

**JOCELI ANTONIO MOSSATI SILVEIRA**

**OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS ENTRE O CONSENSO E A  
HERMENÊUTICA: UMA DISCUSSÃO DAS POSTURAS PROCEDIMENTALISTAS  
E SUBSTANCIALISTAS DO DIREITO, PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NO  
BRASIL**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito

**Orientador: Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding**

**Santo Ângelo 2009**

**JOCELI ANTONIO MOSSATI SILVEIRA**

**OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS ENTRE O CONSENSO E A  
HERMENÊUTICA: UMA DISCUSSÃO DAS POSTURAS PROCEDIMENTALISTAS  
E SUBSTANCIALISTAS DO DIREITO, PARA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NO  
BRASIL**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II- Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

---

Prof. Adalberto Narciso Hommerding, Doutor em Direito  
Orientador.

---

Prof. Dra Raquel Fabiana Lopes Sparenberger.  
Examinador.

---

Prof. Dr. Wiliam Smith Kaku  
Examinador.  
Santo Ângelo (RS), de agosto de 2009.

Aos meus pais, Nilda e Dorneles, pela dedicação e carinho, à minha esposa Jussara e ao meu filho Patrick, pelo amor, com muita paciência, estímulo e encorajamento para a obtenção desta conquista, uma só palavra: gratidão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a ajuda imprescindível e prestimosa de meu orientador, Dr. Adalberto Narciso Hommerding, pela amizade, paciência e preocupação em mostrar o norte do meu crescimento e para a concretização deste trabalho.

Agradeço aos meus professores, representados na pessoa do Dr. Lívio Arenhardt, que souberam encaminhar e mostrar um novo mundo que fosse desvelado pela fusão de horizontes.

## Mar Português

O esforço é grande e o homem é pequeno  
Eu, Diogo Cão, navegador, deixei  
Este padrão ao pé do areal moreno  
E para diante naveguei.

A alma é divina e a obra é imperfeita.  
Este padrão sinala ao vento e aos céus  
Que, da obra ousada, é minha a parte feita:  
O por-fazer é só com Deus.

E ao Imenso e possível oceano  
Ensinam estas Quinas, que aqui vês,  
Que o mar com fim será grego ou romano:  
O mar sem fim é português.

E a cruz ao alto diz que o que me há na alma  
E faz a febre em mim de navegar  
Só encontrará de Deus na eterna calma  
O porto sempre por achar.

Ó mar salgado, quanto do teu sal  
São lágrimas de Portugal!  
Por te cruzarmos, quantas mães choraram,

Quantos filhos em vão rezaram!  
Quantas noivas ficaram por casar  
Para que fosses nosso, ó mar!  
Valeu a pena? Tudo vale a pena  
Se a alma não é pequena.  
Quem quer passar além do bojador  
Tem que passar além da dor.  
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu.

(Fernando Pessoa)

## RESUMO

Esta dissertação analisa os Juizados Especiais Cíveis Estaduais em seus aspectos positivos, tais como a simplicidade no acesso à justiça, a desnecessidade de advogado para as causas de até vinte salários mínimos e a oralidade como regra básica, bem como em seus aspectos negativos, tais como a suspensão de direitos em nome da celeridade, o que acaba por afetar boa parte da sociedade brasileira. Neste sentido, analisa-se em um primeiro momento os Juizados como forma para desafogar o Judiciário, prestando justiça rápida com qualidade. Analisa-se a postura procedimentalista de Jürgen Habermas com sua teoria da ação comunicativa no sentido de se verificar a possibilidade de aplicação ou não nos juizados. Analisa-se, por outro lado, a postura substancialista, (com a nova crítica do direito de Lenio Luis Streck, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e a Hermenêutica filosófica gadameriana). Por fim faz-se uma crítica da postura procedimentalista, com a verificação de alguns casos.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis, Acesso à justiça, cidadania, procedimentalismo, substancialismo, hermenêutica, integridade do direito.

## **ABSTRACT**

This dissertation examines the Special Civil Courts State in its positive aspects, such as the simplicity of access to justice was not necessary to advocate for the causes of up to twenty minimum wages and listening as a basic rule, as well as its negative aspects, such as suspension of rights in the name of speed, which ultimately affect a large part of Brazilian society. In this sense, we analyze at first the Courts as a way to vent the judiciary, providing swift justice with qualidade. Analisa to the procedural posture of Jürgen Habermas in his theory of communicative action in order to verify the possibility of application or not the courts. Analyzes, on the other hand, the posture substantialist, (with the new criticism of the right of Lenio Luis Streck, the Theory of Law as Integrity Ronald Dworkin and Gadamer's philosophical hermeneutics). Finally it is a critique of the procedural posture, with the verification of some cases.

Keywords: Special Civil Courts, access to justice, citizenship, procedural, substantive, hermeneutics, integrity of the law.



**Siglas:**

CRFB	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
ED	Ética Discursiva
JEC	Juizado Especial Cível
LE	Lei dos Juizados
MP	Ministério Público
ORTN	Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Teoria da Ação Comunicativa
TJ	Tribunal de Justiça
URC	Unidade de Referência de Custas

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	12
<b>1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE MODERNIDADE, ESTADO DE DIREITO E, CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA</b> 17	
1.1 A visão legal e dogmática (tradicional) dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.....	27
1.1.1 Critérios que regem o ordenamento dos Juizados Especiais.....	27
1.1.2 Complexidade das causas. Jurisdição por equanimidade.....	32
1.1.3 Proposição de ações.....	33
1.1.4 Da audiência de conciliação.....	35
1.1.5 Audiência de instrução e julgamento.....	37
1.1.6 Sentença.....	40
1.1.7 Turmas recursais.....	40
1.1.8 Ação rescisória.....	41
1.1.9 Penhorabilidade de bens.....	42
1.1.10 Dos custos administrativos dos Juizados.....	43
<b>2. AS TESES DE JÜRGEN HABERMAS, HANS GEORG-GADAMER, RONALD DWORKIN E LENIO LUIZ STRECK E SEUS CONTRIBUTOS PARA O DEBATE “PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO” NO ÂMBITO DO DIREITO: CONSENSO OU HERMENÊUTICA?</b> .....	45
2.1 Teoria da Ação Comunicativa de Habermas.....	45
2.1.1 O agir instrumental.....	47
2.1.2 O agir comunicativo.....	47
2.1.3 A busca pela emancipação e pela maioria.....	48
2.1.4 A linguagem voltada ao entendimento e ao consenso.....	49
2.1.5 Como funciona o discurso argumentativo habermasiano?.....	54
2.1.6 O mundo vital em Habermas.....	57

	11
2.1.7 A validade no Direito em Habermas.....	58
2.1.8 Normas versus valores.....	60
2.1.9 A Deontologia de caráter universalista na aplicação do Direito.....	62
2.2 Hermenêutica das Tradições.....	69
2.3 A Teoria do “Direito como Integridade” de Ronald Dworkin.....	75
2.3.1 A interpretação das Leis na visão de Dworkin.....	79
2.3.2 O Juiz Hércules: o mito, a metáfora e o que significa Hércules.....	82
2.4 A Nova Crítica do Direito de Lenio Luiz Streck.....	84
<b>3. AS NECESSÁRIAS CRÍTICAS À VISÃO PROCEDIMENTALISTA E A NECESSIDADE DE UMA POSTURA SUBSTANCIALISTA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A OPÇÃO HERMENÊUTICA.....</b>	<b>95</b>
3.1. A crítica ao procedimentalismo de Jürgen Habermas.....	95
3.1.1 O mundo vital ideal.....	98
3.1.2 O Pode Judiciário na ótica da postura procedimentalista.....	99
3.1.3 Juízes legisladores, declaradores do Direito ou intérprete do Direito?.....	103
3.1.4 Penhorabilidade de bens.....	109
3.1.5 Do princípio da proibição de retrocesso social.....	111
3.3.3. A impossibilidade da ação rescisória nos JEC e a quebra do princípio da igualdade.....	112
3.3.4 Os Juizados Especiais Cíveis Estaduais como “Agência de cobrança”.....	114
3.3.5 Propositura das ações nos Juizados.....	116
3.3.6 Dos atos processuais.....	118
3.3.7 Das conciliações.....	120
3.3.8 Dos prazos.....	123
3.3.9 Dos custos administrativos nos Juizados Especiais.....	125
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>133</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a “massificação do consumo” e a crescente urbanização, a necessidade em resolver conflitos que antes não existiam começam a se tornar cada vez mais forte. As sociedades passaram a discutir meios de resolução dos conflitos intersubjetivos e de massa. O Judiciário, no início, com demandas em número menor, conseguia dar respostas satisfatórias, mas, com o tempo e com a explosão de processos, passou a não mais conseguir dar respostas rápidas e necessárias para a resolução destes conflitos. A máquina Judiciária, pois, se tornou onerosa e morosa, sendo que, em razão da necessidade de efetivação de acesso à justiça, surgiram os Juizados Especiais Cíveis, inclusive como forma de descomplicação do acesso à jurisdição.

No presente trabalho, o objetivo, é de analisar os aspectos positivos e negativos dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, em especial os do Rio Grande do Sul, e problematizar a postura de algumas teorias acerca da operacionalidade do Direito e dos profissionais encarregados de prestar a Jurisdição. Questionar-se-á se os Juizados Especiais vêm servindo à administração e resolução dos conflitos sociais e em que medida têm atendido ao compromisso com o Estado Democrático de Direito e com o efetivo acesso à justiça. Tal verificação é feita por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo o “método” fenomenológico como pano de fundo da abordagem da temática.

A fim de problematizar a atuação da jurisdição dos juizados e verificar sua efetividade, o trabalho descreve, no primeiro momento, como funcionam os Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Essa descrição implicará na abordagem dogmática dos JEC, abordagem que leva em consideração os principais aspectos dessa instância jurisdicional, principalmente no que diz respeito àquilo que a Lei nº. 9099/95 refere.

Vale destacar que surgiram inúmeras legislações no sentido de proporcionar meios de acesso à justiça à população de baixa renda. Do movimento em busca de acesso mais efetivo à Justiça, surgiram os Juizados Especiais, que têm por objetivo flexibilizar normas e meios de acesso, tais como a dispensa de advogado, a isenção de custas judiciais entre outras medidas céleres e desburocratizantes. Assim, a preocupação em atender demandas de pequeno valor levou à criação de mecanismos simples, sem as solenidades da justiça Ordinária, com a opção de demandar sem advogado, que vieram com o intuito de incluir cidadãos social e culturalmente excluídos, proporcionando, assim: cidadania.

O primeiro capítulo traz considerações a respeito do movimento em busca de acesso ao Judiciário e à Justiça, tendo os juizados como uma experiência no sentido de promover a inserção social de classe significativa da sociedade, que clama por acesso e por meios capazes de implementar seus direitos ou de garanti-los, fazendo uma abordagem dos princípios dos JEC em seus aspectos positivos e negativos.

Num segundo momento, analisar-se-à duas posturas acerca da operacionalidade do direito que se debatem no neoconstitucionalismo. A primeira, procedimentalista, encontra em Jürgen Habermas um dos seus mais ilustres representantes, pautando-se por uma teoria da ação comunicativa que busca, por meio de um discurso argumentativo, o necessário consenso entre os envolvidos num “processo de comunicação”, sendo o Judiciário encarregado tão somente de zelar pela correta observância de procedimentos para que se possa realizar o Direito. Já a postura substancialista, difundida principalmente por Lenio Luiz Streck, a partir de Ronald Dworkin e seu Direito como Integridade, insere-se numa conversa com a tradição hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.

Jürgen Habermas propõe, por meio de sua teoria discursiva, o discurso argumentativo em busca de um consenso. Habermas, procedimentalista, teórico da Teoria da Ação Comunicativa (TAC) e da Ética Discursiva (ED), pretende demonstrar ser possível se chegar à emancipação e à maioria por meio da linguagem, livre de coações, de forma inteligível, com conteúdo verdadeiro. A aplicação da Teoria da Ação Comunicativa, seria nesse sentido, uma forma de se democratizar, por exemplo, os juizados, proporcionando aos seus usuários um ambiente capaz de os deixar à vontade, com o fim de se discutir os problemas ali trazidos, e de se chegar a um consenso que possa minimizar ou resolver a tensão entre os indivíduos.

No terceiro capítulo, analisar-se-á a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, como condição de possibilidade para compreensão-interpretação-aplicação de textos. No horizonte fenomenológico que a hermenêutica tem realizado, na busca de uma racionalidade dialógico-experiencial e a indicação de duas atitudes básicas, definidoras do modo de filosofar: a explicitação de uma expressa vontade de responsabilidade e a exigência de um contínuo autoconhecimento histórico.

A ideia Gadameriana da consciência histórica-efetual, em que a fusão de horizontes e do distanciamento temporal, utiliza-se da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, com ênfase na diferença ontológica entre o ser e o ente, o que faz com que se amplie a possibilidade de sentidos, atribuindo caráter produtivo à interpretação, des-velando o ser.

Por sua vez, Ronald Dworkin questiona a discricionariedade positivista, falando de casos fáceis e de casos difíceis e da possibilidade de obtenção das respostas corretas. O Direito, em Dworkin, é visto como integridade. Para ele, o Direito não depende de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas, sim, de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar. A integridade é vista como um ideal a ser perseguido para proporcionar um Direito único.

Explicitar-se-á a ideia substancialista, com a Nova Crítica do Direito, defendida por Lenio Luiz Streck, que vê a hermenêutica filosófica como uma condição de possibilidade para compreensão-interpretação-aplicação do Direito, para a obtenção de respostas corretas para qualquer caso. Defende que os casos não são difíceis, o que falta é a sua devida compreensão. Depois de bem compreendidos a resposta estará pronta, acabada, e a decisão será a melhor, pois o problema dos casos difíceis pode ser visto de outro modo: é fácil ou difícil para quem?

Por fim, a última etapa trata de analisar se os Juizados Especiais têm cumprido com a sua missão de realizar justiça e se é possível a aplicação de uma teoria procedimental à moda de Habermas, ou se a Teoria a ser adotada, notadamente no que diz respeito à interpretação dos institutos dos Juizados, deve ser a da Integridade do Direito, conforme preconiza Dworkin para todas as “comunidades jurídicas” que se pretendem comunidade de “princípios”, adotando padrões de coerência e integridade, ao lado da Justiça.

Nesse capítulo, o quarto, portanto, criticar-se-á, por exemplo, o modo como tem sido tratada a (im)penhorabilidade dos bens nos JEC, confrontado-a com o tratamento dado nos juízos comuns, a fim de ser verificar se a coerência do Direito vem sendo respeitada. Ainda, será analisado o problema da impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória nos JEC,

impossibilidade essa que decorre de lei e que termina ferindo o princípio da integridade legislativa de que trata Dworkin.

Ainda, será feita uma análise crítica sobre o procedimentalismo a fim de se verificar se poderia, ou não, ser aplicada, neste momento, em nossa sociedade, em especial nos Juizados Especiais, com a análise de alguns casos processuais oriundos dos Juizados do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Paraná.

Também cumpre salientar que a dissertação tem por cunho a análise dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais numa possível aplicação procedural de Habermas nesse novo Instituto, mas não se irá adentrar profundamente na postura procedural, mas sim de forma que se possa ter uma ideia panorâmica visando ao tema proposto. Da mesma forma, a postura substancial será exposta com suas diretrizes focadas nos Juizados, sem, contudo, ter a ambição de esgotar o assunto, mas sim trazer uma abrangência que possa dar um horizonte, com o fim de se buscar uma melhor resposta para parte da sociedade que busca Acesso à justiça.

Buscar-se-á, portanto, respostas que indiquem o melhor caminho a ser percorrido para se efetivar o acesso à justiça e a cidadania. Com o fim de se levantar alternativas para a melhoria e para a efetiva prestação jurisdicional aos usuários, a fim de que obtenha uma Justiça de melhor qualidade, com uma cidadania plena.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE MODERNIDADE, ESTADO DE DIREITO E, CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA

Após a Revolução Industrial, de 1789, pode-se dizer que uma nova cidadania foi sendo aos poucos forjada. Novas necessidades foram criadas, sendo um dos marcos desta nova era o consumo em massa. Os consumidores passaram, assim, a sentir a necessidade de se organizar para reivindicar direitos que achavam justos e que o Estado não estava preparado, nem os queria fornecer, vigente à época, o pensamento liberal.

A porta para a modernidade industrial foi aberta bruscamente pela Revolução Francesa, que separou a questão do poder de suas prescrições e proscricções religiosas. Contrariamente a todas as confissões de impossibilidade e contra a retórica conservadora, a “plebe” tornou-se soberana – pelo menos em termos de demanda e processo. Tal fato acabou por lançar os padrões para as bases políticas do poder, às quais até os ditadores têm tido de se submeter, pelo menos verbalmente, até os dias de hoje.<sup>1</sup>

Com a transição<sup>2</sup> de paradigmas,<sup>3</sup> a sociedade avançou rumo à modernização. Muitas sociedades passaram da tradicional para uma “modernidade reflexiva”, “pulando” a fase da sociedade simples, utilizando-se as terminologias empregadas por Ulrich Bech, Antony Giddens e Scott Lash falam. No dizer de Lasch,<sup>4</sup> as sociedades tradicionais pressupõem estruturas comunitárias, que se podem entender como meio de identidade, de preservação de hábitos e costumes, um fechamento ao novo. É o tempo que se manifesta imutável.

A modernidade simples vem libertar uma individualização, mas não está plenamente desenvolvida quando os laços comunitários se rompem e aparecem os coletivos. É um passo

<sup>1</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** . tradução de Magda Lopes São Paulo: Unesp,1997.p. 39.

<sup>2</sup> Não se pode afirmar que há ruptura ou transição de paradigmas, o certo é que há todos estes modelos, ainda hoje, de forma que não se pode padronizar temporalmente, tem de ser visto de comunidade para comunidade.

<sup>3</sup> Paradigma será usado no sentido de “modelo” de Thomas Kuhn, para melhor análise Vide A estrutura das revoluções científicas.

<sup>4</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** tradução de Magda Lopes São Paulo: Unesp.1997.p. 136.



adiante da sociedade tradicional, é um avanço, mas ainda falta um *plus*, um algo mais. Lasch diz se a modernização simples nos fornece o cenário de atomização, normalização e individuação de Foucault. Então, a contrapartida reflexiva abre uma individualização genuína e também possibilidades de subjetividade autônoma em relação a seus ambientes naturais, sociais e psíquicos<sup>5</sup>.

Entretanto, Lasch diz que Giddens, adverte que, até a modernidade reflexiva é uma “devoção cega”, pois as consequências da reflexividade podem desavisadamente resultar em novas inseguranças, em novas formas de subjugação.<sup>6</sup> Dessa forma, a reflexão efetivamente começa quando a família é atingida, quando há auto-organização das narrativas de vida, declínio das estruturas de classe sobre os agentes, na escolha do comportamento nos padrões de consumo e na participação nos sindicatos.

O problema da insegurança aparece de maneira importante nas estruturas conceituais de autores, tanto nos sociólogos clássicos, como Durkheim – o problema da ordem, quanto na de Beck – com a tradição que vai de Marx até Habermas – que é com a mudança. A reflexividade tem como objetivo atingir a minimização da insegurança. Em *Risk Society*, de Beck, que tem como tema a mudança social, a reflexividade, possibilitada pela individualização, significa provocar a mudança social mediante a minimização das ameaças ambientais.<sup>7</sup>

A insegurança norteia a vida das pessoas que se viam e ainda se veem em muitos casos órfãs, sem ter a quem recorrer ou como se defender de abusos, e pela reflexividade se colocam organizadas para poder postular Direitos. A sociedade reflexiva acaba por criar a produção reflexiva que, no dizer de Lasch,<sup>8</sup> só ocorre na presença de níveis ótimos de fluxo de informação e aquisição de conhecimento, bem como com o controle institucional das estruturas de informação.

E o que levou a sociedade reflexiva a tomar tais atitudes e a questionar estes bens de consumo é, em grande parte, a informação e a comunicação. O alto grau de reflexividade faz com que estes cidadãos usem de forma plena seus Direitos, criando novos direitos à medida que avançam em suas reivindicações, fortalecendo assim a cidadania.

---

<sup>5</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Unesp, 1997, p. 139.

<sup>6</sup>Idem p. 139.

<sup>7</sup> Idem p. 142-143.

<sup>8</sup> Idem p. 148.

Necessita-se retroceder no tempo para se poder acompanhar a evolução do Direito e dos estados modernos, que se caracterizam pela contratualização, seja a de Hobbes, seja a de Locke, ou ainda, de Rousseau. Para Hobbes,<sup>9</sup> o “homem é o lobo do homem” ou ainda pela máxima de que o homem vivia em estado de: “guerra de todos contra todos”. Para a instituição de o Estado ocorre

cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno com cada uno, que a um cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado em pro como los que han votado en contra, debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea del hombres, lo mismo que si fueram suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros ombres.<sup>10</sup>

No viés contrário, há Locke,<sup>11</sup> que refuta a tese de Hobbes e diz que no Estado de Natureza o homem possui Direitos e deveres que lhe são dados pela lei da natureza. Com liberdade e igualdade entre os homens, passando pela vontade de Deus, pelo livre-arbítrio e pela razão, é que se fundam todas as ações humanas. Quando um homem viola a lei da natureza, ele diz que vive segundo uma lei que não é a Lei da razão. O que se torna perigoso em tal atitude e em vista destas ações é que surge a necessidade de um governo para poder julgar imparcialmente estas e outras situações que surgem do contato humano. Locke fala de um juiz imparcial para preservar a lei natural e, principalmente, a propriedade de cada um.

Já Rousseau,<sup>12</sup> para sustentar a criação do Estado, parte do pressuposto contrário ao de Hobbes. Rousseau afirma que o homem nasceu livre e em toda a parte está a “ferros”. O homem rousseauiano só deve obedecer à consciência pública representada pelo Estado, fora do qual não há mais do que consciências privadas ou individuais, que devem ser rechaçadas porque prejudiciais. Aquele que se nega a obedecer à vontade geral, será obrigado a isso por todo o corpo. É a vontade geral encarnada no Estado e pelo Estado<sup>13</sup> que é o todo.

<sup>9</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Buenos Aires Libertador, 2004.

<sup>10</sup> Idem p. 121.

<sup>11</sup> LOCKE, John. **Locke-Alexis Tadié**. Tradução José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. p. 52-53.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e o Discurso sobre a Economia Política**. tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2007.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Os Estados modernos<sup>14</sup> podem ser diferenciados por novas características, que são a autonomia, ou plena soberania, sem intervenção de autoridade que não seja a própria autoridade Estatal. Já a segunda característica que se pode destacar é a divisão entre o Estado e a sociedade civil. O Estado distingue-se da sociedade civil pela sua organização. A Igreja não influencia diretamente na administração. Esta separação passa a ser chamada de Estados Laicos ou seculares.

A terceira característica a destacar é que o Estado primevo era patrimônio ou propriedade do senhor, e o que tinha em cima da terra era de seu domínio. Com a ruptura destes paradigmas, as teorias de Hobbes, Rousseau e Locke e com os movimentos sociais, os Estados absolutistas evoluíram para serem constituídos como novos Estados, ou Estados modernos. Os Estados modernos são vistos, hoje, como Estados liberais, Estados Sociais (*Welfare State*) e Estados Democráticos de Direito, e nestas visões poder-se-á estudar e se entender o papel dos juízes nestes novos modelos.

Sabe-se, que num Estado Liberal, o Legislativo tem força preponderante em vista dos demais poderes e que em muitas situações os juízes são funcionários da Administração,<sup>15</sup> vinculados e com pouca autonomia, restando sua atuação nos casos entre particulares, com muito pouca atuação contra a Administração.

Já com o *Welfare State*, o Executivo passa a ser ator preponderante, e neste caso há duas forças: uma que é o Legislativo; outra que é o Executivo, que começa a se sobrepor e a chamar para si as responsabilidades em vista dos problemas sociais que a Revolução Industrial e o progresso das reivindicações de uma melhor cidadania.

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário passa a ser ator, juntamente com Executivo e Legislativo num mesmo plano, delimitando a atuação destes poderes, seja obrigando o Executivo a cumprir com suas obrigações programáticas constitucionalmente, seja validando ou tornando leis inconstitucionais. Para que haja concerto com a Constituição, necessário se faz o controle de pesos e contrapesos (*cheks and balances*), visando ao bem comum da sociedade.<sup>16</sup>

Com a evolução dos Estados Modernos, juntamente com a Revolução Francesa e com a Revolução Industrial, a sociedade passou a usufruir de meios e modos antes

---

<sup>14</sup> Idem p. 40.

<sup>15</sup> SILVA, Ovidio A. Batista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

não vivenciados, o que levou os cidadãos a exigirem um Judiciário atuante com mais eficiência nos seus litígios, pois, quando da organização dos Estados Modernos, havia poucas demandas, e a morosidade na distribuição da Justiça não era notada como problema. Com a evolução dos Estados e das sociedades, e a massificação das pessoas junto às cidades fez com que houvesse uma assustadora explosão de demandas. O Judiciário, em muitos casos, não soube acompanhá-los e, em outros, não pôde acompanhá-los. A insuportável demora dos processos, a deficiência dos serviços de assistência judiciária e a insuficiente atuação da oralidade são problemas que ainda estão longe de ser solucionados.

As propostas de acesso à justiça encontram eco nas proposições de Mauro Cappelletti,<sup>17</sup> o qual propõe uma nova visão das finalidades do Sistema Jurídico que rompe com a impositação tradicional. Nesta concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão “tridimensional” do Direito.<sup>18</sup> O Direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto, mas, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.

Esta visão faz com que o jurista examine os problemas sociais, tais como a dignidade da pessoa humana e exclusão social, os quais clamam por uma resposta no plano jurídico. Para isso, é necessário que o jurista esteja apto a examinar, a interpretar e a compreender as instituições e os procedimentos responsáveis pela atuação da resposta normativa. Não basta, pois, somente a visão do produtor do direito, mas os reflexos junto aos seus usuários: a sociedade.

O acesso à justiça não pode ser visto tão somente como o Direito de se ingressar em juízo.<sup>19</sup> Também não pode ser visto como uma preocupação recente, pois o tema vem sendo tratado há muitas décadas. A preocupação em propiciar meios efetivos para uma jurisdição eficiente existe e foi estudada de diversas maneiras. A noção de acesso à justiça compreende não só os problemas relativos aos custos (como custas judiciais, honorários advocatícios e a demora dos processos), como também os obstáculos que dificultam, quando não impedem, o cidadão, principalmente o cidadão humilde, de buscar e de ver atendidos os seus reclamos.

---

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>18</sup> Lembrando que não se trata da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 8.

A erradicação da pobreza é um dos encargos do Estado Democrático de Direito. A pobreza das partes, seja ela econômica, seja social, seja cultural, afigura-se frequentemente como um obstáculo ao acesso à justiça. Para se implementar, ou para se dar um passo mais adiante no horizonte do acesso, é necessário que a Jurisdição seja vista como uma alavanca para que todos tenham assegurado o Direito de pleitear seus Direitos, mediante assistência e representação gratuita, quando assim se apresentar.

Também o alto custo da máquina administrativa do Judiciário é um entrave para o desenvolvimento da cidadania. Este entrave se deve às altas custas judiciais para a implementação do acesso ao Judiciário. Dessa forma, não basta que o Judiciário exista para quem pode pagar; o Judiciário precisa estar pronto para atender às demandas dos necessitados e excluídos: social, econômica e culturalmente.

A falta de padronização nos critérios referentes à fixação de valores como forma de democratizar a Justiça e de dar acesso, bem como a falta de estruturação das Defensorias Públicas, tanto no âmbito federal como nos Estados, todas estas são situações que exigem uma revolução democrática da Justiça, por meio da criação de uma cultura de consulta e de assistência e patrocínio judiciário, em que as Defensorias terão papel importante.<sup>20</sup>

Não se pode trabalhar com Justiça seletiva, pois o processo jurisdicional deve estar voltado para todo e qualquer cidadão. Deve estar, em especial, para os mais desassistidos ou hipossuficientes, que não possuem condições culturais nem financeiras para contratar um bom advogado. Estas pessoas são as mais prejudicadas pelo atual sistema; a exclusão é visível. Em muitas situações, é necessário que o magistrado assuma um papel de grande relevância na condução do processo.<sup>21</sup>

Verifica-se que as mesmas dificuldades enfrentadas por conta do acesso à justiça e que já contam com mais de três décadas, relacionadas por Mauro Cappelletti, continuam ainda nos dias de hoje. Marinoni<sup>22</sup> destaca os obstáculos para o efetivo acesso à justiça como sendo o custo do processo, as custas judiciais, os honorários advocatícios e a produção de provas. Ainda, outro fator que contribui são os aspectos sociais ligados à efetividade dos Direitos, como a falta de conhecimento para demandar direitos de ação.

---

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 45-49.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.184.

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que o seu Direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão dos seus Direitos. Porém, é evidente que não adianta outorgar Direitos e técnicas processuais adequadas e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos<sup>23</sup>.

Em face das dificuldades econômicas, foram inseridos na legislação pátria, meios para que parcela da sociedade, sem condições de arcar com as despesas processuais, fosse beneficiada com esses modos de acesso à justiça, tais como: Assistência Judiciária Gratuita (Lei 1060/50 e art. 5º, LXXIV da CRFB/88), que abrange as custas judiciais, honorários advocatícios, bem como a isenção dos custos do exame de DNA.<sup>24</sup> A demora processual é obstáculo para uma boa resposta jurisdicional:

É por isso que, para outra parte da doutrina, a questão da demora do processo sempre importou, e ainda vem importando, para a adequada compreensão do Direito processual civil. Ora, não há dúvida de que uma das principais questões recorrentes na história do processo é a da relação entre a aspiração à certeza, a exigir ponderação e meditação do Juiz, e a busca de rapidez na definição do litígio.<sup>25</sup>

Outro fator destacado por Marinoni é a demora no deslinde dos processos, que não pode ser atribuída somente aos juízes, pois o uso de meios procrastinatórios para levar um processo a um tempo indefinido é prática corriqueira entre advogados e partes. A estas práticas some-se o excesso de processos para serem trabalhados e sentenciados, o que também contribui para este quadro negativo<sup>26</sup>.

Na busca da efetividade, o movimento de acesso à justiça oportuniza a utilização de técnicas processuais diferenciadas para tornar a Justiça mais próxima da população excluída. A simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de Justiça atendem a valores de economia, celeridade e possibilitam a acessibilidade da Justiça por uma maioria desprivilegiada.

---

<sup>23</sup> Idem p. 186.

<sup>24</sup> Idem p. 186.

<sup>25</sup> Idem p.187.

<sup>26</sup> Idem , p. 186.

O movimento de Acesso à justiça trabalha com a promoção de acessibilidade geral, com a tentativa de equalizar as partes, com a alteração no estilo de tomada de decisão e com a simplificação do Direito aplicado<sup>27</sup>. Dessa forma, os objetivos da facilitação de acesso à justiça para a maioria desprivilegiada são: a) baixar custos de uma demanda; b) diminuir o lapso temporal de um processo; c) a simplificação no ajuizamento; d) eliminação das formalidades; e) a equalização da partes, colocando-as em um mesmo nível, com ou sem advogados que possam construir entendimento; f) juiz facilitador na conciliação de demandas.

Marinoni destaca que o procedimento simples, ágil e barato tem papel altamente significativo na luta pelo efetivo acesso à justiça. Os Juizados podem ser entendidos como a Justiça do cidadão comum, que foi/é lesado nas compras/serviços/acidentes e em outras tantas situações em que se vê envolvido e necessita de prestação jurisdicional rápida, eficaz e sem muito gasto. Ressalta que, no início, a gratuidade é a regra, somente nos recursos é necessário o pagamento de custas.<sup>28</sup>

Com relação ao efetivo acesso à justiça, não basta somente rapidez na resposta. Conforme Marinoni, é absurda a ideia de se pensar o juizado como um mero órgão destinado à aceleração da Justiça. Lembra também que é necessária uma mudança de hábitos/mentalidade, pois se está trabalhando com questões de pessoas carentes. Adverte ser necessário que as demandas tenham ligação entre si, não sendo possível a mistura destas causas com outras que não dizem respeito com as questões dos carentes. o que se busca é a resposta correta, e não somente agilidade, ou rapidez nas decisões.

No Brasil, em especial no Rio Grande do Sul, o Juizado Especial Cível Estadual foi concebido primeiramente como Tribunal de Pequenas Causas, consequência do resultado de estudos e movimentos no exterior. As causas de pequenos valores sofriam problemas de acessibilidade, devido ao alto custo operacional, fazendo com que ficassem à margem do sistema jurídico. A grande maioria das demandas sequer era analisada pelo Judiciário e, ainda, o alto valor das custas e o alto valor dos honorários advocatícios eram impeditivos às demandas pequenas.

Na Dorfmann advertia que a convivência diuturna com problemas que envolviam a população, com a constatação de desprestígio do Poder Judiciário por total incúria e omissão do Estado, afirma que: outra coisa não faz senão tornar letra morta o preceito normativo do

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 99.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria Geral do Processo** Vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 186 et seq.

inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República. Em face desta omissão o autor afirma que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, juntamente com a Associação dos Juizes Riograndenses, assumiu uma posição firme e corajosa, no sentido de buscar soluções ao gravíssimo problema que assolava o Poder Judiciário Estadual, desprovido de um quadro de pessoal condizente com as necessidades, e de equipamentos satisfatórios, de tal sorte que se tornava de todo incapaz para atender dignamente as pequenas demandas.<sup>29</sup>

Diante da necessidade de uma prestação jurisdicional voltada às classes menos favorecidas, com o fim de possibilitar acesso à justiça, o Tribunal de Justiça, com o auxílio da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), iniciou os Juizados de Pequenas Causas na Comarca de Rio Grande-RS, no dia 23 de julho de 1982, sob a responsabilidade do Juiz Antônio Guilherme Tanger Jardim.<sup>30</sup>

O sistema implantado regia-se por um regulamento, cuja elaboração fora coordenada pelo Juiz Luiz Antônio Corte Real. A informalidade era o carro chefe e o valor das ações eram de até quarenta ORTNs.<sup>31</sup> Os acordos eram firmados num termo com força executória. Em caso de arbitragem, o procedimento guiava-se pelo Código de Processo Civil. Com o acesso ao Judiciário de forma mais simplificada e sem necessidade de Advogado, a população aos poucos buscou esta nova forma de Justiça. Neste caminho, em nível Federal, surgiu uma nova luz para a solução de litígios de complexidade reduzida, ou de valores de pequena monta.

A Lei Federal nº 7.244/84, dispunha sobre os chamados Juizados de Pequenas Causas para processar e julgar, por opção do autor. As causas de reduzido valor econômico eram as que versavam sobre Direitos patrimoniais e decorriam do pedido que, à data do ajuizamento, não excedia a 20 vezes o salário mínimo vigente no País e tinha por objeto: a condenação em dinheiro, a condenação à entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo, a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

A Lei excluía as ações pertinentes a alimentos, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, acidentes do trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial e ações falimentares. Havia juizes, conciliadores e árbitros, sendo os

---

<sup>29</sup> DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 24. Esclarece-se que as afirmações foram feitas antes da Lei 9.099/95.

<sup>30</sup> **Revista Juizado de Pequenas Causas**. Doutrina-Jurisprudência. n. 1 Porto Alegre: 1991, p.5.

<sup>31</sup> Idem p. 5-8.



conciliadores recrutados preferentemente entre os bacharéis em Direito, enquanto os árbitros, dentre advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No Rio Grande do Sul, a Lei nº. 8.124/86, criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas na Capital e Juizados Adjuntos no interior do Estado, seguindo o norte da Lei Federal, mas sendo mais parcimoniosa quanto ao valor da causa: não excedia 10 vezes o salário mínimo, tendo por objeto a condenação em dinheiro. Já na condenação à entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer, a cargo do fabricante ou fornecedor de bens ou serviços para o consumo e, ainda, a desconstituição e a declaração de nulidade dos contratos relativos àqueles serviços e bens, o valor passava a ser de vinte salários mínimos.

Outra inovação foi à renúncia do crédito excedente ao limite de vinte salários mínimos. Ainda, se a parte necessitasse de representação por profissional habilitado, teria que comprovar renda inferior a cinco salários mínimos, e o pagamento de custas somente ocorreria quando houvesse recurso para o segundo grau.

Um dos embates que se travou logo de início foi a resistência à facultatividade de Advogados. O que se queria era a obrigatoriedade da presença do profissional. Muitas alegações foram forjadas como:

...a indevida dispensa do Advogado na administração da Justiça, decorreu, alhures, de um período autoritário, de exceção, de tal sorte que num regime dito democrático, não se pode acolher como razoável o alijamento do profissional em virtude dos flagrantes prejuízos que poderiam advir da deficiente exposição do pedido por parte do lesado, de par com o que, ressalte-se, prejuízos maiores sofreria o réu, visto não apresentar, por desconhecer as Leis e o Direito, condições de esboçar uma defesa compatível e própria para o caso concreto.<sup>32</sup>

Havia o receio da má distribuição da Justiça, bem como a preocupação com a reserva de trabalho. Com o tempo, percebeu-se que as apreensões iniciais não eram o fim da advocacia. O profissional continuou valorizado e imprescindível para a aplicação da Justiça. Nas ações complexas, era dada a oportunidade de a parte se aconselhar ou contratar profissional para sua defesa, o que equalizava as partes. Como era uma Justiça nova, porém, o meio jurídico ficava em estado de alerta.

---

<sup>32</sup> DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p.29.

A conciliação, como meio eficaz de se atingir o fim das demandas foi outro paradigma a ser quebrado. O conceito arraigado na lide, no contencioso, na disputa, no contraditório em busca de uma decisão judicial normativa-positivista-liberal, bem como a dificuldade de procurar que as partes sentassem frente-a-frente e discutissem seus problemas, e com a ajuda do conciliador ou do árbitro chegassem a um denominador que atendesse os dois lados, e sem Advogado, era tratado como algo quase que inadmissível.

O avanço desta nova forma de Jurisdição foi, sem sombra de dúvidas, um grande passo para se dar acesso ao Judiciário a uma grande maioria que não o tinha. O Judiciário trabalha a passos lentos, para não se tornar afoito. Mesmo tendo uma sentença procedente, o autor não poderia ver o seu Direito implementado. Deveria buscar no juízo comum a execução de sua sentença, com a cópia da sentença ou uma certidão que lhe comprovasse tal Direito. Não arcaria com as custas iniciais que ficavam para o final, e quem fosse perdedor da demanda arcaria com as mesmas. Havia um desdobramento jurisdicional: um conciliador até poderia ser declarador dos Direitos, mas sem força executiva.

Em uma nova fase, com Advogados e com todos os meios processuais disponíveis, nova batalha se travava, e a procrastinação tomava conta, indo por terra todo o trabalho antes implementado, o que fazia com que quem tivesse condições e um pouco de conhecimento buscasse o juízo ordinário desde o início, deixando de utilizar o Juizado especial.

A preocupação com acesso ao Judiciário era constante e, com o passar dos anos, foi crescendo. A Constituição da República de 1988, em seu art. 98, §1º, então instituiu os Juizados Especiais Cíveis, que vieram ao encontro da busca de um efetivo acesso ao Judiciário por parte das pessoas menos favorecidas.

Os Juizados Especiais Cíveis foram objeto de previsão expressa do constituinte de 1988, que determinou que a União e os Estados o criassem para a conciliação, o julgamento e a execução de causas de menor complexidade. O Juizado, na forma concebida pelo texto constitucional, poderia ser provido por juízes togados ou togados e Leigos, deveria funcionar mediante procedimento “oral e sumaríssimo” e nele estariam autorizados a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, I, da CRFB). A competência para legislar em matéria de “Juizado Especial” (expressão que deve ser considerada equivalente a 'Juizado de pequenas causas') é concorrente da União, dos Estados e do DF (art. 24, X da CRFB).<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> ESTEFAM, André; OLIVEIRA, Allan Helber; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01.

Em meio a busca de direitos que atendam às necessidades por justiça rápida e eficiente, implementa-se o preceito constitucional com a Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados. Posteriormente, surgiu a Lei nº. 10.259/2001, disciplinando os Juizados no âmbito da Justiça Federal. Neste caso tratar-se-á somente dos Juizados Especiais Cíveis, os quais têm por objetivo a conciliação ou a transação, buscando sempre o acordo ou o consentimento das partes e tendo como norte os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

## **1.1. A visão legal e dogmática (tradicional) dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**

### **1.1.1 Critérios que regem o ordenamento dos Juizados Especiais.**

A discussão sobre o que sejam os princípios vem de longa data. Dentre vários autores que falam sobre princípios, pode-se destacar Rui Portanova,<sup>34</sup> o qual adotou classificação que de certa forma, Dinamarco, Nery Júnior e outros tantos também adotam, de forma a separar os princípios informativos do processo dos princípios mais “fundamentais” do processo. Aqueles, os informativos, seriam meros critérios lógicos e técnicos, como diz Dinamarco, tais como o princípio lógico, o princípio econômico, o princípio político, jurídico, instrumental e efetivo.<sup>35</sup>

Quanto aos princípios fundamentais, têm-se, os constitucionais, tais como o Devido Processo Legal, o Juiz Natural, Contraditório, Imparcialidade entre outros, que são princípios, e assim devem ser tratados.<sup>36</sup> Não se pode, porém, “padronizar” regras, critérios como princípios, ou seja, fazendo com que quase tudo, passe a ser tratado como princípio. Nem todas as regras são princípios, nem todos os critérios são princípios. A oralidade, por exemplo, não é princípio. Já o procedimento tem a forma escrita ou oral, ou mista. Mas afirmar que a simplificação de um instrumental de forma, se transforme em princípio é criação.

---

<sup>34</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>35</sup> RODRIGUES, Décio; Luiz José. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Comentada**. Lemos & Cruz publicações jurídicas, 2007, p. 10.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2003, p.1160 et seq.

Joel Dias Figueira Júnior afirma, ao comentar o art. 2º da Lei nº 9.099/95, que o legislador disse “critérios”, mas, na verdade, quis dizer princípios, e o que o legislador não disse é que se trata de verdadeiros princípios.<sup>37</sup> Refere também que o princípio da oralidade, por exemplo, é a “viga mestra da técnica processual”<sup>38</sup> e, ao concluir sobre os princípios que orientam o “universo processual civil” que estão “em sintonia” com os Juizados, afirma o seguinte, dando “poderes adicionais” ao Juiz para decidir “conflitos de princípios”: “Diante de vários princípios interligados entre si, existe uma referência legislativa geral, que o Juiz terá de aplicar no caso concreto, mediante valorações adicionais, o que dá, por exemplo, com a colisão de princípios orientadores, em que haja então de ser estabelecida a prevalência de um sobre outro, dado não serem os princípios, em geral, hierarquizáveis em abstrato”.<sup>39</sup>

Autores como Cristina Ferraz, por exemplo, embora não tratando de princípios no âmbito dos JEC, encontram princípios para os prazos processuais, tais como: princípio da eventualidade, economia processual, impulso oficial, ordenação legal, utilidade, continuidade, inalterabilidade, peremptoriedade, preclusão.<sup>40</sup>

A partir do princípio da “economia processual”, referida autora, com base em Arruda Alvim, afirma que há o princípio da paridade de tratamento e o da “brevidade”, bem como o da “especialidade” que está “contido” no princípio da isonomia e que justifica, por exemplo, o prazo previsto no art. 188 do CPC, dado ao Ministério Público e à Fazenda Pública.<sup>41</sup> Quanto ao princípio da brevidade, este seria “ínsito” ao procedimento sumário e sumaríssimo.<sup>42</sup>

Gregório Assagra de Almeida, tratando dos processos coletivos, cita diversas definições de princípios, inclusive de Maria Helena Diniz, para quem, no Direito Constitucional, “princípio seria a norma implícita ou explícita que determina as diretrizes fundamentais dos preceitos da Carta Magna e influencia sua interpretação”,<sup>43</sup> servindo de parâmetro e critério, consoante Ruy Espíndola, “para solução de problemas jurídicos que exijam a sua aplicação normativa” e funcionando como “critérios interpretativos para solução de outros casos, que não lhes solicitem, diretamente, aplicação jurídica”.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55-56.

<sup>38</sup> Idem p. 57.

<sup>39</sup> Idem p. 57.

<sup>40</sup> FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>41</sup> Idem p. 32-34.

<sup>42</sup> Idem p. 34-35.

<sup>43</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 563.

<sup>44</sup> Idem p. 564.

Ronald Dworkin diferencia princípios e regras jurídicas. As regras seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada. Assim dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita e aplicada, ou não é válida, e, portanto, não pode ser aplicada.<sup>45</sup> Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: princípios têm a dimensão do peso ou importância. O intercruzamento de princípios é resolvido pela força relativa de cada um ou, melhor dizendo, perguntando-se que peso ele tem ou quão importante ele é. Para Dworkin, os princípios são imperativos de justiça, devido processo legal, equidade ou outra dimensão de moral<sup>46</sup>.

Alexy, por seu turno, diferencia regras de princípios no sentido de que regras são fundamentadas pela subsunção, enquanto os princípios são feitas por ponderação. A maioria das regras ordena algo para que determinadas condições sejam feitas, normas condicionadas. Ou, podem adquirir uma forma categórica. A regra vale e é aplicável. Por sua vez, princípios são mandamentos de otimização. Eles podem ou não ser cumpridos e em graus diferentes e a medida ordenada de seu cumprimento depende não somente das possibilidades fáticas, mas das jurídicas.<sup>47</sup>

A Lei da ponderação decompõe-se, para Alexy, em três passos parciais: a) a comprovação do grau do não cumprimento, ou prejuízo de um princípio; b) conseguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; c) por último, de ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.<sup>48</sup>

Habermas faz a distinção de normas que possuem um sentido deontológico, enquanto que os valores (princípios) têm um sentido teleológico. As normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, já com relação aos valores (princípios), devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente.<sup>49</sup>

Ainda que muitos operadores do Direito tenham optado por falar nos “princípios” norteadores deste órgão,<sup>50</sup> vê-se que diretrizes são apenas critérios procedimentais de

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>46</sup> Idem p.42.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 132.

<sup>48</sup> Idem p. 133.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316.

<sup>50</sup> Allan Helber de Oliveira e Marcelo Dias Gonçalves Vilela tratam os critérios como princípios, vide p. 2 e seguintes dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de 2006.

-----Adair Philippsen e Artur Arnildo Ludwig apontam para os princípios norteadores do JE conforme se verifica nas páginas 21 e 22 do **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do

instrumentalidade, ou ainda, forma de desenvolver o processo com o fim de prestar a tutela jurisdicional. A Lei dos Juizados fala em critérios norteadores deste órgão e é neste norte que se deve olhar.

Nesse sentido, vejamos-se os seguintes critérios:

Oralidade – Quanto aos procedimentos pode haver aqueles de forma escrita, com petições, perícias, enfim tudo escrito no papel; a forma oral, em júris e debates; e a forma mista, com papéis e com debates<sup>51</sup>. No Juizado Especial há predominância do procedimento oral, agilizando a solução da lide, pois as provas são colhidas diretamente pelo Juiz, que mantém contato direto com as partes. A atividade jurisdicional tende a se concentrar. A proposição da ação e o pedido poderão ser orais,<sup>52</sup> o que ocorre como regra, sendo exceção o pedido por petição escrita.

O mandato ao Advogado,<sup>53</sup> salvo quando se tratar de Direitos especiais como o de transacionar; assim como a contestação,<sup>54</sup> que será oral ou escrita, conterà toda a matéria de defesa. No pedido contraposto<sup>55</sup> na contestação, poderá o réu postular em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia. Depoimentos<sup>56</sup> e inspeções poderão ser feitas por quem o Juiz designar e as

---

Advogado. 2004.

-----Luiz Guilherme Marinoni na p. 416, refere os critérios como princípios. Vide **Teoria Geral do Processo** Vol. I São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>51</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 323.

<sup>52</sup> Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor. § 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação. § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.

<sup>53</sup> Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por Advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. § 3º O mandato ao Advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

<sup>54</sup> Art. 30. A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.

<sup>55</sup> Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia. Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência ou requerer a designação da nova data, que será desde logo fixada, cientes todos os presentes.

<sup>56</sup> 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.

Art. 36. A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos.

declarações serão prestadas informalmente. A prova oral não será reduzida a termo, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos. Embargos<sup>57</sup> de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente. Execução<sup>58</sup> de sentença processar-se-á no próprio Juizado, com solicitação, que poderá ser verbal, bem como os embargos à execução.<sup>59</sup> A execução de título Executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei. Efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos,<sup>60</sup> por escrito ou verbalmente.

Simplicidade – não é princípio. É uma diretriz ou orientação. Simplicidade tem por escopo fazer com que as partes possam entender o que está acontecendo ao seu redor, sem palavras técnicas, sem procedimentos técnicos difíceis de serem compreendidos pelos usuários da Justiça. Como exemplos de simplicidade podemos destacar que não cabe intervenção de terceiros,<sup>61</sup> os pedidos são feitos de forma simples, cabe pedido genérico ou em fichas ou impressos.<sup>62</sup>

Informalidade – também é uma diretriz. Visa tornar os Juizados mais acessíveis. São características dessa informalidade: (a) a liberdade do Juiz na determinação da produção da prova,<sup>63</sup> (b) representação sem Advogado (art. 9º); (c) atos processuais praticados em outra

---

<sup>57</sup> Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

<sup>58</sup> Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: 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;

<sup>59</sup> Art. 53. A execução de título Executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei. § 1º Efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos (art. 52, IX), por escrito ou verbalmente.

<sup>60</sup> IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre: a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia; b) manifesto excesso de execução; c) erro de cálculo; d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

<sup>61</sup> Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.

<sup>62</sup> Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor. § 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação. § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.

<sup>63</sup> 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.

comarca podem ser solicitados por qualquer meio de comunicação,<sup>64</sup> (d) registro dos atos essenciais,<sup>65</sup> (e) ausência de rigidez das formas exigidas no procedimento comum.

Economia processual – A economia processual diz respeito ao emprego mínimo de atividade jurisdicional para se alcançarem os resultados do processo. Como exemplo, podemos citar: o de validação dos atos processuais sempre que atendam a finalidade (art. 13, caput); a intimação da sentença em audiência,<sup>66</sup> a concentração dos procedimentos como uma única audiência e um único recurso contra a decisão de primeira instância, vedada a ação rescisória.<sup>67</sup>

Celeridade – visa à solução rápida da lide. Com o pedido feito à Secretaria, esta designa sessão de julgamento, com prazo máximo de quinze dias.<sup>68</sup> A decisão será de plano e decidirá todos os incidentes na audiência, inclusive com manifestação imediata de uma das partes sobre documentos apresentados pela outra parte.<sup>69</sup>

### 1.1.2 Complexidade das causas e Jurisdição por equanimidade

Quando da escolha de critérios de competência para os tipos de ações que o Juizado estaria apto a julgar, escolheu-se, como um deles e das causas de menor complexidade. Esta complexidade, porém, não se deu em razão da matéria, mas instituindo-se um valor quantitativo como parâmetro para o Juizado ser competente. O valor monetário de quarenta salários mínimos é o parâmetro para esta nova Justiça. Secundariamente, o parâmetro é dos

---

<sup>64</sup> Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei. § 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

<sup>65</sup> § 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

<sup>66</sup> Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: III - a intimação da sentença será feita, sempre que possível, na própria audiência em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V);

<sup>67</sup> Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

<sup>68</sup> Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.

<sup>69</sup> Art. 29. Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença. Parágrafo único. Sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência.



casos em que se exigem perícias ou vistorias aprofundadas para se recusar o seu trâmite e enviá-los para a Justiça comum.

A Lei dos Juizados, em seu art. 6º,<sup>70</sup> dispõe que 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. Seria uma nova forma de prestação jurisdicional em que o Juiz tem presente que a decisão além de ser justa, precisa ser equânime, atendendo aos fins sociais e ao bem comum.

No Juizado, a autorização para que o Juiz dê valor especial às regras de experiência comum ou técnica acaba por criar uma situação diferenciada daquilo que ocorre no procedimento comum. Dessa forma, no Juizado, ainda que seja possível produzir prova direta, se as partes não protestarem por sua produção, o Juiz estará autorizado a dispensá-la e aplicar as regras de experiências comum ou de experiência técnica para julgar a causa, desde que tais regras sejam suficientes para a reconstrução do caso concreto.

Percebe-se, assim que o Juiz do Juizado, ao solucionar o conflito, exerce Jurisdição de Direito, mas aplica permanentemente a equidade como método interpretativo (adoção da decisão “mais justa e equânime”). Não se trata do uso do critério da equidade pura, juízo de equidade, em substituição ao juízo de legalidade. Aqui, o Juiz buscará a decisão equânime aplicando o Direito positivo ao mesmo tempo em que atende aos fins sociais da Lei e às exigências do bem comum<sup>71</sup>: algo que não chega a inovar em relação à atividade cognitiva exercida por todo Juiz em qualquer atividade processual. Já num juízo de equidade pura, o Juiz estaria autorizado a substituir o conteúdo da regra jurídica pela decisão que se apresentasse mais justa no caso concreto, algo que no Juizado especial não pode ocorrer (exceto se instaurado o juízo arbitral e autorizado pelas partes o uso da equidade).<sup>72</sup>

### 1.1.3 Proposição de ações

---

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> Art. 6º da Lei n. 9.099/95.

<sup>72</sup> ESTEFAN, André. OLIVEIRA, Allan Helber de. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16-17.

Para o recebimento das ações, deve-se ter cuidado com os que não podem ser partes,<sup>73</sup> como o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de Direito público, as empresas públicas da União, a massa falida, o insolvente civil e os cessionários de Direito de pessoas jurídicas.

Já os que podem ser partes são as pessoas físicas capazes, maiores de dezoito anos,<sup>74</sup> as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte com o devido contrato social ou CGC, ou qualquer documento que comprove a condição. Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por Advogado. Acima deste valor, a assistência de Advogado é obrigatória.

A parte procurará a Secretaria do Juizado, em que apresentará o pedido, escrito ou oral, de forma e em linguagem simples. Neste deve constar a devida qualificação das partes, o endereço preciso, com a narrativa dos fatos e os fundamentos e o objeto, bem como seu valor, tudo de forma sucinta. O pedido pode ser genérico, quando não for possível determinar, alternativo ou cumulado, e nesta última hipótese, desde que conexos e a soma não ultrapasse o limite fixado.

Após o registro do pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias. Nos Juizados, a primazia é pela utilização da Empresa de Correios para as comunicações e atos processuais. Assim, somente em casos inexitosos é que os atos se darão por expedição de mandado a serem cumpridos por oficial de Justiça.

Já de acordo com os enunciados atualizados até o XXI encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, de 24 a 26 de outubro de 2007, em Manaus-AM, mais especificamente o enunciado 33 menciona que é dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais comarcas, mediante via postal, por ofício do Juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de

<sup>73</sup> ESTEFAN, André. OLIVEIRA, Allan Helber de. VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17 e Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de Direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. § 1º Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de Direito de pessoas jurídicas. § 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação. 9.099/95.

<sup>74</sup> Quando do advento da Lei 9.099/95, nasceu a possibilidade de um menor de vinte e um anos e maior de dezoito anos pudesse postular nos Juizados Especiais, independentemente de ser assistido pelos seus responsáveis, de outro lado não poderia fazer parte como demandado por ser relativamente incapaz, faltando capacidade para estar em juízo. lembrando que o código Civil de 1916 dava conta da maioridade aos vinte e um anos, e somente, no ano de 2002 com a advento do novo Código Civil é que se deu a maioridade a partir dos dezoito anos. Vide PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

comunicação. O objetivo é que se leve ao conhecimento do requerido o pedido, e que ele, sabedor, venha a juízo se defender.

De início, o rigor com os atos era marca da tradição jurisdicional, mas esta nova Jurisdição tem que ser vista sem aquelas formalidades, e a quebra de paradigmas é algo traumático. Em nome de uma nova visão, para uma nova Justiça, em que se busca agilidade com baixo custo, aliado com celeridade, não se podem analisar os Juizados sob a ótica da justiça comum. O que se deu com a citação é prova disso. Não se podiam utilizar as mesmas regras da citação do Juízo Comum e trazê-las para o Juizado. Era preciso avançar, pois, do modo convencional, a citação poderia ser obstáculo para o bom andamento e celeridade dos processo. De início, a totalidade de mandados era por Oficial de Justiça que, com o grande volume de serviço, não dava a celeridade necessária, e aos poucos foi-se simplificando esta instrumentalidade e, passou-se a utilizar o Correio, por meio de cartas com Aviso de Recebimento de Mão Própria (ARMP). Dessa forma, ainda o entrave era grande.

O entregador do correio tinha que localizar a pessoa pessoalmente e aí entregar a carta. Em muitos casos, a diligência era infrutífera. “Com estas dificuldades, chegou-se a flexibilizar a medida e passou-se a aceitar carta com Aviso de Recebimento ‘AR” simples para citações, intimações de testemunhas e de sentenças. Este procedimento agilizou o andamento dos feitos, atingindo, assim, a finalidade da celeridade e informalidade, e devendo a parte prejudicada, se necessário, provar o prejuízo, originado pelo não recebimento e pela não tomada de conhecimento do conteúdo da intimação. Hoje, pode-se ir mais longe e utilizar o telefone e o e-mail como forma de agilizar ainda mais as intimações.

É vedada a retirada de autos em carga, podendo-se tão somente fazer uma retirada breve, com devolução no mesmo dia, para o fim de xerocopiar as peças. Cumpre salientar que, tecnicamente, no Juizado não existem autos, pois o pedido é feito oralmente e de forma simplificada, e os documentos somente serão juntados quando da instrução e julgamento. Em caso de conciliação, ficará somente o termo de acordo.

Hoje, mesmo com o processo virtual, na instrução e julgamento há a formação dos autos, e de acordo com o provimento n. 16/06 da CGJ, é permitida a carga dos autos na fase de interposição e resposta do recurso, desde que decorrido o prazo para a interposição dos embargos de declaração. Em caso de o prazo ser comum às partes, desde que ajustado entre as partes não haverá óbice, que seguirá o trâmite da justiça comum.

#### 1.1.4 Audiência de conciliação

Quando da primeira audiência, ou seja, a de conciliação, devem-se tomar alguns cuidados importantes, como a identificação das partes, autor e réu, com instrumento de Identidade, ou outro apto a tal fim, bem como documentos que comprovem a apresentação de pessoa jurídica, preposto, síndico e Advogados.<sup>75</sup>

O mandato do Advogado pode ser verbal, todavia, com relação aos poderes especiais, há necessidade de ser por escrito. Nos casos de intervenção facultativa, e se acaso as partes dispensarem a assistência por Advogado, a dispensa deve ser registrada em ata, ou então se nomeia um Advogado da Defensoria Pública.<sup>76</sup>

Em caso de o autor não comparecer, mas seu procurador estiver presente com poderes para transacionar, e o réu aceitar a conciliação, não haverá problema. Não concordando com a conciliação, o processo será extinto. O autor não comparecendo, sem justificativa, também é caso de extinção do processo. Nesta situação, o autor poderá acionar novamente o Juizado, mas mediante o pagamento das custas.<sup>77</sup>

Em caso de ausência do réu, estando ele citado, aplica-se a revelia, afastando-se o Juiz Leigo e se passando a competência de julgamento para o Juiz Togado.<sup>78</sup> Se o Advogado do réu tiver poderes para transacionar, sendo aceito pelo autor, poderá o acordo ser perfectibilizado e, caso contrário, vai para sentença.

Estando presentes as partes, o conciliador, após tomar conhecimento do pedido, poderá dar a palavra ao autor, para que fale sobre o seu pedido e, de imediato, passará a palavra ao requerido. Diante das alegações e da tensão inicial, com diplomacia e muito tato, o conciliador poderá propor às partes um acordo que atenda a ambas, explicitando as vantagens de um acordo, com total profissionalismo, sem adentrar no mérito do pedido. Esse trabalho deve ser desempenhado com empatia, cortesia e, acima de tudo, respeito pelas partes, sem emitir juízo de valor ou outras situações que possam constrangê-las. Urbanidade e respeito

---

<sup>75</sup> PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 94.

<sup>76</sup> Idem p. 94.

<sup>77</sup> Idem p. 55-94.

<sup>78</sup> Art. 23 da Lei 9.099 de 26/09/95.

são palavras-chave para um bom desempenho do conciliador e para obter sucesso no seu empreendimento.<sup>79</sup>

Em caso de acordo, será lavrado termo, de forma clara e concisa, mas com o fim de propiciar o entendimento e, se for o caso, uma possível execução do acordado, uma vez descumprido o pactuado. É conveniente que se estipule uma cláusula penal em caso de seu descumprimento, não superior a dez por cento do valor acordado, devendo o acordo ser homologado pelo Juiz Togado.

Nos acordos ou no cumprimento de sentenças deve-se proporcionar que os pagamentos parcelados sejam feitos diretamente na conta bancária do beneficiado, na sua residência, escritório, ou ainda, do seu Advogado. Não sendo isto possível, que se faça depósito bancário mediante depósito judicial. Neste caso, o levantamento se dará por alvará judicial ao beneficiado ou ao seu Advogado, com poderes especiais para este fim constante na procuração.<sup>80</sup>

Na audiência de conciliação recebe-se somente a carta de preposto ou alegações, como incompetência do juízo, ilegitimidade de parte, por escrito ou tomada a termo, levando os pedidos ao Juiz Togado para apreciação. Frustrada a conciliação, as partes sairão da audiência intimadas da data da audiência de instrução, devendo trazer consigo os documentos para comprovação de seus pedidos, bem como suas testemunhas até o máximo de três.

O ideal seria que se tivesse estrutura para, não havendo condições de conciliação, passar de imediato para a instrução e julgamento, em outra sala, com as provas e testemunhas, o proferimento da decisão e a imediata homologação e/ou decisão pelo Juiz Togado. Assim, dár-se-ia-se a celeridade ao feito com e a resposta jurisdicional que tanto se procura.

### **1.1.5 Audiência de instrução e julgamento**

O primeiro passo nesta audiência é o mesmo da audiência de conciliação, ou seja, identificar as partes com identidade e documentos que a comprovem, apresentação da pessoa

---

<sup>79</sup> PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55-94.

<sup>80</sup> Estas considerações e apontamentos fazem parte do Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, vide PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

jurídica, preposto,<sup>81</sup> habilitação do profissional, fazer constar no termo os nomes das partes e dos Advogados presentes e propiciar novamente a oportunidade de conciliação. Em caso negativo, iniciar a instrução do processo, recebendo os documentos do autor e examinando-os rapidamente. Em seguida, dá-se vista ao réu para manifestação e apresentação da contestação, que poderá ser escrita ou oral, de forma resumida. Em caso de ser oral, será transcrita nos pontos essenciais, sem a literalidade do que for dito. Pode ele, neste mesmo ato, postular em seu favor, de acordo com o art. 3º da Lei 9.099/95.

Na preparação da pauta, deve-se cuidar a natureza do pedido, a complexidade deste e a quantidade de testemunhas, dando-se maior fluidez às audiências mais fáceis e com poucas testemunhas. Isso poderá acelerar e facilitar o escoamento e a prontidão jurisdicional.

Após esta fase, passa-se para o depoimento pessoal do autor, devendo estar ausente o requerido. Em seguida, será ouvido o requerido e, na sequência, as testemunhas, separadamente, no máximo três para cada parte, registrando-se, resumidamente, apenas o essencial<sup>82</sup>. Em caso de ausência de testemunhas, ouvem-se as presentes, não importando a ordem. Estando todas presentes, deve-se manter a ordem. A dispensa de testemunhas somente se dará com anuência expressa das partes e constando em ata

Com a instrução completada e sem memoriais, o Juiz Leigo proferirá sua decisão ou marcará data, num prazo de dez dias, para a publicação em cartório, do que ficam todos intimados. O Juiz Leigo deve entregar a decisão com prazo suficiente para que o Juiz Togado possa homologar a decisão ou proferir outra.

Além dos casos previstos em Lei, são causas de extinção, sem julgamento de mérito:

- a) a ausência do autor que deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo, sem justificção;
- b) quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação;
- c) quando for reconhecida a incompetência territorial;
- d) quando dos impedimentos do art. 8º desta Lei;
- e) quando o autor falecer e a habilitação depender de sentença, ou esta não se der no prazo de trinta dias;
- f) No caso do requerido, o

---

<sup>81</sup> O preposto não é o representante legal da pessoa jurídica. Ele representa a pessoa jurídica, somente na audiência, sendo empregado da empresa e que possua conhecimentos acerca dos fatos que estão em questionamento, têm de ter poderes para transigir, sem os quais sua nomeação não terá validade. A carta de preposto deverá ser apresentada no prazo que o Juiz fixar. Vide ESTEFAN, André; OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19-20 e enunciado n. 99. Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE)

<sup>82</sup> Art. 13, § 3º da Lei 9.099/95.

autor não pedir a citação da sucessão, no prazo de trinta dias da ciência do fato. A extinção do processo independe de intimação pessoal das partes.<sup>83</sup>

Quanto à complexidade da causa, como a necessidade de utilização de meios de prova inadmissível no sistema, perícia contábil, grafotécnica ou outra perícia ou tipo de provas, deve o Juiz extinguir o feito para que se o processe no juízo comum.

Os incidentes que possam intervir no prosseguimento da audiência são decididos de plano, de acordo com a art. 29, como a legitimidade da parte ou a incompetência do Juizado. As demais arguições serão analisadas no momento da sentença. Observa-se que para as decisões dos incidentes não cabe agravo, podendo ser atacadas na apelação. Nos embargos declaratórios, deve-se apreciar a existência ou não de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida, sendo vedado mudar o mérito. Com relação aos erros materiais, não há óbice em corrigi-los, mesmo que de ofício.

Nas intimações de sentença, ou mesmo de testemunhas, evita-se o mandado e prioriza-se a utilização de “AR” simples,<sup>84</sup> bem como de carta simples, nas comunicações que não dependam de prazo.

A cobrança de custas, quando ambas as partes recorrerem, será feita integralmente de ambos os recorrentes, podendo a Turma Recursal determinar o reembolso do recorrente vencedor, se assim o entender. Após o trânsito em julgado da sentença e/ou acórdão, as partes terão o prazo de dois anos para retirar, no cartório do Juizado, os documentos originais juntados ao processo e, após isso, os autos serão incinerados ou eliminados.

A Lei destaca os conciliadores como peça fundamental nos Juizados Especiais cíveis, pois são os primeiros a terem contato com as partes e deste contato é que resultará um acordo. Tal acordo tem de ser submetido à apreciação do Juiz Togado. Em não ocorrendo acordo, parte-se para a audiência de instrução e julgamento que, na grande maioria das vezes, é conduzida por Juiz Leigo, com a missão de ouvir as partes, receber as provas e decidir sobre incidentes, como dispõem os artigos 28 e 29 da referida Lei.

Toda e qualquer decisão deverá ser homologada por um Juiz Togado, abrindo-se prazo para a parte recorrer à Turma Recursal, a qual é composta por Juizes de 1º grau, e de

---

<sup>83</sup> Estas considerações e apontamentos fazem parte do Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, vide PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>84</sup> É válida a citação de pessoa física com a entrega do “AR” no endereço do citando, mesmo que não assinado pelo próprio, cabendo-lhe provar que não lhe chegou às mãos a citação. Podendo ser entregue a carta até para a empregada doméstica da casa. Não havendo mais necessidade de ser em mão própria.

forma simplificada os recursos devem ser analisados, mantidos ou não, o que se garante o duplo grau de Jurisdição.

A assistência, por Advogado, é dispensável nas causas de valor até 20 salários mínimos. Acima deste valor e em caso de se interpor recurso, é necessária a intervenção de profissional habilitado.

No dizer do Ministro Ruy Rosado de Aguiar,<sup>85</sup> os Juizados Especiais constituem a mais importante inovação introduzida no sistema Judiciário, com alteração profunda no procedimento e na organização dos serviços. Afirma, ainda, que o Rio Grande do Sul já está trabalhando com um terço do movimento forense e o seu custo é de 10 % da despesa com a Jurisdição comum.

### 1.1.6 Sentença

A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, mesmo que o pedido tenha sido genérico. Os valores da condenação não podem exceder a alçada.<sup>86</sup>

O Juiz Leigo, após concluída a instrução, dará sua decisão. Esta será submetida ao Juiz Togado, que, após análise, homologa ou, não concordando, profere outra em seu lugar. No entanto, pode ele entender, por bem, realizar, antes de sentenciar, outros atos probatórios que julgue indispensáveis.

Proferida a sentença e intimadas as partes, caberá recurso para o próprio Juizado, excetuada a sentença homologatória de conciliação e o laudo arbitral, em relação aos quais não caberá recurso.

O recurso, com as razões e o pedido, interposto obrigatoriamente por Advogado, por petição escrita, no prazo de dez dias, e recolhidas as custas no prazo de quarenta e oito horas, será julgado por uma turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau

---

<sup>85</sup> PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Prefácio.

<sup>86</sup> Idem.



de Jurisdição, reunidos na capital do Estado. Preparado o recurso, o requerido será intimado para ofertar resposta escrita em até dez dias.

A sentença recorrida terá efeito devolutivo.<sup>87</sup> Em caso de dano irreparável e se assim for do entendimento do magistrado, dar-se-á o efeito suspensivo. As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento e, quando do julgamento, constará fundamentação sucinta e parte dispositiva. Caso a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

### **1.1.7 Turmas recursais**

As sentenças proferidas em sede de Juizados Especiais terão a revisão feita por uma turma recursal composta por três juízes togados de primeiro grau de Jurisdição, na sede do Juizado.<sup>88</sup> Mas, isto não vem ocorrendo no Rio Grande do Sul, pois somente na sede da Capital estão instaladas e funcionando as turmas recursais.

Todos os recursos interpostos no Estado do Rio Grande do Sul, são processados por turmas recursais com sede na Capital do Estado, Porto Alegre, o que poderá levar a distorções nas decisões, vez que cada região possui suas características, seus “modos de ser”.

A descentralização ou a regionalização poderia levar a uma melhor resposta jurisdicional. E mais turmas com menos processos, poderiam desempenhar com mais celeridade e presteza o mister.

### **1.1.8 Ação rescisória**

O Juizado traz muitas inovações e, entre elas, a do art. 59, que diz: “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei”. Poder-se-ia dizer que, por se tratar de Juizados, a alçada dos Juizados Especiais não comporta um sistema processual complexo a ponto de permitir a ação rescisória de sentença.

---

<sup>87</sup> Art. 43. O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

<sup>88</sup> Art. 40 da Lei 9.099/95

A coisa julgada, no dizer de Hommerding,<sup>89</sup> nas pegadas de Dinamarco, é “um pilar fundamental” do Direito processual, que é o resguardo e a segurança jurídica, colocando a sentença como imutável. Esta imutabilidade proporciona a segurança jurídica, sem contar que se trata de Direito fundamental.

A jurisprudência, no Rio Grande do Sul, é no sentido de validar o art. 59 e não aceitar a rescisória, sendo as turmas recursais as competentes para processar estes pedidos<sup>90</sup>.

Em acórdão proferido pela Turma Recursal de Estado do Paraná,<sup>91</sup> este se manifestou no sentido de que o art. 59 não tolhe o Direito de acesso à Jurisdição, pois o espírito do Juizado é simplificar os ritos e as formas, aproximando a Jurisdição do cidadão com celeridade. Invocando, ainda, os princípios norteadores do Juizado para balizar a decisão de não aceitar a ação rescisória. Pois, em caso de se possibilitar rescindir as sentenças, tornar-se-ia inócuo um sistema construído com objetivos de prestar Justiça célere e menos formal para as partes.

### 1.1.9 Penhorabilidade de bens

A efetividade dos Juizados passa pela garantia de execução dos acordos ou dos títulos judiciais ou extrajudiciais, que se contrapõem muitas vezes à Lei de Impenhorabilidade e, em se tratando de pequenas causas, envolve parte da sociedade desassistida de bens e de empregos, ou seja, pessoas muitas vezes pobres. De um lado, os credores querendo receber; de outro, os executados, pessoas pobres, abaixo do “padrão médio” vendo seus parques bens serem expropriados em nome da Jurisdição e de princípios de celeridade, contrariando leis de impenhorabilidade e ditames constitucionais que pregam o combate à pobreza. De outra ponta, o que vem ocorrendo, é a “relativização” da Lei de Impenhorabilidade, com

---

<sup>89</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 226.

<sup>90</sup> PHILIPPSEN, Adair. Ludwig, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207-208: “impossível o acolhimento da pretensão rescisória aJuizada pelo demandante, mesmo que denominado de ‘declaratória’, em virtude da expressa proibição legal. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei” (RJE 18/86). “Não se admite ação rescisória contra decisão proferida no âmbito dos JECiv. (RJTJRGs199/372). “Ação de anulação de sentença não pode ser processada perante a TR, por supressão de uma grau de Jurisdição e fraude à proibição de ação rescisória no sistema dos JEs” (RJE 18/86-97) entre outros.

<sup>91</sup> Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais - Seção Judiciária do Paraná. Autos n.º 2004.70.95.000585.

argumentos que a matéria não está pacificada nos tribunais, como a portaria determinando penhora de bens que são impenhoráveis.

Os dispositivos da Lei 8.009/90, e do Código de Processo Civil vêm determinando a impenhorabilidade: dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo as de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.<sup>92</sup> O que predomina, ainda, é a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência, salvo bens em duplicidade e suntuosos, e de valores expressivos.

Todo este cuidado vem acontecendo no juízo ordinário, em que os procuradores das partes estão atentos e se utilizam dos meios processuais para garantir o Direito constitucional e infraconstitucional. Não obstante a existência de Juizados Especiais Cíveis em muitos locais, isto não vem ocorrendo, como é o caso da Comarca de Santo Ângelo-RS,<sup>93</sup> em que foi baixada portaria no sentido de regulamentar em face do grande número de feitos que obtém sentença favorável, bem como os acordos homologados por aquele juízo e que não conseguem êxito na fase executiva, em face da dificuldade de se localizar bens. Diz, ainda, que há necessidade de uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Alega a diversidade de interpretações acerca da Lei 9.009/90, principalmente no tocante a “essencialidade e a utilidade” dos bens que guarnecem a residência da parte devedora, e o disposto no enunciado n. 14 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais n. 30/31 (“os bens que guarnecem a residência do devedor desde que não essenciais à habitabilidade, são penhoráveis”). Tal portaria ainda refere o fato de as partes que litigam em sede do Juizado Especial Cível são pessoas de poucos recursos, aliado ao fato de as execuções serem de pequeno valor.

Determina, assim, que é passível de penhora: “secador de cabelos, aspirador, espremedor de frutas, enceradeira, secadora de roupas, máquina de lavar roupas, máquina de lavar louças, rádio, aparelho de som (da casa e do carro), televisor, videocassete, DVD, ar condicionado, bicicleta, gril, centrífuga (para sucos), ventilador, batedeira, filmadora, aparelho de telefone celular, forno microondas (sic), forno elétrico, máquina de cortar grama, máquina lava jato(sic), freezer, máquina fotográfica, aparelhos de ginástica, purificador de ar da cozinha (*suggar*), máquina de escrever, computador, fax, estufa (elétrica e a gás) telefone sem fio, tapetes, antena parabólica, e por fim: outros”.

---

<sup>92</sup> Art. 649 do Código de Processo Civil brasileiro.

<sup>93</sup> Portaria n 01/2003, de 26 de junho de 2003.

Observa-se, assim, que restam pouquíssimos bens impenhoráveis, tudo em nome da segurança jurídica e para fazer valer a efetividade dessa nova Jurisdição. Resta saber se essas orientações vão ao encontro das diretrizes do art. 6º, ou seja, a equanimidade, a Justiça social e o bem comum.

### **1.1.10 Dos custos administrativos dos Juizados**

Por fim, pode-se destacar que, no Estado do Rio Grande do Sul, os custos com a manutenção dos Juizados são mínimos: têm-se oitocentos e cinquenta e três Juízes Leigos e novecentos e noventa e quatro conciliadores, sem vínculo empregatício, sem salários, somente com um valor quase que simbólico. Os funcionários de carreira percebem 20% para trabalharem em horário noturno<sup>94</sup>.

O número de processos que ingressam por ano chegam a duzentos e cinquenta mil, dos quais sessenta mil são relativos a acordos; e o restante, decididos por meio de sentenças.<sup>95</sup> Os prazos de duração dos processos são iguais aos da Justiça Comum, ou seja, em média mais de dois anos, entre a propositura, recurso e a execução da sentença<sup>96</sup>.

No decorrer da dissertação voltar-se-á a estes pontos, que serão desenvolvidos e discutidos a partir dos aportes da visão procedimentalista de Jürgen Habermas; da postura substancialista e da Nova Crítica do Direito defendida por Lenio Luiz Streck, bem como na Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, com a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.

---

<sup>94</sup> **Revista dos Juizados Especiais** n. 47/48, p. 166.

<sup>95</sup> **Revista dos Juizados Especiais** n. 47/48, p. 166.

<sup>96</sup> **Revista dos Juizados Especiais** n. 45/46, p. 25.

## **2 AS TESES DE JÜRGEN HABERMAS, HANS-GEORG GADAMER, RONALD DWORKIN E LENIO LUIZ STRECK E SEUS CONTRIBUTOS PARA O DEBATE “PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO” NO ÂMBITO DO DIREITO: CONSENSO OU HERMENÊUTICA?**

### **2.1 A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas**

Após a análise legal e dogmática dos Juizados Especiais, o presente capítulo trabalhará as teses de Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer, Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck. Um dos maiores filósofos da atualidade, Habermas propõe procedimentos discursivos para que os indivíduos possam dialogar e alcançar um consenso. Com isso ele cria a Teoria do Agir Comunicativo (TAC).

Ao invés de tratar da filosofia do sujeito/objeto (subjetividade), Habermas passa a tratar da relação sujeito/sujeito, ou seja, não mais o conhecimento dos objetos, nem a dominação ou manipulação ou intervenção no objeto, mas o sujeito *versus* sujeito (intersubjetividade). Quando uma pessoa fala com outra pessoa, passa a se criar uma situação de fala, de comunicação, de troca de experiências. O foco passa ser o estudo da linguagem como fonte e meio de conhecimento e aperfeiçoamento, rumo à maioria e à emancipação da raça humana. Questiona-se: seria possível a inserção de uma Teoria de origem européia nas relações intersubjetivas no Brasil? A resposta não será dada neste momento, mas no decorrer do trabalho.

Na razão comunicativa, as interações se interligam, e as formas de vida se estruturam pelo entendimento, que forma condições de possibilidades e que se limita a uma razão voltada para a comunicação. Ao utilizarmos a linguagem natural com a finalidade de entendimento sobre determinado assunto ou coisa, a atuação leva a aceitar pressupostos determinados desta

linguagem. Esta comunicação tem a finalidade de interação de se atingir o consenso sobre determinado assunto.<sup>97</sup>

A razão comunicativa não é fonte de normas, de como o indivíduo pode ou deve agir, não tem que ter uma força normativa delineando sua conduta; não é informativa e nem prática. Ela é reconstrutiva dos discursos formadores de opinião e prepara para as decisões dentro do poder democrático conforme o Direito.<sup>98</sup>

A conceituação de razão comunicativa, do agir comunicativo ou mesmo da racionalidade comunicativa pode ser entendida como o entendimento racional a ser estabelecido entre participantes (indivíduos), pelo processo de comunicação, dada sempre por meio do uso da linguagem, com fins voltados para a compreensão de fatos do mundo objetivo, de normas de instituições sociais ou da própria noção de subjetividade.

A primeira característica deste processo comunicativo se dá internamente com a sociedade. Os indivíduos agem comunicativamente com um fim racional voltados para uma ação social. Esta ação é orientada racionalmente para fins monológicos e a uma coordenação intersubjetiva. Os simples atos de falas não são comunicação. É necessária a união, a conjugação de atos de fala, na qual o falante, o indivíduo, une pretensões de validade criticáveis.

Esta conjugação faz com que os indivíduos ou falantes entrem numa relação intersubjetiva de pretensões de validade alicerçadas em deveres de justificação que têm de ser assumidos, e de uma possível união verdadeira no discurso. Por fim, o processo comunicativo tem uma variedade de ações comunicativas de acordo com os tipos dos atos de fala: os constatativos que é chamado de atos de fala de conversação; os regulativos que são os dirigidos por normas e, por fim, os expressivos, que se caracterizam como dramáticos.<sup>99</sup>

Dessa forma, pode-se visualizar a criação de uma teoria de procedimentos para que o indivíduo chegue à maioridade e à emancipação por meio da linguagem, que não é a linguagem pela linguagem. Há a necessidade de se seguir um roteiro, um procedimento, para se alcançar um agir comunicativo com o fim de se alcançar o consenso. Com este procedimento Habermasiano, abordar-se-á os tipos de agir na comunicação: o agir instrumental e o agir comunicativo.

---

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

<sup>98</sup> Idem p. 21.

<sup>99</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão comunicativa e emancipação** 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 66-67.

### 2.1.1. O agir instrumental

O agir humano pode ser caracterizado por dois tipos básicos de ação: o agir comunicativo e o agir instrumental. Este último é o agir racional com relação a fins e nele predomina o modelo de ação técnica, que pode ser chamada de instrumental ou estratégica. O agir instrumental é visto como trabalho, orientado por regras técnicas de um conhecimento, de um saber empírico. Neste, o indivíduo faz escolhas racionais dos meios mais adequados para atingir uma finalidade. É pelo trabalho que o homem se apropria da natureza para atingir seus fins. Com o trabalho, ele interage com conhecimentos técnicos para se apoderar e conhecer a natureza. A utilização da técnica serve para abreviar ou minimizar o esforço despendido no trabalho.

Devem-se traçar estratégias, meios racionais, deduções, utilizando-se regras de preferências que podem ser chamadas de sistemas de valorações e do uso de máximas gerais, alertando que as proposições têm a possibilidade de ser deduzidas de forma correta e de forma incorreta, tudo de acordo com o modo de utilizar o procedimento. O resultado será positivo.

Do contrário, ter-se-á um agir instrumental usado inadequadamente e com resultados falsos ou imprecisos. O resultado negativo acarretará uma sanção imediata que é o insucesso. O castigo para tal agir é o fracasso da pessoa frente à realidade. É a dor do fracasso dilacerando a alma. Para a validação do agir instrumental, é necessária a utilização de estratégias e de regras técnicas, de enunciados analiticamente corretos e empiricamente verdadeiros.<sup>100</sup>

### 2.1.2 O agir comunicativo

Por sua vez, no agir comunicativo, o homem se apropria ou tenta se apropriar da natureza e, invariavelmente, nestas situações há a necessidade de associação a outros homens

---

<sup>100</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão comunicativa e emancipação** 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 73-74.

para atingir seus objetivos. Desta associação, surge um outro interesse, também constitutivo: o interesse intersubjetivo sobre como realizar a reprodução material e social. Existe uma mediação simbólica, uma forma de procedimentos que orientam e possuem um valor que obriga no mínimo a participação de duas pessoas que estejam aptas a exercer os procedimentos para um agir comunicativo. Respeitam-se as regras, com expectativas recíprocas de comportamento e de respeito às normas sociais que são reforçadas por sanções, gerando um contexto comunicacional, por meio da linguagem comum e com expectativas recíprocas de comportamentos, para serem compreendidas e aceitas ao menos por duas pessoas.

Para a validação das normas sociais, faz-se necessária a intersubjetividade do entendimento que se estabelece acerca de intenções, com o reconhecimento geral de determinadas obrigações. O comportamento que fere normas acaba por atrair a sanção correspondente que foi emitida por meio de convenções. Com estes dois modos de agir, é que se reproduz a vida, formando a sociedade ou o mundo da vida.<sup>101</sup>

### **2.1.3 A busca pela emancipação a partir da experiência reflexiva**

A busca pela emancipação faz com que Habermas se preocupe com a inclusão social, mediante uma conexão, entre teoria e prática de modo universalista. O agir instrumental caracteriza-se pelo campo das ciências experimentais, que procura decifrar a realidade empírica ou pela técnica usada para atingir os fins. Por outro lado, o agir comunicativo, caracterizado pelo campo das ciências histórico-hermenêuticas, estuda e pesquisa o mundo cultural do presente e do passado, levadas pelo interesse em ação comunicativa, com o fim de aproveitar estas experiências para a vida social e prática.<sup>102</sup>

Num outro interesse voltado para a emancipação, tem-se o interesse técnico cuja finalidade é a apropriação da natureza e, em seguida, a libertação do homem em relação ao poder incontrolável desta mesma natureza. Com relação ao interesse prático, temos o entendimento dos indivíduos entre si, sobre o sentido de sua existência, de sua posição social

---

<sup>101</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão comunicativa e emancipação** 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 74-75.

<sup>102</sup> Idem p. 81.



e histórica e, por fim, o sentido da própria história. A busca pela libertação das tradições culturais que o aprisionam, foram impostas ou transmitidas sem imposição, mas aceitas sem discussão e sem filtragem-acabaram incorporadas na cultura.<sup>103</sup>

Para que a emancipação possa ser levada a cabo, é necessária a experiência da reflexão. Esta reflexão pode se dar pela reconstrução histórica da pré-história do positivismo mais recente, com análise do conhecimento e do interesse. A reflexão pode ter força esclarecedora para revelar elementos que estavam encobertos, cheios de coação e de dominação sub-repticiamente.

A reflexão passa a ser centrada no agir voltado para o entendimento. Uma razão não reduzida chega a criar uma razão comunicativa, e será a base da teoria do agir comunicativo.<sup>104</sup>

O uso da linguagem pode ser distinguido como a linguagem cognitiva e a linguagem comunicativa:<sup>105</sup>

a) linguagem cognitiva serve para produzir um entendimento entre indivíduos, falantes e ouvintes, a respeito de coisas ou objetos, e coisas ou estados-de-coisas. A linguagem é utilizada como meio para se chegar a um fim, isto é, ao entendimento do que se está falando.

b) Na linguagem comunicativa, para ser produzido o nexu intersubjetivo é necessária a utilização da linguagem para o entendimento sobre objetos e estado de coisas. A comunicação é o alvo, e os conteúdos proposicionais são simples meios para se atingir a comunicação. Enfim, é a reconstrução do sistema de regras que um indivíduo deve conhecer e dominar para atingir um nível comunicativo e meta comunicativo da comunicação.

#### **2.1.4 A linguagem voltada ao entendimento e ao consenso**

A comunicação ou o uso da linguagem, como meio para se atingir o entendimento ou o consenso entre indivíduos, necessita de um processo de ação social voltada para o entendimento. Não basta o uso da linguagem pela linguagem. Deve haver um objetivo e esta

---

<sup>103</sup> Idem p. 82.

<sup>104</sup> idem p.88.

<sup>105</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas, Razão comunicativa e emancipação** 2.ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 91-92.

finalidade deve estar voltada para o entendimento, e não pelo simples prazer em se manipular ou se influenciar estrategicamente a ação ou o “entendimento” das pessoas. Quando há influência ou manipulação das ações ou do “conhecimento” há um vício na linguagem. Na verdade, não existe uma vontade para o entendimento; o entendimento é um pouco diferente. As pessoas têm que ter um horizonte não manipulável, ou seja, as falas têm que ser de forma sincera, para que o ouvinte possa aceitar as colocações. Tem que ter validade no dizer, e este dizer têm que ser aceito como tal pelo outro. Esta aceitação tem que vir de dentro para fora, não pode ser manipulada, mas aceita racionalmente e de forma consensual.<sup>106</sup>

Os atos comunicativos são linguagens utilizadas por um falante e aceitas pelo ouvinte sem filtragem, sem raciocínio, sem discussão. Aceitam-se como válidas as afirmações ou negações de proposições, como forma de consenso básico.<sup>107</sup>

Nos discursos ou discussões, os participantes utilizam-se da linguagem com o fim de fundamentar e de convencer com argumentos aptos e com pretensões de validade. Não possuem interesse em conduzir ou realizar informações ou troca de informações, ou mesmo experiências novas. A fala ideal tem de estar calcada nas pretensões de validade.<sup>108</sup>

A fala ideal pode ser dividida em partes ou classes, de caráter universal, que se pode chamar de universais pragmáticas ou universais constitutivas do diálogo:

a) As comunicativas, que têm a pretensão de serem compreensíveis e inteligíveis na mensagem enviada e dão sentido à conversa. São expressões, dizeres, falas.

b) As constatativas, que têm a pretensão de, nas suas mensagens, serem verdadeiras de conteúdo. Elas descrevem fatos, comunicam alguma coisa, explicam algo.

c) Os atos de fala regulativos e valorativos, que possuem a pretensão de correção, de conteúdos normativos justos e mensagens valorativas referente ao mundo social. São os agradecimentos, as saudações.

d) os atos de fala expressivos, que têm a pretensão de serem sinceros e autênticos, e referem-se ao mundo subjetivo. São intencionais como desejar algo ou amar alguém.<sup>109</sup>

Há também classes de palavras, que se relacionam com as estruturas da situação de fala:

a) os pronomes pessoais, que têm função dupla: são performativos ou indicativos;

---

<sup>106</sup> idem p. 94.

<sup>107</sup> Idem p. 96.

<sup>108</sup> idem, p. 96.

<sup>109</sup> Idem p. 96-97.

- b) o uso de palavras e locuções, que são usadas para abrir o discurso e para o tratamento das pessoas;
- c) o uso de expressões indicativas de espaço e tempo, demonstrativos, artigos e números;
- d) verbos performativos;
- e) os verbos intencionais, que não são usados performativamente, como alguns advérbios modais.<sup>110</sup>

Dessa forma, para se chegar a proposições verdadeiras, deve-se aplicar o predicado ao objeto indicado, e este objeto, representado pelo sujeito da frase, deve poder ser identificado. Por sua vez, o predicado, que exprime uma significação universal, deve poder ser atribuído ao objeto. Só se pode aplicar ou atribuir um predicado a um objeto quando qualquer pessoa que possa dialogar com outra pessoa possa fazer o mesmo, ou seja, aplicar o mesmo predicado ao mesmo objeto. É por meio do acordo com outras pessoas que se pode dialogar para se chegar a um consenso sobre o que foi dito assim, quando todos concordarem, a verdade aparecerá.<sup>111</sup>

A busca por uma nova fórmula de se chegar à verdade é trabalhada por Habermas, deixando-se de lado as teorias ontológicas, criando-se estas questões:

a) aquilo sobre o que podemos dizer: é verdadeiro ou falso? Ou seja, quando falamos de verdade, referimo-nos a quê? Para Habermas, a verdade ou a falsidade dizem respeito a “proposições”, sempre inseridas num ato de fala. Contudo, não é a afirmação enquanto ato de fala que é verdadeira, mas a proposição enquanto afirmada. O que há de novo nesta tese é a relação à pragmática na explicitação do sentido de verdade. Daí sua definição de verdade: “é a pretensão de validade que ligamos a uma proposição, enquanto a afirmamos”.<sup>112</sup>

b) A distinção entre uma afirmação ingenuamente realizada e as considerações metalingüísticas, isto é, a distinção entre ações e discursos. Na dimensão da ação, são pressupostas e reconhecidas pretensões de validade implicitamente nos proferimentos, enquanto o discurso, de certo modo, interrompe as ações numa tentativa de justificação das pretensões problematizadas. O discurso não se propõe a dar informações, mas “argumentos”. Portanto, entre verdade e discurso, há uma conexão estrutural necessária.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001, p.300.

<sup>111</sup> Idem, p.312.

<sup>112</sup> Idem p.313.

<sup>113</sup> idem. 313.

c) os fatos que se afirmam com os objetos da experiência? Objetos da experiência são aquilo sobre que se faz proposições, e fatos são aquilo que se afirma sobre esses objetos.

Habermas trabalha as pretensões de validade que serão legitimadas pelo uso racional do discurso, com a utilização de argumentos entre as partes envolvidas. O consenso para ser obtido dar-se-á quando todos concordarem em atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. Para se atingir a fala ideal sem coações, faz-se necessária a utilização do melhor argumento:

Habermas considera importante medir a racionalidade de um falante na veracidade de seus proferimentos: os proferimentos de um falante são verídicos quando não engana nem a si, nem aos outros. A veracidade dos proferimentos se põe numa dimensão da dimensão da verdade das proposições. Os atos de fala representativos se referem precisamente à veracidade de proferimentos, e com seu auxílio é que podemos fazer a distinção fundamental entre essência e fenômeno, prevenindo com isso a ilusão que falantes têm sobre si e sobre outros quando reificam ou volatizam a identidade própria ou a de seu parceiro.<sup>114</sup>

Nesta teoria, as pretensões universais de validade têm o condão de se expressar mutuamente. O indivíduo que fala deve escolher uma expressão compreensível, a fim de que falante e ouvinte possam se compreender mutuamente, de forma normal, para se atingirem os meios e os fins propostos.<sup>115</sup>

A definição dos atos de fala relevantes passa pela análise dos atos ilocucionários e a caracterização dos traços do contexto de um enunciado e, ajudam, a determinar que proposição é expressa por dada frase. A realização de um ato de fala passa pela presença ou ausência de certos traços dentro de um contexto de fala. Deve-se analisar as intenções do falante, o saber, as crenças, as expectativas e os interesses comuns ao falante e aos seus ouvintes. O contexto deve ser analisado, como o momento em que as sentenças foram proferidas, e os seus efeitos; qual o valor de verdade da proposição explicitada. Levando em conta que o contexto da enunciação não afeta somente a força da proposição que foi expressa, mas a própria proposição.<sup>116</sup>

A intenção de comunicar um fato ou uma série de atos, com conteúdos proposicionais verdadeiros, tem por finalidade que falante e ouvinte possam compreender mutuamente. A vontade de querer verdadeiramente exprimir suas intenções de forma livre e

---

<sup>114</sup> Idem p. 315.

<sup>115</sup> Idem p. 315.

<sup>116</sup> ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006, 61-62.

sem coações é essencial para que o ouvinte possa acreditar no emissor, também sem coações. Escolher um proferimento justo em relação à norma e aos valores vigentes faz com que o ouvinte possa aceitar o proferimento, e ambos, falante e ouvinte, possam entrar em acordo em relação a um fundo normativo reconhecido.<sup>117</sup>

Nos atos de comunicação, temos a ação performativa, que se desdobra em atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários, que são modos de significação de ações. A ação performativa é a ideia pela qual um ato de linguagem possa mais do que simplesmente comunicar uma ideia ato locucionário, mas realiza ou pode realizar uma ação diferente da própria comunicação ato ilocucionário. Como ato ilocucionário é o que se faz quando se fala, utilizando-se de regras gerais de linguagem e outros dependem de certas condições extralingüísticas<sup>118</sup>. Pode-se usar o exemplo de Austin quando os nubentes, numa cerimônia de casamento, mencionam a expressão “aceito”.<sup>119</sup>

O ato locucionário da fala se limita à afirmação de algo sobre determinado objeto. Por sua vez a dimensão ilocucionária faz a comunicação assumir seu espectro performativo por meio da expressão de um apelo, de uma ameaça, de uma advertência, de uma intenção ou de um compromisso.<sup>120</sup>

O conteúdo perlocucionário seria uma terceira dimensão, um terceiro sentido, do ato de linguagem, que diz respeito às consequências ou resultados particulares, não convencionais, do ato de linguagem,<sup>121</sup> ficar emocionado, irritado, intimidado ou convecido.<sup>122</sup>

Quando, por exemplo, se expressa algo como “o leão é perigoso”, pode-se analisá-lo como um ato locucionário em que pode se dividir em expressão fonética, como produção de sons. No aspecto sintático-semântico, quando a frase é corrigida na língua portuguesa, afirmamos que existe um ente predicado, no caso, “leão-perigoso”. Já na dimensão ilocucionária, para poder-se entender, é necessário que seja explicitada a predicação como também a intersubjetividade contextual. Quando se fala do animal leão, tem-se uma ideia; já quando se fala como sendo um símbolo ou um mascote de um time de futebol, tem-se outra predicação. Mas, quando se vê uma advertência ou um informe, vai depender da

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, p. 322.

<sup>118</sup> ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006, p. 100.

<sup>119</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.

<sup>120</sup> Idem p. 86.

<sup>121</sup> Idem p. 86-87.

<sup>122</sup> ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006, p. 101.

intersubjetividade para saber do que se trata. Em se tratando de um ato perlocucionário que age como consequência das dimensões anteriores, ao visualizar um cartaz, aviso, uma mensagem, ele se traduz pelos efeitos, pelos sentimentos, pelas ações provocadas, como a reação de se afastar das grades da jaula do leão ou, outra, no caso de torcedores do time, quando estão eufóricos ou desgostosos com a atuação do time.<sup>123</sup>

A linguagem tem de ser compreensível num meio lingüístico, sem uso indevido ou desproporcional de locuções não utilizadas no dia-a-dia, palavras inteligíveis. Além de compreensível, a linguagem tem de ser verdadeira. Não adiantam palavras bonitas, empoladas e sem a sinceridade necessária para dar credibilidade ao que é dito. Não basta a linguagem ser compreensível e verdadeira. Tem de ser aceita pelo ouvinte que lhe dará a veracidade.

Tendo compreensibilidade, verdade e veracidade, importa que as palavras e as proposições sejam justas para se atingir um verdadeiro agir comunicativo em busca da maioria e da emancipação. Todo este horizonte trabalhado não pode ser medido temporalmente. Não se pode ter pressa nas discussões, nem se pode pressionar para que se chegue logo ao consenso, pois o resultado deste procedimento tem de ser livre, sem coações, haja vista que o tempo pode coagir os participantes a tomarem uma solução ou a aceitarem uma solução com a qual não concordam.<sup>124</sup>

### **2.1.5 Como funciona o discurso argumentativo habermasiano?**

Para que o discurso seja válido, necessita-se que os indivíduos envolvidos sejam capazes de agir e falar neste universo comunicativo, em que todo e qualquer indivíduo pode se expressar, com os mais variados tipos de fala. Não pode existir coação, seja ela interna ou externa. Tem de ser assegurado o amplo Direito de agir, falar, afirmar, negar, desejar, enfim, de expressar seus anseios de forma livre e justa.

O discurso argumentativo é formatado sob algumas premissas de validade. O argumento tem de ser manifestado racionalmente e de forma que possa ser criticado para que, em se percebendo algum erro ou desvio de rumo, possa ser corrigido e colocado no sentido do

---

<sup>123</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

<sup>124</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.88.

reconhecimento da veracidade. O discurso argumentativo tem de ser fundamentado em pretensões de validade. A fundamentação vai diferir de acordo com a forma do enunciado.

Para se provar a existência de estado de coisas, utilizam-se os enunciados descritivos bem fundamentados. Por sua vez, os enunciados normativos, prova da aceitabilidade de ações e normas de ação. Para se fundamentar enunciados avaliativos significam a prova de preferibilidade. Já os enunciados expressivos significam a prova da transparência de auto-apresentações. Por fim, a fundamentação de enunciados explicativos significa a prova de que as expressões simbólicas foram produzidas coerentemente com as regras certas.<sup>125</sup>

Os indivíduos procuram, por meio da discussão de assuntos ou de proposições, a apresentação de argumentos válidos, livre de coações e com a finalidade de busca da verdade por meio do consenso. O consenso se dá pelo exercício da racionalidade argumentativa. A racionalidade argumentativa tem por escopo um agir voltado para a busca do convencimento, sem coações e de modo a que os participantes possam escolher de forma livre e sem obstáculos o que melhor aproveitar a todos consensualmente.<sup>126</sup>

A verdade dos proferimentos é dada por frases gramaticais num contexto concreto, de forma verdadeira ou falsa. A verdade tem de ser trabalhada e determinada por relações argumentativas. Estas podem ser classificadas por atos de fala constatativos em que o falante e o ouvinte podem ter a oportunidade de constatar as propostas e chegar a um acordo livre sobre aqueles fatos e extrair daí a verdade consensual, livre de coações.<sup>127</sup>

O discurso argumentativo tem dois caminhos para seguir: o caminho do discurso teórico e o caminho do discurso prático. O caminho do discurso teórico possui regras de ação problematizadoras para alcançar a racionalidade progressiva e argumentativa de conceitos e de uma linguagem adequada aos fatos que estão sendo propostos. Emprega-se uma linguagem técnica, com palavras voltadas especificamente para explicar ao menos um argumento dentro do tema proposto com o objetivo de convencer os participantes do discurso, permitindo-se o uso de linguagens similares para um melhor desenvolvimento dos argumentos e de uso para o convencimento<sup>128</sup>.

Por sua vez, o caminho do discurso prático traz em seu bojo a possibilidade de examinar, sob um ponto de vista hipotético, a pretensão de correção das normas e dos valores,

---

<sup>125</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.97-98.

<sup>126</sup> Idem p.97-98.

<sup>127</sup> Idem p. 100.

<sup>128</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

tendo por objetivo a auto-reflexão do sujeito. Assim, os participantes do discurso utilizam-se de um sistema de linguagem, com pelo menos um argumento que justifique as suas pretensões, positivas ou negativas, podendo-se utilizar outros meios linguísticos com o fim de modificar o sistema linguístico escolhido e passando para uma reflexão sobre o fato de a estrutura de nossas carências e necessidades depender do estado de nosso poder e saber científico e tecnológico. Souza Cruz adverte que, para haver uma situação ideal de fala, há a necessidade de certos pré-requisitos:

O discurso pressupõe essa situação de fala que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafatuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de ego e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* linguístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida)]; ilimitação de tempo para obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.<sup>129</sup>

Os participantes do discurso argumentativo, no comentário de Souza Cruz a Habermas, têm que possuir uma igualdade comunicativa, ou seja, o Direito de usar igualitariamente os atos de fala comunicativa, como: interpretar, compreender, recomendar, explicar e justificar seus pontos de vista, a fim de problematizar pretensões de validade.

Os participantes do discurso devem ter em mente que os seus postulados devem ser capazes de expressar “verdades sinceras” ao proferirem suas palavras.

Por fim, diz Souza Cruz, os participantes devem ter igualdade em proferir falas regulativas, opondo-se, mandando, proibindo ou permitindo, e prometendo ou não prometendo. Todos os participantes têm o Direito de igualdade. O que um pode o outro também pode. Precisa-se ter paciência para se discutir e, com argumentos fortes e livres, pode-se passar de um agir comunicativo para o plano do discurso.<sup>130</sup>

No nível do discurso, é necessária uma situação de fala ideal, voltada ao consenso, que pode ser verdadeira ou falsa. Com o trabalho da crítica, com a ausência da coação e a distribuição igualitária na utilização de atos de fala representativos com garantias de

---

<sup>129</sup> idem p. 89.

<sup>130</sup> Idem p. 101-107.



reciprocidade nas auto-apresentações subjetivas, poderão os participantes equalizar-se nos seus Direitos e deveres, podendo assim chegar ao consenso livre e emancipatório da verdade.<sup>131</sup>

A busca pela verdade ou pela resposta correta na apreciação de conflitos de interesses nas relações interpessoais está ligada à legitimidade da positividade do ordenamento jurídico. O emprego de princípios tem de estar conectado com o restante do ordenamento jurídico e com as circunstâncias fáticas do caso, possibilitando ao julgador encontrar a “resposta adequada” ao problema, muito embora, seguindo estes passos, não se exclua a possibilidade de falibilidade do julgamento. Será mediante o caráter discursivo do processo de deliberação que se poderá fundamentar a autocorreção das possibilidades com vista a resultados racionalmente aceitáveis.<sup>132</sup>

### **2.1.6 O mundo vital em Habermas**

O local em que os indivíduos irão interagir neste agir comunicativo deve ser um espaço que contenha as condições para que falantes e ouvintes possam desenvolver seus argumentos dentro de um nível cultural adequado; que possa garantir um nível elevado de discussão, livres de coações para se chegar ao consenso, em que o melhor argumento vence. Vence justamente por ser o melhor argumento, a melhor resposta ou proposta para aquele caso específico. Vencem os indivíduos que tenham capacidade intelectual, ou seja, o domínio da linguagem mediana e da linguagem técnica.

O mundo da vida vai mais longe que o horizonte da consciência. Ele passa ao horizonte da linguagem, da comunicação do dia-a-dia, de toda e qualquer comunicação que é direcionada para o entendimento, em busca do consenso pelo do uso da fala.

Este mundo da vida, como ensina Ernildo Stein, não é o utilizado pelo “mundo da vida” da “Krisis” de Husserl, oriundo das teorias da consciência. Passa assim, Habermas a se utilizar do conceito de “mundo” produzido por Heidegger em *Ser e Tempo*.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> idem, p. 101-107.

<sup>132</sup> Idem p. 163.

<sup>133</sup> STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 19.

Com a cultura, tem-se a base para o agir comunicativo. Os indivíduos buscam ou armazenam o saber e o conhecimento para utilizá-los na comunicação e para interpretar o que está sendo afirmado, negado ou proposto. É um campo fértil de críticas, de construção, um manancial próspero para uma comunicação voltada para o entendimento e para o consenso. Mas não basta somente um campo de cultura de palavras, de ações, de proposições, de entendimento e de consenso. Interligado deve estar o mundo social que propiciará um aumento das condições de comunicação.

Assim o indivíduo pode, por meio da cultura, estudar as sociedades e extrair dados importantes para contribuir no aprimoramento do agir comunicativo, com palavras reinterpretadas, com novos conceitos extraídos do passado. É um horizonte em que os participantes se deslocam do presente para o passado, do presente para o presente e em muitos casos modificando o futuro ou mantendo o presente no futuro, tudo de acordo com o interesse que o entendimento e o consenso puder proporcionar.<sup>134</sup>

### **2.1.7 A validade no Direito em Habermas**

Consoante Habermas, a busca pelo entendimento e pela conceituação das dimensões e sobre as regras do Direito desde Hobbes é vista sob a ótica das liberdades contratualistas e na propriedade, valem como protótipos para o Direito em geral. No seguimento, diz que Kant partiu do pressuposto do Direito natural subjetivo, em que o indivíduo possuía o Direito de usar a força para garantir sua liberdade e proteger sua propriedade e, num passo seguinte, o Direito positivo toma espaço e a Jurisdição toma forma, ou seja, o Estado passa a ter o monopólio do Direito, dizendo o Direito. Não poderia mais o indivíduo usar da força para repelir agressões, ou para proteger a propriedade, sem a interferência do Estado-Jurisdição, e somente por meio de ações. A normatização do Direito tinha a finalidade de validar o Direito de forma racional. A Lei passa a dirigir as vidas das pessoas com força coercitiva e não somente pela moral, como no Direito natural. O Direito não é somente Leis de coerção para tratar os indivíduos. Ele vai além: regula as liberdades e os Direitos.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 122- 123.

<sup>135</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48-49.

A validade jurídica de uma norma pode significar apenas que está garantida a legalidade do comportamento em geral, no sentido de obediência à norma, a qual pode, em certas situações, ser imposta por meio de sanções, já por outro lado, a legitimidade da regra, que torna possível a obediência à norma por respeito à Lei.<sup>136</sup>

Habermas diz que uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas garantir o reconhecimento de pessoas em seus Direitos, pelas demais pessoas, o reconhecimento recíproco dos Direitos deve apoiar-se, também, em Leis legítimas, com garantias de liberdades iguais. De tal modo, que “liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. Uma vez que as Leis morais preenchem a condição de *per se*, as regras de Direito positivo precisam ser preenchidas pelo legislador político. O processo legislativo é o lugar de integração social para se criar um sistema jurídico. Essa integração de cidadania em busca do entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. A união entre coerção fática e validade de legitimidade, se dá por um processo de legislação, em que os cidadãos devem poder participar nas condições de agentes do Direito com o fim não apenas do sucesso.<sup>137</sup>

Com o uso da linguagem orientada para o entendimento, na qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo). São pretensões de validade como um momento da facticidade social, da prática comunicativa cotidiana, mediante da qual se reproduzem formas de vida. Enquanto a coordenação da ação, e com ela o entrelaçamento de interações, transcorrer pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *medium* da integração social. Há convencimento por parte dos atores daquilo que eles querem entender, e este entendimento, para eles, é verdadeiro. O que um ator entende pode ser uma convicção e, sendo uma convicção, ele irá apoiar, não sendo, ele irá rejeitar por não acreditar como verdadeiro o enunciado. O uso do argumento mais racional, mais convincente, será o vencedor.<sup>138</sup>

Existe uma troca discursiva nas quais atores lançam mão de argumentos que resgatam pretensões de validades criticáveis, com argumentos racionais motivadores, com relação interna, com a dimensão do significado e da validade de expressões gramaticais. E tanto se pode chegar a fortalecer ou enfraquecer os discursos. Esta relação faz parte da

---

<sup>136</sup> idem p. 52.

<sup>137</sup> Idem p. 52-53.

<sup>138</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 56.

sociedade e os indivíduos, com argumentos verdadeiros ou mais sedutores, fazem com que a sociedade os aceite e utilize, ou os negue e os inutilize.<sup>139</sup>

### 2.1.8 Normas *versus* valores

A discussão a respeito se normas podem ser valoradas ou se normas são um dever-ser é outro ponto que Habermas trabalha. Diz ele que as normas não podem ser vistas valorativamente. Normas têm poder de coerção para todos indistintamente. Estas têm de ser vistas deontologicamente, enquanto que valores, teleologicamente. Há uma ponderação, uma escolha como aplicar a norma. Busca-se um fim. O aplicador do Direito, ao interpretar uma norma, fica adstrito ao seu comando, devendo tão somente analisar se a norma é constitucional, ou seja, se preenche os procedimentos legislativos, e em os preenchendo, deve aplicá-las de forma igualitária. Já numa aplicação de valores isto não acontece: em determinada situação pode ser de uma forma e, em outra, pode ser, de uma aplicação alternativa, não havendo simetria nos julgamentos. Em que o Direito não pode ser assimilado a valores<sup>140</sup>. Nas palavras do filósofo:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores dever ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, pode ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> idem p.57.

<sup>140</sup> idem, p. 316.

<sup>141</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316.

A visão deontológica pressupõe uma visão de normas no sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal. Assim, quando uma norma é criada, tem que se ter em mente que o comando deverá estar centrado numa ordem boa e justa, e que atinja a toda a sociedade, sem condições de escolha ou valoração no momento de aplicá-la, ou seja, um agir obrigatório. Não cabe ao Juiz o poder de apreciar ou pesar mais ou menos, cabe a ele aplicar ou não aplicar a norma. Não há meio termo ou outra decisão. É o sim ou o não, é uma codificação binária. Nesta posição, o indivíduo decide o que deve ser feito em cima das normas que regem o sistema jurídico. O Juiz, ao aplicar as normas, deve ter em mente se a norma é válida, se ela passou pelo crivo dos procedimentos constitucionais. Passando por esta análise, cabe o passo seguinte, que é ver se a norma é boa para toda a sociedade.

Na visão teleológica, o Juiz pode apreciar os bens postos a ser decididos. Ele escolhe o que melhor lhe convém. É uma codificação gradual. Deixa-se de pensar no todo, e se parte para a individualidade ou para um grupo pequeno. Aqui o indivíduo vai estudar qual o comportamento, qual a posição a ser tomada, qual a mais recomendada. Pode-se ter mais de um comportamento ou todos serem legais, ao passo que, com normas, é ou não é.<sup>142</sup>

Normas válidas obrigam os destinatários, em igual medida e sem exceções, a comportamentos que preencham expectativas generalizadas. Com as normas se pode dizer “sim” ou “não”, ou se abster do juízo. As normas têm obrigação incondicional e universal com pretensão de ser bom para todos. Normas diferentes não podem contradizer umas às outras caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários. Os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente, ou seja, valores expressam preferências dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, com um agir direcionado a um fim.<sup>143</sup>

O que se pode dizer, na linha de Habermas, é que o Juiz deve examinar os conteúdos das normas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo Legislativo democrático. Lembre-se de que, segundo Habermas, a Jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da Lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público.<sup>144</sup> O Juiz

---

<sup>142</sup> Idem p. 317.

<sup>143</sup> LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80-81.

<sup>144</sup> Quanto ao debate popular propugnado por Habermas pode-se falar na Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e a da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no seu art. 7.º, §2º, que o relator, considerando a matéria e a

deveria estar atento, portanto, ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate.<sup>145</sup>

### 2.1.9 A Deontologia de caráter universalista na aplicação do Direito

Consoante ensinamento de Souza Cruz, a aplicação do Direito na teoria procedimentalista não admite que o magistrado utilize, em suas decisões, a ponderação de valores. Não pode o magistrado, assim, utilizar o princípio da razoabilidade e, dentro disso, escolher o que melhor lhe aprouver, numa gama de possibilidades.<sup>146</sup>

O parâmetro utilizado pelo procedimentalismo é o de que as normas possuem um sentido deontológico. As normas válidas obrigam as pessoas de forma igualitária, ou seja, as normas são binárias, válidas ou inválidas. Pode-se dizer sim ou não. A ação é boa para todas as pessoas que participam daquele meio social em que vigem as normas. Muito embora se reconheça que os princípios tenham valores inerentes ao ser humano, devem-se rechaçar os princípios como valores. Princípios são princípios e não podem ser vistos como valores. O Judiciário não pode aplicar o Direito com suporte em valores.<sup>147</sup>

Ao invés de examinar se os princípios violam os Direitos fundamentais, o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômico-financeira do Estado. O Poder Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com sua decisão, mesmo que “alguns” Direitos fundamentais sejam violados.

Esta atitude por parte das Cortes Constitucionais é adjetivada como postura “responsável”, ou seja, o Judiciário não “quebrou o Estado”, não fez a “inflação explodir”. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparar os erros do Executivo e do Legislativo.<sup>148</sup>

---

representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, aceitar que outros órgãos ou entidade se manifeste sobre a demanda. Esta norma permite que um terceiro, denominado de *amicus curiae*, manifestem-se sob o pressuposto de ter representatividade e interesse objetivo na controvérsia. Esta intervenção tem por finalidade a de propiciar a ouvida de setores da sociedade sobre assuntos que digam respeito constitucionalmente, dando legitimação social dessas decisões da Suprema Corte. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 459- 460.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 459.

<sup>146</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149-154.

<sup>147</sup> Idem p. 149-154.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316.

<sup>148</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.155.

A busca pelo bem maior não pode ser visto individualmente, mas, sim, coletivamente. O Estado está para servir a coletividade e, em certas situações, não é possível exigir um sacrifício do Estado em detrimento do direito fundamental individual.

O direito racionalmente, na visão procedimentalista de Habermas, tem de ser visto como institucionalização jurídica das formas de comunicação e de justificação, necessárias aos discursos de fundamentação e de aplicação. O direito tem de interagir com os demais sistemas sociais. Tem de estar interligado com a política, proporcionando os meios democráticos para se ter uma política deliberativa da vida da sociedade, discutindo-se as necessidades e as prioridades da população.

Com a passagem dos Estados liberais para o Estado social, e depois para o Estado Democrático de Direito, cria-se um novo perfil estatal. Com o crescimento e com a mudança qualitativa das tarefas do Estado, as necessidades de legitimação vão se modificando. O direito passou a um novo *status*: o de regulador político e social. Cria-se um novo e maior compromisso com políticas públicas, ficando o Estado com dificuldades em legitimar e organizar esta nova estrutura. Um número maior de programas políticos pode acabar por sobrecarregar o *medium* do direito, e isto pode ocorrer nos processos políticos, ferindo as condições procedimentais de normatizações legítimas.<sup>149</sup>

O paradigma jurídico procedimentalista, como qualquer outro, necessita de elementos normativos e descritivos para guiar ações voltadas para uma determinada sociedade. Já a teoria da sociedade, com base na comunicação, entende o sistema político estruturado conforme o Estado de Direito como um sistema de ação. A teoria do Direito num Estado Democrático de Direito tem por norte o discurso que tem por objetivo a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais para formar opinião e vontade na sociedade, com o fim de criar e legitimar o direito.<sup>150</sup>

A preocupação da teoria procedimentalista do direito é a de proteger as condições do procedimento democrático. Busca também, a participação dos cidadãos nos discursos políticos com o fim de articular e fazer valer interesses, bem como na formação e na luta em busca de igualdades para casos iguais e a defesa de tratamento diferenciados para casos diferentes. A atuação das decisões é importante para gerar e garantir a igualdade, não somente formal como também, material e procedimental. Os discursos de aplicação não podem valer

---

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 171.

<sup>150</sup> idem p.181-182.

por si só; precisam de apoio, de complementos, de elementos dos discursos de fundamentação e de justificações perante um fórum judiciário crítico.<sup>151</sup>

Quando um grupo de pessoas de uma dada sociedade sofre diferenciação social e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência destes grupos virtualmente ameaçados, seriam necessárias medidas capacitantes para formar indivíduos em condições de inserção no processo decisório do Estado. Ainda que haja associações ou entidades bem organizadas e estruturadas, intelectual e financeiramente, para impor seus interesses em detrimento do resto da sociedade, o Estado tem de estar preparado para atuar e, se necessário, impor medidas para equalizar os direitos.<sup>152</sup>

A esfera pública tem grande influência nestes casos, como uma antessala do complexo parlamentar, exercendo influência nos argumentos normativos, por canais de eleições e ou de formas de opinião pública, convertendo-se em poder comunicativo, com duplo efeito: autorização para o legislador e legitimação sobre a administração reguladora.<sup>153</sup> Por derradeiro, cabe deixar registrado o entendimento das finalidades da teoria procedimentalista:

Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do Direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do Direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente o paradigma procedimental do Direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o Direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa a doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam de algum modo é à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do Direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de Direito conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas, num processo intersubjetivo. Contudo, esta ideia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> idem p. 182-187.

<sup>152</sup> Idem p. 181-187.

<sup>153</sup> Idem p. 181-187.

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190.



A partir destas explicações, pode-se avançar, para poder chegar no princípio da soberania popular, que pode ser entendido proceduralmente como a exigência de que a legislação expresse a vontade da totalidade dos cidadãos, fazendo com que não sejam mais meros destinatários do Direito para se tornarem co-autores, numa verdadeira cidadania ativa. O cidadão, por meio de uma noção de moralidade pós-convencional e de universalidade normativa, sente-se um verdadeiro participante na construção do ordenamento jurídico, mediante procedimentos de criação e de aplicação normativa, com racionalidade argumentativa, que dá condições de todos se sentirem verdadeiros autores do ordenamento jurídico, e não como meros destinatários deste, havendo uma participação ativa, atuante como promovedores e receptores deste ordenamento jurídico.<sup>155</sup>

Habermas considera os direitos fundamentais como universais, pois acredita que estes Direitos passam pela análise da reciprocidade, que se dá pela aplicação do princípio da moralidade, da seguinte forma:

Primeiro: direito de as pessoas serem tratadas como iguais perante a lei, ou seja, o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, como o direito à liberdade, à dignidade, ao trabalho, à propriedade, à intimidade, entre outros.

Segundo: direitos ligados ao *status* de um indivíduo, membro de uma associação voluntária de direito, em que se pode encontrar a proibição de extradição, os direitos de asilo, os políticos, sociais e coletivos.

Terceiro: o direito de postular em juízo a sustentação de uma Justiça justa e imparcial nos seus julgamentos, por meio do poder coercitivo do Estado. Como exemplo, é possível citar a irretroatividade da Lei, o *bis in idem* penal, por fim, a independência do Judiciário e do Ministério Público.

Quarto: o direito de participar no processo de formação da opinião e da vontade das normas. Neste ponto é que Habermas vê uma nova Democracia como uma cidadania ativa.

Quinto: o direito às condições de vida, social, técnica e ecologicamente, relacionados aos direitos difusos, como o direito ao meio-ambiente, ao Biodireito.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.173-177.

<sup>156</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 180-181.

Todos estes direitos fundamentais estão calcados num paradigma discursivo, em que o cidadão atua como ator ou co-autor, juntamente com o Legislativo, fazendo com que a sua participação não seja de adesão, mas participativa e atuante, mediante discussões. Com o ordenamento jurídico concluído, o cidadão busca que este seja bem aplicado, cumprindo os procedimentos constitucionais e infraconstitucionais, e buscando pela resposta ou decisão correta aos casos concretos, em que:

O conteúdo da tensão entre legitimidade e a positividade do Direito é controlada na Jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, constante. A mesma tensão se renova, porém, no próprio nível pragmático da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática. Em compensação, o Direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da Jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componentes de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica argumentação. O Direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação.<sup>157</sup>

As decisões imparciais estão calcadas nos discursos de aplicação que pressupõem ações estratégicas e comunicacionais. A argumentação será normativa, e não moral, pois a moral se coaduna com as comunicações entre falantes, uma vez que os discursos de aplicação podem ser entendidos como discursos da Jurisdição e os de fundamentação, como da Legislatura.<sup>158</sup>

O agir comunicativo, no discurso de fundamentação, tem por fim levar a racionalidade e a legitimação da normatização jurídica entre os participantes. Não obstante, esta legitimidade pode sofrer arranhões ou até mesmo distorções quando o poder paralelo do dinheiro e dos interesses de lobistas interfere nas decisões, e a consequente desvirtuação do ordenamento jurídico leva à ilegitimidade.

---

<sup>157</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 292.

<sup>158</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.198.

Nos discursos de aplicação inerentes ao Poder Judiciário, é possível analisar se os argumentos que foram utilizados nos discursos de fundamentação foram adequados para formular a Lei, ou seja, se não foram desvirtuados pelo poder paralelo,<sup>159</sup> o que poderá ser analisado é se a norma é legal e válida ou se ela foi feita com vícios, logo legal, mas, inválida, o que acarretará o reconhecimento, por parte do Juiz da inconstitucionalidade da Lei ou norma no caso concreto.<sup>160</sup>

A Jurisdição, na visão procedimentalista enfrenta todos os temas inerentes ao mundo da vida, dando resposta adequada. São examinadas as questões com a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto, sem ponderações de valores. No caso de controle de constitucionalidade das leis, haverá uma interpretação no sentido de o Judiciário não aplicar a norma ordinária, para aplicar diretamente a norma constitucional ao caso concreto. Para a aplicação do controle da constitucionalidade, esta se justificará com a aplicação do princípio do discurso, sendo que o princípio da moralidade irá se manifestar com maior rigor do que nos discursos de fundamentação:

Em outras palavras, a Jurisdição afasta a norma pelo fato de a mesma ter se pautado por argumentos pragmáticos ético-políticos não devidamente depurados pelo “princípio da democracia”, ou seja, pela ilegitimidade de norma jurídica, seja pelo desacato aos Direitos fundamentais, seja pela violação do Código Binário do Direito.<sup>161</sup>

A defesa pela observância da tripartição dos poderes em Habermas é explicitada quando o filósofo enfoca o discurso de fundamentação, que será exercido pelo Legislativo. Não obstante, se o Executivo tomar frente no processo Legislativo, deverão ser mantidos integralmente os elementos do discurso de fundamentação.

Os discursos de aplicação, inerentes ao Judiciário, poderão, em certas condições, ser utilizados por outro Poder, como no caso de o Senado julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República. O Senado neste caso passa a ser um órgão julgador. A divisão de poderes é pautada na teoria discursiva democrática de Direito, em que vários tipos ou formas

---

<sup>159</sup> Lobistas, empresários, associações e demais interesses pontuais de um grupo restrito.

<sup>160</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.201-204.

<sup>161</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.200-201.

de comunicação poderão ser utilizadas para alcançar os objetivos do consenso ou de deliberação nas negociações, harmonizando preferências concorrentes e fixando a identidade de uma sociedade.<sup>162</sup>

O discurso de aplicação tem o poder de rever, de interpretar, de reexaminar os argumentos utilizados nos discursos de fundamentação, em busca da norma adequada, com o fim de descortinar a validade ou invalidade da norma, por meio do controle de constitucionalidade das normas. Há distinção entre os discursos de aplicação perante o Judiciário e a Administração, podendo os órgãos da administração se recusar ao cumprimento de alguma norma que julgue inconstitucional. Por sua vez o Judiciário, ao examinar uma norma, julga o caso concreto, que no seu entender é a forma de se concretizar a verdadeira cidadania ativa, a busca da democracia e o respeito pelos Direitos fundamentais.

Quando se trata do controle, haverá discursos argumentativos que não podem ser utilizados nos discursos de fundamentação, tendo em vista que os discursos de fundamentação não têm condições de antecipar ou prever as mais variadas circunstâncias que poderão advir. Mas, esta situação poderá ajudar o legislador a se utilizar destes argumentos para poder criar um novo discurso de fundamentação.<sup>163</sup>

O projeto de Habermas, diz Souza Cruz, se afasta tanto do passivismo formalista quanto do ativismo comunitarista, exigindo do operador do Direito uma postura interpretativa construtivista e reflexiva, de tal forma a vislumbrar as possibilidades sintáticas, semânticas e pragmáticas do texto/contexto, checando sempre seus limites, para que sua atividade não desemboque em puro arbítrio, seja por uma omissão, seja por um excesso/desvio dos limites da Jurisdição.<sup>164</sup>

Visto, ainda que sinteticamente, o paradigma procedimentalista Habermasiano, abordar-se-á os traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, a partir de Hans-Georg Gadamer, de sua importância para a interpretação do Direito, bem como a Nova Crítica do Direito, cunhada originalmente por Lenio Luiz Streck, bem como a ideia de Integridade do Direito de Ronald Dworkin.

---

<sup>162</sup> idem p. 203.

<sup>163</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 204-206.

<sup>164</sup> Idem p. 209.

## 2.2 A Hermenêutica das tradições em Hans-Georg Gadamer

Foram vistos, de forma sucinta, os Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Na sequência, foram abordados alguns aspectos do procedimentalismo de Habermas, com a intenção de se ter uma panorâmica da Teoria da Ação Comunicativa e sua aplicação no Direito, em especial nos Juizados Especiais.

Neste capítulo, buscar-se-á abordar a hermenêutica filosófica gadameriana no sentido de verificar se é um método de estudo ou a condição de possibilidade para a compreensão-interpretação-aplicação. Procurar-se-á ter uma noção de como se pode compreender, interpretar e aplicar o conteúdo dos textos que estão fora de nosso horizonte temporal, de forma conjunta, e não de forma estanque como se pensa: primeiro, um interpretar, depois compreender, e, por fim, aplicar, ou seja, o que ser quer é um compreender, um interpretar e um aplicar juntos, num mesmo ato. A busca de textos de épocas diferentes, com palavras e suas significantes descontextualizadas de nossa época, é necessária para a fusão de horizontes e para se chegar a compreensão.

Para Gadamer, como primeiro obstáculo, ao se deparar com um texto, o intérprete se detém na história do problema ou na gênese das questões, tornando imprescindíveis interpretações filosóficas, com o fim de se descobrir a linha argumentativa adotada no texto<sup>165</sup>.

Ao intérprete cabe um trabalho exegético, de forma detalhada, pautado em três caminhos: primeiramente, deve-se ampliar o horizonte fenomenológico que a hermenêutica tem realizado; em seguida, a busca de uma racionalidade dialógica-experiencial e, por último, a indicação de duas atitudes básicas, definidoras do modo de filosofar gadameriano: a explicitação de uma expressa vontade de responsabilidade e a exigência de um contínuo auto-conhecimento histórico.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> GADAMER, Hans-Georg. **El Problema de la Conciencia Histórica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 23.

<sup>166</sup> GADAMER, Hans-Georg. **El Problema de la Conciencia Histórica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 23-24.

A consciência histórica é o privilégio do homem moderno de ter uma plena consciência da historicidade de todo o presente e da relatividade de todas as opiniões.<sup>167</sup> A consciência ou a tomada de consciência adquiriu suma importância com a chegada da época moderna, com as grandes transformações espirituais do nosso momento, com seus efeitos não só nos modos de conhecimento, como também nos modos de trabalhar e esperar. O modo de vida não permite mais que se fique tranquilo dentro dos limites de uma tradição exclusiva. É necessária a compreensão da própria perspectiva, a partir da perspectiva do outro.<sup>168</sup>

O momento histórico não pode ser visto apenas desde a provisoriedade que o determina, mas desde o sentido interno que lhe dá a historicidade que o constitui. É necessária a historicidade do conhecimento, a estrutura com as funções de um sentido histórico que pode estar aparentemente desaparecendo da reflexão que se realiza com as pluralidades de enfoques e com a dispersão de saberes, sendo preciso, também, uma reflexão disciplinada, pouco condescendente com os dogmatismos e intransigente com a falta de informação histórica.<sup>169</sup>

A ampliação do horizonte histórico e o reforço de sua vontade faz com que a passagem hermenêutica da fenomenologia não seja uma pragmatização de ela mesma, que se dá pela abertura teleológica de todo o presente, ou pela continuidade histórico-vivencial. Por sua vez, a historicidade e a auto-afirmação pedem uma fundamentação anterior à psicológica, uma lógica anterior às ciências, tanto quanto nas disciplinas metódicas.<sup>170</sup>

Para se compreender a historicidade, é necessário ver a unidade primitiva e originária que vincula o ôntico ao histórico, o natural ao espiritual, o causal-natural ao motivacional histórico. Por fim, a historicidade absoluta ou hermenêutica da faticidade, que pode ser entendida como enraizamento e mediação contínua, uma referência inquestionável em todo o plano histórico da liberdade e singularidade humana. Seu poder-ser é, sempre-foi, não podendo haver perspectivas sem experiências, nem mesmo prospectivas sem retrospectivas. Havia a necessidade de ser pensado ser e tempo de forma conjunta, a tematização de nossa consciência histórica como limitação e condicionalidade que há pouco fazia a ameaça mortal do relativismo. A historicidade traz a possibilidade mútua de uma relação entre o conhecedor e o conhecido.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> idem p. 25.

<sup>168</sup> idem p. 25.

<sup>169</sup> Idem p. 25.

<sup>170</sup> Idem p. 26.

<sup>171</sup> GADAMER, Hans-Georg **El Problema de la Conciencia Histórica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 26-28.

Ao vincular faticidade ao conceito de historicidade absoluta, tem-se um novo horizonte para se entender a compreensão, não como ciência do espírito por contraposição às ciências da natureza, mas como ser básico, radical, originário e prático do existir humano no mundo histórico. Dessa forma, temos uma transformação interna da fenomenologia em hermenêutica, em que a hermenêutica pertence à história, de forma que atua como contra-conceito da liberdade incondicionada, em que, a experiência é sempre reflexiva e o compreender não pode ser visto como mera possibilidade pura ou vontade vazia, mas tem uma fala de forma histórica mediada.<sup>172</sup>

A intencionalidade da vida universal pode e deve ser compreendida por meio das ciências naturais e das ciências humanas, em que o compreender e a forma original de realização do ser humano, tanto quanto o ser no mundo, constituem aquele saber-ser e a possibilidade. Ao compreender um texto, não se deve projetar unicamente o esforço da compreensão de um significado, mas, pela compreensão adquire-se uma liberdade de espírito inédita, o que pode implicar várias novas possibilidades, como, exemplo: ao interpretar um texto, ver ou analisar as relações escondidas que esse texto tem, extrair conclusões, enfim, mais precisamente aquilo que queremos dizer falando da compreensão ou do conhecimento de um texto.<sup>173</sup>

Isso não quer dizer que o mundo do conhecedor e o do conhecido tenha de ser homogêneo, e que o método das ciências humanas se fundamente nesta homogeneidade, o que faria do histórico uma psicologia. A ligação do conhecedor e do conhecido, a afinidade que os liga, fundamenta-se, no/ou, sobre seu modo de ser, ou seja, nem o conhecedor nem o conhecido são ontológica e simplesmente subsistentes, mas históricos, ou que possuem o modo de ser da historicidade. O exercício de libertação da tradição necessita se distanciar do passado e, ao mesmo tempo, fazer a compreensão deste passado, já que seres históricos somos ao interpelar uma cultura da tradição no sentido literal da palavra, um desamarrear e um continuar daquilo que reconhecemos como sendo o lugar concreto entre todos nós.<sup>174</sup>

Deve-se ter a capacidade em dosar com equilíbrio a contraposição entre as ideias do texto com as próprias do intérprete, a fim de não se perder o juízo crítico sobre o texto que se analisa, com o cuidado de não tornar a Leitura uma forma que canse ou que fique sem atrativo. Merece, pois, ser incompreendida. O segredo resulta na necessidade de estancar as

---

<sup>172</sup> Idem p. 28.

<sup>173</sup> Idem p. 71-74.

<sup>174</sup> Idem p. 75-78.

opiniões prévias e preconceitos do hermeneuta das informações que percebe do texto, possibilitando o confronto de ideias e a tomada de conclusões, tornando o processo científico da compreensão algo profícuo.<sup>175</sup>

A compreensão que se tem do texto interpretado deve defluir das próprias ideias do autor, e não dos conhecimentos, preconceitos e experiências do leitor, porquanto estes, quando não percebidos, tornam deturpado o processo de interpretação hermenêutica. O preconceito significa possuir um juízo já formado ou quase formado antes da prova de todos os enfoques que a matéria pode ter, antes de se confrontar e interpretar o todo. Juridicamente falando, o preconceito tem o significado de um juízo de valor formado antes da sentença definitiva, levando em conta que quem litiga num processo judicial pode levar desvantagem, pois pode ser prejudicado pelas ideias do julgador, mais ainda, num sistema de aplicação do Direito que se baseia no “livre convencimento do Juiz”.

Sendo assim, o preconceito não é carga vazia; tem um valor que pode ser positivo ou negativo, tudo de acordo com a tradição da pessoa que compreende o texto ou os fatos a serem julgados. Destaca-se que o preconceito pode ser pelo respeito humano e pelos tomados por precipitação, mas toda a carga é valorativa pela compreensão humana. A força da tradição não deriva de sua própria existência, mas, sim, da credibilidade que se lhe dispensa, derivando a autoridade da razão. O cuidado em saber reconhecer os preconceitos legítimos dos que remetem a erros e desacertos, que se dão pela precipitação e pela crença de que se está utilizando uma ilusão da razão imune, mas que nos induz a esses erros e equívocos.<sup>176</sup>

O outro atributo a ser verificado diz com a autoridade do intérprete, que é essencialmente um atributo de pessoas e se baseia, não na ausência de razão, mas, sim, em reconhecer a hierarquia social e que exige comportamentos adequados, reconhecendo em alguém, atributos conferidos pela sociedade. Essa pessoa possui primazia e autoridade em relação a um grupo de pessoas. A autoridade tem de ser conquistada, repousa sua premissa maior no conhecimento racional dos limites e a outrem é conferida uma perspectiva mais acertada. Autoridade não pode se resumir a dar ordens, nem em ser obedecido, de forma cega ou automática; tem a ver com conhecimento, com ato de liberdade e de razão, que faz presumir que assim o é, porque a autoridade está mais capacitada. Dessa forma, a autoridade pode ser inspecionada, conferida e tornada válida pela razão.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007, p.404-405.

<sup>176</sup> Idem p. 406-418.

<sup>177</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 418-434.



Numa autoridade que se tornou anônima com o passar dos tempos, a tradição não permanece de per si. Ela é repassada e cultivada, permanente e em incessante conservação, que pode ser caracterizada como um ato de razão. Outro ponto interessante é o de que, em tempos de muitas transformações, as tradições interagem de forma a permanecerem válidas, mesmo que misturadas com o novo. A tradição é de suma importância no momento histórico, em seu comportamento, questionando por sua relevância e produtividade hermenêutica. É o resultado de um processo plúrimo de evolução histórica, mediado pela investigação histórica com o fim de satisfazer a consciência histórica.<sup>178</sup>

O exercício da compreensão humana não é tanto de subjetividade quanto de exame do passado que passa pela tradição, A teoria hermenêutica, porém está lamentável e indevidamente reduzida à ideia de procedimento, de método.<sup>179</sup> Mas um importante exercício hermenêutico consiste em compreender o individual, a partir do todo, e também de compreender o todo a partir do individual. É uma relação essencialmente circular, segundo a qual as pessoas se determinam a partir do todo e a este determinam, conjuntamente, num processo histórico-evolutivo-circular, sem cair num círculo vicioso, mas num evoluir com novos avanços no horizonte.

Em Heidegger, ensina Gadamer, o círculo é um movimento determinado continuamente, de forma que a compreensão se encontra determinada pelo movimento da compreensão prévia da pré-compreensão, alcançando seu ápice na compreensão total. Com este retrabalhar, com esta circularidade avançou no aprendizado. Por meio da interação do movimento da tradição com o movimento do intérprete, processo de formação, ao longo de uma Leitura, de uma existência, de uma geração, a passagem de tradição que foi recebida e com os acréscimos da vivência e da experiência do intérprete é que surge a compreensão. É este evoluir que faz chegar ao conhecimento.<sup>180</sup>

O conhecimento, consoante Gadamer, é alcançado pela compreensão de uma unidade perfeita de sentido lógico. Somente um texto lógico, com coerência, pode ser compreendido. É preciso se situar no texto e no tema para, ao fim, destacar a posição trazida por seu autor, e ter a pré-compreensão do tema tratado, para poder apreender as informações e posicionamentos valorativos em seu corpo expressados pelo autor.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> Idem p. 418-434.

<sup>179</sup> Para melhor análise, vide Streck e Hommerding.

<sup>180</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 418-434.

<sup>181</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007, p.435-438.

Outro ponto a ser desvelado pelo intérprete é a dicotomia entre a familiaridade-estranheza acerca de determinado tema. A concepção histórica da tradição coloca o intérprete no tema, na necessidade de se desvincular da tradição de modo intermediário, com o fim de o procedimento da compreensão ocorrer dentro das premissas e condicionantes, e para que ocorra com eficácia, com as condições sob as quais surge a compreensão. A compreensão faz a diferença entre os preconceitos produtivos e aqueles que obstaculizam a compreensão, e isso deve ser feito concomitantemente à própria compreensão.<sup>182</sup>

O tempo, diz Gadamer, é outro fator a ser considerado, não como um abismo a separar o autor do intérprete, mas, sim, como algo que sustenta a atualidade da interpretação. A distância não é obstáculo, mas um fator em que atuam a herança histórica e a tradição a servirem como condicionantes importantes de nossa compreensão. Na proporção em que absorvemos um preconceito, retira-se a validade, pois se deixa de entender como preconceito e passa-se a fazer parte condicionante da compreensão, alterando-a. Para se perceber um preconceito numa obra, é necessário contrapor a obra com as tradições. A suspensão por completo dos próprios preconceitos é condição para uma hermenêutica suprema, que ainda deve mostrar a realidade da história, a qual é chamada de história efetual.<sup>183</sup>

A história efetual, para Gadamer, não representa nada de novo, mas se dá a contar da reflexão da própria consciência histórica. O compreender um dado fenômeno histórico, a contar da história dele, encontra-se na linha do tempo, determinando assim a situação hermenêutica como um todo. O que não se pode esquecer é a verdade deste fenômeno a cada vez que se toma o fenômeno imediato como toda a verdade. É um momento de realização da própria compreensão do intérprete, que atua na busca da pergunta correta. Devido à essência do ser histórico fica muitas vezes difícil a reflexão de forma correta, o que implica muitas vezes defeito nesta reflexão, ou seja, o ser histórico nunca se esgota no saber-se.<sup>184</sup>

A história efetual, assim, é um importante momento de realização da própria compreensão do hermeneuta, atuando de forma destacada na busca da *pergunta correta*. A reflexão da história efetual não pode ser realizada plenamente. Mas esta impossibilidade não é defeito de reflexão, pois encontra razão na essência do ser histórico que somos. Segundo Gadamer, ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Idem p.435-443.

<sup>183</sup> Idem p.444-448.

<sup>184</sup> Idem p. 451.

<sup>185</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 452-458.

O intérprete deve ter um horizonte que pode ser entendido como o alcance da visão que abrange e encerra tudo o que pode ser considerado visível a partir de determinado ponto. Em muitas situações, é necessário que o intérprete se coloque na visão de outra pessoa para poder entender, vivenciar as condicionantes de interpretação hermenêutica. Para uma melhor compreensão de uma opinião, faz-se necessária a compreensão a partir do momento em que se tornou conhecida, bem como a posição e o horizonte, sem que isto acarrete que se chegue a um entendimento com este. Desse modo, ao pensarmos historicamente, a tradição se torna compreensível em seu sentido, mesmo sem que se entenda com ela ou nela.

Um horizonte da tradição e um horizonte do intérprete, fusão de horizontes entre passado e presente, proporcionarão a compreensão dos fatos, em que os horizontes estão em constante formação e em constante transformação, a partir dos questionamentos dos próprios preconceitos. O antigo se acrescenta ao novo e dele surgem experiências novas e aperfeiçoadas, com validade total. Esse encontro com a tradição revela uma relação de tensão entre o texto e o presente. O projetar de um horizonte histórico é um dos momentos da realização da compreensão projetado sobre o horizonte compreensivo do presente.<sup>186</sup>

Após estes breves apontamentos acerca da hermenêutica filosófica gadameriana, passar-se-á a enfrentar os aspectos do “Direito como Integridade”, proposto por Ronald Dworkin.

### **2.3 A Teoria do “Direito como Integridade” de Ronald Dworkin**

Já foi visto, sinteticamente, o paradigma procedimentalista de Jürgen Habermas, cuja teoria tem por base o discurso com o fim de se alcançar o consenso para uma efetiva democracia calcada numa cidadania ativa. Procurou-se rapidamente dar alguns pontos que foram considerados importantes para uma ideia aproximada da hermenêutica filosófica de Gadamer. Neste ponto, parte-se para análise da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, que tem como ponto de estudo o seu país, os Estados Unidos da América, bem como a Grã-Bretanha, que integram o sistema da *common law*.

---

<sup>186</sup> Idem p.452-458.

Para Dworkin, há dois princípios de integridade: o princípio jurisdicional e o princípio da política:

a) o princípio Legislativo, no qual os legisladores exercem o poder legiferante dentro de uma democracia representativa, com o fim de proporcionar à sociedade políticas públicas escolhidas por esta. Com esta prática deve-se tentar tornar o conjunto de Leis moralmente coerentes.

b) De outro lado, há o princípio jurisdicional, em que a Lei é vista como coerente, no sentido de moral e de equidade.<sup>187</sup>

Dworkin, professor na Universidade de Oxford, lança críticas ao positivismo, centrando seus argumentos em seu predecessor Herbert Lionel Adolphus Hart. Os principais pontos podem ser sintetizados no entendimento do Direito com um “modelo de regras”, a que Dworkin se opõe com a diferenciação entre regras, princípios e políticas, bem como a contestação da regra de reconhecimento pelo teste de “pedigree”. O outro ponto se refere à utilização do “poder discricionário” do Juiz ao decidir os casos difíceis.<sup>188</sup>

Os princípios podem ser entendidos como suportes para uma decisão, em que outros princípios concorrem em igualdade de condições e, dentre estes, um será escolhido para fundamentar a melhor decisão, decisão deste tipo que vai de encontro ao positivismo, que, em caso de lacunas, opta pelo poder discricionário do Juiz para decidir, levando em conta suas próprias conclusões. Dessa forma, estar-se-ia a criar normas retroativas. Das críticas ao convencionalismo e ao pragmatismo, surge a criação de uma teoria da Integridade do Direito que busca respostas para os casos difíceis.

A integridade é vista como um ideal independente a ser perseguido, pois em muitos casos a equidade e a justiça podem entrar em conflito. Neste caso, havendo divergências a respeito do que se aplicar, em nome da integridade, pode se pensar que se deve sacrificar a equidade ou a justiça. Pessoas têm pensamentos e opiniões diferentes sobre questões relacionadas com a moral. Pode, em muitos casos, haver negociações e acordos para propiciar ou permitir uma representação proporcional de cada conjunto de opiniões no resultado final. Quando opiniões entram em conflito acerca da melhor justiça, devem-se trabalhar acordos para que se chegue a um termo. Estes acordos devem ser patrocinados externa e nunca internamente. É necessário se chegar a um acordo sobre qual o sistema de Justiça que é o melhor para ser adotado.

---

<sup>187</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.213.

<sup>188</sup> idem p. 213.

A integridade tem de ser vista de modo coerente em relação aos princípios e aos atos do Estado, que rejeita Leis conciliatórias internas, pois são violações de um ideal de integridade. Inexiste motivo para o tratamento a algumas pessoas de modo diferente, inexistindo razões para fazer esta distinção no tratamento. Sabe-se que a justiça é o tratamento de casos semelhantes com decisões semelhantes.<sup>189</sup>

A integridade não é seguida quando uma comunidade estabelece e aplica Direitos diferentes, cada um dos quais coerentes em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de uma série coerente de diferentes princípios de Justiça, equidade ou devido processo legal. Sabe-se que a estrutura jurídica constantemente viola a integridade de maneira menos dramática. Não se pode reunir todas as regras da legislação e do Direito consuetudinário que os juízes aplicam sob um sistema de princípios único e coerente. Não obstante, aceita-se a integridade como um ideal político. Faz parte da moral política coletiva que tais soluções conciliatórias sejam equívocas, e que a comunidade como um todo, e não apenas as autoridades individualmente consideradas, devam atuar de acordo com princípios.<sup>190</sup>

A proibição das conciliações internas nos Estados Unidos é tratada na décima quarta emenda da: “igual proteção” veda a conciliação interna sobre questões de princípios importantes. A Suprema Corte tem a preocupação em preservar a integridade ao se manifestar contrária a Leis estaduais que tratem de Direitos fundamentais em que há preservação para alguns e negação para outros. O Direito à igualdade perante a Lei ou a igualdade formal, no início, pode até parecer ou proporcionar pouca proteção, mas não obstante, é fundamental para que qualquer cidadão possa se beneficiar utilizando-se dos Direitos constitucionais e para que se compreenda a aplicação do Direito como integridade e como coerência lógica elementar, não somente com relação às regras, mas também às teorias de equidade e Justiça.<sup>191</sup>

As vantagens que uma sociedade tem em se utilizar da Teoria da Integridade podem ser traduzidas como uma virtude política, pois transformam a sociedade em uma comunidade com autoridade moral, que comandará com força coercitiva para conciliar e dirigir a vida dos cidadãos, de modo a lhes proporcionar uma vida digna, calcada num Direito com igualdades formais, com parcialidade, sem fraudes e outros modos ou faces de corrupção oficial, que desvirtualizam o processo democrático representativo.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214-223.

<sup>190</sup> Idem p. 223-224.

<sup>191</sup> Idem p. 224.

<sup>192</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.228.

A integridade também contribui para a eficiência do Direito no sentido que já se assinalou aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, assim, não haverá necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.<sup>193</sup>

A integridade proporciona aos cidadãos a aceitação de exigências que lhes são formuladas, mas, em contrapartida, faz com que os outros também aceitem que se façam exigências no que se refere ao compartilhamento e à ampliação da dimensão moral ou a qualquer decisão política explícita. É a união da vida moral com a vida política. Isso leva os cidadãos a refletir acerca do modo adequado de tratar seu próximo quando houver conflito de interesses, propiciando a interpretação da organização da Justiça, à qual estão comprometidos em face da cidadania.<sup>194</sup>

A integridade é uma forma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um Juiz a ser mais abrangente e mais imaginativo na busca da coerência com o princípio fundamental.<sup>195</sup>

O Direito como integridade necessita que os juízes vejam o Direito como um conjunto de princípios em que há Justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo. O Juiz, ao analisar o caso, deve levar em conta estes princípios e, ainda, a situação de cada pessoa para que a decisão seja justa e equitativa, de acordo com as mesmas normas. Estas decisões fazem com que se crie uma comunidade de princípios, mas estes não engessam as decisões, fazendo com que cidadãos sejam governados pelos mesmos objetivos e pelas mesmas estratégias políticas em todas as ocasiões.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Idem p. 229.

<sup>194</sup> Idem p. 230.

<sup>195</sup> Idem p. 265.

<sup>196</sup> Idem p. 291.

### 2.3.1 A interpretação das Leis na visão de Dworkin

Dworkin fala da interpretação conversacional de uma Lei, para isso deve entabular uma conversa com um amigo (imaginário), que por sua vez, depende do ponto de vista da “intenção do locutor”<sup>197</sup> que trabalha a legislação como sendo uma ocasião ou um exemplo de comunicação. O Juiz volta-se para o passado ou para a história legislativa toda vez que uma Lei for obscura ou que não traduza clareza no momento de interpretá-la. Nesse passo, o Juiz deve fazer um exercício em buscar conhecer ou reconhecer a “vontade”<sup>198</sup> do legislador ou dos legisladores que comunicaram ao emitirem seus votos, aprovando a Lei.

Dworkin propõe um modo de saber o que o legislador quis dizer com determinada Lei, que é o modo conversacional que se pode instituir com um amigo imaginário, ao não entendermos alguma coisa. Pergunta-se: “o que ele quis dizer com isso?” Ao tentar responder a esta pergunta, deve-se fazer um exercício de busca de entendimento de seu estado de espírito no momento em que ele se manifestou acerca daquela Lei, o que ele quis dizer, qual o modo como se manifestou e qual a ideia que quis deixar. Embora a interpretação de uma Lei ambígua possa refletir ideias ou motivações ambíguas por parte do legislador, deixando ao Juiz a interpretação ambígua, esse exercício pode dar poderes para um Juiz que tenha grande capacidade de imaginação<sup>199</sup>.

A dificuldade em saber o que o legislador pensou ou quis dizer a respeito de uma Lei feita, em muitos casos, há mais de cinquenta anos é, por demais, difícil. Esse exercício requer pesquisa nos anais da casa que aprovou a Lei. Requer, também, que se saiba qual a vontade dos deputados que votaram favoravelmente. E os que votaram contra? Qual a vontade do legislador, quando foram feitas as emendas? Qual a vontade do presidente ao sancionar a Lei?

---

<sup>197</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 379.

<sup>198</sup> Esta vontade por ser lida como o “espírito do legislador”, como se pudesse haver esta situação.

----- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 379.

----- Streck fala na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma (sic). Aliás de que “legislador” falam os comentadores? STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.86.

<sup>199</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 379.

Qual foi a ação dos lobistas, de associações de classe, das empresas e dos grandes conglomerados que ajudaram ou interferiram na confecção da Lei? Esse exercício seria melhor desempenhado, se tivéssemos uma máquina do tempo para transportar o intérprete para poder falar com os legisladores, a fim de se obterem as informações pertinentes ao caso.

O trabalho de interpretar uma Lei, pensando no espírito dela e da vontade do legislador, tem a ver também com a história do intérprete, seu modo de vida, suas crenças, sua religião, seu posicionamento político, enfim, uma gama de situações vividas por essa pessoa que, com o trabalho de interpretação, passará a dimensionar os conhecimentos com a Lei em questão. Assim, passará a acreditar que a melhor solução para o caso é a que ele descobriu com seu trabalho interpretativo e discricionário.<sup>200</sup>

O Direito como integridade tem outra conotação ou outra interpretação. As Leis são feitas por uma legislatura que foi eleita democraticamente para elaborar os textos daquele momento e sob os anseios daquele momento. A Lei reflete, ou deveria refletir, a vontade da maioria naquele evento histórico e deve ser interpretada de modo a buscar ou a atender ao melhor resultado.

A Lei tem sua criação de acordo com a constituição, ou seja, a constituição é o fundamento para a criação e para a elaboração do sistema infraconstitucional:

Há uma diferença muito grande entre a Constituição e as Leis comuns. A Constituição é o fundamento para a criação de outras Leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como as suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do Direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos. Na teoria constitucional, a filosofia é mais próxima da superfície do argumento e, se a teoria for boa, explicita-se nela.<sup>201</sup>

Dessa forma, os juízes têm o dever de garantir os Direitos constitucionais com a finalidade de criar ou de manter o Direito como integridade, mas garantir os ditames constitucionais deve ser olhado e assegurado no interesse dos cidadãos que os Direitos deveriam proteger.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> DWORCKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 380.

<sup>201</sup> Idem p. 454.

<sup>202</sup> Idem p. 467.



A constituição ampara o cidadão para que se tenham decisões no sentido de que o Direito seja pré-existente, o que não quer dizer que o Juiz, ao proferir sua decisão, tenha que ser mecânica e incontroversa, tal qual um programa de computador ou outro mecanismo matemático. O Juiz tem o dever de descobrir qual o Direito a ser aplicado, e não o poder discricionário de escolher ou de inventar novos Direitos retroativamente. Pode-se chegar a ter mais de uma solução para o mesmo caso, mas o Juiz irá escolher a melhor solução para o caso dentro dos padrões de Justiça, de equidade e do devido processo legal adjetivo.<sup>203</sup>

Quando se decide com argumentos de política justificam-se decisões políticas, e estas têm em mente fomentar ou proteger um ou mais objetivos coletivos de uma dada comunidade. Já os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mas com outro enfoque: o de mostrar que a decisão respeita ou garante Direitos de um ou mais indivíduos ou mesmo de um grupo de indivíduos. O Judiciário não pode tomar decisões políticas, mas deve decidir com argumentos de princípios.<sup>204</sup>

O Direito como integridade proposto por Dworkin têm, como primazia, permitir e/ou promover, as melhores formas de conflitos ou de tensões substantivas dentro da melhor interpretação geral do Direito. Quando se aceita a integridade como um ideal político distinto, e se aceita os princípios de integridade na prestação jurisdicional como soberana em todo o Direito, ou seja, o tratamento de todos os cidadãos como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de Justiça, de equidade e do devido processo legal adjetivo na proporção adequada. Não se deixa de reconhecer que, em muitos casos, equidade, Justiça e o devido processo possam entrar em conflito.<sup>205</sup>

O filósofo evita a integridade apenas pela aplicação da Justiça, mas quer uma coesão entre Justiça, equidade e devido processo para se alcançar a resposta correta para o caso em discussão. A Justiça é o resultado correto do sistema político: é a distribuição correta de bens, de oportunidades e outros recursos. Já a equidade é entendida como uma questão de estrutura correta para esse sistema, é a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. Por último, o devido processo legal adjetivo fala dos procedimentos corretos para a devida aplicação de regras e de regulamentos que o sistema produziu.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127,128.

<sup>204</sup> Idem p. 129-132.

<sup>205</sup> Idem p. 482.

<sup>206</sup> Idem p. 483.

### 2.3.2 O Juiz Hércules: o mito, a metáfora e o que significa Hércules

Por fim, cabe explicar o motivo pelo qual Dworkin resolveu chamar o Juiz ideal de Hércules, podendo ser nomeado como um modelo a ser seguido ou a ser inspirado. O esquema de princípios abstratos e concretos fornece uma justificativa coerente a todos os precedentes do Direito costumeiro, bem como pelos princípios para justificar e esquematizar as disposições constitucionais e legislativas. Dentre os materiais que Hércules tem de examinar, criou ele uma ordenação vertical e uma outra horizontal. A linha vertical pode ser entendida como o mais variado estrato de autoridade, ou seja, as autoridades que decidem medidas em níveis inferiores.<sup>207</sup>

A partir desses níveis, devem ser organizadas justificações de princípios, em cada um desses níveis, fazendo com que a justificação seja consistente e de acordo com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A busca da coerência nas decisões cria um ordenamento que se integra, fazendo com que a ordenação horizontal se dê de tal forma que os princípios que justificam uma decisão em um nível deve, da mesma forma, para embasar ou para justificar outras decisões no mesmo nível.<sup>208</sup>

Esta visão exige um Juiz Hércules com poderes sobrenaturais para interpretar o Direito e aplicar as suas decisões, de forma que, se necessário, se chegue a uma decisão pautada, por este Juiz, na interpretação correta do caso, e dar a decisão final. Claro que é um exemplo demais forçoso, ou seja, a argumentação em defesa da integridade leva a esse extremo, para se fundamentar a necessidade de fazer ver que o Juiz deve se imbuir de ideais sobre-humanos para dar Justiça e equidade dentro de um processo legal às partes, levando garantias fundamentais aos cidadãos. O Juiz-modelo deve servir de matéria prima para a criação de juízes envolvidos com esse paradigma de Justiça eqüitativa.<sup>209</sup> E diz mais:

---

<sup>207</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 182.

<sup>208</sup> Idem p. 182-183.

<sup>209</sup> Idem p. 294.

Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformização fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da Justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também Justiça e equidade. Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais equitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade.<sup>210</sup>

A dissociação entre Hércules e os juízes reais acontece porque ele, Hércules, por mais idealizado que seja, não passa de um mito, pois não poderia um ser humano ter as condições especiais de interpretação das Leis para manter a Integridade do Direito. Não obstante o Juiz Hércules seja mais reflexivo, autoconsciente e metódico, o seu trabalho é muito mais rápido do que os de juízes reais, pois tem o tempo a seu favor. Pode seguir várias linhas de pensamentos, pode aceitar e testar várias hipóteses. Com relação aos casos difíceis e os casos fáceis,<sup>211</sup> o Juiz Hércules tem respostas distintas.<sup>212</sup>

Dworkin diz que Hércules é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer Juiz verdadeiro. Os juízes reais decidem os casos de maneira bem menos metódica. Hércules mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando, assim, abertas ao estudo e à crítica. Ele trabalha mais rapidamente, e seu tempo disponível é tão maior, que pode explorar múltiplos caminhos e várias ideias, que os juízes reais não podem. Ele tem tempo para testar várias hipóteses e mais abrangentes. Por sua vez, os juízes reais podem testar as hipóteses parciais.<sup>213</sup>

Hércules deve ser entendido como uma metáfora, em que Dworkin utiliza-a para poder explicar a busca pela resposta correta. Metáforas servem para explicar coisas<sup>214</sup>. O modelo do Juiz que sabe compreender e interpretar o Direito como integridade que se utiliza da fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), levando em conta as particularidades do Direito da *Common Law* e da *Civil Law*.<sup>215</sup>

---

<sup>210</sup> Idem p. 314.

<sup>211</sup> Para a solução dos casos fáceis, pode-se citar o exemplo do Estado da Califórnia, em que o limite de velocidade é de 90 quilômetros por hora, não havendo, portanto, dificuldades em aplicar a Lei. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 317.

<sup>212</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 317.

<sup>213</sup> Idem p. 316.

<sup>214</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Lumens Juris, 2008, p. 344.

<sup>215</sup> Idem p. 413.

Metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser “melhor” explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, a colocação de uma metáfora representa uma atitude metafísica, que leva o agente a compreendê-la como um ponto de partida universal. Contudo a metáfora é entendida como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados.<sup>216</sup>

Hércules foge a classificação acadêmica padrão dos juízes, pois se houvesse alguma semelhança não seria Hércules. Os juízes não conseguem ser Hércules, mas que eles devem se esforçar neste sentido. É a maneira que os juízes devem trabalhar para se aproximar deste modelo.<sup>217</sup>

O trabalho desenvolvido por Dworkin reflete a preocupação em proporcionar aos cidadãos segurança jurídica, em que todos são tratados com igualdade, com segurança, ou seja, livres de sentenças que os penalizem com Direitos retroativos. No seguimento da dissertação, analisar-se-á a Nova Crítica do Direito de Lenio Luiz Streck.

## **2.4 A Nova Crítica do Direito de Lenio Luiz Streck**

A busca pela resposta correta no Direito é um dos anseios da comunidade jurídica que estuda maneiras, modos, procedimentos que possam levar à resposta correta aos casos apresentados para decisão judicial. Dentre os defensores de respostas corretas no Direito, embora não apegado a teorias discursivas, está Lenio Luiz Streck que apresenta um ferramental para interpretação do Direito, por meio do método fenomenológico de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, onde a hermenêutica é universal, apresentando uma revisão crítica de temas transmitidos pela tradição filosófica, pela linguagem, em que se destrói e se revolve o chão linguístico da metafísica ocidental,

mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a praxis humana, como existência e faticidade, em que a linguagem – o sentido, a denotação -não é analisada num sistema fechado de referências, mas sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura não se desligar da

---

<sup>216</sup> Idem p. 345.

<sup>217</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 p. 475.

existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.<sup>218</sup>

O Estado Democrático de Direito, que é um novo paradigma, implica um novo modo de ver e de ser do Direito, que passa a ser visto como transformador num instrumento de (re)criação social. Nessa nova, visão onde Estado Democrático de Direito, o Direito não pode ser visto sob a lupa do paradigma liberal-individualista-normativista. Esta quebra de paradigma, porém, ainda não foi concluída, pois se vive na sombra de diversos paradigmas de interpretação do Direito, numa mistura de modos de reprodução de Direito.<sup>219</sup>

Para os casos simples, há respostas prontas e rápidas. Mas, quando os problemas são sociais, como falta de remédios, falta de habitação, em que se envolvem invasões de áreas rurais ou urbanas, em que se envolvem desfalques de dinheiro de bancos e de políticos, ou mesmo dinheiro público que foge das suas finalidades, a resposta não é pronta e nem rápida e, o que é pior, em muitos casos nem há resposta.<sup>220</sup>

Em meio ao jurídico, busca-se uma resposta correta e rápida para que se torne o ordenamento jurídico uma linha no horizonte, que seja confiável, que seja transformador da sociedade em busca da concretização dos ideais constitucionais. Pois, não basta ter Direitos, diretrizes, fins sociais, se a visão ainda é de uma reprodução de Direito em que a dogmática jurídica trabalha sob a perspectiva liberal-individualista.

A visão liberal-individualista-normativista não se coaduna com esse novo modelo ou novo paradigma de um Estado Democrático de Direito:

Representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao Direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os Direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os Direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a

---

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

<sup>219</sup> Idem p. 34.

<sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.<sup>221</sup>

É de lembrar que, no Estado Liberal, a predominância é do Legislativo, e predominam os Direitos negativos, ou seja, o que não é proibido é permitido. Por sua vez, no Estado Social, o Executivo é o ator principal, e, por fim, o Estado Democrático de Direito tem o Judiciário como o fundamento, ou seja, o jurídico passa a ser o ator primeiro. Streck adverte que com o advento do novo constitucionalismo do pós-guerra, abre-se um novo modelo que Cittadino chama de “comunitarismo”. As constituições “comunitárias” trazem, em seu bojo, compromissos ético-comunitários. Assim, reconstroem o Estado de Direito, buscando resgatar a força do Direito, fazendo com que a Jurisdição seja vista também como guardiã dos valores materiais positivados na carta maior.<sup>222</sup> Com fins voltados à realização dos Direitos fundamentais.

Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade, Justiça social e a garantia dos Direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a Lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico.<sup>223</sup>

A partir desse novo paradigma, o revolvimento da tradição é inexorável, e os conceitos de Direito, de constitucionalismo, de Acesso à justiça devem ser tomados em nova dimensão ou em novas formas de ver esse avanço na busca de implementação dos Direitos fundamentais. Para que estes objetivos sejam atingidos, deve-se fazer a Leitura da constituição de forma substancialista.

---

<sup>221</sup> Idem p. 37.

<sup>222</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.38.

<sup>223</sup> Idem p. 38-39.

A Constituição deve ser entendida como o marco inicial para fundamentar os Direitos e o agir político-estatal. Toda a legislação infraconstitucional, portanto, deve estar em concordância com a Constituição. Nesse caminho, o Judiciário passa a ser peça preponderante no equilíbrio entre os poderes, equilíbrio este que proporcionará que a sociedade se torne mais homogênea.

Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos Direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e em especial, a Justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à Jurisdição constitucional. O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances*, ou seja, como bem lembra Vianna, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor na sua cultura de origem e na do Ocidente.<sup>224</sup>

Na visão substancialista, o Poder Judiciário e, em especial, a Justiça Constitucional devem assumir uma postura intervencionista, bem distante da postura absenteísta que se coaduna com o modelo liberal-individualista-normativista, típica da dogmática jurídica brasileira. A intervenção proposta, porém, não pode ser entendida como “judicialização da política” e das “relações sociais” como diz Lenio:

Ou seja, como bem aduzem Viana et al, op. Cit. Se a judicialização da política 'significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a 'substituição' de um Estado benefactor por uma Justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e Direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para reconstrução do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de Acesso à justiça.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

<sup>225</sup> Idem p. 50.

O Estado Democrático de Direito não pode ser entendido como a solução para todos os problemas sociais, culturais e outros que atingem a comunidade, mas tem de ser entendido como um avanço para que os poderes possam implementar Direitos positivados na constituição e que ainda não foram implementados. O ativismo do Judiciário deve ser entendido como um garantidor desses Direitos e, em muitos casos, obrigar os demais poderes a cumprir ou implementar os programas insculpidos na Constituição.<sup>226</sup>

A atuação do Judiciário é de extrema relevância ao garantir aplicação da legislação de acordo com a constituição, atuando no controle de constitucionalidade de Leis e de normas, combatendo alterações constitucionais feitas por maiorias políticas eventuais, que retiram ou alteram Direitos ou tentam retirar Direitos conquistados pela sociedade.<sup>227</sup>

A atividade do Judiciário é a de manter o equilíbrio entre os poderes assegurando os Direitos fundamentais do cidadão, com o cuidado de não legiferar no sentido de ditar políticas públicas *lato sensu*, muito menos de exercer o papel do Executivo. Quando o Executivo ou legislativo não cumprem com os ideais constitucionais, caberá ao Judiciário intervir e garantir os Direitos dos cidadãos e/ou obrigar que estes poderes cumpram os ditames constitucionais.<sup>228</sup>

Essa nova atividade do Judiciário é por muitos criticada, entre eles, Souza Cruz, por não poderem ou não quererem aceitar esse novo paradigma, que torna atuante um poder que era considerado inerte que era tão-somente a boca da Lei (Montesquieu), bem no paradigma positivista-normativista-individualista.

Ainda está enraizada em nossa tradição a dogmática jurídica que trata o Direito como sendo não mera racionalidade instrumental, em que a reprodução inconsciente da metafísica se dá pelo sujeito-objeto. Por sua vez, o ensino jurídico é visto como um terceiro instrumento, em que a doutrina é vista em comentários resumidos de ementários de jurisprudência, sem o devido contexto, tornando-se uma doutrina dos Tribunais. Por outro lado, a hermenêutica é trabalhada em sala de aula como método tradicional de interpretação, gramática, teleológica e outros, fatiando-se o processo de interpretação, dando-se pouca importância para o Direito

---

<sup>226</sup> Idem p. 55.

<sup>227</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

<sup>228</sup> Idem p. 57.



Constitucional que é pouco estudado em comparação com outras matérias como o Direito Civil, em muitos casos estudado por mais de três anos, num curso de cinco anos.<sup>229</sup>

Esse paradigma faz parte do nosso ideário jurídico-político e, com sua tradição, é difícil de ser transposto, uma vez que, quando instituído, tinha-se em mente que o Estado liberal era o caminho para o desenvolvimento. Com o passar dos tempos e, como Streck afirma, não aconteceu o Estado Social no Brasil. Passou do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, de forma que não foi possível avançar. Isso dificulta a aceitação e a utilização deste novo paradigma, no qual a sociedade pode ser mais beneficiada com os Direitos fundamentais, individuais e sociais do que num Estado Liberal. Os políticos e juízes continuam a ver a política e o Direito normativo-individual, deixando de dar cumprimento aos preceitos básicos para uma vida digna, como saúde, moradia, função social da terra e tantas outras mazelas com que convive a maioria da sociedade.

Não basta um governo voltado para a manutenção do *status quo ante*, que defende o liberalismo mas que, ao menor problema econômico, em nome da “estabilidade”, socorre os grandes empresários e bancos, gasta bilhões em nome do “socorro da economia”. Enquanto isso, não se gasta o mínimo com educação, com saúde, com moradia ou com incentivos fiscais para que pequenos empresários possam fazer frutificar o mesmo cenário econômico com trabalho.<sup>230</sup> Nesse sentido, Streck refere que:

Cada sociedade tem um campo jurídico que a engendra. Por conseguinte, este campo jurídico, a exemplo do que Warat denomina de sentido comum teórico dos juristas, será o corpus que sustentará o modo liberal-individualista-normativista de produção do Direito, soldando as fissuras decorrentes do abismo que existe entre o discurso jurídico e a (deficitária) estrutura social. É dizer, o habitus não fica adstrito ao campo jurídico; penetra por todas as frestas do modo de produção do Direito.<sup>231</sup>

Nesse seguimento, a dogmática jurídica definir-se-á pelo processo de efetivação ou não dos Direitos, de acordo com o modelo de se produzir Direito em nossa sociedade. A

---

<sup>229</sup> Idem p. 81.

<sup>230</sup> Desvios de verbas públicas, super-faturamento, desvios em bancos e tantos outros meios e modos de enriquecimento ilícito perpetrado por nossos políticos e magistrados na administração de bens públicos. Sem falar nas penhoras, na casa em que tem tvs lcd de 42” 50” são impenhoráveis, já no barraco pode-se penhorar tv, secador de cabelo, e tudo o mais que tiver valor em nome da efetividade das sentença ou acordo perpetrados nos Juizados Especiais.

<sup>231</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 245-246.

instrumentalização ou o sustentáculo pelo campo jurídico, no meio do qual opera-se a produção, a circulação e o consumo dos discursos jurídicos, será o responsável pela articulação das instituições e das práticas na formulação das Leis, na produção de sentido desta Lei, e em seguida, pela sua aplicação diária pelos tribunais, de forma dialética.<sup>232</sup>

Romper com esses grilhões e partir para uma nova visão que tem como base a Constituição deve ser entendida como um Estado Democrático de Direito em que a sociedade fez sua escolha dentro de um processo constituinte originário, dentro de um contexto de um contrato social que cada cidadão faz para que se tenha a preservação da paz e a implementação de Direitos e deveres para todo o povo brasileiro.

Diante desse contrato, a Constituição tem, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que dará o tom de todo o ordenamento jurídico, levando-se em conta que a Constituição é a materialização da ordem político-social-econômica, com mecanismos próprios para concretizar o conjunto de objetos delineados no seu corpo deontológico. Conclui-se que não se pode fazer a mesma interpretação de uma Constituição Liberal e de uma de Estado Democrático de Direito, pois são interpretações diferentes que levarão a paraísos diferentes.<sup>233</sup>

A partir disso, Lembra Lenio Streck, há que ter claro, com Bonavides, que “princípios valem, regras vigem”; os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Não são (os princípios) apenas a Lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.<sup>234</sup>

Dessa forma, quando não se cumprem ou se violam princípios, é mais grave a violação a uma regra jurídica, uma vez que os dispositivos constitucionais são vinculativos e possuem eficácia. Aliás, Canotilho afirma que não há mais textos jurídicos ou normas programáticas. O que se pode ver é que as normas programáticas não podem ser entendidas como a doutrina tradicional entende, como simples programas, exortações morais, declarações

---

<sup>232</sup> idem p. 246.

<sup>233</sup> Idem p. 250

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 250.

ou sentenças políticas. Não há diferença entre as normas programáticas e as do restante dos preceitos constitucionais.<sup>235</sup>

O texto constitucional é dirigente e vinculativo. Assim, as normas infraconstitucionais, para terem validade, necessitam passar pela prova de constitucionalidade, ou seja, o Juiz pode e deve aplicar a Lei quando esta estiver válida de acordo com a Constituição, compatível com as normas substanciais e com os Direitos fundamentais nela esculpido.<sup>236</sup>

Tem de se ter em mente que a Constituição não pode ser vista somente como um olhar para o futuro; mas um olhar para o futuro e outro para garantir o presente. A proteção dos Direitos conquistados não pode se transformar em moeda de troca entre partidos ou ideologias políticas. Esses Direitos têm que estar acima destas barganhas.<sup>237</sup>

A busca pela resposta correta nos casos fáceis ou *easy cases* e nos casos complexos ou difíceis, os *hard cases*, pode ser entendida pela objetivação, ou seja, quando se compreende corretamente um caso difícil, este se torna “simples” e com resposta correta, pois o intérprete tem a pré-compreensão do caso: os casos são difíceis para uns e fáceis para outros.<sup>238</sup>

Necessita-se levar em conta que regras não podem ser confundidas com princípios, já que regras não existem ou subsistem autonomamente, não se sustentam em uma espécie de “suficiência ôntica”. Não há distinção lógica entre regras e princípios, pois isso levaria a uma pré-linguisticidade, tornando impossível exercícios subsuntivos-dedutivos para se tentar distinguir uma de outra.<sup>239</sup>

Nesse norte, para se buscar a resposta correta para o caso, é necessário sustentar uma justificativa que contenha a reconstrução do Direito, com coerência e integração, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições com o caso em questão, e com esta fundamentação jurídica dará a legitimação para a decisão no plano da responsabilidade política do intérprete, no modelo de um Estado Democrático de Direito. A compreensão do problema se dará com a devida interpretação e, por fim, com a sua aplicação ao Direito, tudo

---

<sup>235</sup> Idem p.251.

<sup>236</sup> Idem p.254.

<sup>237</sup> Idem p.257.

<sup>238</sup> Idem p.338.

<sup>239</sup> Idem p. 339.

num contínuo, sem interrupções. Não há fracionamento. Não há intervalos. Quando se compreende, interpreta-se e aplica-se o Direito ao caso.<sup>240</sup>

Para tal desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam 'mundos' estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (insista-se, texto é evento, texto é fato, texto não é mero enunciado lingüístico). Toda interpretação começa com um texto até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O sentido exsurgerà de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo donde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos. A compreensão tem ínsita a permanente tensão entre a coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (*Auslegung*), mas sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (*Sinngebung*). Interpretar será assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido. Interpretar é iluminar as condições sobre as quais se compreende, para usar as precisas palavras de Gadamer. E essa explicitação é o espaço 'epistemológico' da hermenêutica.<sup>241</sup>

A busca pela resposta correta em Verdade e Consenso, de Streck, tem de ser vista como uma simbiose com a teoria da integridade de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica, tendo de ser entendida abrangendo a hermenêutica filosófica como sendo uma metáfora. E toda metáfora, como afirma Streck, tem por objetivo demonstrar ou explicar coisas. É preciso lembrar que a verdade não é algo definitivo/estaque, mas obedecer a coerência e a Integridade do Direito, a partir de uma adequada suspensão de prejuízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do Direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.<sup>242</sup>

É no círculo hermenêutico, que se podem distinguir os pré-juízos verdadeiros e pré-juízos falsos. É necessário o retorno contínuo da compreensão pela pré-compreensão, que traz a sua condição de possibilidade. O intérprete coloca em discussão seus juízos que tinha antes de se confrontar com a coisa. Precisa-se compreender a coisa para depois interpretá-la, ou seja:

---

<sup>240</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 344.

<sup>241</sup> Idem p. 344.

<sup>242</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 344.

A resposta correta é, ao mesmo tempo, produto e produtor; é a síntese hermenêutica da *sache selbst*, em que ocorre a fusão de horizontes (de onde surge algo que antes não havia). É onde se encontram integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução lingüística a partir do texto constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista (*plus* normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia e que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos; por isso, o intérprete não 'dispõe' dos sentidos (essa questão talvez seja a mais difícil para o intérprete do Direito, formado em uma tradição filosófica de raiz solipsista).<sup>243</sup>

Há que destacar que o compreender não passa pelo processo reprodutivo, mas sim, é produtivo. Ao interpretar um texto, o intérprete compreende e interpreta, ao aplicar, está produzindo sentido à coisa. É a explicitação de possibilidades de aplicação correta do texto compreendido, e portanto

essa explicitação é o espaço 'epistemológico' da hermenêutica. Explicita-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constitucional agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc.) faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (Juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.<sup>244</sup>

Por fim, Streck, alerta que não se pode confundir a hermenêutica com a Teoria da Argumentação Jurídica. A “ponderação”, que é feita em etapas ou não, pode ser compreendida como uma “atividade hermenêutica”, uma vez que o círculo hermenêutico supera a visão interpretativa do sujeito-objeto, não aceita a subsunção ou dedução.<sup>245</sup>

A constituição e as Leis são constituídas de plurivocidades sígnicas, ou seja, textos “abertos”, palavras vagas e ambíguas. A postura positivista diz que há várias interpretações,

---

<sup>243</sup> Idem p. 353-354.

<sup>244</sup> Idem p. 355.

<sup>245</sup> Idem p. 368-369.

com múltiplas respostas, em que predomina a discricionarietà, incompatível com a postura hermenêutica filosófica.<sup>246</sup>

A hermenêutica filosófica de Gadamer não se presta ao positivismo discricionário-arbitrário-interpretativo. Isso porque, na hermenêutica filosófica, não há mais a análise do sujeito-objeto, ou seja, deixa-se de pensar em subjetivismos/axiologismos, bem como em objetivismos. Dessa forma, não se pode mais falar em subsunção ou dedução e dualismos (cisões) entre regras e princípios, como acontece, por exemplo, na distinção “casos fáceis e difíceis”.<sup>247</sup>

Quando se fala que interpretar é aplicar e confrontar o texto com a realidade, não se quer dizer que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só, ou que possam ser apreensíveis separadamente. Não se pode admitir que se possam acoplar textos jurídicos a fatos. Texto e norma devem ser compreendidos no sentido de que norma é o texto em forma de enunciados, e o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, aquilo que se diz sobre ele. Texto e norma não são a mesma coisa, mas não implica afirmar que estejam separados/cindidos ou que o texto contenha a norma (súmulas, verbetes). A diferença é ontológica.<sup>248</sup>

Ao se afirmar que o texto jurídico é a ponta do “iceberg” e que cabe ao intérprete trazer à luz o que está submerso, estar-se-ia dando valor para a discricionarietà para decisionismo do positivismo. Ao se fundamentar decisões com pareceres, com acórdãos, com ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos, aponta-se para a interpretação positivista jurídica, ocultando ou desprezando a singularidade dos casos concretos. Dessa forma, a reprodução de ementas e verbetes sem contexto acaba por enfraquecer a reflexão crítica, fato que pode ser visto nas decisões que reproduzem ementários, e com uma doutrina de manuais, o conceitualismo que a joga de volta ao realismo filosófico.<sup>249</sup>

De forma sucinta, foram dadas algumas diretrizes, sem a pretensão, à obviedade, de esgotar a análise da postura substancialista, e das demais. A seguir, analisar-se-ão as condições de possibilidade de “aplicação” das teorias procedimentalista e substancialista no Direito brasileiro e, em especial, nos Juizados Especiais cíveis estaduais.

---

<sup>246</sup> Idem p. 369.

<sup>247</sup> Idem p. 369-370.

<sup>248</sup> Idem p. 370.

<sup>249</sup> Idem p. 370-371.

### 3. AS NECESSÁRIAS CRÍTICAS À VISÃO PROCEDIMENTALISTA E A NECESSIDADE DE UMA POSTURA SUBSTANCIALISTA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A OPÇÃO HERMENÊUTICA

#### 3.1. A crítica ao procedimentalismo de Jürgen Habermas

A razão comunicativa, na visão de Habermas, lembra Streck, não é fonte de normas de como o indivíduo pode ou deve agir. Não tem que ter uma força normativa delineando sua conduta. Não é informativa nem prática. Ela é reconstrutiva dos discursos formadores de opinião e prepara para as decisões em que está inserido o poder democrático conforme o Direito.<sup>250</sup>

O processo comunicativo tem uma variedade de ações comunicativas de acordo com os tipos dos atos de fala: os constatativos, que podemos chamar de atos de fala de conversação; os regulativos, que são os dirigidos por normas, e, por fim, os expressivos, que se caracterizam como dramáticos.<sup>251</sup>

Os procedimentos da teoria do agir comunicativo são sedutores e de uma teorização avançada para falantes que dominem a racionalidade comunicativa. Colocados em prática, numa sociedade como a brasileira que possui altos índices de analfabetismo e um sistema de Educação que é considerado precário e ultrapassado, pode ser quase impossível uma discussão livre, de inteligibilidade, de sinceridade, que contenha verdade, e que tenha correção normativa, enfim, sem coações, ou mesmo que não haja coações. Dificilmente o entendimento de conceitos e de palavras será aceito como válido por cidadãos analfabetos.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Idem p. 21.

<sup>251</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 66-67.

O respeito às regras, com expectativas recíprocas de comportamento e de respeito às normas sociais, são reforçadas por sanções, utilizando-se uma linguagem comum. A linguagem comum pode ser entendida como linguagem comum entre juristas, contabilistas, empresários, médicos? Ou como uma linguagem comum entre pessoas humildes que permeiam o nosso meio social?

Para validar normas sociais, faz-se necessário a intersubjetividade do entendimento que se estabelece acerca de intenções, com o reconhecimento geral de determinadas obrigações. O comportamento que fere normas acaba por atrair a sanção correspondente que foi emitida por convenções. Com estes dois modos de agir é que se reproduz a vida, formando a sociedade ou o mundo da vida, uma sociedade em que os cidadãos possuem condições de participar efetivamente com condições intelectuais para saber discernir e tomar decisões sem coação.<sup>253</sup>

O projeto emancipatório habermasiano, segundo Souza Cruz, tem compromisso com a inclusão social por meio de estudos entre teoria e prática de modo universalista. Souza Cruz adverte que não é dirigido somente aos países como Alemanha ou Estados Unidos, mas também pode ser aproveitado a países em desenvolvimento como o Brasil. Entretanto, no Brasil, o neo-liberalismo ainda se impõe. A Modernidade, no dizer de Streck,<sup>254</sup> é tardia, e se está longe de se atingir um Estado Democrático de Direito, com conteúdo social, coisa que já aconteceu na Europa. Por esses fatos fica difícil de se aplicar ou de se tentar aplicar uma teoria que tem mais de utópica do que de realizável. A ideia de pessoas com conhecimentos gramaticais, sociais, e conhecimentos variados para uma discussão livre, reflexiva, racional para se chegar a um consenso, sem coações, e com tempo ilimitado para as discussões, se restringiria a um número limitado de brasileiros.

---

<sup>252</sup> O Brasil tem 25% da população analfabeta funcional, ou seja, aproximadamente quarenta e seis milhões de pessoas não sabem ou sabem superficialmente ler e escrever. Brasil este que tem uma das piores taxas de mortalidade que importa em 27,62% de mortes em cada 1.000 nascimentos, uma das mais altas. Fonte IBGE.

<sup>253</sup> Fica difícil haver um consenso político, pois, em escala crescente é notório a compra de votos, o tomá-lá-dá-cá entre políticos e cidadãos que não tem o mínimo para a sobrevivência de si e de seus familiares. A falta de programas e a falta de cumprimento dos programas dos partidos políticos. Alguns partidos políticos trocam a o nome da sigla de forma sistemática, o que faz com que os cidadãos votem sem saber qual a ideologia ou os compromissos do partido. Muitos votam na pessoa, sem saber quem é a pessoa, levando em conta a empatia. Após a eleição, esquecem em quem votaram. Esquecem de acompanhar a conduta do político. Esquecem de saber o perfil das votações, ou seja, o político fica livre para fazer o que quiser em nome de quem lhe pagar mais, ou das melhores ofertas, sem se importar com os cidadãos que o elegeram. Não há fidelidade partidária nem fidelidade programática do partido.

<sup>254</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.



A comunicação ou o uso da linguagem, como meio para se atingir o entendimento ou o consenso entre indivíduos, necessita de um processo de ação social voltado para o entendimento. As ações sociais voltadas para o entendimento passam por uma educação de qualidade, por emprego, por moradia, por saúde, enfim, por meios que o *establishment* não cumpre e não irá cumprir tão cedo.

A fala ideal de Habermas trabalha pretensões de validade que serão legitimadas pelo uso racional do discurso e pela utilização de argumentos entre as partes envolvidas. O consenso, para ser obtido, dar-se-á quando todos concordarem em atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto. É quando se atinge a fala ideal sem coações, com a utilização do melhor argumento. A implantação destes procedimentos implicaria uma demanda de infraestrutura por parte do Estado, impossível de ser executada neste momento.

Boaventura Sousa Santos adverte que muitos dos litígios que hoje chegam aos tribunais podem ser creditados ao desmantelamento do Estado Social, estando os exemplos do Direito laboral, previdência social, educação, saúde na Suécia,

que tem talvez ainda hoje o melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial. A Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação de Direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação.<sup>255</sup>

Faltam no Brasil ações afirmativas no sentido de proporcionar educação para que as pessoas possam adquirir a maioria e a emancipação de que fala Habermas, e que, aí sim, poderão se efetivar ações comunicativas livres, inteligíveis com fim de consenso, diminuindo-se os conflitos sociais. Streck entende que é difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte dos Direitos fundamentais continua incumprida, desde a CRFB/88. Destinar ao Judiciário o “poder” de tão somente zelar pelas funções de respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, nesta quadra do tempo é muito pouco.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Ed. Cortez, 2008, p. 17.

<sup>256</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 26.

### 3.1.1 O mundo vital ideal de Habermas é possível no Brasil?

O local em que os indivíduos irão interagir, neste agir comunicativo, deve ser um espaço que contenha condições para que falantes e ouvintes possam desenvolver seus argumentos dentro de um nível cultural adequado, uma sociedade de homens livres e em condições de desenvolver um nível médio de discussão, uma Sociedade livre de coações, para que se possa chegar ao consenso e, em que o melhor argumento vence, vencendo por ser o melhor argumento, a melhor resposta ou proposta para aquele caso específico. Uma Sociedade em que indivíduos tenham capacidade intelectual, ou seja, o domínio da linguagem mediana e também da linguagem técnica, quando necessário.

O mundo da vida vai mais longe que o horizonte da consciência. Ele passa ao horizonte da linguagem, da comunicação do dia-a-dia. Esse mundo vital ideal, salvo melhor juízo, não é realizável neste momento. Não se tem condições sócio-culturais-econômicas para a implementação do procedimentalismo em nosso País de modernidade tardia, consoante o alerta de Streck. Não há previsão de respeito, nem mesmo de posturas para implementar valores concretos/substantivos que delineiam a CRFB. O que se busca são procedimentos como meios de se alcançarem as decisões coletivas. Souza Cruz reconhece que a :

situação ideal de fala ... certamente... terá seus elementos melhor ou pior percebidos pela competência linguística dos participantes. Neste sentido a pobreza, as questões socioeconômicas, ideológicas e políticas são fundamentais para uma melhor ou pior filtragem da razão estratégica durante qualquer discurso.<sup>257</sup>

O que se vê é um reconhecimento das dificuldades de se implementar o procedimentalismo. Pelo menos, nesta quadra atual de uma sociedade ainda em subdesenvolvimento social-econômico, e, principalmente cultural, como a brasileira. A neutralidade é uma das marcas da teoria procedimentalista de Habermas. Habermas diz que há ideologia a defender, e o compromisso é com a neutralidade da constituição. Não há predomínio de valores substanciais. O comprometimento é com o todo da sociedade, não se importando com a individualidade das pessoas, ou seja, com os Direitos fundamentais individuais, mas coletivos.

---

<sup>257</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

Procedimentalmente falando, os valores da constituição seriam formais e procedimentais; o Legislativo age com base na vontade geral. Afinal, sua função é deliberar o que o povo quer. Dessa forma, não há o que se contrariar. O ator principal neste caso é o Legislativo que fará a discussão com a população para decidir o que é melhor. O Poder Judiciário não intervém, não garante os Direitos substanciais da população, não interfere no orçamento; garante tão somente os procedimentos dentro dos parâmetros da própria Constituição.

Nos Juizados Especiais fica difícil aplicar os fundamentos do procedimentalismo, já que os ambientes dos juízos não estão preparados para tal desiderato, que é a busca e o alcance do consenso. A crescente demanda faz com que a conciliação se torne mais um procedimento a ser cumprido. O conciliador, frente às partes, indaga se há condições de acordo, na primeira recusa, encaminha-se as partes para a instrução.

A falta de tempo para se ouvir as partes e se tentar um acordo proporciona o próximo passo, que é a instrução, a qual pode levar meses para ser feita. Isto faz com que a rapidez, ou melhor, a celeridade, fique “devendo”. Processos que deveriam ser resolvidos rapidamente podem, assim, demorar dois anos ou mais.<sup>258</sup>

### **3.1.2 O Poder Judiciário na ótica da postura procedimentalista**

O Judiciário, no modelo procedural, é mero aplicador de normas, melhor dizendo, garantidor da observância das regras de procedimento. A norma é válida e é aplicável ou é inválida e não pode ser aplicada. Não cabe ao Juiz o poder de apreciar ou pesar mais ou menos. Cabe-lhe aplicar ou não aplicar a norma. Não há meio termo ou outra decisão, é o sim ou o não, é a codificação binária. Nessa posição, o Juiz decide o que deve ser feito em cima das normas que regem o sistema jurídico.

A interpretação da Constituição não pode ser vista substancialmente, não há conteúdo ideológico. Tem de ser vista como o estabelecimento de procedimentos formais nas composições de interesses coletivos, sem valores fundamentais individuais.

Não é lícito ao Judiciário inverter prioridades estabelecidas pelo legislador democrático baseando-se em preferências pessoais dos magistrados, mas respeitando-se as opções do legislador político. Não cabe ao magistrado gerir orçamentos ao mandar fornecer

---

<sup>258</sup> Revista dos Juizados Especiais n. 45/46, p. 25.

remédios para um cidadão ou interferir na execução ou outros modos de o Executivo ou Legislativo agir.

O cidadão pode ficar desprotegido em alguns Direitos fundamentais, pois não se pode gastar um alto valor para uma só pessoa e deixar de atender uma coletividade de pessoas, o que poderia afetar o orçamento da união. O Judiciário, para decidir, tem que estar estruturado de acordo com o modelo procedural e olhando para o todo, “respeitando” as decisões do Executivo e do Legislativo, não interferindo nos modos de decidir e, por sua vez, o Executivo deveria ser competente para cumprir seu papel constitucional procedimental de dar saúde a todos seus cidadãos.

A preocupação procedimental com o todo, ou seja, com programas que atinjam à Sociedade pode até violar Direitos fundamentais, não cabendo, porém, ao Judiciário interferir nesta matéria. A prioridade é a viabilização das políticas econômico-financeiras do Estado. O Direito fundamental do cidadão está abaixo destas prioridades. Se o Estado não pode atender a todos, pode perecer parte da Sociedade em que o Judiciário não pode interferir, em nome da postura responsável em não interferir no orçamento.

O Judiciário é visto como pseudo poder, uma vez que nem legitimado é, pois não foi eleito democraticamente:

Los tribunales están sustituyendo al legislativo y, si lo hacen de una manera que este no aprueba, pronto puede corregirse. Cuando un tribunal invalida un acto de alguna de las de poder con base en la Constitución, está desestimando su dictamen y, por lo general, en forma no sujeta a verificación por parte del proceso legislativo ordinario. De allí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema principal del control constitucional: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como desean.<sup>259</sup>

No contra ponto, pode se dizer que a legitimidade do Judiciário está amparada na própria Constituição da República Federativa do Brasil no artigo primeiro, parágrafo único de nossa Constituição consta: Todo o Poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A compreensão procedimentalista é pela ilegitimidade dos magistrados, por se tratarem de cargos de carreira que não possuem o aval do eleitor. Vista dessa forma, é correta

---

<sup>259</sup> ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza una teoría del control constitucional**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 23.

tal assertiva. Não obstante, a parte final '*nos termos desta constituição*' faz com que se avance no procedimento de como se institui e se organiza os Poderes.

O Judiciário é organizado pelos artigos 92 a 126. Percebe-se que o art. 93 trata do ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de Juiz Substituto, mediante concurso público de provas e títulos. A determinação da forma como seria composto o Poder Judiciário foi dado pela Constituinte Originária, a quem o Contrato Social delegou poderes, para que os representantes do povo formassem um Estado Democrático de Direito.

No processo constitucional, ficou previsto que o Judiciário não teria a investidura temporária, nem mesmo teria tempo de atuação como no Executivo ou Legislativo. Isso permite assegurar a legitimidade destas medidas, e afirmar que o Judiciário não pode Legislar é verossímil. Não obstante, quando o Juiz determina que o Executivo cumpra ou não determinada ordem constitucional ou infra-constitucional, não estará legislando.

A busca pelo bem maior não pode ser visto individualmente, mas, sim, coletivamente. O Estado está para servir a coletividade e, em certas situações, não é possível exigir um sacrifício do Estado em detrimento do Direito fundamental individual.

Ainda que os defensores do procedimentalismo afirmem que há preocupação com a inclusão, ela se dá por outra via, ou seja, pela via de procedimentos democráticos, tendo em vista que o Legislativo, com meios constitucionais, dirige a vontade democrática. Não vê a constituição como material/substancialista, pois o procedimentalismo não garante os Direitos concretos de cada cidadão, os Direitos fundamentais, muito menos os Direitos sociais de forma individual.

As mais contundentes críticas do procedimentalismo para com a postura substancialista dizem que a Constituição é um processo, ou um projeto de governo, não comportando ideologias. Muito embora, tal argumento seja usado pelos procedurais, não merece prosperar, pois pode se afirmar, que tal argumento, também, serve à teoria substancialista, uma vez que, sendo a Constituição um processo, ou um projeto de governo, pactuado de forma deontológica como quer o procedimentalismo ou teleológico como o substancialismo. Com o “dever ser” ou o “para atingir fins”, surge o Judiciário para garantir que governos ideológicos não interfiram e alterem as diretrizes da Constituição a seu bel prazer.

Os partidos se alternam no poder e passam a tomar atitudes que, em muitos casos, contrariam o processo de governo estampado da Constituição. Dessa forma, cabe ao

Judiciário colocar os freios e contrapesos, determinando que governos cumpram com as promessas e com os Direitos fundamentais e sociais.

Procedimentalmente caberia ao Legislativo cumprir os procedimentos democráticos, não sendo possível ao Judiciário interferir neste processo, somente caberia analisar se há respeito nos procedimentos. Mas não se pode esquecer que o Legislativo e o Executivo, no Brasil, não têm compromissos com a Constituição. Pode-se dizer que é quase “natural” o descomprometimento dos partidos, havendo em muitos casos a troca de favores, a liberação de emendas orçamentárias para senadores e deputados votarem a favor ou contra os interesses do governante, primeiro vem a ideologia.

Os Juizados, nos Estados Unidos teriam segundo Cardoso de Oliveira,<sup>260</sup> nas sessões de mediação, a possibilidade e obrigatoriedade de se discutirem todos os temas e assuntos, levando-se em conta sempre o objetivo de se alcançar o acordo, o consenso.

A sustentação da validade normativa de uma decisão judicial não pode ser confundida com um exercício de lógica, nem pode depender das qualidades eventualmente excepcionais de determinado Juiz, mas deve ser produto de um processo dialógico em que as características da disputa devem ser adequadamente compreendidas, e a decisão encontrada deve refletir compromissos de imparcialidade, assim como uma atenção detida às normas e valores vigentes.<sup>261</sup>

De modo diferente, ao se processar as audiências dos Juizados, busca-se encontrar solução para os litígios, de forma satisfatória para as partes, ou seja, em busca do consenso, e não, fazer Justiça. Busca-se a reparação do prejuízo eventualmente sofrido.

As sessões de mediação são feitas de modo que se possa facilitar o diálogo entre litigantes, e ampliar o horizonte de alternativas viáveis para uma solução que leve ao acordo. Não se devem coibir os questionamentos que podem ser ilimitados, de parte a parte, possibilitando, desta forma, a ampliação substancial de possibilidades de definição do que se está pleiteando. Por via destas discussões, chega-se a uma compreensão mais rica do conflito entre as partes; chega-se, neste caso, a uma solução normativa, adequada ou equânime da causa.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. **Jürgen Habermas**: Legalidade e Eticidade nas Pequenas Causas 70 anos. n. 138. Rio de Janeiro: Ed. Revista Tempo Brasileiro, 1999, p. 133 et seq.

<sup>261</sup> Idem p. 138.

<sup>262</sup> Idem p. 139.

Esses procedimentos têm funcionado, por exemplo, em países como os Estados Unidos da América<sup>263</sup> onde se pode ver um resultado satisfatório. Já no Brasil, com os elementos já elencados, tais como a falta de conhecimentos básicos para entabular discursos; a falta de tempo ilimitado para se discutir até se chegar a um consenso; a ausência de locais adequados para se trabalhar estes novos procedimentos, não há ambiente para se trabalhar com essa postura.

### 3.1.3 Juízes legisladores, declaradores do Direito ou intérprete do Direito?

O positivismo está ligado à discricionariedade interpretativa (que conduz, inexoravelmente, à arbitrariedade de sentidos), possibilitando, desse modo, múltiplas respostas. Se, como diz Lenio Streck, a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao novo constitucionalismo a aderência paradigmática, que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que esta arbitrariedade (e as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida por meio de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a 'solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação', pela singela razão de que a arbitrariedade (espécie de mundo de natureza hermenêutica) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico em suas diversas facetas, que, analiticamente, sempre abstraem a situação concreta no ato de aplicação.<sup>264</sup>

Questiona-se: o magistrado pode e deve legislar, ou deve manter-se na tradição de declarar o Direito de acordo com o texto da Lei? deve inserir-se num processo de compreensão-interpretação-aplicação do Direito, ou ainda, deve manter-se nos procedimentos constitucionais e dos códigos para efetivar a Democracia como quer o procedimentalismo?

Para quebrar esse paradigma, o tipo de Estado liberal em que se vivia, era propício para o *status quo* do formalismo, da tradição. O advento do *Welfare State* ou do Estado provedor resultou do absentismo ao intervencionismo, isso pode ser expresso pela Revolução

---

<sup>263</sup> Luis Roberto Ponte Cardoso de Oliveira pesquisou os Juizados nos EUA numa perspectiva procedimentalista de Habermas, na Teoria da Ação Comunicativa (TAC) e na Ética do Discurso (ED). O resultado se deu no sentido de constatar que os conflitos são menos de natureza legal e mais de natureza ética e moral, muito embora, sejam quantificadas monetariamente as ações. Utiliza-se do argumento da “equidade” para fundamentar ou constituir uma condição necessária para compreender o conflito e estabelecer o modelo de classificação. Demonstra, assim, a importância das teorias comunicativas e da Ética do Discurso para a compreensão dos Direitos e a análise dos aspectos ético-morais do conflito. Vide CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. **Jürgen Habermas**: Legalidade e Eticidade nas Pequenas Causas 70 anos. Tempo Brasileiro, 1999, p. 133-152.

<sup>264</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 355.

Industrial,<sup>265</sup> que, com suas consequências sociais, culturais e econômicas, transformou a sociedade de massa. Esta massificação foi um dos fenômenos de transformação da sociedade antes individual para uma sociedade de caráter coletivo. Grande número de pessoas são favorecidas ou prejudicadas, conforme a ação governamental. Nesse novo paradigma, surge um novo Judiciário, não mais preso aos dogmas do liberalismo, mas tendo que estar atento ao novo modelo jurisdicional.

O que se propõe atualmente é uma nova visão de Jurisdição, não mais como atividade secundária, mas como Jurisdição constitucional(izada),<sup>266</sup> como verdadeira Jurisdição de Estado Democrático de Direito, com vínculo indissociável entre Constituição e Justiça constitucional. Não pode haver separação entre a legalidade e a constitucionalidade, como se fosse possível separar a Jurisdição ordinária da Jurisdição constitucional. Qualquer ato judicial é ato de Jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a constituição. Streck e Hommerding dizem que o Juiz, ao examinar qualquer pedido, seja contencioso ou voluntário, deverá analisá-lo sob a luz da Constituição Federal. Havendo compatibilidade, deverá manifestar-se favoravelmente, do contrário, mesmo sendo voluntária, mas contrária às normas Constitucionais, deverá denegar o pedido. O Juiz tem de interagir entre a Lei e o modo de ser no mundo, pois a atividade da compreensão é complexa.

As teorias pós-positivistas passam por uma problematização hermenêutica, ligada à indeterminação do Direito. As posturas positivistas têm se recusado a enfrentar este problema, com a defesa de que sua tematização escapava das possibilidades da razão pura teórica. Por outro lado, é necessário reconhecer que em todo o positivismo está em jogo problemas procedimentais, ou melhor dizendo, é possível afirmar que todo positivismo se constitui como uma espécie de *procedimentalismo*, pelo qual se procura controlar os mecanismos de decisão, sem se estar preocupado com o resultado da decisão. Vez que o resultado da decisão judicial nunca importou ao positivismo. Desde que sejam preenchidos os procedimentos e proferida a decisão, foi prestada a Jurisdição. Que por sua vez, a incontrollabilidade do resultado pode levar a aceitação de um relativismo.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 56.

<sup>266</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 146.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 171.



Partindo dessa nova visão de Jurisdição, pode-se avançar na questão: os juízes devem ser legisladores, declaradores do Direito ou intérpretes do Direito? Já se viu o avanço da história desde a criação dos Estados, da supremacia da Administração, do Legislativo e, no Estado Democrático de Direito a igualização do Judiciário como o terceiro poder, em igualdade de forças com os demais. A mudança de paradigmas levou a novos tempos, que fez com que partíssemos do individual para o social ou do Estado Liberal para o *État providence*<sup>268</sup> dos franceses ou *Welfare State*. Viu-se que o Estado Social passou a exigir uma intervenção mais acentuada e prolongada no tempo, diversamente dos Direitos negativos tradicionais (liberais), que requeriam apenas que o estado não permitisse a sua violação. Já no Estado Social, exige-se ação permanente, os Direitos passam a ser positivados, como no caso da saúde, educação, trabalho, habitação entre outros.

Essa nova visão de sociedade exige do magistrado atuação mais imediata e eficaz. Não basta o modelo de Juiz tradicional, aplicador do Direito e intérprete do “espírito do legislador”, como se pudéssemos, com uma bola de cristal ou outro tipo de oráculo, adentrar na “vontade da Lei”, no “espírito do legislador”. Este exercício não é mais necessário; um outro mais profundo e com maior responsabilidade está surgindo: o de “controlador social”, regulador destas pendências sociais.

A prática tem demonstrado que nos Juizados Especiais, os juízes Leigos levam o processo para casa e demoram vários dias para prolação da sentença, muitas vezes preocupados em “acertar” a decisão de acordo com o Juiz Togado, para não perder o pagamento da sentença, uma vez que, ao não ser homologada, não se recebem os “honorários”.<sup>269</sup>

Após a sentença, devolve-se o processo com a sentença, para o cartório, vai conclusivo, o Juiz Togado homologa. Somente após todos estes trâmites é que serão intimadas as partes do resultado da sentença.

Em não a homologando, o Juiz Togado, profere outra em seu lugar. Muitas provas podem se perder neste caminho: as testemunhas que foram ouvidas, a degravação, quando houver... O Juiz Leigo que ouviu as testemunhas tem uma visão do processo, o Juiz Togado, que não ouviu (não estava presente), mas diante do que está a sua volta (seus pré-juízos), tem outra solução para o caso,

---

<sup>268</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 41.

<sup>269</sup> O valor por sentença para o Juiz Leigo é de duas URCs. O conciliador recebe uma URC por acordo concluído. Conforme ato 33/2004-P publicado no DJ n. 2.994 de 02 de dezembro de 2004.

Dessa forma, cria-se um problema: o Juiz Togado torna-se um mero homologador de sentenças do Juiz Leigo, como refere Hommerding, ou, no viés contrário, tem-se o Juiz Leigo que passa a ser um “assessor” do Juiz Togado, dando a sentença nos moldes que este quer. Um tem investidura, é Juiz natural, tem Jurisdição, com todas as garantias constitucionais; o outro, é um “apêndice” de uma criação para prestar “justiça” aos pobres.

Diante destas duas situações: quem sai perdendo são as partes, que terão uma decisão prolatada por Juiz Leigo, sem as prerrogativas constitucionais e o preparo (em tese melhor para a prestação jurisdicional). No outro caso, a decisão será dada por um Juiz investido das garantias constitucionais, mas que não acompanhou o processo. Conclusão disso tudo: a possibilidade de respostas que não sejam “corretas”.

### **3.1.4 A ampla penhorabilidade de bens nos Juizados Especiais: e a função social do Direito?**

Nos Juizados Especiais Cíveis estão se enfrentado situações no mínimo curiosas. Busca-se em nome da simplicidade e da economia processual criar uma nova Jurisdição, em que é permitido tudo o que o magistrado disser que vale. Desde a penhorabilidade de bens que a própria Lei diz serem impenhoráveis. Pode-se apresentar, como exemplo, uma portaria que diz:

considerando o grande número de feitos que obtém sentença favorável, bem como os acordos homologados por este juízo que não conseguem êxito na fase executiva face a dificuldade de se localizar bens passíveis de constrição judicial;  
considerando a necessidade de uma prestação jurisdicionais célere e eficaz (art. 2º da Lei 9.099/95)

considerando a diversidade de interpretações acerca da Lei 8.009/90, principalmente no tocante a essencialidade e a utilidade dos bens que guarnecem a residência da parte devedora e o disposto no enunciado n. 14 do Fórum permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais n. 30/31 ('os bens que guarnecem a residência do devedor desde que não essenciais à habitabilidade, são penhoráveis')

considerando o fato das partes que litigam em sede do Juizado Especial cível serem pessoas de poucos recursos, aliado ao fato das execuções serem de pequeno valor;

Resolve:

Determinar aos Senhores Oficiais de Justiça, que procedam nos exatos termos do 659, Par. 3º, do CPC, atentando-se para a relação de bens que este Juízo entende como penhoráveis, cuja descrição segue anexa, entregando-se cópia desta a todos os Oficiais de Justiça desta Comarca, para que atentem ao fiel cumprimento da presente portaria

**BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL:**

- 1- secador de cabelo;
- 2- Aspirador;
- 3- Espremedor de frutas;
- 4- Enceradeira;
- 5- Secadora de Roupas;
- 6- Máquina de lavar louças;
- 7- Máquina de lavar roupas;
- 8-

Rádio; 9-aparelho de som (casa e carro); 10-Televisor; 11- Videocassete; 12-DVD; 13-Ar-condicionado; 14- Bicibleta; 15-Gril; 16-Centrífuga; 17-ventilador; 18-Liquidificador; 19-Batedeira; 20-Filmadora; 21-aparelho de telefone celular; 22-Forno microondas; 23-Forno elétrico; 24-Máquina de cortar grama; 25- Máquina lava a jato; 26- freezer; 27-Máquina fotográfica; 28-Aparelhos de ginástica; 29-Purificador de ar da cozinha (suggar); 30- Máquina de escrever; 31- Computador; 32- fax; 33- estufa (elétrica-gás); 34-telefone sem fio; 35-tapetes; 36-Antena parabólica; 37-outros.<sup>270</sup>

As considerações que enunciam a portaria não são fundamentos para ensejar uma decisão no sentido de autorizar, ou melhor, de determinar a penhora de bens impenhoráveis. Utilizar a “diversidade de interpretações acerca da Lei 8.009/90” como fundamento para tal desiderato é, como diz Streck, dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. A portaria em comento é ilegal, pois fere determinação infra-constitucional, ou seja, fere de morte o preceito do Código de Processo Civil. Luiz Roberto Barroso adverte que não há inconstitucionalidade na portaria, mas ilegalidade da portaria com relação a norma superior<sup>271</sup>.

A justificativa para editar tal portaria, contrariando os preceitos constitucionais, os preceitos infraconstitucionais e mesmo as alterações do Código de Processo Civil,<sup>272</sup> ainda continua em vigor, na maioria das Comarcas do Rio Grande do Sul. Mandados de penhora são expedidos, desrespeitando o sentido convergente em aplacar a pobreza e incluir socialmente parcela significativa de nossa sociedade.

A visão é a de que “o dinheiro está acima de tudo”, que quem deve tem de pagar, não importando como. Claro: trata-se da visão de um velho Estado Liberal, que não foi sepultado na “cabeça” de alguns juízes. Não houve a ruptura de paradigma liberal para o social e do Estado Democrático de Direito. Com o advento da nova Constituição, um novo pacto social surgiu entre Governantes e o povo.

A norma (sentido) a ser aplicada pelo Juiz não é produto de sua vontade, ou melhor dizendo, de sua discricionariedade, vez que para a hermenêutica filosófica, de Gadamer, o problema da discricionariedade se resolve pelo caráter anti-relativista. A antecipação de sentido que se dá na *applicatio*, pois, não há cisão entre interpretar e aplicar, é uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição de sentidos.<sup>273</sup>

No procedimentalismo de Habermas a solução parte pela cisão em discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Ao estabelecer as políticas, o legislador interpreta e

<sup>270</sup> Portaria n. 01/2003, de 26 de junho de 2003, da Comarca de Santo Ângelo-RS.

<sup>271</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 302

<sup>272</sup> Lei 11.382/06 que traz alterações no art. 649.

<sup>273</sup> STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso Constituição: Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 372.

estrutura de Direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o Direito e a Lei, com o fim de se chegar a decisões coerentes no caso concreto.<sup>274</sup>

Alguns compromissos foram assumidos pelo Governo, como, por exemplo, o que dispõe o no art. 3º constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Conjugando ainda, os art. 23, inciso X, que diz combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. É inerente ao pacto constitucional Brasileiro que o Estado preserve as pessoas e promova a inclusão. Seguindo esse entendimento, foi proscrita a prisão por dívida no art. 5º LXVII e no inciso LIV diz também que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O que se tem aqui são garantias constitucionais que se tornaram mais explícitas na legislação infraconstitucional como a Lei da impenhorabilidade, e mais recentemente um reforço no Código de Processo Civil art. 649.<sup>275</sup>

O caso das portarias, no caso a referida anteriormente, é emblemático: emitem valores pessoais, sem fundamentação adequada, tipo “grande número de feitos”, utilizando-se de fundamentos liberais-individualistas, sob alegação de “necessidade de uma prestação jurisdicional célere e eficaz”. Se a prestação jurisdicional pudesse ser fracionada e se houvesse a penhora de um bem, na falta dela, não haveria Jurisdição. No seguimento, busca-se embasar a decisão, tendo como suporte os enunciados do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais, como se estes enunciados tivessem força de Lei<sup>276</sup>.

Por fim, pode-se concluir que: os bens elencados são todos desnecessários e de elevado valor, pois, certamente, famílias de médio padrão de vida não têm nada dentro de casa. Sim, porque o último item, “*outros*” pode se referir qualquer outro bem que guarneça a residência, o que escapou ao olhar “percuciente” do emissor da portaria.

---

<sup>274</sup> Idem p. 373.

<sup>275</sup> São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, solvo, os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

<sup>276</sup> Não estariam os magistrados legiferando com os enunciados? Não se estaria criando uma legislação paralela ao Legislativo, em que um grupo de magistrados reunidos para discutir e que ao final aprovam medidas administrativas, que acabam por utilizar estes enunciados para fundamentar decisões judiciais?

O entendimento da penhorabilidade é praticamente uniforme no âmbito do judiciário, uma vez que as decisões no sentido de se penhorar tudo o que tem dentro de casa são freqüentes.

Pode-se citar o processo de n. 043/3.07.0000540-7, mandado de n. 14.046 que: “manda o Oficial de Justiça que, em cumprimento ao presente mandado, proceda a Penhora de bens que guarnecem a residência da executada e que não são essenciais para a vida como **DVD, televisão, etc, ...**”. Desta forma, pode-se afirmar que tudo é dispensável ou, não essencial à vida. Seria o caso, de se fazer, uma leitura das leis, em consonância com a Constituição Federal. Sem esquecer que o pacto social quando do novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, suplantou os dogmas do Estado Liberal! Desta forma, a Leitura correta é a de um Estado de inclusão social, materializador das dívidas sociais que o Estado tem com a população menos favorecida, fortalecendo a cidadania. Em vez, de retirar bens essenciais, deveria os garantir como forma de inclusão e afirmação cultural e social, aí sim, de acordo com esse novo paradigma, que consta na CRFB/88, nas Leis de impenhorabilidade e mais recente, na modificação no CPC, em seu art. 649.

Por outro lado, no juízo comum, há o entendimento correto do art. 649 do CPC, ou seja, não se penhoram bens móveis da residência, pois são impenhoráveis. E, em caso de penhoram os bens são declarados em sentença ou acórdãos, como impenhoráveis: como uma televisão de LCD/plasma de 50 polegadas, ar-condicionado, computador ou tantos outros bens que guarnecem a residência.

A diferença entre os Juizados Especiais e o Juízo Comum está no fato de que, nos primeiros, os jurisdicionados são uns (pobres, classe média baixa), e, nos segundo são outros (classe mais abastadas e grandes conglomerados etc) está no “modo de ser” do tipo de “jurisdicionados” prestada em nome da celeridade e da eficácia, esquecendo-se dos limites da Jurisdição Constitucional. Como se no Juizado Especial, pode-se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (Streck), ou seja, pode-se atribuir qualquer sentido ao texto, qualquer decisão pode ser reproduzida. Posturas positivistas trabalham inúmeras possibilidades de respostas ou transferem problemas de indeterminação do Direito para conceitos elaborados pela dogmática jurídica, como pautas gerais, súmulas, verbetes jurisprudenciais. Até mesmo portarias passam, assim, a ter validade de Lei.

Deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa de “desvelar” os valores ocultos do texto, mesmo que para isso se crie espécie de Leis retroativas, sem passar pelo crivo do

procedimento democrático Legislativo, vai-se de encontro ao entendimento constitucional e processual civil acerca da impenhorabilidade. Mas, em nome da discricionariedade, tendo como pano de fundo o liberalismo, pode-se penhorar tudo para se atingirem os fins do pagamento de dívidas, mesmo que para isso sejam lançados milhares de pessoas na indigência social, rumo à exclusão total da sua dignidade, tudo em nome da (e na) defesa do patrimônio, que, mais uma vez, é valorizado acima da vida humana<sup>277</sup>.

Quando se utilizam métodos dedutivos/subsuntivos, corre-se o risco de arbitrariedade, discricionariedade. Em muitos casos, pode-se chegar ao campo de legislar em matéria jurídica, com o cuidado em se manter a compreensão das normas de forma a confrontar a Lei infraconstitucional com a constituição e com os interesses dirigentes, que esta tem como norte.

Ainda que o “poder” que possuía o magistrado em “dizer o Direito”, ele não pode dizer mais do que lhe compete. Não pode criar, não pode extrapolar o seu dever constitucional de equilibrar de garantir os Direitos fundamentais individuais e sociais.

O questionamento de súmulas e verbetes jurisprudenciais é outro aspecto que coloca a discussão acerca de até que ponto o Juiz diz o Direito de modo reprodutivo: do Juiz que produz o Direito e sobre o Juiz que legisla o Direito. Em muitos casos, o ativismo se mostra com muita ênfase, passando do ponto. É importante o cuidado em fazer com que os Direitos fundamentais, sociais, e outros que constam na constituição sejam implementados e garantidos. Pode-se levar a excessos que vão de encontro ao processo democrático de Direito.

O cuidado para não passar de Juiz a legislador é por demais tênue e não pode ser utilizado sob o pretexto de que o Legislativo não faz a sua parte. Então, o Judiciário vai tomar a frente e se pronunciar a respeito do fato. Uma coisa é compreender-interpretar-aplicar o Direito de modo produtivo, garantindo os programas e as diretrizes constitucionais. Outra bem diferente é se utilizar de modo discricionário, e para não dizer arbitrário, ferindo mortalmente a constituição, fazendo o Direito judiciário não só reprodutivo mas “legislativo”.

Como lembra Streck,<sup>278</sup> o Direito não é mais apenas ordenador como na fase liberal, e nem tampouco promovedor como nos Estados do *welfare state*, destacando-se que no Brasil ainda não ocorreu este estado promovedor, estando em débito com boa parte da sociedade brasileira. Lembra que no Estado Democrático de Direito existe um *plus* normativo, em

---

<sup>277</sup> STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso Constituição:** Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Lumens Juris, 2008.p. 371-372.

<sup>278</sup> Idem p. 09.

conformidade com as fases anteriores, pois neste momento ele não é mais ordenador, nem promovedor, mas sim, transformador da realidade. Dessa forma, ao olharmos para a penhorabilidade de bens, não se pode esquecer que se está num momento de transformação, em que se podem destacar objetivos constitucionais, que dão ênfase à redução da pobreza e à Justiça social, o que vai de encontro aos pensamentos discricionários-liberais que dão muito mais importância à realização e ao cumprimento de acordos (em função de mapas estatísticos e do pagamento das dívidas) do que com sua função social e com a erradicação da pobreza.

### 3.1.5 Do princípio da proibição de retrocesso social

A proibição de retrocesso social é uma das formas de garantir Direitos fundamentais. Os Direitos individuais tiveram um grau relativo de realização; os Direitos Fundamentais Sociais estão distantes de sua efetivação. Ainda perdura a mentalidade liberal-individualista na qual estão inseridos os intérpretes do Direito. Dá-se ênfase à proteção para a liberdade e a propriedade, o que torna a CRFB um mero programa, não vincula o Estado a materializar os Direitos dos menos favorecidos de forma obrigatória.<sup>279</sup>

Por sua vez a noção de proteção aos Direitos Fundamentais engloba a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, que se constitui de uma dupla estratégia na consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito. O princípio da Proibição deficiente implica um “fazer” e um “não fazer” por parte do Estado. O fazer consubstancia-se em realizar os Direitos Fundamentais Sociais, o “não fazer” que é a abstenção por parte do Estado em atentar contra os Direitos Fundamentais, seja administrativamente, seja por atos legislativos que venham a atingir o núcleo fundamental de tais Direitos.<sup>280</sup>

O princípio do não retrocesso social serve para garantir Direitos já consagrados na Constituição, como garantia institucional e como um Direito subjetivo. Este princípio limita a reversibilidade dos Direitos adquiridos, como exemplo pode se destacar a segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>281</sup>

---

<sup>279</sup> DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79.

<sup>280</sup> Idem p. 83.

<sup>281</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 338- 339.

Dessa sorte, vê-se que a penhora de bens impenhoráveis, embora seja resultado do “cumprimento” da “Jurisdição”, contraria as garantias, do mínimo necessário para um padrão médio de uma família<sup>282</sup> e as diretrizes constitucionais da erradicação da pobreza e da marginalização para se reduzir as desigualdades sociais e regionais. Não será penhorando tudo que se encontra no interior de uma casa que irão atingir tais objetivos fundamentais.<sup>283</sup>

### **3.3.3. A impossibilidade da ação rescisória nos JEC e a quebra do princípio da igualdade**

O Juizado Especial entre tantas inovações, proíbe a utilização da ação rescisória. É o que consta do art. 59: não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

Com relação ao custo benefício justificar-se-ia esta medida. Pode-se dizer que, por se tratar de Juizados e, em sendo a alçada dos Juizados Especiais de pequeno valor e de reduzida complexidade, não comportaria um sistema processual complexo a ponto de permitir a ação rescisória de sentença. Nos Juizados, há muitas novidades legislativas que vão de encontro aos que constam nos procedimentos comuns ordinários. Nessa nova Jurisdição, há a “vontade do legislador” (sic) em preservar a coisa julgada, dando a imutabilidade das decisões como pedra de toque.

Há todo um cuidado no juízo comum em dar as garantias Constitucionais às partes, principalmente com o acompanhamento de Advogado, pessoa habilitada e com conhecimentos para orientar e planejar um processo. De outra banda, nos Juizados as pessoas, na maioria das vezes, não têm condições para contratar Advogado, e diversas Comarcas, em grande maioria, não possuem quadro de Defensoria Pública, acarretando grandes prejuízos para pessoas de baixa renda.

Quando se fala que o Juiz terá o cuidado com as garantias Constitucionais, não se pode estar falando dos Juizados, uma vez que, neste Órgão, a instrução é feita por Juiz Leigo, que houve as partes e testemunhas,<sup>284</sup> ficando o Juiz Togado alheio aos fatos. Na maioria dos

---

<sup>282</sup> Art. 649, inc. II do Código de Processo Civil Brasileiro: são absolutamente impenhoráveis: II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

<sup>283</sup> Art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; I constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>284</sup> O “princípio” da oralidade no início dá celeridade ao caso, mas a imediatividade se dá com o Juiz Leigo e não com o Juiz Togado, havendo assim uma cisão, no obter as provas. Quem houve é um, e quem homologa a



casos, não se analisa o pedido. A “relativização” nas determinações com relação a penhoras leva a um nível muito baixo de constitucionalidade:<sup>285</sup>

Ora, aqueles que vêm se socorrer do Juizado Especial nem mesmo têm Direito de ver sua causa instruída e apreciada por um magistrado de carreira. O Juiz Leigo instrui a causa e, ao final, dá um parecer que será homologado pelo Juiz-Presidente dos Juizados que nada presenciou da causa. A oralidade do Juizado Especial, assim, é uma grande falácia, pois o Juiz de Direito passa a ser mero “homologador” de uma decisão dada por quem, em tese, nem mesmo tem preparação para julgar. Pior: como não há necessidade de se registrar tudo o que acontece na audiência (e a isso a própria Lei faz referência), aí que a oralidade e seu corolário da identidade física do Juiz ficam ainda mais prejudicados.<sup>286</sup>

Com relação os Juizados Especiais Cíveis em que é vedado o remédio da ação rescisória, em nome do “princípio da celeridade”, (que de princípio não tem nada), ou pelo fato de ser uma “Jurisdição especial”, diga-se, diferente da Jurisdição comum. Como se pudesse haver fracionamento ou diversas jurisdições. Não se pode aceitar que num Estado Democrático de Direito não se observe a Integridade Legislativa e muito menos, a integridade Jurisdicional.

Criar um Instituto que negue Direitos ou restrinja esses Direitos não pode ser aceito num Direito visto como Direito de integridade (Dworkin). Se todos são iguais perante a Lei,<sup>287</sup> não se pode ter a ação rescisória no juízo Comum, e nem tê-la nos Juizados Especiais, em nome da “celeridade”<sup>288</sup> e do entendimento da constitucionalidade e do fato de que não tolhe o Direito de acesso à Jurisdição. O Juizado é simplificado e como tal deve ser entendido, mas se o estado quer proporcionar uma Jurisdição igualitária e em condições de suprir a deficiência em proporcionar Justiça de qualidade para todos, a Lei do JEC tem de ser alterada.

Não se pode aceitar que uma mesma situação no juízo comum possa obter a rescindibilidade da sentença, enquanto que, no Juízo Especial, não possa.

---

sentença é outro, e em não concordando, profere outra em seu lugar. Nos casos, em que se tratar de questões de Direito, não haverá problema para se mudar o entendimento. Mas, nos casos em que envolver fatos, o Juiz Togado não sabe o que as testemunhas disseram, perde a oportunidade de fazer perguntas, de sentir as partes pela proximidade. Vez que, no juízo comum, é o Juiz natural que houve, e depois são transcritos os depoimentos que poderão ser acessados para consulta, podendo ser usados como fundamento na sentença.

<sup>285</sup> Basta ver as portarias emitidas no sentido de penhorar tudo e a grande quantidade de mandados expedidos neste sentido.

<sup>286</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 131.

<sup>287</sup> Art. 5º da CRFB: “Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)”

<sup>288</sup> Processo n. Juizados Especiais federais seção Judiciária do Paraná, Autos nº: 2004.70.95.000585-6.

Assim, há um tolhimento dos Direitos do cidadão, em razão de que duas “Justiças” andam paralelas. Quem tem mais condições de contratar Advogado e custear os valores processuais, terá mais Direitos que outra pessoa sem condições econômicas para contratar Advogado e pagar custas.

Fala-se em princípios norteadores dos Juizados Especiais, esquecendo-se dos princípios norteadores da Constituição Federal, numa clara inversão de valores ou até mesmo de procedimentos. Ou seja, veem-se os “princípios” da Lei como “preponderantes” frente aos princípios da Lei maior.

### 3.3.4 Os Juizados Especiais Cíveis Estaduais como “Agência de cobrança”

O Acesso à justiça proporciona aos cidadãos de baixa renda meios para reivindicar e/ou solucionar problemas, no entanto, distorções são frequentes neste órgão. Na realidade, os Juizados têm funcionado como uma verdadeira “agência de cobranças”, e não mais que isso. Veja-se o seguinte caso: o autor propõe ação de cobrança contra o réu. Em fase de conciliação, o filho do réu, e não o réu, foi à audiência de conciliação e fez acordo. Foram emitidas notas promissórias em seu nome (no do filho do réu, que não era parte), assumindo ele a dívida, homologado o acordo e arquivado o processo.<sup>289</sup> Dessa forma, ficou o réu (o pai que era o devedor) livre do encargo. Ocorre que as promissórias não foram salgadas, e o credor, vendo que o emissor das notas promissórias não tinha bens passíveis de penhora, volta-se, novamente, contra o pai do devedor (que a esta altura não tem mais nada com a dívida, nem como avalista da nota promissória). O autor peticiona com nova demanda,<sup>290</sup> pedindo penhora de veículo automotor do pai. O pedido do autor diz que:

O Exequente propôs perante o Juizado Especial Cível ação de cobrança visando a condenação do Executado ao pagamento de dois cheques prescritos emitidos por este em favor do exequente.

Conforme acordo homologado judicialmente em 05/09/2007 (doc. Anexo) o Executado comprometeu-se a pagar R\$3.006,00 (três mil e seis reais) ao Exequente em seis parcelas de R\$ 501,00, (quinhentos e um reais), **devidamente representadas por sei notas promissórias emitidas pelo filho do Executado** (nome ocultado; grifo meu).

Lamentavelmente o executado não pagou nenhuma das parcelas, descumprindo totalmente com o acordo.

<sup>289</sup> Processo n. 034/3.07.0000603-0.

<sup>290</sup> Processo n. 034/3.08.0000117-0.

O processo teve o andamento deferido e, como consequência, foi feita a penhora de um automóvel Gol de propriedade de quem não era mais devedor, como se não houvesse existido o acordo homologado e a consequente extinção do processo. O que poderia ter sido feito era a execução das notas promissórias. Questiona-se: o que seria isso? Uma reprimenda do processo? Ou uma ação rescisória às avessas contrariando o art. 59 e sem o processamento por tribunal competente? Em muitos casos, os Juizados parecem um “vale tudo”.

Muitos autores propõem ações de cobranças e quando apresentam provas das dívidas, mostram notas “condicionais” bilhetes, ou qualquer outro meio, pouco idôneo, meios estes encobrem a verdade dos fatos: as dívidas não são o que parecem. Juros, correção monetária escorchantes. Notas frias. Enfim um vale tudo em busca do lucro fácil. E infelizmente o Judiciário não toma as precauções necessárias, não há nenhum tipo de filtragem nas ações.<sup>291</sup>

Pode-se destacar que pessoas ou empresas utilizam os Juizados para cobrar suas dívidas de forma escalonada. Pode se citar o caso de uma mesma família que “dividem” as cobranças em três micro empresas,; uma, com quarenta ações de cobrança<sup>292</sup> Outra, a segunda com trinta e cinco ações,<sup>293</sup> o terceiro lote com o número de cinquenta ações.<sup>294</sup>

Neste seguimento, pode -se destacar outra situação em que uma mesma pessoa física ajuizou quarenta ações<sup>295</sup> cobrando cheques, que teria “emprestado” para diversas pessoas, certamente sem juros e sem correção monetária, pois em caso de cobrança de juros, poderia ser enquadrada na agiotagem? Em outra situação, um posto de gasolina ajuizou setenta e sete

<sup>291</sup> Processo n.º 043/3.07.0000540-7.

<sup>292</sup> Processos: 043/3.07.0000869-4 ao 043/3.07.0000879-1; 043/3.07.0000883-0 ao 043/3.07.0000902-0; 043/3.09.0000285-1; 043/3.09.0000289-4; 043/3.09.0000293-2; 043/3.07.0000447-8 ao 043/3.07.0000452-4.

<sup>293</sup> 043/3.00000467-2 ao 043/3.07.0000470-2; 043/3.07.0000580-6; 043/3.07.0000761-2 ao 043/3.070000764-7; 043/3.070000766-3; 043/3.07.0000767-1;043/3.07.0000909-7; 043/3.07.0000921-6; 043/3.07.0000922-4; 043/3.07.0000923-2; 043/3.07.0000924-0; 043/3.07.0000925-9;043/3.07.0000928-3 ao 043/3.07.0000933-0; 043/3.09.0000166-9; 043/3.09.0000326-2 ao 043/3.09.0000332-7;

<sup>294</sup> 043/3.04.0000165-1 ao 043/3.04.0000172-4; 043/3.04.0000231-3; 043/3.04.0000233-0 ao 043/3.04.0000237-2; 043/3.04.0000251-8;043/3.04.0000266-6 ao 043/3.04.0000269-0; 043/3.04.0000273-9; 043/3.07.0000840-6; 043/3.07.0000471-0 ao 043/3.07.0000491-5; 043/3.07.0000785-0 ao 043/3.07.0000788-4; 043/3.07.0000793-0 ao 043/3.07.0000795-7; 043/3.07.0000858-9 ao 043/3.07.0000860-0

<sup>295</sup> 043/3.06.0000453-0 ao 043/3.06.0000455-7; 043/3.06.0000509-0; 043/3.06.0000532-4 ao 043/3.06.0000550-2; 043/3.060000556-1;043/3.06.0000660-6; 043/3.07.0000146-0; 043/3.07.0000218-1; 043/3.07.0000250-5;043/3.07.0000256-4 ao 043/3.07.0000262-9; 043/3.07.0000597-0; 043/3.07.0000598-9; 043/3.07.0000336-8;043/3.08.0000499-2; 043/108.0000603-6.

ações de cobrança.<sup>296</sup> Um supermercado ajuizou 40 ações de cobrança.<sup>297</sup> Uma vídeo locadora com quarenta e nove ações.<sup>298</sup>

### 3.3.5. Propositura das ações nos Juizados

No momento da propositura das ações, não há análise dos pedidos. A orientação é para que se aceite todo e qualquer pedido, mesmo sem as mínimas condições de ação, o que descaracteriza e pode até constranger muitas pessoas, já que pedidos ilegais, imorais e sem fundamentação legal são propostos e passam a fazer parte do meio jurídico. Com a simples análise das condições da ação, os pedidos poderiam não ser recebidos ou arquivados de plano, como acontece na justiça comum.

Fatos pitorescos e inusitados acontecem nas ações de cobrança,<sup>299</sup> que são iniciadas como o exemplo a seguir: a simples alegação de que João da Silva deve para Mário das Cebolas, sem a apresentação de documentos. Marca-se audiência de conciliação. Em não comparecendo o réu, a revelia é decretada e os fatos são tidos como verdadeiros. De regra, nestes casos, o Juiz deveria analisar as provas e proferir a sua decisão, mas, geralmente, vale a revelia, e o réu é condenado ao pagamento da dívida, mesmo sem dever, sem comprovantes da dívida, como cheque, nota promissória ou qualquer outro meio idôneo que comprove as alegações.

Muitos lojistas, para comprovarem as dívidas, juntam nos processos notas condicionais, notas estas utilizadas pelos comerciantes quando o consumidor retira mercadorias para experimentar em casa e após as devolve para a loja. Em caso de compra, é

<sup>296</sup> 043/3.07.0000429-0; 043/3.07.0000430-3; 043/3.07.0000435-4; 043/3.07.0000442-7; 043/3.07.0000443-5; 043/3.07.0000560-1; 043/3.07.0000643-8; 043/3.07.0000706-0; 043/3.07.0000735-3; 043/3.07.0000792-2; 043/3.07.0000817-1; 043/3.07.0000834-1; 043/3.07.0000845-7 ao 043/3.07.0000847-3; 043/3.07.0000868-6; 043/3.09.0000379-3; 043/3.09.0000383-1; 043/3.09.0000384-0; 043/3.09.0000385-8; 043/3.07.0000575-0; 043/3.07.0000638-1 ao 043/3.07.0000640-3; 043/3.07.0000642-0; 043/3.07.0000807-4; 043/3.08.0000093-8 ao 043/3.08.0000095-4; 043/3.09.0000212-6; 043/3.09.0000317-3; 043/3.09.0000321-1; 043/3.09.0000322-0; 043/3.09.0000369-6; 043/3.06.0000457-3 ao 043/3.06.0000463-8; 043/3.06.0000630-4 ao 043/3.06.0000632-0; 043/3.06.0000657-6 ao 043/3.06.0000659-2; 043/3.07.0000096-0 ao 043/3.07.0000101-0; 043/3.07.0000422-2 ao 043/3.07.0000428-1; 043/3.07.0000948-8 ao 043/3.07.0000954-2; 043/3.08.0000014-8; 043/3.08.0000015-6; 043/3.08.0000107-1; 043/3.08.0000138-1; 043/3.08.0000565-4 ao 043/3.08.0000568-9; 043/3.09.0000318-1 ao 043/3.09.0000320-3.

<sup>297</sup> 043/3.08.0000186-1 ao 043/3.08.0000206-0; 043/3.08.0000521-2 ao 043/3.08.0000531-0; 043/3.08.0000615-4; 043/3.08.0000617-0; 043/3.09.0000294-0; 043/3.09.0000296-7 ao 043/3.09.0000300-9;

<sup>298</sup> 043/3.06.0000262-7 ao 043/3.06.0000272-4; 043/3.06.0000332-1; 043/3.06.0000333-0 ao 043/3.06.0000341-0; 043/3.06.0000365-8; 043/3.06.0000366-6; 043/3.06.0000376-3 ao 043/3.06.0000380-1; 043/3.06.0000387-9 ao 043/3.06.0000393-3; 043/3.06.0000557-0 ao 043/3.06.0000564-2; 043/3.06.0000683-5 ao 043/3.06.0000690-8; 043/3.07.0000042-1.

<sup>299</sup> Processo. n.º 043/3.07.0000491-5.

emitida nota fiscal. Estas notas condicionais o lojista apresenta na audiência e tem o seu Direito reconhecido, passando-se, em caso de não pagamento, para a constrição de bens do executado.

O autor utiliza o Estado/Judiciário para cobrar suas dívidas, mas não paga os impostos da venda efetuada, ou seja, o sonegador confesso utiliza o próprio Estado/Judiciário para cobrar as suas dívidas. E nada acontece. O devedor, que não se sabe se realmente deve, tem de pagar, devido à revelia e sem as devidas análises processuais. O credor recebe não paga impostos e o Judiciário tem despesas com custas e, em muitos casos, Advogado gratuito.

Em outra ação de cobrança proposta com a representação de Advogado,<sup>300</sup> na qual consta o valor inicial de R\$ 757,30, e o pedido final “atualizado” monta em R\$1.375,49, correção e juros fora da realidade forense, IGP-M e um por cento ao mês. Não ficando por aí, pede a condenação em vinte por cento de honorários, mais custas processuais. Por fim, pede a revelia. Procedimentalmente pode se falar que no dia da audiência seriam levantadas estas questões e após discursos voltados ao entendimento resolver-se-ia a questão.

Não se pode aceitar qualquer coisa em nome de “princípios” norteadores dos Juizados, para se fundamentar ou em se justificar em procedimentos. O Direito visto como integridade não pode ser dicotomizado. Não se pode aceitar qualquer coisa, sobre qualquer coisa. As condições de ação não são examinadas, os juros são apresentados como se fossem os legais, no final, aposta-se na revelia como forma de se consolidar o “Direito” na cobrança.

Não há filtragem na propositura de ações. A parte ré, muitas vezes por insipiência, e por não ter condições de contratar defensor, não comparece à audiência. Dessa forma, acaba com o “prêmio” da condenação por revelia. E, mesmo comparecendo, não saberá, ou não terá condições para articular discursos de defesa, por lhe faltar conhecimento técnico.

Nestes casos, pode-se ainda utilizar como meio de “amedrontamento” da parte, ou seja, utilizam-se destes “meios” para forçar a parte a procurar um acordo direto com o Advogado da autora, na ilusão de que sairá mais “barato” o processo. A cobrança fica mais fácil, cobram-se juros, honorários e custas processuais, e a parte paga, achando ter feito um ótimo negócio. Os Juizados, que deveriam ser um meio de propiciar acordos voltados para o entendimento, para o consenso (Habermas), tornam-se um meio de consolidação de injustiças.

---

<sup>300</sup> Processo n.º 043/3.07.0000318-1.

Caso fosse respeitada a integridade do Direito (Dworkin), o Juiz Togado faria a análise dos: a) pressupostos de ação; c) adequaria o pedido; d) rejeitaria o pedido; e) mandaria emendar a inicial. Enfim, daria garantias efetivas para consolidar o Direito e a justiça.

### 3.3.6. Dos atos processuais

Em seu art. 13, a lei refere que a prática dos atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação, sendo dispensadas as cartas precatórias, ou até mesmo os mandados.

Este princípio, no entanto, em muitos casos não é seguido pelos juízos, como no Estado do Paraná, na Comarca de Curitiba, para qual foi expedida carta precatória,<sup>301</sup> para citação de uma empresa daquela Comarca. A carta foi entregue ao Fórum pelo correio no dia 02.01.08. De forma célere e sem as demoras de praxe, no dia 18 de fevereiro de 2008, ou seja, um mês e meio depois, a carta foi conclusa e o despacho do magistrado foi no sentido de:

Vistos.

1- Considerando que a data designada para o ato deprecado na origem resta muito próxima, não havendo, portanto, tempo hábil à efetividade em seu cumprimento; e, ainda a insuficiente instrução, **devolva-se** à origem para as providências que forem do entendimento do d. Juízo deprecante.

2- **Baixas** mediante as cautelas de estilo.

Curitiba, 18 de fevereiro de 2007(sic)

Juiz de Direito Substituto

O cartório recebeu a carta no dia 20 de fevereiro de 2008 e, no mesmo dia, devolveu-a para a comarca de origem.

O dia da audiência estava aprazado para o dia **27 de fevereiro de 2008**.

O desconhecimento da Lei não pode ser alegado por um magistrado, esquecendo-se dos princípios orientadores da Jurisdição, do mais simples dos comandos num caso de precatórias que é o:

*“Cumpra-se”*

Olvida-se que não cabe a cobrança de custas para precatórias oriundas dos Juizados Especiais cíveis (art. 54).

Olvidando-se do comando do art. 209 do CPC:

O Juiz recusará cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado:

I -quando não estiver revestida dos requisitos legais;

<sup>301</sup> Processo n.º 043/3.07.0000745-0.

- II - quando carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia;
- III - quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

A visão positivista-liberal-discrecionária é latente na manifestação do magistrado que arvora o Direito de poder dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa e que tem o poder da caneta para se manifestar na/da forma que melhor lhe aprouver:

E é justamente desse monastério de sábios que emana a 'fala autorizada' que (re)produz o habitus do campo jurídico. Os eleitos, enfim, aqueles que podem falar/dizer-a-Lei-e-o-Direito, recebem o cetro (o espectron da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, 'extorsões de sentido', e 'abusos significativos'. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de confinamento discursivo, enfim, quem tentar entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de 'porte ilegal da fala'..

É claro que esse processo de produção da 'fala autorizada' exige de parte dos operadores jurídicos uma espécie de cumplicidade linguística (Warat, Veron e Santaella). Isso é possível apenas se e quando o público-alvo (comunidade jurídica) reconhece quem exerce a eficácia simbólica do discurso como podendo exercê-la de pleno Direito: 'A linguagem de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças à assistência dos mecanismos sociais capazes de produzir tal cumplicidade, fundada por sua vez no desconhecimento, que constitui o princípio de toda e qualquer autoridade'.<sup>302</sup>

A falta de compromisso com os ideais sociais e de respeito à Jurisdição e às normas infraconstitucionais que delineiam o ordenamento jurídico, muitas vezes é descumprida e desrespeitada (felizmente por uma minoria de juízes), por se acharem donos da fala e do “poder discrecionário”. A autoridade deste magistrado está acima da autoridade dos outros magistrados? A horizontalidade dos juízes foi quebrada, pois, neste caso específico, a recusa ao cumprimento da carta se dá de forma arbitrária, sem a menor fundamentação jurídica ou qualquer outra fundamentação.

Tal decisão não estaria de acordo com a teoria do Direito como integridade de Dworkin, pois o cumprimento de cartas precatórias não poderia ser deixado ao arbítrio do Juiz em cumprir ou não cumprir. Não cabe a ele decidir ou discutir a ordem emanada de seu colega, uma vez que nestes casos um simples “cumpra-se” seria o normal.

---

<sup>302</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 237-238.

### 3.3.7. Das conciliações

Com relação às ditas “conciliações” nos Juizados, a práxis tem demonstrado que estas quando das audiências de conciliação, o conciliador, frente às partes, oferece o acordo, procurando demonstrar suas vantagens. Ante a menor resistência, a audiência acaba e o termo é lavrado, sendo marcando audiência de instrução e julgamento. O uso dos atos ou o “agir comunicativo” se dão de forma muito superficial, sem que as partes possam formular a intenção de se entenderem, não sendo possível, então, se chegar ao entendimento, ao consenso.

A falta de horizontalidade no conhecimento e na forma de desenvolver discursos argumentativos, livres de coação, com racionalidade, faz com que as pessoas não consigam entabular uma conversação com o fim de obterem o consenso. Quando um lojista se utiliza de subterfúgios para cobrar dívidas, com juro extorsivos ou relativos a mercadorias em relação às quais não foram pagas os impostos, estará agindo comunicativamente? Ou os discursos serão falsos e coativos, viciados desde a origem? Não, não se pode. Para obter, ou se trabalhar o procedimentalismo é necessário: a) inteligibilidade; b) sinceridade; c) verdade; d) correção normativa.

Utilizar-se somente dos procedimentos para se alcançar Justiça nestes casos é algo por demais simplista. Habermas diz que a legitimidade do Direito deve se apoiar num arranjo comunicativo, em que os participantes de discursos racionais, os parceiros do Direito, devem examinar ou poder examinar se uma norma controvertida pode encontrar o assentimento de todos os participantes.<sup>303</sup>

O uso de discursos racionais para que se busque o entendimento por meio de argumentos livres no interior de um espaço público, Habermas cria o espaço público como sendo um local para as relações comunitárias, um espaço para que as demandas e reivindicações possam ser debatidas, examinadas, discutidas e argumentadas. Tendo de ser um espaço acolhedor de instituições estatais e não estatais. Aonde se possa agir publicamente, com espaço livre e coletivo para que as discussões sobre a vida das pessoas possam ser

---

<sup>303</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.



decididas consensualmente, com negociações reguladas por procedimentos fundamentados discursivamente<sup>304</sup>.

O uso da linguagem, para ser justificado, tem de passar por critérios em que o que é dito deve ser inteligível. O conteúdo do que for dito deve ser verdadeiro, o emissor deve ser sincero, não tendo por objetivo enganar o outro. A aceitação e a rejeição de argumentos para validar ou invalidar podem ser utilizados para os casos em que aplique tal desiderato, ou seja, para as situações simples, em que impera a vontade para o entendimento. Nos demais casos, caem por terra as regras da TAC e devem prevalecer decisões corretas, que respeitam a coerência e Integridade do Direito em suas diretrizes constitucionais.

Viu-se que a criação dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais propiciou, à grande parcela da sociedade, acesso ao Judiciário; vem sendo trabalhada até os dias atuais, com afinho e dedicação dos operadores deste novo instituto, mesmo com as dificuldades que se enfrentam nestes casos. A falta de infraestrutura humana e física é prova disso. Em boa parte encontram-se cartórios especiais dentro de varas judiciais, com os mesmos servidores tendo de partilhar as mais variadas funções.

Em poucos lugares há varas especializadas para este desiderato. Conciliadores, que em muitas situações se dedicam com os potenciais que lhes são inatos, ou seja, agem mais com transpiração do que por conhecimento e inspiração. Juizes Leigos que, infelizmente, não possuem o conhecimento e a capacidade de desempenhar as funções de um magistrado. Na maioria dos Juizados, os juizes togados não participam das audiências<sup>305</sup>. A desassistência de boa parte da sociedade pode ser comprovada com uma visita aos Juizados. Começa pelo horário após as 18h30min, com a recepção dos envolvidos no átrio do Fórum, todos juntos e embolados, com poucas cadeiras e em mínimas condições de atendimento.

O horário de transporte coletivo nas cidades interioranas é restrito a poucos ônibus e a poucos horários, em muitos casos, o último sai da rodoviária às 18 horas. Fazendo com que pessoas saiam de casa num dia e tenham que voltar no outro, ou vão ter que pegar um táxi, o veículo de um vizinho ou qualquer outro meio de locomoção para poderem retornar as suas casas na mesma noite da audiência. Os agricultores precisam trabalhar em suas propriedades, no horário dos Juizados, com alimentação de animais, ordenha, e em outras atividades, que

---

<sup>304</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

<sup>305</sup> Muito embora, estas assertivas não tenham comprovação estatística oficial, foram obtidas em conversas informais com funcionários dos Juizados.

não podem esperar, ficam no dilema de ir à audiência e deixar a propriedade, ou ficar na propriedade, e ser prejudicado pela revelia e suas consequências.

Todo e qualquer pedido é recebido, não havendo filtragem nas condições de ação, como legitimidade ativa e passiva. O pedido é aceito, tudo de acordo com a premissa de que na primeira audiência poderá ocorrer um acordo, e o feito poderá ser arquivado. Esquece-se do constrangimento por que pessoas demandadas nos Juizados poderão passar em nome desta “simplificação”, que, em tese, não ocorre no juízo comum.

### 3.3.8 Dos prazos

Os Juizados Especiais foram criados para desafogar o juízo comum, que não possui as condições de cumprir com o papel Constitucional de prestar Justiça rápida, simplificada e que atenda à demanda da população. O alto custo operacional é impeditivo à concretização deste anseio, para boa parcela da sociedade.

No início, os prazos processuais podiam ser cumpridos. Hoje, com o crescente número de processos, os cartórios não conseguem mais trabalhar de acordo com os prazos estabelecidos. Assim, processos que deveriam ter o término em poucos meses prolongam-se por mais de dois anos contando-se os recursos, ou seja: entre a reclamação e a audiência conciliatória (dois meses); propositura da ação e a instrução (três meses); até decisão de mérito prolatada (sete meses); havendo recurso (seis meses). Citação, audiência de conciliação, audiência de instrução e julgamento, sentença, recurso e julgamento do recurso (416 dias), mais a execução de sentença/acórdão (210 dias), pouco menos de dois anos.<sup>306</sup>

Busca-se gastar menos para se dar falsa sensação de distribuição de Justiça. Num primeiro momento, acredita-se que a população está assistida pelo Estado. Não obstante, isso não acontece. Substancialmente, quando comparados os Juizados com o tratamento dispensado à Justiça Comum, pode se chegar à conclusão de que os Juizados Especiais estão a ser vítimas de uma enorme injustiça orçamentária.<sup>307</sup>

Impera a falácia de que o “grande número de acordos”<sup>308</sup> entabulados e não cumpridos precisa de resposta jurisdicional e que portanto, a penhora, estaria justificada, de

<sup>306</sup> **Revista dos Juizados Especiais**, Doutrina-Jurisprudência vol. 45/46, p. 25.

<sup>307</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Ed. Cortez, 2008, p. 62.

<sup>308</sup> Os acordos perfectibilizados importam aproximadamente em 25% do total dos processos. Fonte Revista dos Juizados Especiais. 47/48.

tudo o que tem dentro de casa de pessoas humildes. O patrimônio (mais uma vez, juridicamente) está acima da dignidade humana e dos Direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal, que manda erradicar a pobreza. Ou o pagamento de dívidas está num patamar mais elevado constitucionalmente ou a pobreza adquire outro conceito.

Há a confusão a respeito do que seja “Jurisdição” e o que seja cumprimento da sentença. Uma coisa é a jurisdição; outra é o devedor ter bens para satisfazer a sua dívida. O cumprimento da sentença é ato jurisdicional, mas, se o devedor tem ou não bens, não é problema jurisdicional, é questão econômica.

Argumentos de que quem deve tem de pagar são verdadeiros; mas outros poderiam ser levados em consideração. Quem vende mal, quem vende com intenções escusas, com juro escorchantes, com valores superfaturados pode ser tratado como comerciante sério e com “Direitos” de se abrigar nos Juizados para obter vantagens? A busca de distribuição de Justiça não pode ficar encoberta, ou vista em segundo plano, pela distribuição célere de resposta jurisdicional.

Os Juizados passaram a ser uma “agência estatal de cobrança”, em que comerciantes, agiotas e outros se utilizam da máquina estatal gratuita para receber valores, expropriar bens atingidos pela impenhorabilidade. Quiçá se utilizassem o juízo comum, com verba honorária e custas, e tendo a impenhorabilidade como óbice para o recebimento das dívidas, teriam outro cuidado com seus negócios, e o Estado/Jurisdição poderia propiciar um melhor atendimento aos usuários que realmente dele necessitam.

Os Juizados Especiais, na visão procedural, poderão ser vistos como mais um procedimento democrático dentro dos padrões constitucionais, ou seja, este novo Instituto foi discutido com a sociedade e passou pelo crivo do Legislativo, operando dentro do Poder Legiferante com todos os trâmites superados. O problema é que o procedimento dos Juizados esbarra na impossibilidade de se garantir Direitos e garantias fundamentais.

A utilização dos discursos desta teoria para se chegar ao consenso, também pode ser vista com bons olhos, não obstante, o tempo disponível para se obter o consenso e o alto número de processos, bem como a baixa instrução dos usuários pode não ser a melhor solução neste momento.

O procedimento em busca do consenso com o tempo ilimitado, com discursos racionais, com intenções sérias, enfim com a TAC e a ED possam levar a emancipação e a

maioridade, mas, no caso dos Juizados, pode não ser a resposta correta. Esta poderá ser encontrada no Direito como integridade, respeitada as garantias substanciais constitucionais.

### 3.3.9 Dos custos administrativos nos Juizados Especiais

No Rio Grande do Sul, os custos com a manutenção dos Juizados Especiais são mínimos, podendo-se destacar alguns aspectos como:

a) têm-se oitocentos e cinquenta e três Juízes Leigos, sem vínculo empregatício, sem qualquer Direito trabalhista, percebem somente valores por produtividade, ou seja, por sentenças homologadas;

b) novecentos e noventa e quatro conciliadores, sem vínculo empregatício, sem qualquer Direito trabalhista, percebem somente valores por produtividade, ou seja, por sentenças acordadas um valor quase que simbólico.

c) os funcionários de carreira percebem 20% para trabalharem em horário noturno.

d) o número de processos que ingressam por ano chegam a duzentos e cinquenta mil.

e) dos quais sessenta mil são relativos a acordos;

f) o restante é decidido por meio de sentenças.<sup>309</sup>

g) o prazo de duração dos processos são iguais aos da Justiça Comum, ou seja, em média mais de dois anos, entre a propositura, recurso e a execução da sentença.

Esses dados podem<sup>310</sup> levar a conclusões que apontam para o acerto destas medidas, uma vez que com por meio dos Juizados está havendo inclusão de grande parte da sociedade. Mas, pode ser feita outra leitura, a de que há duas Justíças: uma para os que podem custear honorários, custas e perícias e demais despesas, e outra, para pessoas sem condições financeiras, sociais e culturais e que precisam resolver os seus problemas.

A economia passa pela má remuneração dos juízes Leigos e conciliadores, pela baixa remuneração dos funcionários cansados e desmotivados, após o horário normal de trabalho deve continuar até o término dos trabalhos que podem ocorrer às 22horas ou mais.

<sup>309</sup> **Revista dos Juizados Especiais** Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: 2006 vol. 47/48, p. 166.

<sup>310</sup> Estes dados poderão ser mais bem analisados nas revistas dos Juizados Especiais, Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre:

A celeridade antes propalada não é mais efetiva. O que antes parecia célere, anda, agora, a passos lentos como a Justiça Comum. Os processos demoram e as decisões em muitos casos não vão ao encontro de um Direito como Integridade, de acordo com a visão substancial do Direito transformador do Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso dos Juizados, parece ter havido uma despreocupação com a segurança jurídica e, inclusive, com a questão da exclusão social no sentido de Acesso à justiça, embora o discurso fundamentador dos Juizados seja, sim, o de que eles se constituem em instância de inclusão social e de efetividade, no que diz respeito à celeridade do processo.

Buscar acesso ao Judiciário como verdadeiro Acesso à justiça foi e continua sendo uma necessidade básica do cidadão. Os atrativos que os Juizados Especiais Cíveis Estaduais proporcionam ao cidadão, tais como o ingresso das demandas sem assistência de Advogados, com fórmulas simplificadas e sem procedimentos formais, podem no primeiro momento seduzir e encantar, mas com olhar perscrutante pode-se ver detalhes, situações que ao invés de incluir, poderá excluir maior parcela da sociedade. Isso tudo depende da forma como são “operados” pelos lidadores do Direito.

O processo, tanto do juízo comum como dos JEC, em muitos casos, continua a ser visto no mínimo em dois modelos,<sup>311</sup> na visão positivista-liberal e na do Estado Democrático de Direito. O primeiro volta-se para o passado, pensa em segurança jurídica, com o asseguramento de relações individuais, em que a celeridade não é condição para a possibilidade de efetividade. Por sua vez, o processo civil, no Estado Democrático de Direito, tem preocupação com a segurança jurídica e com a celeridade. Com celeridade e mais segurança, chegar-se-á à efetividade. Esta segurança se volta para o passado, para o presente e, principalmente, para o futuro.

No Rio Grande do Sul, os custos com a manutenção dos Juizados são mínimos: a) têm-se oitocentos e cinquenta e três Juízes Leigos; b) novecentos e noventa e quatro conciliadores, sem vínculo empregatício, sem salários, somente com um valor quase que simbólico; c) os funcionários de carreira percebem 20% para trabalharem em horário noturno;

---

<sup>311</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Ed. Editora do Advogado, 2007, p. 283.

d) o número de processos que ingressam por ano chegam a duzentos e cinquenta mil; e) dos quais sessenta mil são relativos a acordos; f) o restante é decidido por meio de sentenças; g) o prazo de duração dos processos são iguais aos da Justiça Comum, ou seja, em média mais de dois anos, entre a propositura, recurso e a execução da sentença.

Estes dados podem (estão na revista dos Juizados) levar a conclusões que apontam para o acerto destas medidas, uma vez que, com estes procedimentos, está havendo inclusão de grande parte da sociedade. Mas, pode ser feita outra Leitura: no sentido de que há duas Justanças: uma para os que podem custear honorários, custas, perícias e demais despesas, e, outra para pessoas sem condições financeiras, sociais e culturais e que precisam resolver os seus problemas.

Com relação à penhora, vê-se que o problema não é só de Jurisdição (processual), ou de “aplicação” dos “princípios” da celeridade ou simplicidade, mas de condições financeiras dos réus. O fator econômico é a resposta para a ineficiência da penhora, como ocorre em outros Estados em que o percentual de penhora chega a ser menor do que em Porto Alegre-RS.

Tornar bens impenhoráveis que fazem parte de um padrão médio de vida, em penhoráveis, pelo fundamento liberal positivista em nome da “Jurisdição”, não pode prosperar como fundamento para este tipo de procedimento, levando um número maior de pessoas para a exclusão social e indo de encontro com o princípio da proibição de retrocesso social.

O procedimentalismo é uma teoria com grande poder atrativo, pois traz no seu bojo a busca pela emancipação e pela maioria do ser humano, que seduz e ilumina a alma de qualquer pessoa que almeja um mundo melhor, com Justiça adequada para socializar e pacificar um povo.

É importante a criação de espaços públicos em que as relações comunitárias interagem, com demandas e reivindicações sendo discutidas, examinadas, argumentadas para se chegar a um consenso. Este espaço deve ser acolhedor para se poder agir publicamente, de forma livre ou coletiva, em que se possa discutir sobre a vida. A fusão do privado com o público mostra que a sociedade moderna é por demais complexa e exige respostas no sentido de impedir que uma parte possa ser diminuída ou superposta à outra.

A busca pelo melhor argumento é atingida pela comunicação livre de coação, em que pessoas decidem livres de coação, dentro de um processo democrático dialógico para se alcançar um consenso, não podendo ser confundido com o agir estratégico, que tem por norte

a dominação, pela coordenação de planos com objetivos de influenciar, com ou sem assentimento. É o que se faz numa guerra.

Apresenta um mundo da vida como um conjunto de sentidos pré-determinados, para desenvolver o indivíduo a fim de que tenha condições de compreender, interpretar, e um agir, em que o mundo da vida é estruturado pela sociedade, pela cultura e pela personalidade.

Os discursos podem ser argumentativos: os indivíduos tematizam exigências de validade contestadas e procuram resgatá-las ou criticar os argumentos. De fundamentação, utilizados na confecção das Leis; e de aplicação, dos quais os juízes se utilizam para dar o Direito.

A aplicação dos discursos argumentativos nos Juizados Especiais, porém, pode sofrer grandes dificuldades com relação à sua implementação, pois deve haver inteligibilidade entre os falantes. O conteúdo das falas tem de ser verdadeiro. O emissor justifica-se por certos Direitos sociais, devendo haver sinceridade no que diz, sem enganar o outro, não podendo haver comunicação distorcida. A racionalidade é aquisição de conhecimento que se dá pelo conhecimento falível, pelo julgamento objetivo e não pela força coativa de alguém ou de algum discurso distorcido. Vê-se que a implementação destas condições, pelo menos neste momento, não é possível.

A busca pelo entendimento é o ponto mais importante de toda a teoria procedural. Juntamente com o fator econômico, pode-se associar o fator cultural, ou seja, o intelectual, que, como já foi dito, grande parcela da população é analfabeta funcional. As condições de se entabular um discurso com as pretensões de validade, inteligibilidade, sinceridade, verdade e correção normativa, com o fim de se alcançar o consenso talvez, possam ser bem encaminhadas por um conciliador com conhecimentos e muito bem treinado para tal finalidade.

Os Juizados Especiais, vistos proceduralmente, estão de acordo com a constituição e com procedimentos democrático, de elaboração das Leis, com discussão e aprovação Legislativa e sanção do Executivo. Não obstante estarem de acordo com esses procedimentos democráticos, o instituto dos Juizados não preenche, neste momento, a lacuna de Acesso à justiça de forma mais efetiva. Dá-se acesso ao Judiciário, mas falta o mais importante, assegurar as garantias constitucionais de igualdade, fomentando a inclusão social e garantindo um mínimo de dignidade da pessoa humana. Enfim, há as garantias de procedimentos



democráticos sem as garantias concretas ou substancias dos Direito fundamentais insculpidos na Constituição.

Dentro de um mesmo ordenamento, não se pode admitir que haja dois modos de proceder em distribuir Justiça, em que num juízo penhoram-se bens impenhoráveis e no outro não se penhora. Esta falta de Integridade, no dizer de Dworkin, não pode ser aceita. Já de acordo com a teoria substancialista, da mesma forma, não poderia haver esta dicotomia, já que a constituição tem por Direito fundamental o Direito à igualdade, e esta igualdade tem de ser encarada e vista sob todas as formas, ou seja, substancialmente, tem que proporcionar que os Direitos sejam um só. Da mesma forma procedimentalmente não caberia penhora, pois estaria contra o procedimento constitucional e das leis infra-constitucionais. O positivismo abarca estas decisões discricionárias, possibilitando que se legisle retroativamente. Uma coisa é o Juiz intervir para que se concretizem Direitos; outra é utilizar de sua autoridade para arbitrariedades ou desmandos.

A ação rescisória também cai na mesma vala, ou seja, penaliza as pessoas que “optaram” pelo procedimento especial. Mas se este procedimento passou pelas condições processuais democráticas, ele é constitucional e, portanto, válido, na esteira de Habermas.

De acordo com Dworkin, a coerência deve ser respeitada, pois, se o ordenamento jurídico prevê ação rescisória e impenhorabilidade para casos da Justiça Comum não há possibilidades de haver dois Direitos. Para uns serve a impenhorabilidade; para outros, não. Para uns cabe ação rescisória; para outros, não. Do contrário, o Direito ou as Leis tornam-se incoerentes, tendo em vista que a integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de se estenderem a cada um os padrões fundamentais de Justiça e equidade. O que se busca é um conjunto de Direito coerente com os princípios de Justiça, equidade e o devido processo legal.

As regras se aplicam ou não se aplicam. No caso da impenhorabilidade e da ação rescisória, pode-se dizer que são regras que se aplicam no Processo Civil de uma forma, e nos Juizados de outra forma. Isso faz com que se perca a Integridade do Direito, problema que pode ser resolvido pelos princípios de igualdade, que mandam tratar os casos semelhantes de igual forma.

Os Juizados não se prestam a dar uma resposta satisfatória aos jurisdicionados que atenda à demanda da população carente que busca acesso ao Judiciário com Justiça. Da maneira como estão postos, ou seja, numa visão liberal e tradicional de interpretação do

Direito, não se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Os Juizados têm de ser vistos constitucionalmente, ou seja, coadunados com os princípios fundamentais, sociais, coletivos e difusos, de modo a equalizar o cidadão “pobre” do “rico”, fornecendo uma mesma Justiça uniforme e com eficiência.

Dessa forma, pode-se pensar em alterar a Lei dos Juizados para que fiquem em consonância com integridade, nos termos de Dworkin, e também para que seja substancializado pelo Direito Constitucional, na esteira de Streck.

Nesse ínterim, algumas sugestões poderiam contribuir para que os Juizados fiquem mais eficientes e se tornem eficazes dentro do Estado Democrático de Direito:

- 1) quanto à infraestrutura:
  - a) o horário noturno não é o mais recomendável quando se busca tratamento igualitário de cidadãos, pois mais atrapalha do que ajuda.
  - b) O horário forense normal é o mais indicado, pois haveria isonomia de tratamento, sem falar na possibilidade de os usuários do interior poderem se beneficiar de transporte regular, ou seja, da utilização de ônibus em horário diurno;
  - c) O ambiente em que são colocados os usuários deveria ser em salas propícias, com comodidade, cadeiras, um lugar confortável.
- 2) quanto à proceduralização:
  - a) os conciliadores poderiam continuar prestando serviços nos moldes da Lei dos Juizados;
  - b) os Juízes Leigos deveriam ser dispensados, não contribuem para o deslinde do processo, pois, não possuem investidura, e as demais garantias e deveres do juiz togado.
  - c) a atuação voltaria ao Juiz de Direito, que é o competente para prestar a Jurisdição. Ganhar-se-ia com a celeridade e imediatidade, uma vez que se passaria de imediato para a instrução e julgamento, com a análise de todas as controvérsias e sua solução instantânea.
  - d) a oitiva das testemunhas se daria com mais rapidez,

- e) a sentença (dispensado o relatório) partiria para as questões de Direito, com resposta jurisdicional imediata, ganhando em celeridade, e imediatidade;
- f) as câmaras recursais deveriam ser instaladas em todas entrâncias intermediárias, como forma de acesso e imediatidade da jurisdição.
- g) no momento do ingresso de uma demanda, deve-se analisar as condições de ação, não havendo, tem de ser rejeitada;

3) quanto às alterações legislativas:

- a) adequação da legislação dos Juizados Especiais Cíveis dentro do CPC para que adquira coerência, integridade e padronização dos procedimentos, um ordenamento coeso e com garantias de igualdade no tratamento de Direitos;
- b) Assim, por exemplo, o art. 59 da Lei 9.099/95 deveria ser suprimido para estar de acordo com ordenamento processual civil.
- c) a uniformidade nas penhoras, resguardando os bens de uma família de médio padrão de vida conforme o art. 649 do CPC, com exclusão dos bens de alto valor e suntuosos.
- d) a supressão ou o fracionamento de Direitos fundamentais ou, ainda, a “relativização dos procedimentos” não pode ser vista como solução para a ineficácia ou pela parcial ineficácia da prestação jurisdicional.

Garantir Direitos fundamentais deveria ser o primeiro pensamento dos operadores dos Juizados, como em qualquer outro Órgão da Justiça.

Por fim, pode-se dizer que:

- a) A Lei dos JEC, pelo que foi exposto, não observa a Integridade do Direito (integridade legislativa);
- b) A aplicação da Lei dos JEC não é coerente, pois, não tem levado em consideração, por exemplo, o princípio da isonomia (integridade jurisdicional). Assim, a resposta que o judiciário tem ofertado não é uma “resposta correta”, “adequada constitucionalmente”, consoante Streck.

- c) A postura procedimentalista não é possível de aplicação nos JEC, pois não há como: a) obter uma situação ideal de fala; b) evitar a coação; c) ilimitar o tempo para obtenção de acordo; d) conseguir a “sinceridade” dos envolvidos.
- d) A postura substancialista, que preza o respeito a uma “comunidade de princípios” e à coerência e integridade do Direito, conforme já visto anteriormente o pensamento de Dworkin, é a que melhor se coaduna com o Direito brasileiro, mormente em se levando em conta que as “promessas de modernidade” ainda não foram cumpridas no Brasil, a teoria do direito como integridade e a postura substancialista vêem a Constituição e as leis como “condição de possibilidades para transformação social”, (Streck). São eles que no atual momento histórico, encontram aplicação no âmbito do direito brasileiro, em especial nos juizados especiais cíveis.

## REFERÊNCIAS UTILIZADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: o processo de execução no Juizado Especial Cível**. Plenum informática e Serviços Ltda., 2000. 1 CD-ROM.

----- . **Processo de execução no Juizado Especial Cível. Revista dos Juizados Especiais: doutrina** – jurisprudência; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios. V.1, n.1, Brasília: O Tribunal, 1997.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2007.

ARMENGAUD, Françoise. **A Pragmática**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

- ASSIS, Araken de. **Execução Civil nos Juizados Especiais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BALSA, Casimiro; BONETI, Lindomar Wessler; SOULET, Marc Henry. **Conceitos e Dimensões da Pobreza e da Exclusão Social uma abordagem Transnacional**. Ijuí: Ed. Unijui e CEOS - Investigações Sociológicas, Coleção Método e Teorias, 2006.
- BAJOIT, Guy. **Tudo muda: proposta Teórica e análise da Mudança sociocultural nas Sociedades Ocidentais contemporâneas**. Ijuí: Ed. Unijui e CEOS - Investigações Sociológicas, Coleção Método e Teorias, 2006.
- BAUMMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** São Paulo: Saraiva, 2009
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. . tradução de Magda Lopes São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4ª edição. Ed. Universidade de Brasília, 1994.
- . **O Positivismo Jurídico lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Icone, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.
- CAMPOS, German J. Bidart. **Los Equilibrios de la Libertad**. Buenos Aires: Ediar, 1988.
- CANCLINI, Néstor Garcia. **Diferentes, Desiguais e Desconectados**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. **Jürgen Habermas**: Legalidade e Eticidade nas Pequenas Causas 70 anos. n. 138. Rio de Janeiro: Ed. Revista Tempo Brasileiro, 1999.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- COOLEY, John W. **A Advocacia na Mediação**. Brasília: Ed. Unb, 2001.
- DA SILVA FILHO, Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.
- DE CONTO, Mário. **O princípio da Proibição de Retrocesso Social**: uma análise a partir dos pressupostos hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DORFMANN, Fernando Noal. **As Pequenas Causas no Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.
- , **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.
- EAGLETON, Terry, **A ideia de Cultura**. São Paulo: Ed. Unesp, 2003.
- ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza uma teoria del control constitucional**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- ESTEFAN, André; OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico elaboração e formatação**. 14 ed. Porto Alegre: Ed. Brasul Ltda, 2007.
- GADAMER, Hans Georg. **Hermenêutica em retrospectiva, I e II Heidegger em Retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- , **Verdade e Método I e II**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- , **El Problema de la Conciencia Histórica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

- GAULIA, Cristina Tereza. **Juizados Especiais Cíveis – O Espaço do Cidadão no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Razão comunicativa e emancipação**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.
- , **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I e II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.
- **A Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- **Jürgen Habermas: 70 anos n. 138**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. **Metafísica de Aristóteles sobre a essência e a realidade da força**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- **Ser e Tempo**. Parte I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HESSE, Konrad; **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2004.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Ed. Editora do Advogado, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradutor João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2ª edição. Campinas: Ed. Russel, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito**. EDUNISC, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo: Curso de Processo Civil V. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- , **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1995.
- MARTINS, Hélio. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Livraria Del Rey, 2000.
- MCCARTHY, Thomas. **La Teoria Crítica de Jurgen Habermas**. Madri: Ed. Tecnos, 1992.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- OBBERG, Eduardo. **Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei n. 9.099/95**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PHILIPPSEN, Adair; LUDWIG, Arthur Arnildo. **Manual dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.
- REVISTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – Doutrina e jurisprudência. Publicação da Corregedoria – Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 46 volumes.
- ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis – aspectos polêmicos da Lei n. 9.099, de 26-09-95**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2003.
- RODRIGUES, Décio Luiz José. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis, comentada**. São Paulo: Ed. Lemos e Cruz, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e o Discurso sobre a Economia Política**. São Paulo: Hemus, 2007.
- RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Lisboa: Dom Quixote, 2004.
- RIBERI, Pablo. **Variaciones sobre Igualdad como valor, principio y derecho**. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2007.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia Constitucional**. Livraria do Advogado. 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- SILVA, Ovidio A. Batista da Silva. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2008.
- STEIN, Ernildo. **Mundo vivido das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- **Uma breve introdução à Filosofia**. Ed. Unijui, 2005.
- **Pensar é pensar a diferença filosofia e conhecimento empírico**. Ed. Unijui 2006.
- **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004.
- **Seis Estudos Sobre *Ser e Tempo***. Petrópolis: Vozes, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica Do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- **Ciência Política e Teoria do Estado**. Livraria do Advogado: 2008.
- **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2008.
- VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de Direitos fundamentais repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget. 10 ed.
- WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 versão. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os Novos Direitos no Brasil, Natureza e perspectivas**. Saraiva, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.