176.

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203.

⁴⁰² RAWLS, John. **Teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-19.

⁴⁰³ RAWLS, John. **Teoria da justiça**. p.19. “[...] é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos”.

⁴⁰⁴ RAWLS, John. **Teoria da justiça**. p. 64: Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual, ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

⁴⁰⁵ RAWLS, John. **Teoria da justiça**. p. 64: Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

⁴⁰⁶ STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 24 out. 2015.

criação de regras particulares, que se aplicam, exclusivamente, às especificidades de cada caso, com o objetivo de “suprir a omissão legal”⁴⁰⁷.

Destaca-se que o conceito e o contexto de aplicabilidade da equidade adotados para a presente pesquisa consistem na equidade definida por Aristóteles como a justiça do caso concreto, considerada também por Manuel Atienza em sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Assim sendo, passa-se à análise da equidade como elemento interpretativo à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, bem como à possibilidade de aplicação deste instrumento na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

O conceito de equidade adotado por Manuel Atienza em sua Teoria da Argumentação Jurídica é condizente com a definição de justiça como equidade de Aristóteles.

A noção de justiça decorrente da racionalidade formal do Direito moderno, na qual considera-se que é justo um ato do juiz como o de proferir uma sentença na qual realiza a aplicação correta de uma ou várias normas previamente estabelecidas não é inteiramente satisfatória, conforme observa Atienza⁴⁰⁷.

Deste ponto de vista, Atienza considera a equidade como elemento interpretativo para conferir justiça ao caso concreto, referindo-se à adequação da lei em razão da particularidade do caso submetido a julgamento. Neste sentido, o autor afirma que “uma norma pode ser mais específica do que outra, mas ser igualmente universal, pois a universalidade é um requisito de tipo lógico, que não tem relação com a maior ou menor especificidade de uma norma”⁴⁰⁸.

Esta adequação ocorre quando a lei, em seu caráter geral e abstrato, mesmo que formalmente válida, quando interpretada em sua literalidade não é suficiente para que o magistrado possa proferir uma decisão justa ao caso concreto.

A lei, nestas situações, não tem uma resposta específica para certos casos difíceis, assim o julgador pode valer-se da equidade, e através da argumentação jurídica, construir uma decisão justa.

A equidade pressupõe, portanto, uma exceção a justiça legal, sendo que esta consiste na regra geral estabelecida pelo legislador que hipoteticamente deveria ser

⁴⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 210.

⁴⁰⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. p. 144.

aplicada aos casos semelhantes àquele submetido a julgamento sem considerar suas especificidades, mas que por sua generalidade depende da referida adequação equitativa. Assim, aberta a exceção da regra em sua generalidade, e produzindo-se uma norma específica através da decisão judicial, ela deverá ser aplicável aos demais casos semelhantes, isto ocorre, porque a generalidade da regra não exclui a sua universalidade.

Sobre a decisão equitativa Atienza⁴⁰⁹ explica que:

Uma decisão equitativa (no sentido técnico dessa expressão) implica introduzir uma exceção numa regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem de valer também para qualquer outro caso com as mesmas características. A equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras, não contra o princípio da universalidade (cf. MacCormick, 1978, p. 97 e segs.).

Trata-se, portanto, de um argumento jurídico que pode ser aplicado quando diante de um caso concreto o juiz encontra um problema de interpretação. Assim, Atienza destaca a classificação de Giovanni Tarello, o qual estabelece 15 argumentos jurídicos que podem ser aplicados para resolver os problemas de interpretação, dentre os quais destaca-se a equidade⁴¹⁰.

Neste sentido, Atienza menciona que a equidade pode ser definida como a justiça do caso concreto, sendo que “a aplicação equitativa de uma norma pressupõe um acerto da mesma - através de uma interpretação que, até certo ponto, modifica a norma - para moldá-la às circunstâncias da situação”⁴¹¹.

As mudanças sociais, culturais e econômicas que ocorrem constantemente na Sociedade, e conseqüentemente acarretam novos conflitos sociais a serem solucionados pelo Poder Judiciário, especialmente quando se trata de direitos fundamentais, dependem de uma tutela jurisdicional justa (no sentido de justiça formal/legal, e justiça material/de conteúdo), e eficaz (que traga realmente àquele caso uma solução que possa ser colocada em prática e atenda às expectativas do jurisdicionado).

Nestes casos, como a lei posta, elaborada pelo legislador, às vezes não acompanha a velocidade das mudanças sociais, e assim os novos conflitos sociais que são apresentados ao órgão julgador caracterizam um problema de interpretação,

⁴⁰⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. p. 145.

⁴¹⁰ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. p. 202-203.

⁴¹¹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. p. 211.

a equidade pode ser aplicada como elemento argumentativo para a fundamentação das decisões judiciais.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 93, inciso IX, o dever de fundamentação das decisões judiciais, e à luz do paradigma constitucionalista estas decisões devem observar estritamente os princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Lei Maior.

Atienza afirma que o Estado Constitucional exige um maior emprego da argumentação. Para ele a ideia regulativa desta forma de Estado “supõe a submissão completa do poder à razão, e portanto, a exigência de que as decisões jurídicas devem ser decisões justificadas com razão, decisões argumentadas”⁴¹².

Consequentemente, exige-se cada vez mais que seja cumprido o dever de motivação das decisões judiciais, o que para Atienza possui “uma extraordinária importância, não só do ponto de vista estritamente jurídico (para o bom funcionamento de um sistema de recursos), senão também em um plano político”⁴¹³.

O critério de aplicação da equidade sob o paradigma do constitucionalismo, portanto, está intrinsecamente delimitado formal e materialmente pela Constituição, especialmente quando se trata da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a aplicação da equidade como elemento interpretativo torna-se um instrumento capaz de fazer uma aproximação do Direito com a realidade social e com as peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais discutidos no caso em questão, sem contrariar as normas constitucionais.

Ressalta-se então que a via jurisdicional tem sido um importante canal de acesso à concretização de direitos fundamentais, principalmente no que tange ao manejo de instrumentos capazes de conferir justiça ao caso concreto diante da insuficiência das regras legisladas.

Demonstra-se, através da explanação do seguinte caso concreto, a aplicação da equidade como elemento interpretativo. Trata-se de uma decisão do Supremo

⁴¹² CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. p.134.

⁴¹³ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. p. 134.

Tribunal de Federal, proferida no Recurso Extraordinário nº 567.985⁴¹⁴, que versa sobre o direito fundamental das pessoas idosas ou portadoras de necessidades especiais ao benefício assistencial, previsto no artigo 205, inciso V, da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993), tendo como objetivo conceder às essas pessoas socialmente vulneráveis, condições mínimas para que possam prover sua subsistência, e conseqüentemente promover a consecução de sua dignidade, e demais direitos fundamentais.

Neste caso concreto, verifica-se a aplicação da equidade, tendo em vista que a própria Lei Orgânica da Assistência Social, em seu parágrafo 3º, do artigo 20 da Lei 8.742/93, suprimia o direito ao benefício assistencial das pessoas idosas ou portadoras de necessidades especiais, ao estabelecer como parâmetro para a concessão do referido benefício o requisito objetivo da renda familiar igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo *per capita*.

O dispositivo legal que estipula o requisito objetivo para a concessão do benefício assistencial, já havia sido submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232, a qual declarou a sua constitucionalidade.

No entanto, tal decisão não superou os problemas gerados pela imposição do requisito objetivo, por não ser o único capaz de comprovar a miserabilidade do grupo familiar para a respectiva concessão do benefício assistencial. Sendo assim, devido às diversas decisões jurisdicionais no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as quais passaram a conceder o benefício assistencial à pessoa idosa ou portadora de necessidades especiais ainda que a renda mensal do grupo familiar ultrapassasse o requisito objetivo, o caso foi alçado à análise do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal⁴¹⁵, por sua vez, decidiu por reconhecer a inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, do dispositivo legal que estabelece o requisito objetivo da renda *per capita* do grupo familiar, ressaltando-se que:

foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. Mato Grosso. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>> Acesso em: 25 nov. 2015.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**.

Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Ademais, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal o processo de inconstitucionalização se deu devido às “notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”⁴¹⁶.

Ao analisar o voto de relatoria do Ministro Marco Aurélio proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985, extrai-se os principais argumentos de sua decisão em favor da proteção do direito fundamental ao benefício assistencial previsto na Constituição Federal de 1988, com base em um juízo de equidade. Dentre tais argumentos, “Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta”⁴¹⁷.

Faz-se necessária, portanto, a interpretação de todo o ordenamento jurídico em consonância com a força normativa da Constituição. Neste sentido, pode-se afirmar com Hesse⁴¹⁸ que:

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Argumenta o Ministro Marco Aurélio que ao Supremo Tribunal Federal cabe o papel último de interpretar a Constituição e resguardar a sua integridade, e afirma que possui o dever de garantia sempre em favor da sociedade, ainda que contra a posição das majorias. Assim, o texto constitucional que determina a concessão do benefício assistencial tem como objetivo conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência, e envolve os preceitos constitucionais da dignidade humana, da solidariedade social, da erradicação da pobreza e da assistência aos

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**, p. 3.

⁴¹⁸ HESSE. Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 20.

desamparados. Elementos estes que exigem uma interpretação constitucional adequada⁴¹⁹.

Quanto à dignidade humana, com base nos estudos de Luís Roberto Barroso, o referido Ministro explica que este princípio compõe-se por três elementos, quais sejam: o valor intrínseco; a autonomia; e o valor comunitário⁴²⁰. Acentua o Ministro Marco Aurélio que “Como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo”⁴²¹; “Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo”⁴²²; já como “valor comunitário” a dignidade humana atuaria “não apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente”⁴²³.

Neste contexto, o então Ministro Marco Aurélio ressalta que está inserida a solidariedade social como princípio constitucional, e afirma que “a ninguém foi dada a escolha de nascer nessa quadra e nessa sociedade, mas, a despeito disso, estamos todos unidos na construção de um destino comum”. Desta forma, “Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos”⁴²⁴.

Argumenta ainda que a “eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo”⁴²⁵. E que na dicção do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, os Poderes Públicos são compelidos “a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição”⁴²⁶.

Destaca em seu voto que o problema reside na base móvel escolhida pelo legislador, sendo que “Ao vincular a renda familiar ao salário mínimo, obteve-se a mudança, ano após ano, da linha de pobreza alcançada”, e menciona que “ao fixar-se apenas no critério “renda”, o legislador olvidou outros elementos do mundo dos

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 4.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 3.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 3.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 4.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 5.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 5.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 6-7.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 8.

atos que são relevantes para o exame do parâmetro miserabilidade”⁴²⁷. Explica o Ministro relator do Recurso Extraordinário 567.985 que:

A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. Como se sabe, os direitos fundamentais tanto possuem uma faceta negativa, que consiste na proteção do indivíduo contra as arbitrariedades provenientes dos poderes públicos, quanto cria deveres de agir. Refiro-me à denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem como um dos efeitos a imposição de deveres permanentes de efetividade, sob pena de censura judicial⁴²⁸.

No que toca à questão hermenêutica, de acordo com o voto do Ministro Marco Aurélio, sintetiza-se que O §3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social “fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça”.

Não se levantou nenhuma discussão acerca da validade da regra, que sob a ótica do Ministro Marco Aurélio permanece hígida em abstrato, assim tem-se a constitucionalidade da regra em abstrato, porém sua inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, levando-se em conta as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos⁴²⁹.

Conforme argumenta Ministro relator no voto em análise, com relação à derrota da regra, revela-se que a segurança jurídica e a isonomia devem ceder espaço diante da concretização da dignidade humana⁴³⁰.

Extrai-se do voto em apreço, que a regra geral consiste na observância do requisito da renda mensal familiar correspondente um quarto do salário mínimo *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial. No entanto, em casos excepcionais, em que não for possível concretizar a dignidade humana da pessoa idosa ou deficiente mesmo que o critério objetivo para a concessão do benefício assistencial não seja cumprido, o órgão julgador deve observar os demais elementos apresentados no caso concreto a fim de averiguar a real condição de miserabilidade. Transcreve-se:

[...] sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade,

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 9-10.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 10.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 11.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 13.

assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais⁴³¹.

Portanto, no caso em comento, ao aplicar a equidade abre-se uma exceção à regra, a qual respeita o princípio da universalidade, pois tal decisão é passível de aplicação aos demais casos semelhantes. Além disso, verifica-se a importância de uma interpretação constitucional das regras pertinentes ao ordenamento jurídico, em razão da missão do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

3.5 A CONTRIBUIÇÃO DO MÉTODO PROCESSUAL PRAGMÁTICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Pela análise do sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, é possível afirmar o seu caráter pragmático. Como se viu, os Juizados Especiais Federais surgiram de uma experiência empiricamente orientada, e bem administrada, que obteve resultados positivos, com a finalidade de possibilitar que pessoas menos favorecidas econômica e socialmente pudessem ter acesso ao Poder Judiciário, e conseqüentemente à concretização de seus Direitos Fundamentais Sociais.

Esse sistema de justiça, assegura uma forma de aproximação dos cidadãos com o Poder Judiciário, possibilitando a participação direta na construção da solução processual para o problema apresentado, que precisa ser resolvido de forma útil, com baixo custo, e em breve lapso temporal.

Muito tem a ver com o Método Processual Pragmático, pois conforme já mencionado anteriormente, o sistema de justiça aqui tratado, dispõe de estratégias processuais que visam à tutela jurisdicional efetiva, pois pretende concretizar o direito material postulado; adequada, pois através dessas estratégias é possível analisar o direito material requerido, e não obstaculizar esta análise por questões formais; e tempestiva, pois a solução processual leva o tempo necessário para que seja produzida, sem ferir os elementos estruturantes do processo justo.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. p. 18.

O processo justo aqui entendido é, portanto, aquele que compreende em sua forma de desenvolvimento e sem sua finalidade os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Uma das maiores contribuições do Método Processual Pragmático para a consecução do Acesso à Justiça, e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, é o desapego ao formalismo excessivo, permitindo que o juiz analise no caso concreto outras situações que influenciam na construção da decisão de forma justa e equânime, a fim de atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, conforme dispõe o artigo 6º, da Lei 9.099/95⁴³².

O desapego ao formalismo, conforme Cândido Rangel Dinamarco⁴³³, se firma pelos princípios consectários dos Juizados Especiais Federais, eis que o excesso de formalismo conduz à deformação do próprio direito:

Do ponto de vista procedimental, a fórmula está preceituada no art. 2º da Lei dos Juizados Especiais, que estabelece os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Tais proclamações têm o significado sistemático de apregar a *desformalização*, que é uma tendência universal em prol da facilitação do efetivo acesso à justiça. Nos juizados especiais, mais do que nunca ou em outros juízos, tem-se por ponto de honra a eliminação de atos desnecessários: como disse Liebman e tenho a oportunidade de lembrar tantas vezes, *as formas são necessárias, mas o formalismo é um deformação*.

Segundo o referido autor, “Os juizados são filhos de um movimento *desburocrizador* que se instalou no país na década passada, com a ideia de que as complicações e formalismos processuais constituíssem inexplicáveis e ilegítimos entraves ao pronto e efetivo acesso à justiça”⁴³⁴.

Ora, quando se trata de Direitos Fundamentais Sociais, o Estado, conforme já mencionado, assumiu o compromisso constitucional de garanti-los e efetivá-los. Se a lei, por seu caráter geral e abstrato, não consegue atingir a sua finalidade, de nada adianta ao magistrado proferir uma decisão em descompasso com os referidos valores constitucionais essenciais.

⁴³² Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

⁴³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os juizados especiais e os fantasmas que o assombram. **Tribuna da Magistratura**, Caderno de Doutrina, São Paulo/maio, 1996. p. 2.

⁴³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os juizados especiais e os fantasmas que o assombram. **Tribuna da Magistratura**, Caderno de Doutrina, São Paulo/maio, 1996. p. 2.

Através do Método Processual pragmático, o juiz analisará quais das soluções possíveis ao caso produzirá as melhores consequências, sob os influxos da jurisdição democrática e do modelo constitucional de processo.

A finalidade da lei nestes casos consiste em concretizar os Direitos Fundamentais Sociais previstos na Constituição, para assegurar condições mínimas de vida às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, promovendo a igualdade e a dignidade humana. Expressa Paulo Roney Avila Fagundez⁴³⁵ que:

O intérprete do Direito é como o crítico literário, vale dizer, está sempre em busca de um significado do texto. Qual é o melhor significado? É aquele que contribui para a humanização da lei, que contribui para a promoção da verdadeira justiça. Os princípios, as normas e as decisões do sistema jurídico estão sempre pedindo uma interpretação, uma melhor resposta para o sofrimento humano. Busca-se à luz da dogmática, a solução dentro do sistema. Ocorre que o sistema é aberto, alumado fundamentalmente pelos princípios jurídicos, que são verdadeiras pontes que unem a ciência jurídica às demais áreas do conhecimento.

Busca-se a interpretação e aplicação do direito, oxigenada pelos valores constitucionais, de forma a humanizar a decisão, fazer dela útil no contexto econômico, social e cultural em que é construída, e fazer com que prevaleça através dela a dignidade da pessoa humana. Deste ponto de vista, Renata Furtado Barros⁴³⁶ assevera que:

A sociedade busca o Direito como um meio de solução de conflitos e, ainda mais importante, como meio de efetivação da dignidade da pessoa humana. A Justiça não pode mais ser vista como uma figura vendada, passível de solucionar conflitos de forma justa, mas como uma figura que esteja atenta às necessidades e realidades sociais, em prol da defesa dos direitos individuais, sociais e coletivos.

Valoriza-se a pragmática em razão da produção de uma norma a ser aplicada ao caso concreto, tendo em vista que visa a aproximação do Direito com os cidadãos e o envolvimento com o a realidade social vivenciada. Considera Paulo Afonso Vaz Brum⁴³⁷ que:

O Direito pós-moderno valoriza a pragmática, é dizer, a propensão para a compreensão e a construção do Direito (norma) apenas no caso concreto. Muda o paradigma do fetiche da lei e, por conseguinte, o eixo Direito-lei é substituído pelo eixo Direito-caso concreto, em uma autêntica aproximação do Direito com os indivíduos, o ser-eu, e sua adequação ao contexto

⁴³⁵ FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e holismo**: introdução a uma visão jurídica de integridade. São Paulo: Ltr, 2000. p. 235-237.

⁴³⁶ BARROS, Renata Furtado (Org.). **Desafios do direito na pós-modernidade**. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: Lulu Publishing, 2012. p. 5-6.

⁴³⁷ BRUM, Paulo Afonso Vaz. **Juizado Especial Federal**: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo/RS, 2015. p. 49.

relacional que pretende reger. Este movimento no Direito se reflete na administração da Justiça e permite a complementação da ideia de adjudicação com a de autocomposição ou consensualidade na solução de conflitos e interesses.

Além disso, outra questão que demonstra que a instrumentalidade das formas não é o principal elemento do processo, é o fato de que somente se permite que sejam invalidados os atos processuais que não preencham a sua finalidade, o que permite que os atos que realmente atinjam o resultado dele esperado, independentemente a forma com que seja executado, será considerado válido⁴³⁸.

Essa forma de desenvolver o processo, e de interpretar e aplicar o direito ao caso concreto, caracteriza a operacionalidade do processo pretendida pelo Método Processual Pragmático, que concede ao magistrado o dever de conduzir o processo, e de administrá-lo, sempre com a finalidade de assegurar os direitos e garantias fundamentais, tanto com relação aos próprios atos do processo, como com relação à tutela do direito material.

Sobre os influxos filosóficos do pragmatismo sobre o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais, afirma-se com Oriana Piske que a filosofia assume “um papel extraordinário na História”, que no entendimento de Richard Rorty consiste na “grande conversação”, no qual estabelece um “diálogo crítico o, permanente e renovador com as outras áreas do saber humano”⁴³⁹.

Neste estágio, demonstra-se que “os seres humanos não perderam o contato com os problemas reais que desejam resolver”⁴⁴⁰, fato este que reconhece a presença do pragmatismo na instituição dos Juizados Especiais Federais.

Oriana Piske⁴⁴¹ afirma que “Os Juizados Especiais têm seus fundamentos filosóficos no valor Justiça, na prudência e no pragmatismo jurídico”.

⁴³⁸ Art. 13, da Lei 9.099/95: Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

⁴³⁹ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 01

⁴⁴⁰ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 01-02.

⁴⁴¹ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 01.

E complementa que “Consideramos que os Juizados Especiais brasileiros, por terem sofrido influência das *Small Claims Courts* norte-americanas, trazem no seu substrato o influxo da filosofia pragmatista, incorporando um pragmatismo jurídico na maneira de conduzir e de decidir o processo”⁴⁴².

Nesta fase de transição paradigmática, “A valorização individualizada da racionalidade, como único instrumento a ser utilizado para análise jurídica, modifica-se, uma vez que se preconiza cada vez mais o uso da prudência para o atendimento das demandas sociais”⁴⁴³.

Pela filosofia pragmática, a prudência se desenvolve, tendo em vista que, “ao partir da experiência, busca investigar logicamente respostas capazes de resolver o problema, não como uma verdade absoluta, mas como uma solução para aquele determinado problema, naquele dado momento”⁴⁴⁴.

Aqui também se exprime o critério do discurso argumentativo/persuasivo em conjunto com a ponderação prática, que visa “compatibilização de valores contraditórios e flutuantes que a realidade em frequente mudança apresenta”. Neste sentido, Oriana Piske⁴⁴⁵ alerta que:

A importância da aplicação do referido critério ao fato concreto para a solução do problema jurídico demonstra a aplicação de um sentido pragmático à linguagem jurídica. Desta forma, a pragmática, projetada ao Direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas formas gerais. A análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade. Ressalte-se que não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos. Ao nosso entender, o eixo central do pragmatismo, numa concepção interpretativa do Direito, é no sentido de que as decisões sejam tomadas observando suas consequências e efeitos práticos, desenvolvendo uma prudência, visando harmonizar os valores da sociedade.

⁴⁴² PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 01.

⁴⁴³ BARROS, Renata Furtado (Org.). **Desafios do direito na pós-modernidade**. p. 6.

⁴⁴⁴ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 02.

⁴⁴⁵ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 4.

Analisa-se ainda, sob a perspectiva da filosofia pragmática, a atuação do magistrado, que “avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências”. De todas as possíveis decisões apresentadas “ele tentará supor consequências e, do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor, aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais”. O juiz não está fechado “dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico, pois a concepção pragmatista de Direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração”, ensina Oriana Piske⁴⁴⁶.

Neste contexto, “É necessário que o Estado preste o seu serviço social não apenas para cumprir a sua função, mas, principalmente para solucionar, de forma satisfatória e democrática, os conflitos da sociedade”⁴⁴⁷.

A utilidade social da decisão é fundamental para a consecução do acesso à justiça e a efetiva concretização do direito fundamental social a ser tutelado pela via judicial. Roberta Terezinha Uvo⁴⁴⁸ define que:

A utilidade social da decisão deve ser a constante preocupação ética e política, dos operadores do direito. Todos os operadores devem ter consciência da importância social das suas decisões, para, superando a irracionalidade do sistema jurídico posto, buscar maximizar os resultados efetivamente benéficos ao desenvolvimento social da comunidade. A decisão que pretenda ser justa deve ter compromisso com a concretização dos valores vigentes, ser oportuna, equitativa e socialmente útil.

É assim que se firma a pragmaticidade do processo no sistema de Justiça dos Juizados Especiais Federais.

As características dos procedimentos instituídos pelos Juizados Especiais são atributos que corroboram para a condução do processo sob um lapso temporal redimensionado, reordenada para a aproximação com a realidade social, e preocupada com o direito material a ser tutelado, descreve Paulo Afonso Brum Vaz⁴⁴⁹:

⁴⁴⁶ PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 8.

⁴⁴⁷ BARROS, Renata Furtado (Org.). **Desafios do direito na pós-modernidade**. p. 6.

⁴⁴⁸ UVO, Roberta Terezinha. A Atuação do Ministério Público na Proteção dos Direitos do Idoso. In: **Anais da Semana de Divulgação Científica do Curso de Direito**. Itajaí, SC: Universidade do Vale do Itajaí, 2004. p. 235-244.

⁴⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Rio dos Sinos. São Leopoldo/RS, 2015. p. 236.

As características procedimentais dos Juizados Especiais, tais como o sistema recursal menos complexo e mais curto, a abolição de privilégios à Fazenda Pública, o pagamento independente de precatório (por meio de RPV), a atenuação do princípio da demanda, o processo decisório simplificado, a sentença líquida e a prioridade da resposta consensual são apanágios dirigidos a proporcionar um iter processual temporalmente redimensionado, não mais interessado em juízos de certezas e verdades reais.

Sendo assim, tais características procedimentais “Representam o esforço para a consecução de uma tutela judicial diferenciada, aderente à nova temporalidade da realidade social, marcada pelo imediatismo e, acima de tudo, substancializada”⁴⁵⁰.

Traduzem, portanto, “a emergência do compromisso com a efetivação dos direitos materiais, superando aquela ideia de neutralidade do processo em relação a estes”⁴⁵¹.

Afirma-se com veemência que os fundamentos filosófico-pragmáticos do sistema de justiça dos Juizados Especiais encontram-se nos valores e princípios de justiça, equidade, efetividade e na prudência⁴⁵².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de demonstrar a importância dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como consignar o dever do Estado Constitucional de garanti-los e concretiza-los, o Capítulo 1 demonstrou a relevância desses direitos. Cumpre destacar que os direitos fundamentais consistem em uma pretensão moral justificada, calcada na dignidade humana, e em ideais de igualdade e fraternidade, o que eleva o grau de preocupação para com esses direitos.

A exigência desses direitos surge no momento em que são positivados. Contudo, não basta que sejam apenas expressamente reconhecidos, é necessário

⁴⁵⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Rio dos Sinos. São Leopoldo/RS, 2015. p. 236.

⁴⁵¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Rio dos Sinos. São Leopoldo/RS, 2015. p. 236.

⁴⁵² PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017. p. 10.

que existam formas de garanti-los, eis que em determinados momentos poderão ser alvo supressão.

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão social, consistem em uma realidade social acometida por fatores extrajurídicos que podem prejudicar a sua efetividade.

Especificamente no que se refere aos Direitos Fundamentais Sociais, afirma-se pelas linhas de evolução traçadas por Gregorio Peces-Barba Martínez, que estes surgiram através do processo de generalização dos direitos fundamentais, no qual os direitos antes usufruídos pela classe burguesa, estendeu-se a todos os cidadãos, a fim de promover a igualdade material.

Por seu caráter constitucional, e consequentemente admitindo valores que refletem em toda a sua atuação, o Estado assumiu o compromisso de proporcionar às pessoas vulneráveis condições dignas de vida. Uma vez que a Constituição é o símbolo desse compromisso, e que nela estão dispostos os Direitos Fundamentais Sociais a serem promovidos pelo Estado, este deve proporcionar aos cidadãos instrumentos passíveis de torna-los efetivos.

Assim, diante da ascensão do paradigma do constitucionalismo contemporâneo, abriu-se espaço para que os Direitos Fundamentais Sociais, ante a omissão ou insuficiência da lei, ou da atuação do Estado, passassem a ser exigidos pela via judicial. Neste contexto, houve uma transição paradigmática do pós-positivismo procedimentalista, para o pós-positivismo substancialista, sendo aquele garantidor das formas processuais, e este valorizador do direito material a ser tutelado pelo Estado, é neste que se situa o surgimento da preocupação com o direito material através da tutela jurisdicional.

Aí então é que surge a importância do Acesso à Justiça, direito fundamental considerado o mais básico dos direitos, eis que através dele, as pessoas vulneráveis, mais fragilizadas econômica e socialmente, tornaram-se público alvo para que o Estado fortalecesse a criação de uma série instrumentos que possibilitassem tanto o acesso ao Poder Judiciário, como a viabilidade do acesso ao direito material postulado em juízo. Isto porque, como já dito, não é satisfatório que um direito fundamental esteja apenas positivado, mas o Estado deve dispor de mecanismos, instrumentos, técnicas que sejam hábeis a concretiza-los.

Em busca de um método processual capaz de garantir, portanto, o Acesso à Justiça em seu sentido formal e material, é que o Capítulo 2 expõe como referenciais

a filosofia pragmática, a Jurisdição Democrática, e o Modelo Constitucional de Processo, como influxos para a consecução do Método Processual Pragmático, e a obtenção de um Processo Justo.

Apesar de equivocadamente ser alvo de visões depreciativas, tais como repulsa aos direitos fundamentais, ou prevalência de interesses pessoais, inclusive de cunho econômico, o pragmatismo propõe uma nova forma de interpretação, mais próxima das estruturas sociais e econômicas da sociedade, e produzir decisões que possam realmente resolver os problemas de forma útil, com base em um método experimental, no qual se indaga, dentre várias possibilidades, qual seria aquela passível de proporcionar um resultado prático aos problemas jurídicos apresentados.

O pragmatismo tem como características a concretude, a adequação, os fatos a ação e o poder. Para os pragmatistas a verdade se traduz naquilo que realmente pode acontecer, pois é voltado para as consequências. A sua concepção da verdade é calcada no método experimental, num invólucro de tentativas e erros para que se alcance o resultado que seja mais razoável. Aceita, ainda, que outros domínios do conhecimento façam parte da interpretação do direito, não estando atrelado ao fato de que o direito seria uma fonte única para a produção das decisões.

O pragmatismo é reconhecido como método, pois se trata de uma teoria sobre como usar a teoria, e não como uma doutrina, pois não possui uma estrutura preordenada de ideias harmoniosas e conexas entre si. Trata-se de um método que orienta a interpretação para a produção de decisões práticas

É antifundacionalista, pois não busca encontrar a verdade absoluta das coisas, é antirracionalista, pois não está atrelado a conceitos previamente determinados, e sim para a utilidade prática do resultado a ser produzido, independente da discussão ou não acerca desses conceitos abstratamente fixados. E neste contexto, caracteriza-se por não estar vinculado ao formalismo.

As decisões pragmáticas devem ser tomadas de acordo com um referencial comum, que consiste na finalidade do direito. A ausência de aplicabilidade do direito, sob o prisma do pragmatismo, é destituída de sentido, ou seja, não se fala em direito sem que este possa ser efetivamente aplicado.

No que diz respeito à Jurisdição Democrática, conjectura-se que em um Estado Democrático de Direito, ou em um Estado Constitucional – como expressa Canotilho -, a atividade jurisdicional deve estar apta para resolver os novos conflitos sociais. Isto sempre, e evidentemente, com base na carga axiológica atribuída pela

Constituição, ou seja, a atuação jurisdicional deve estar sempre voltada à concretização dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário também tem como dever garantir a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais, e desta forma, um dos instrumentos que demonstram este dever, consiste na forma de interpretar a lei. Sendo assim, é de extrema importância a interpretação conforme a Constituição.

O Poder Judiciário, abre portas através da jurisdição democrática para que pessoas vulneráveis possam, em um processo participativo, ver aquele seu direito fundamental não efetivado da forma devida pelo Estado, se concretizar a partir da tutela jurisdicional. A jurisdição democrática busca, então, promover a construção da decisão a fim de materializar direitos fundamentais resolvendo o conflito apresentado ao Poder Judiciário.

O processo como garantia da consecução de direitos fundamentais, é um instrumento que deve ser moldado formal e materialmente pelos valores constitucionais. Não pode ser mais visto como um mero instrumento de aplicação do direito, mas sim como um instrumento dotado de conteúdo ético para o alcance dos objetivos da jurisdição, em especial, para o alcance do direito material através da tutela jurisdicional.

O reconhecimento do processo como direito fundamental, abarca a possibilidade de através desse instrumento, outros direitos fundamentais serem efetivados. Desta forma, o processo deve observar todas as garantias processuais disponibilizadas pela Constituição, a fim de ser conformar um verdadeiro modelo constitucional.

Os influxos da filosofia pragmática abrem espaço para a proposta de um novo método para orientar o direito processual: o método processual pragmático. Uma nova visão do processo é necessária, eis que este deve produzir um resultado útil ao caso concreto, não mais se limitando às formalidades legais, devido ao seu conteúdo axiológico, para se fazer valer a sua função de instrumento garantidor dos direitos fundamentais. Consequentemente a jurisdição democrática e o modelo constitucional de processo, são contribuições para que este novo método processual resulte num processo justo, pois nada mais é o justo do que a possibilidade de resolver os casos apresentados ao Poder Judiciário por meio de um processo que seja desenvolvido pelas garantias constitucionais processuais, e que tenham como objetivo a realização do direito material.

Neste compasso, no Capítulo 3 reafirma-se o dever do Poder Judiciário de garantir o Acesso à Justiça, estando legitimado pela Constituição, que lhe atribuiu a função de guardião dos direitos fundamentais, promovendo o equilíbrio entre os demais poderes.

O Acesso à Justiça, condicionado ao Poder Judiciário através da Constituição, é o que permite que os cidadãos, em especial as pessoas vulneráveis, tenham a possibilidade de alcançar seus Direitos Fundamentais Sociais.

Assim, não é possível que o processo seja um instrumento defasado, que não esteja apto para a sua tão pretendida finalidade, que é o efetivo acesso à justiça, a de alcance tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Na sociedade atual, ainda muitos obstáculos são opostos ao efetivo acesso à justiça, não pode o processo constituir mais um desses entraves.

Um processo como instrumento constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser desenvolvido para cumprir esta função.

O processo civil, além de produzir um resultado efetivo para as partes envolvidas, também orienta a atuação das instituições estatais, e passa a reger as condutas sociais por meio das decisões que dele resultam.

Sendo assim, insta reconhecer expressamente que a tutela jurisdicional efetiva consiste em um verdadeiro direito fundamental, eis que fundada nas premissas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, impõe que as instituições atuem de forma a concretiza-los, especialmente no que diz respeito à garantia do acesso à justiça e à efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais das pessoas vulneráveis.

O processo, por ser instrumento à disposição dos cidadãos e a favor da concretização de direitos fundamentais, não é diferente. Para se alcançar uma tutela jurisdicional que produza o resultado objetivado pela Constituição em termos de efetividade, tempestividade e adequação, impõe-se determinados princípios, direitos e garantias que devem ser obrigatoriamente colocados em prática para que o processo possa ser considerado justo.

Dentre tais, as mais importantes, e que consistem em elementos estruturantes do processo justo são: devido processo legal; contraditório; ampla defesa; inadmissibilidade de provas ilícitas; juiz natural; direito de petição; inafastabilidade da apreciação jurisdicional; razoável duração do processo; motivação das decisões judiciais.

Sua função, portanto, é proteger o direito pleiteado através do exercício substancial do devido processo legal, a fim de promover uma decisão justa, efetiva, célere, acessível e adequada.

Afirma-se que o processo só pode ser entendido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Consequentemente, a tutela jurisdicional efetiva passa a ser reconhecida como direito fundamental.

Considerando o direito fundamental à tutela jurisdicional, entende-se que o juiz tem a obrigação de compreender as normas processuais levando em conta as diversas necessidades de direito material.

O Método Processual Pragmático é proposto como uma forma de alcance do processo justo, e consequentemente o que se requer diante da utilização deste método para o processo civil é a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A operacionalidade surge como um contributo para a consecução dos Direitos Fundamentais Sociais, fato este que não elimina a importância do pós-positivismo substancialista, mas que demonstra a sua insuficiência, pois este tende a trabalhar mais com conceitos e diretrizes para as decisões judiciais e para a estruturação do processo, olvidando-se de seu resultado prático no mundo dos fatos.

Para compreender a necessidade de operacionalidade do processo, é importante destacar que uma das características do direito processual é a sua dinamicidade. O processo deve, portanto, acompanhar as mudanças sociais, e produzir um resultado hábil a resolver as demandas de seu tempo, ou seja, no momento histórico em que se desenvolve deve estar apto para resolver de forma prática as situações que lhe impulsionam.

Conta-se, portanto, com a participação das partes, do juiz, e de todos os agentes que contribuem para a construção da solução processual, ou seja, para a produção de uma decisão mais próxima e justa que produza o resultado desejado.

Portanto, em síntese, a operacionalidade do processo consiste no reconhecimento de sua dinamicidade, a qual requer a sua adaptação às circunstâncias sociais da época em que se desenvolve; requer ainda a sua administração por meio de todos os agentes que colaboram para a produção da decisão; e também requer sejam observados os valores constitucionais que moldam a sua estrutura, bem como permeiam todos os atos nele praticados, e principalmente delimitam o conteúdo da decisão a ser proferida, a qual além de observar esses valores deverá produzir um resultado prático.

Autoriza também que se busque soluções processuais em outras fontes de conhecimento que não só o direito, mas sempre com a observância dos direitos fundamentais que permeiam toda a atuação jurisdicional e o desenvolvimento do processo. A solução processual criativa não incide em arbitrariedade, pois estará sempre permeada pelos valores fundamentais. O que se expressa através do método pragmático é que o magistrado deverá se pronunciar de forma criativa, mas de forma responsável, e empiricamente orientado, diante de um problema processual a ele apresentado. A criatividade contribui, desta forma, para a concretização de um método que considere a necessidade de efetividade processual.

O método processual pragmático considera a prestação jurisdicional como fonte metodológica sistêmica, que consiste na integração entre jurisdição, ação e processo. A prestação jurisdicional compreende a tutela jurisdicional, que é a efetiva prestação do direito material.

O método processual pragmático possui, além da operacionalidade, e da prestação jurisdicional, as seguintes características fundamentais:

a) Antirracionalismo: não está apegado aos dogmas, conceitos e doutrinas preestabelecidos, mas sim, subsiste da realidade empírica, eis que sua ideia de verdade advém da experiência, uma ideia é colocada em prática, é testada, e a partir da configuração de seu resultado útil na vida real é considerada verdade; Afirma-se, ainda, que não é possível estudar o direito processual apenas a partir do fenômeno da ação, da jurisdição ou do processo, mas de todos esses ângulos de forma integrada, eis que um não se sustenta sem o outro.

b) visão holística e multidimensional do processo: abandonando a possibilidade de um único ângulo de estudo, ou seja, o processo deve ser analisado de em todas as dimensões que o afetam, sejam econômicas, sociais ou políticas; e

c) tridimensionalidade do direito: nem só fato, nem só valor, e nem só norma consubstanciam o método processual pragmático. Essas três dimensões do direito processual devem ser analisadas também de forma integrada. Além disso, outros ramos do saber também contribuem para a operacionalidade do processo, fato este que afirma que suas fontes são múltiplas.

Caracteriza-se pelo Método Processual Pragmático que a prestação jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada. Efetiva, pois pretende concretizar o direito material postulado; adequada, pois através dessas estratégias é possível analisar o direito material requerido, e não obstaculizar esta análise por questões formais; e tempestiva, pois a solução processual leva o tempo necessário para que seja produzida, sem ferir os elementos estruturantes do processo justo.

Assim confirmou-se a primeira hipótese levantada, qual seja: o Método Processual Pragmático tem como objetivo principal garantir a efetividade do processo como instrumento para o alcance da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, com fundamento nos direitos e garantias fundamentais. Isto quer dizer, que de acordo com o Método Processual Pragmático o processo dever ser justo.

É por este motivo também que se caracteriza o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais como pragmático, e que é possível identificar a contribuição do método processual pragmático para a consecução do acesso à justiça e dos Direitos Fundamentais Sociais das pessoas vulneráveis, mediante a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

Os Juizados Especiais Federais, instituídos sob influxos da filosofia pragmática, tendo como principal objetivo garantir substancialmente o Acesso à Justiça, especialmente para as pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Orientado pela oralidade, celeridade, simplicidade, economia processual, e informalidade, o sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais prioriza as formas

consensuais de resolução de conflitos, bem como a flexibilização das formalidades legais em razão da proteção do direito material pleiteado em juízo.

É dotado de estratégias processuais que viabilizam a prestação da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, tendo como exemplo a conciliação, instrumento de extrema importância para a resolução prática do problema apresentado em juízo, de forma célere e eficaz; a aplicação da equidade nas decisões judiciais, sendo esta uma das formas de desapego ao formalismo para que se possa garantir a consecução do direito fundamental social requerido.

A atuação do magistrado, está sempre voltada para a consecução do direito fundamental a ser tutelado, a análise do caso concreto possibilita a verificação da melhor decisão a ser proferida, sendo que nem sempre o próprio texto da lei é aquele que prevê a solução necessária para o problema da pessoa vulnerável.

Confirmou-se, portanto, segunda hipótese levantada, qual seja: O sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais é pragmático, pela simplicidade e celeridade que visa contribuir para o efetivo Acesso à Justiça, e consequentemente assegurar os Direitos Fundamentais Sociais das Pessoas Vulneráveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

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 Editorial, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Parte I: Juizados Especiais Cíveis. In: _____; BENETI, Sidnei (Org.). **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação. Mestrado em Direito. Departamento de Filosofia e Teoria Geral da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 383, p. 131-180, jan/fev, 2006.

BARROS, Renata Furtado (Org.). **Desafios do direito na pós-modernidade**. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: Lulu Publishing, 2012.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. 2.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. CONPEDI: Manaus. p. 4. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf> Acesso em: 24 jun. 2017.

_____; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. **Sequência**, Vol. 33, n. 64, p. 105-129, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>> Acesso em: 10 fev. 2016.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Jurisdição desperdiçada: uma análise a partir de institutos do mandado de segurança. In: SPENCER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social**. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001 - Exposição de Motivos**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10259-12-julho-2001-330060-exposicaodemotivos-150051-pl.html>> Acesso em: 25 Jun. 2017.

_____, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 ju. 2017.

_____, Presidência da República. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 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: 20 Jun. 2017.

_____, Presidência da República. 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> Disponível em: 20 Jun. 2017.

_____, República Federativa do. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. Mato Grosso. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 18 abr. 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>> Acesso em: 25 nov. 2015.

_____, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=ajuda_faq#> Acesso em: 03 Jul. 2017.

BRUM, Paulo Afonso Vaz. **Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo/RS, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudos sobre o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

CESAR, Alexandre Luiz, *apud*, CARRADORE, Enir Antonio. **O novo código civil, acesso à justiça e outros temas jurídicos atuais**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 02 Jul. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DEWEY, John. Minha filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os juizados especiais e os fantasmas que o assombram. **Tribuna da Magistratura**, Caderno de Doutrina, São Paulo/maio, 1996.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O poder judiciário e a constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DUGUIT, León. **El pragmatismo juridico**. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, CEBRAP, n. 62, mar 2002.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: Ltr, 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). In: JULIO SCAPUZANO; Alfonso de (Org.). **Ciudadanía y derecho en la era de la globalización**. Madrid: Dykinson, 2007.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Traduzido por Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertoncello. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 85/2013, p. 15, jan./2013.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. El paradigma normativo de la democracia constitucional. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009.

_____. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009.

FORTES, Simone Barbisan. Juizados especiais federais previdenciários. *In*: TEIXEIRA, Eduardo Didonet (Coord.). **Juizados especiais federais**: primeiras impressões. Curitiba: Gênese, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

GALLO JÚNIOR, Eduardo Mattos. **Juizados especiais cíveis: uma leitura à luz do princípio da efetividade e do acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregório Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humanos. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio (Orgs.). **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. Itajaí: Univali, 2016. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>> Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito, 2008.

_____. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso em: 15 jul. 2016.

_____; MELO, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/issue/view/317>> Acesso em: 10 jun. 2016.

_____; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental? Reflexões a partir dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba. *In*: Maurizio Oliviero; Pedro Manoel Abreu; Liton Lanes Pilau Sobrinho. (Org.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1.

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

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Jurídica**. março 2003, v. 305.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Virgílio Gallerani Cuter. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

JAMES, Willian. **Pragmatismo**. São Paulo: Nova Cultural: 1989.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual. **Sequência**. Florianópolis, n. 69, p. 301-326, dez. 2014.

LAZZARI, João Batista. **Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para a obtenção de um processo justo**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A Reforma do Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos**. Millenium: Campinas, 2006.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, ano VIII, n. 45, nov./dez. 2011.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. **Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito**. Revista de Direito Público. Londrina, v. 2, n. 3, p. 119-136, set./dez. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10352/01**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002.

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

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *In*: HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul (Orgs.). **Collected Papers of Charles Sanders Pierce**, vol. V, p. 388-410, 1934. item 400.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PISKE, Oriana. **Fundamentos filosóficos dos Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/26413/Fundamentos%20filos%C3%B3ficos%20dos%20juizados%20especiais.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 Jul. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias de Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Guillermo Federico. A efetividade do processo e a execução por quantia certa. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 23, fev. 2005.

RAWLS, John. **Teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012.

RIBEIRO, Juliana do Val. Estudo comparativo do tratamento dedicado ao acesso à justiça na Constituição brasileira e na Constituição portuguesa: um olhar sobre os hipossuficientes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 87, abr./jun. 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

_____; ENGEL, Pascal. **Para que serve a verdade?** São Paulo: Editora UNESP, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. O judiciário entre a garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 1, n. 1, 2009, (1):1-8. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5130>> Acesso em: 10 fev. 2016.

ROSENFELD, Michel. Pragmatism, pluralism and legal interpretation: Posner’s na Rorty’s justice without metaphysics meets hate speech. **Cardozo Law Review**, v. 97, p.97-151, 1996.

SALDAÑA, Quintiliano. Estudio preliminar: el pragmatismo jurídico de M. Duguit (prefácio). In: DUGUIT, Léon. **El pragmatismo jurídico**. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo – panorama doutrinário mundial**. v. 02. Salvador: Juspodivm, 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. In: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para a superação da prática utilitarista**. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e Seguridade Social). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

_____. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e conciliação**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Poder constituinte e poder popular: estudos a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Gelson Amaro. A finalidade do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 121, p. 57-71, abr. 2013.

STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 24 out. 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo constitucional de impugnação de julgados nos juizados especiais federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. Tese de Doutorado em Ciência Jurídica. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2014.

_____.; LANGER, Octaviano. Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais em um estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 05 abr. 2016. p. 983.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Intervenção. In: J. N. MIRANDA COUTINHO (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>> Acesso em: 10 fev. 2016.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The judicialization of politics. In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e Processo**: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 02 jul. 2017.

UVO, Roberta Terezinha. A Atuação do Ministério Público na Proteção dos Direitos do Idoso. In: **Anais da Semana de Divulgação Científica do Curso de Direito**. Itajaí, SC: Universidade do Vale do Itajaí, 2004.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1995.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

WARAT, Luis Albreto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 217. V. I.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2013.