

A COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA DA CULTURA FRENTE AO DECISIONISMO JUDICIAL: NOTAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS¹

UNDERSTANDING THE CONSTITUTION AS A SCIENCE OF CULTURE AND JUDICIAL ACTIVISM: NOTES TO SPECIAL COURTS

Márcio Ricardo Staffen²

*“Quem possui o monopólio do poder não tem apenas
suficiente poder para impor a justiça; ele também possui suficiente
poder para recusá-la”
Otfried Höffe*

Resumo: O presente artigo expõe a partir do constitucionalismo e da teoria da Constituição a necessidade de limitação e controle dos poderes, não só políticos, sociais ou econômicos, mas, especialmente, dos juízes. Neste cenário, é fundamental estabelecer parâmetros constitucionais válidos à interpretação constitucional, de modo que a interpretação/decisão não se converta e se fundamente em opções pessoais, mas que sobretudo seja constitucionalmente participativa. A reflexão proposta considera, particularmente, o sistema que compreende os Juizados Especiais, no qual o julgador goza de amplos poderes na condução do processo, conforme institui a Lei 9.099/1995. Esse é o dilema: tal margem de discricionariedade judicial é constitucionalmente válida? Utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Interpretação; Constituição; Juizados Especiais.

Abstract: This article sets out from the theory of constitutionalism and the need of the Constitution limiting the powers and control, not only political, social or economic, but especially the judges. In this scenario, it is essential to establish constitutional parameters to the valid constitutional interpretation, so that the interpretation / decision will not become and

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

² Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – UNIVALI – e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - UNIDAVI. Advogado (OAB/SC). E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br

is based on personal choice, but above all be constitutionally activ. The discussion considers the proposal, particularly, the system comprising the Special Courts, in which the judge enjoys wide discretion in conducting the proceedings, as establishing the Law 9.099/1995. This is the dilemma: that judicial discretion is constitutionally valid? It was used for the development of this research, the inductive method, operated by the techniques of operational concepts and literature.

Keywords: Interpretation; Constitution; Special Courts.

1. Nota introdutória

Este texto foi pensado a partir de um objetivo muito simples: avaliar um modo seguro de interpretar a Constituição, em meio ao *faroeste jurídico* decorrente do solipsismo judicial, no qual cada um atira para um lado, como construção efetiva do constitucionalismo, focado, especificamente, no sistema dos Juizados Especiais.

Há inegavelmente no atual cenário jurisdicional forte preocupação no que diz respeito ao espraiamento dos poderes do juiz e, sobre o modo pelo qual se decide. Não faz mais sentido, se é que um dia fez, pensar na decisão como algo revelado, proveniente de um poder divino, sobrenatural ou da consciência do julgador. De igual forma, decidir não pode ser ato de vontade. A democracia e o Estado Constitucional reclamam para sua manutenção um controle rígido das decisões proferidas. Se a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras coerentes para sua interpretação. Para tanto, analisa-se o constitucionalismo como senda deste objetivo, direcionada no presente texto ao cenário dos Juizados Especiais. Este é o propósito que se principia pelo resgate dos pressupostos da Constituição e do constitucionalismo.

Para tanto, a análise do processo de construção do constitucionalismo e, conseqüentemente, das Constituições importa como marco fundamental aos limites de interpretação e aplicação da Constituição no sistema dos Juizados Especiais. Sem a noção de limitação de poderes e empoderamento dos indivíduos pela Constituição estar-se-á pactuando que impera como palavra final a palavra do juiz, não da Constituição.

Neste contexto, ganha relevo a urgente e inadiável compreensão da Constituição como ciência da cultura, na proposta de Peter Häberle. Isto é, transcender a condição normal de documento para inserir a Constituição como um processo público sempre aberto e

participativo que influencia diretamente tanto a Política quanto o Direito. Ao tempo em que tanto se discute sobre decisionismo³ eis uma proposta de força neutralizadora, afinal, quanto maior o número de envolvidos materialmente nos processos de tomada de decisão menor será o campo de prevalência de vontade individual.

2. A constituição do Constitucionalismo

Tradicionalmente, a ideia de constitucionalismo designa, conforme anota Santi Romano (1977, p. 42), “as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’”. Prescreve, de igual sorte Jorge Miranda (1996, 17), para quem o constitucionalismo não pode ser compreendido “senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos Séculos XVIII e XIX – traduz exactamente certa ideia de Direito, a ideia de Direito liberal.”

Todavia, faz-se imperioso observar que a gênese do constitucionalismo não se resume tão-somente nos movimentos revolucionários liberais⁴, ou anti-absolutistas, tal como a Revolução Inglesa, a Independência americana ou a Revolução Francesa⁵. O movimento constitucional do qual se origina a constituição em sentido moderno, possui várias vertentes localizadas em marcos temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais distintos (CANOTILHO, 2002, p. 51-52). Sendo assim, o discurso deve, portanto, começar a partir do “constitucionalismo dos antigos”, tentando compreender os significados que ele assume no desenvolvimento histórico dos acontecimentos que levaram à sua formação. Ademais, é justamente com este paradigma que se habilita o diálogo comparativo em torno do(s) constitucionalismo(s) moderno(s).

³ Apenas para ilustrar tal afirmação merecem leitura (CÁRCOVA, 1996); (VIOLANTE, 2009); (ACCATTATIS, 1998).

⁴ Neste ponto, observa-se uma divergência com os ensinamentos de Dieter Grimm (2006, p. 27-28), para quem o constitucionalismo surge “Sólo con las revoluciones del siglo XVIII en Norteamérica y Francia, que abolieron por la fuerza la soberanía hereditaria y erigieron una nueva sobre la base de la planificación racional y la determinación escrita del derecho [...]”

⁵ O substantivo constitucionalismo carece de uma compreensão plural. Não há que se falar em constitucionalismo, mas sim em vários constitucionalismos (constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, constitucionalismo francês, etc...). (CANOTILHO, 2002, p. 51).

A partir de Maurizio Fioravanti (2001) e Gomes Canotilho⁶ é possível compreender o percurso histórico iniciado pelo constitucionalismo ainda na cultura grega, sem o qual, os signos essenciais do constitucionalismo moderno talvez não se fizessem presentes. Para Maurizio Fioravanti (2001, p. 17), o marco inicial do movimento constitucional advém da antiga busca por uma forma de governo tutora da unidade, do equilíbrio e da indivisibilidade da sociedade e dos poderes públicos. É justamente em solo grego, em meio às oscilações entre a primazia absoluta da assembleia de todos os cidadãos atenienses e a concentração tirânica do poder⁷ que germina o ideal de um poder razoável e equilibrado.

Com Platão (2008) surge a máxima de “*ciencia regia*”, a qual não pretende de nenhuma maneira exaltar os poderes pessoais do mandante, o que autorizaria a arbitrariedade e o despotismo dos governantes e das maiorias. Ao reverso, busca construir uma forma de governo ideal, capaz de dar respostas adequadas, guiadas por regras abstratas e pré-constituídas. Parece evidente para Maurizio Fioravanti (2001, p. 21) que a “*ciencia regia*” e o “governo das leis” não são outra coisa que fórmulas pelas quais se inscrevem as mesmas exigências materializadas em uma constituição estável, solidamente fundada, “puesta más allá de las transitorias formas de la política y, en particular, de la forma política por esencia más instable, que és ciertamente la democrática.”

Aristóteles (19[___]), por sua vez, partindo deste substrato, vaticina que toda forma de governo fundado sobre um único poder é instável. Em favor do equilíbrio almejado, Aristóteles defende uma constituição (*politeia*) mista que se articula com outros centros de poder (sociedade, pobres, ricos, magistrados, etc.). Com isso, dá origem a ideia de equilíbrio e contrapeso entre os poderes. A dicção de Aristóteles produziu efeitos diretos para a organização dos poderes em Roma, a qual repetiu a divisa do equilíbrio entre os cônsules, o Senado e as assembleias populares.

Feito este esboço historiográfico, faz-se por bem advertir que, muito embora houvesse uma busca por ordenação política e social, as constituições dos antigos,

⁶ A partir de Canotilho (2002, p. 52) “fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.”

⁷ “El error de la democracia fue el de apartarse cada vez más de aquel modelo, el de romper el equilibrio. Al apelar a la igualdad absoluta, la democracia ateniense enfermó de demagogia, y terminó, por expresar una constitución parcial e inestable, que inevitablemente la llevó, en fin, a la tiranía.” (FIORAVANTI, 2001, p. 24).

contribuíram exclusivamente com argumentos filosóficos, do tipo virtude e equidade, ao constitucionalismo dos modernos. Além destes não existem signos de conexão direta entre os modelos antigos e modernos de constitucionalismo⁸. Tanto na tradição grega quanto na romana faltavam àquelas constituições elementos de ordem jurídica (cogente), caractere fundante das constituições modernas. Consoante o magistério de Maurizio Fioravanti (2001, p. 29-30) “Los antiguos no tenían ninguna «soberanía» que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos.”

Enquanto o constitucionalismo dos antigos pode ser compreendido como uma ordem política ideal, o período histórico que sucede, o medievo, tem um modelo constitucional fundamentado na ordem jurídica dada, de cunho protecionista do *status quo*. Por isso, a Idade Média desenha-se como o período em que o discurso sobre a constituição deixa de centrar-se exclusivamente no campo político e moral, de aperfeiçoamento do homem através da experiência da participação política para inaugurar um discurso jurídico que nasce da prática social. Neste contexto, a ideia de constituição medieval vincula-se a noção de regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. Destarte, o constitucionalismo medieval destina-se prioritariamente à disciplina da legitimação do poder, posto que, preso ao modelo de constituição mista.

Ainda que o surgimento do Estado Moderno, no século XIV, esteja vinculado a uma série de circunstâncias científicas (Renascimento), econômicas (Capitalismo), religiosas (Cisma) e políticas, para o presente estudo marco fundamental diz respeito à soberania, a qual: representa a autonomia do Estado, de forma que sua autoridade não depende de qualquer outra; extingui com o antigo paradigma de constituição mista; e, lança as bases do absolutismo. Diante deste cenário, a unidade do poder soberano⁹ coincide com sua

⁸ Embora Maurizio Fioravanti (2001, p. 31) não concorde com a busca por raízes do constitucionalismo moderno no antigo (p. 30), sustenta que: “Los antiguos, entonces, dejan de herencia los tiempos sucesivos esta gran Idea: que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores.”

⁹ Muito embora seja o substrato primeiro do absolutismo, essa unidade do poder soberano é de fundamental importância para o constitucionalismo moderno que “[...] se distingue por la pretensión de regular el poder político de manera completa y unitaria, en función de su realización y el modo de su ejercicio, mediante una ley situada por encima del resto de las normas.” (GRIMM, 2006, p. 50).

indivisibilidade. Entretanto, o poder soberano não é um poder [teoricamente] ilimitado¹⁰. De fato é um poder que por sua natureza escapa de controle e contrapesos por parte dos outros poderes.

Patente que este trânsito de uma constituição mista, pautada pela dimensão de pluralidade, de partes distintas, de intercâmbio e de tratados, para um regime regido pelo absolutismo não aconteceu pacificamente. O primeiro embate surge na Inglaterra, a partir dos episódios de 1642. Evidente que uma sociedade fundamentalmente consuetudinária não relegaria séculos de tradição em favor de uma nova construção teórica de Estado. Por outro lado, o modelo soberano e absoluto de Estado havia conseguido adeptos. Todo esse processo efervescente descortinou um novo panorama, e com ele uma situação embaraçosa: a incompatibilidade de uma constituição mista com um modelo soberano e absoluto de Estado.

É justamente neste cenário decisivo que nasce o constitucionalismo moderno¹¹, embora Dieter Grimm não corrobore deste entendimento¹². A guerra civil instalada obrigava a adoção de medidas radicais. Não só estavam os que, como Thomas Hobbes, pensavam que a saída da guerra civil residia única e exclusivamente na adoção de um poder soberano e indivisível. Noutro lado estavam aqueles que advogavam a construção de uma relação necessária entre os cidadãos e os poderes públicos, sobretudo os representativos, como o legislativo, o qual teria a necessidade, para ser forte e estável, de reconstruir uma ordem constitucional equilibrada e contrapesada¹³, capaz de representar de maneira razoável e duradora o conjunto de cidadãos ingleses. Pelos traços desenhados por James Harrington (2011) desejosos de uma sociedade civil de indivíduos independentes, de uma sociedade

¹⁰ Por mais risível que possa parecer (se analisado a partir da Filosofia da Linguagem), Thomas Hobbes (2004, p. 244), limita o poder do soberano na persecução do bem comum e na segurança do povo, devendo prestar contas com o Criador.

¹¹ Vaticina com certeza Maurizio Fioravanti (2001, p. 86) que o advento do constitucionalismo moderno se dá na Inglaterra, em meio aos episódios da Revolução Inglesa.

¹² Na opinião de Dieter Grimm (2006, p. 50-64), a gênese do constitucionalismo moderno pressupõe: ser uma pretensão dos mais débeis; uma ruptura revolucionária; e a separação entre Estado e Sociedade Civil. Neste diapasão, para o constitucionalista alemão, a Revolução Inglesa, se comparada com a Independência Americana e a Revolução Francesa, não se caracteriza como o berço do constitucionalismo moderno por não ter realizado uma ruptura abrupta do *status quo*, isto porque não houve a derrocada do poder tradicional (monárquico) para a construção de um novo modelo. Além disso, a seu ver, faltava à Revolução Inglesa uma constituição formal. Razões estas que impedem o reconhecimento, a seu juízo, do nascedouro do constitucionalismo moderno na Inglaterra.

¹³ Ideia dos *checks and balances* decorre diretamente dos escritos políticos de Henry St. John Bolingbroke, os quais deram signo distintivo ao constitucionalismo inglês e em muito fundamentaram a teorização de Montesquieu.

política que nascesse de eleições livres, com base individual, cria-se um governo misto (representativo) e uma constituição soberana, que obriga a todos indistintamente.

Evidente que este esforço histórico aliado as manifestações teóricas contratualistas¹⁴ acerca do Estado e do Poder, combinados com os processos revolucionários liberais (Independência Americana e Revolução Francesa) atribuem sentido à categoria constitucionalismo moderno. Nos dizeres de Gomes Canotilho (2002) constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à tutela dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma Sociedade. “Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.” (CANOTILHO, 2002, p. 51).

Juridicamente, o termo constitucionalismo significa um complexo de instituições e de princípios que, essencialmente teoriza a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao absolutismo de outrora¹⁵. Segundo Maurizio Oliviero (2003), o constitucionalismo, como produto de um processo dialético insere no texto constitucional de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, características ideológicas e técnicas. A consequência destes caracteres legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica.

Para Giuseppe Morbidelli (1997, p. 53), o constitucionalismo moderno (que se diferencia do constitucionalismo da idade clássica e do período medieval, atento somente as diretrizes de como se governar), surge de uma série de núcleos fortes: a separação dos poderes; as declarações de direitos; a constituição escrita e fundante; seu valor de norma jurídica; o Estado de Direito; o poder constituinte; o controle de constitucionalidade; a supremacia jurídica da Constituição e, por último, mas não menos importante, a tutela dos direitos sociais. Por conseguinte, enquanto no paradigma medieval o conceito de constituição estava adstrito ao âmbito do *ser*, em câmbio, as constituições modernas fixam exigências de

¹⁴ Neste momento, a partir de Nicola Matteucci (1998, p. 128) é preciso dar crédito à proposta de John Locke (1632-1704), responsável por oferecer um fundamento teórico mais sólido ao constitucionalismo inglês e, por converter este modelo constitucional como paradigma de organização do poder civil para toda a Europa.

¹⁵ No plano da Filosofia, “o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e na crença do poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado.” (BARROSO, 2006, p. 146). Em muito contribui Immanuel Kant (1988, p. 75) para esse processo de esclarecimento: “Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parece boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros aspirarem a um fim semelhante e que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível.”.

como *deveria ser* a organização e o exercício do poder estatal, bem como sua relação com os indivíduos, através de uma força normativa cogente.

Em síntese, nos dizeres de Gomes Canotilho (2002, p. 54-55), adotando as influências históricas e o pensamento liberal-contratualista, o constitucionalismo moderno materializa-se de modo a “ordenar, fundar e limitar o poder político”, e “reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos”. Com isso, os pilares principais do constitucionalismo moderno situam-se na “fundação e legitimação do poder político” e na “constitucionalização das liberdades”.

Em que pesem todo este processo histórico evolutivo maturado na modernidade, é a partir da primeira metade do século XX (1920-1930) que nasce uma teoria da constituição propriamente dita. Hermann Heller, Carl Schmitt¹⁶ e Richard Smend, influenciados por Hans Kelsen e Heinrich Triepel, procurando compreender a insuficiência do constitucionalismo liberal e do positivismo jurídico estatal, preso a filosofia do constitucionalismo, propuseram a necessidade de uma teoria da constituição capaz de adequar à realidade constitucional a realidade política e econômica de então.

Para a compreensão do núcleo da teoria de cada constitucionalista, Gomes Canotilho (2002, p. 1335) resume:

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

O termo da Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, a derrocada do nacional-socialismo alemão, reposiciona a teoria da constituição em novas linhas. O culto da teoria da constituição em torno da “unidade da ordem política” e da “unidade do Estado” dá espaço à

¹⁶ Especialmente Carl Schmitt, em sua obra “Teoria da constituição”, buscava elaborar um estudo sistemático acerca da constituição, visando ir além da então predominante e consagrada teoria do Estado que congregava os estudos relativos ao direito constitucional. “Esta postura de ruptura, de superação do enfoque e dilemas da chamada Teoria do Estado, caracterizará o desenvolvimento da Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, mesmo em autores que, a partir do segundo pós-guerra e antes disso, tais como Karl Loewenstein, irão divergir das concepções teórico-políticas schmittianas.” (OLIVEIRA, 2002, p. 26-28).

preocupação com o conteúdo político do direito constitucional e seus reflexos sócio-econômicos, que procura edificar um modelo de estado de direito democrático e constitucional, aliado aos postulados da ciência política.

De igual forma, sobre este substrato ganha relevância a ideia de que a constituição deveria superar a adjetivação de um simples pedaço de papel (LASSALE, 1980) ou mera declaração de boa vontade para assumir força normativa¹⁷, segundo Konrad Hesse (1991). Com isso, a constituição além de carta política de um Estado, guarda em seu bojo eficácia normativa cogente, a conformar e modificar a realidade segundo seus pressupostos basilares.

Não bastasse a atribuição de força normativa, os valores democráticos inclusos na teoria da constituição, requisitaram como premissas básicas a legitimidade material, preocupada como os princípios materiais consagrados pelo Estado e pela sociedade, e a abertura constitucional a fim de receber os anseios políticos destinados à concretização dos fins constitucionais (CANOTILHO, 2002, p. 1338).

Nos dizeres de Gomes Canotilho, se soma as críticas do paradigma clássico de teoria da constituição o movimento crítico-legal, o qual demonstra a impotência do direito constitucional clássico¹⁸ em incluir as mudanças e inovações jurídicas decorrentes das mutações sociais, políticas e econômicas da atualidade. Assim, a impermeabilidade da constituição em absorver o fenômeno da materialização do direito além do modelo liberal-individual-normativista impede a adequação da esfera jurídica aos diferentes âmbitos sociais.

Com Luiz Vergílio Dalla-Rosa (2003), percebe-se que o processo evolutivo da teoria da constituição percorre três estágios significativos, iniciando com a noção da constituição como retrato da ordem político-social (Lassale, Schmitt), passando pela ideia de constituição e sua relação com o poder, Direito, Estado e política (Kelsen, Häberle, Canotilho), para, finalmente, a constituição ser compreendida como garantia.

¹⁷ A compreensão da presente formulação passa necessariamente pela localização do “local de fala” dos constitucionalistas arrolados. De forma geral, Konrad Hesse busca dar cabo a uma deficiência constitucional da Europa continental proveniente da escola francesa, onde a constituição possui natureza essencialmente política. Enquanto isso, o constitucionalismo inglês e também o americano desde a concepção atribuíram à Constituição a função de documento jurídico-normativo passível de aplicação imediata.

¹⁸ Todos os problemas que permeiam a teoria da constituição clássica deram origem àquilo que Gomes Canotilho (2002, p. 1355-1361) denomina “dissolução da teoria constitucional” a partir da teoria da administração (defensora da substituição da teoria da constituição por uma teoria do direito administrativo), da teoria da justiça (defensora da justiça como equidade) e teoria do discurso (sustentada na razão comunicativa). Ressalta o constitucionalista lusitano que, apesar de tentarem responder a algumas debilidades do direito constitucional, de modo algum substituem a teoria da constituição.

3. Cultura de Constituição em sede de Juizados Especiais

Todos esses fatos e acontecimentos teórico-práticos justificam-se por apontar um sentido comum à ideia de Constituição. Afinal, desde a sua concepção primeira a Constituição foi pensada como um documento, com exceção da Grã-Bretanha, preocupada em estabelecer freios e contrapesos ao poder do governo-governantes no intuito de efetivar os propósitos da sociedade civil e o exercício das liberdades individuais (TRIBE; DORF, 2010, p. 39). Em suma: reflete a preocupação em limitar o poder e empoderar os sujeitos.

Não por acaso, conforme dicção de Lenio Streck (2011, p. 74) o constitucionalismo está marcado por um paradoxo, pois a Constituição surge com a exigência de conter o poder absoluto do rei para transformar-se no modo limitador do poder das majorias, tanto das presentes como das futuras gerações, em nome de um marco regulador contramajoritário (TRIBE, 1978). Ademais, se na leitura americana da Constituição, no mesmo espaço geracional digladiam conservadores e liberais, no Brasil, ruralistas, ambientalistas, democratas, evangélicos, substancialistas, procedimentalistas atribuem o sentido conveniente à Constituição.

Não por acaso usam da Constituição no intuito de justificação do poder. Assim, a Constituição transforma-se naquilo que cada um quer que seja (TRIBE; DORF, 2010, p. 54). Ao invés de ser concebida como um processo de constitucionalização da cultura e cumulativamente de uma cultura constitucional (HÄBERLE, 2001), mas como um produto altamente subjetivo, ao critério de comodidades pessoais, fechada a facticidade e a dialeticidade.

Em via oposta, a interpretação constitucional, seja pela senda judicial ou legislativa, não pode ser praticada por processos de indução ou dedução (TRIBE; DORF, 2010, p. 57), a partir de um quadro minimalista e reprodutor de obviedades. Bem como deve acautelar-se para não se converter no ato de re-escrever o texto constitucional.

Sobretudo, os apontamentos de Laurence Tribe e Michael Dorf (2010, p. 185) conduzem à constatação de que a manutenção de níveis de abstração na atividade hermenêutica transforma-se em um modo pelo qual não se deve interpretar a Constituição. A obra de Tribe e Dorf aponta, em síntese, dois argumentos essenciais: a combinação de uma proposta hermenêutica umbilicalmente ligada ao respeito e a fidelidade ao texto da Constituição e; a técnica de elaboração das decisões judiciais enquanto argumento jurídico.

Em complemento, faz-se necessário reconhecer a compulsoriedade de vivência constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais. Não se duvida que a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico¹⁹, precisa ser incluído nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Somente quando se está inserido neste processo vigora o interesse na defesa das suas determinações. Em síntese a Constituição não pode ser divorciada das rotinas mais “simples” da vida social.

Considerando que os problemas de interpretação só aparecem em casos difíceis (*hard cases*) é uma falácia²⁰, merece reflexão o modo pelo qual se dá a interpretação da Constituição em sede de Juizados Especiais, voltados aos casos de menor monta pecuniária e baixa complexidade na instrução.

A facticidade brasileira do último quarto do século XX e os albos do atual momento demonstra o viés predominantemente substancialista da arquitetura dos Juizados Especiais. A ideia fundante dos extintos Juizados das Pequenas Causas já se mostrava fiel ao acesso substancial à justiça, rompendo com a tradição liberal e formalista da processualidade nacional. A instalação de um paradigma judicial cidadão sobre as bases do formalismo jamais conseguiriam aliviar a pressão em torno da litigiosidade contida.

Pelo contrário, faria nascer um novo órgão burocrático dentro de uma estrutura altamente burocratizada. Não por acaso se observe nas legislações acerca dos Juizados Especiais um amplo espectro de liberdade aos julgadores, a começar pela opção de estrutura física (neste caso, a criação dos juizados itinerantes, casas da cidadania, etc), passando pela jornada de funcionamento (possibilidade de atendimento no período noturno) até cumular na instrução, quando infrutífera a conciliação a produção probatória realiza-se até a satisfação do convencimento do julgador.

Ressalte-se que a tônica do sistema dos Juizados Especiais brasileiro favorece explicitamente a encampação do conflito, enquanto processo, pelo juiz. Desde que motivado, vários atos podem ser praticados, a começar pela produção probatória. Vislumbra-se pela redação da Lei 9.099/1995 o *animus domini* do julgador sobre o conflito. Ele decide quais

¹⁹ Aqui, duas ressalvas são pertinentes. Primeiro, a transcendência da simplória e minimalista compreensão da lei como instrumento de coação. Segundo, a necessidade de manter atento à produção legislativa infraconstitucional. O avanço de teorias constitucionais não pode significar um preterimento da legislação, sob pena de se viver em duas realidades paradoxais. Recomenda-se: (ZAGREBELSKY, 2009); e (LEAL, 2010).

²⁰ (TRIBE; DORF, 1991, p. xxii) não se pode esquecer que a ideia de *hard cases* guarda em sua origem um vício insanável: como saber se a interpretação será fácil ou difícil antes mesmo de conhecer do caso?

provas serão produzidas, sem considerar que a ampla defesa e o contraditório são Direitos Fundamentais das partes.

Como ilustração destes argumentos eis o norte fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em flagrante ofensa à Constituição, afinal o art. 5º, LV, não distingui processos cíveis e criminais, bem como não autoriza previsão legal a suprimir a ampla defesa e o contraditório:

Ampla defesa. Juizados Especiais Federais. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, já se firmou o entendimento de que a imprescritibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Perante os juizados especiais federais, em processo de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (Art. 3º Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB ou defensor público. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal. (BRASIL, 2007)

Logo, resta demonstrada a relação de dominação do juiz sobre a causa e as partes. Em verdade, há uma condição de império do juiz. Há aquilo que acima restou condenado, a utilização da Constituição para justificar posições subjetivas toma novo corpo, isto por que é utilizada somente “pró-forma”, pois a decisão já foi previamente escolhida para o caso e para que não se incida em nulidade é preciso motivar a decisão. Não por acaso se admita em revisão de julgados dos Juizados Especiais a remissão dos fundamentos da sentença:

Habeas corpus. Colégio recursal de Juizado Especial. Apelação. Não-provimento. Remissão aos fundamentos da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. O § 5º do artigo 82 da Lei 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão dos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX da Constituição do Brasil. (BRASIL, 2005)

Neste contexto, necessita-se destacar a funesta manutenção, em sede de Juizados Especiais, dos ditames da Teoria Geral do Processo, da Escola do Direito Livre, da Instrumentalidade e a discussão acerca da díade substancialismo-procedimentalismo. Com isso, o processo cumpre sua função se atingiu os desígnios do Estado e da Jurisdição, sem mensurar a alteridade dos litigantes e, essencialmente, os Direitos Fundamentais. Vale a instrumentalidade do processo, metas e paradigmas afins. Com isso, as normas jurídicas e a prática jurisdicional conservam os indivíduos na letargia da subserviência do Estado²¹. Sem considerar a autonomia e a existência de um sistema particular, que tangencia os preceitos constitucionais, nega a Constituição Federal como base de vigência e validade substancial de todos os modelos processuais.

Não por acaso o atual estado da arte dos Juizados Especiais acaba por subverter o núcleo deste sistema processual e da Constituição enquanto fonte primeira dos modelos processuais. Descalcifica a informalidade do procedimento em favor de um discurso de autoridade e unísono, como se a solução adjudicada fosse obtida através de uma geometria matemática. Reforçando aquilo que Warat (2005, p. 111) leciona: “A cidadania de todos os tempos sempre foi uma classe VIP.”. Neste diapasão, o discurso de construção de um direito justo, acaba no extremo, por excluir. Ao se resolver a exclusão entre as partes, cria-se a exclusão das partes pelo Judiciário.

De igual sorte, conforme adverte Häberle (2001, p. 33) do ponto de vista jurídico o povo (enquanto elemento humano do Estado) tem uma Constituição. Mas isto não pode ser exauriente. É necessário que se avance para sendas mais abertas e se reconheça que o povo é parte da Constituição. Logo, não pode estar sonogado desta participação em sua integralidade. Ou, não se pode admitir que a suposta baixa complexidade das matérias sujeitas aos Juizados Especiais seja causa para se passar *in albis* por análise do texto constitucional.

Em síntese faz-se imperioso a defesa de uma cultura de Constituição como instância de mediação (HÄBERLE, 2001) dos antagonismos apresentados em sede de Juizados Especiais, via participação em simetria de faculdades dos destinatários da decisão judicial, que não se satisfaz somente com a adoção dos ditames da Lei 9.099/1995. Sem desconsiderar como pressuposto de validade deste processo a noção de que cultura de Constituição

²¹ “A cabeça dos juízes não está feita para fazer do jurídico um processo de humanização (desvinculando o inumano do processo e das instituições que o comprometem). São juízes que decidem com uma cabeça cheia de normas e cada dia mais atrofiada em termos de criatividade e de articulação do complexo. São juízes cada dia mais dispersamente informados, sem capacidade para organizar sua informação e muito menos transformá-la em sabedoria.” (WARAT, 2005, p. 153).

representa em primeira instância o combate ao desconhecimento do texto constitucional. Somente quando se conhece torna-se possível a convivência de argumentos coerentes.

Ademais, não se pode tolerar nos dizeres de Peter Häberle (2001, p. 57) que a interpretação aberta da Constituição possa ser operacionalizada por uma única pessoa. O que se apresenta como um evidente contrassenso. Neste aspecto reitera-se os riscos que transcendem o discurso teórico do solipsismo judicial potencializados pelo sistema dos Juizados Especiais.

4. Aportes finais...

Em conclusão, a interpretação da Constituição a partir do constitucionalismo, no contexto dos Juizados Especiais, pugna em reconhecer a importância da inclusão daqueles anteriormente excluídos em um processo pautado pela limitação dos poderes e garantia dos Direitos Fundamentais. Bem como, que a Constituição seja reconhecida e vivida como um processo de constitucionalização da cultura e cumulativamente de uma cultura constitucional. A não-obtenção deste panorama conduz, cedo ou tarde, à restauração de *modus operandi* absolutistas.

Há nesta fenomenologia também uma importante constatação, sem uma cultura de Constituição, que implica na compreensão garantista, estar-se-á a defender um paradigma lastreado na virtude ou na legitimação do *status quo*. Toda a evolução do constitucionalismo não passará de retórica.

O reconhecimento de tais práticas importa diretamente na relação de pertinência dos poderes do juiz, em sede de Juizados Especiais, aos dizeres da Constituição; que a decisão seja constitucionalmente participativa, racional, coerente e consistente. Que a condenação não seja fruto da vontade de condenar; que a absolvição não decorra do ânimo de absolver; que o processo não seja sequestrado pelo julgador...

Enfim, quando se fala de interpretar a constituição a partir do constitucionalismo nos Juizados Especiais se fala de balancear a gama de poderes do juiz, em conjunto a limitação dos poderes econômicos, financeiros, políticos e sociais. Logo, a fundamentação da decisão não está na consciência do juiz, nas provas que ele julgou para si convenientes. Ao reverso, deve estar na garantia formal e substancial da Constituição e sua interação com a facticidade dos indivíduos.

Sem isso, vale a advertência de Humberto Gessinger, “estamos sós e nenhum de nós sabe exatamente onde vai parar”, mas seguir-se-á entre procedimentalismo, substancialismo, ativismo, solipsismo, subjetivismo, misticismo...”involucionismo” (mais do mesmo)²²!

5. Referências bibliográficas

ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giuduci del governo**. Milano: Franco Angeli, 1998.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. São Paulo: Escala, 19[___].

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

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

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. Tradução de Rogério Viola Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

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

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

²² “Por que isto é assim? Porque os juristas assumem posturas paradoxais. Se é possível considerar superado o paradigma objetivista (lembramos que Descartes e Kant já o superaram há tantos séculos), ao mesmo tempo, aposta-se cada vez mais no mito do dado, como é o caso específico das súmulas vinculantes e os efeitos de uma decisão sobre outras (como consta no projeto do novo CPC e já prevê o CPC em vigor). Melhor dizendo, quer-se superar o mito da plenipotenciariade da lei (onde a lei é igual ao direito) com outras (novas) tentativas objetivas e objetificadoras. Mas, ao mesmo tempo, o mais incrível é que, para chegar a esse novo ‘belvedere epistêmico de sentido’, aposta-se no sentimento individual (*sic*) do juiz.” (STRECK, 2010, p. 117-118).

HÄBERLE, Peter. **Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura**. Roma: Carocci, 2001.

HARRINGTON, James. **The commonwealth of oceana y a system of politics**. Disponível em: <http://www.loc.gov/topics/government.php>. Acesso em: 05 mar. 2011.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: sem menção de editora, 1988.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

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

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

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

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

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

PLATÃO. **O político**. Tradução de Carmem Isabel Leal Soares. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. Trad. Jimena A. Gamarra. Lima: Palestra, 2010.

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

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1978.

VIOLANTE, Luciano. **Magistrati**. Torino: Einaudi, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune**. Torino: Einaudi, 2009.