



028/1.15.0008119-8 (CNJ:.0015558-44.2015.8.21.0028)

Vistos.

A parte autora ajuizou “ação declaratória de inexigibilidade de cobrança c.c repetição do indébito, dano moral e responsabilidade civil dissuasória” contra a parte requerida, narrando que esta lhe cobra por serviços que não foram contratados e tampouco prestados. Pediu a procedência com a declaração de inexistência da relação jurídica entre as partes, a condenação da ré a restituir o indébito em dobro, e a lhe pagar indenização por danos morais. Requereu a assistência judiciária gratuita. Acostou documentos (fls. 31/88).

É o brevíssimo relato.

Decido.

Vou por partes, iniciando por analisar a viabilidade da propositura da demanda no juízo comum no que diz com os pedidos de declaração da inexistência de relação jurídica entre as partes e de repetição do indébito.

1. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES E RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO

Antes de mais, quero deixar claro que a presente decisão foi pensada e repensada. É objeto de reflexão. Há tempos venho refletindo acerca do problema que passo a tratar nas próximas linhas. Faço-o com o mais alto respeito à parte e ao seu advogado, e aos jurisdicionados. Diante do que a experiência forense tem demonstrado, e ante a falta, de parte dos operadores do Direito, de uma leitura constitucional da Lei dos Juizados Especiais, uma vez que não há mais tempo para pensar, resolvi por bem deixar as pilhas de processos de lado para tentar compreender melhor o acesso do cidadão aos Juizados Especiais Cíveis. Proponho-me aqui, além de decidir, verificar se a tal opção pelos JEC, prevista, segundo doutrina majoritária e jurisprudência dominante, em lei, vige e é jurídica e constitucionalmente adequada. Optei em tratar os fundamentos desta decisão em tópicos para torná-la mais clara e pontual. Assim, dividi a fundamentação do item acima em oito tópicos, devidamente alinhavados a seguir.

1.1. Considerações iniciais sobre o fenômeno da manipulação da jurisdição pelas partes autoras de demandas envolvendo pequenos valores no juízo comum

Com relação ao pedido declaratório de inexistência da relação jurídica entre as



partes e ao pedido de restituição do indébito em dobro, relativo aos valores cobrados por serviços que não foram contratados pela parte autora – o que seria consequência de eventual sucesso do pleito de declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes –, tenho que o feito pode e deve ser encaminhado aos Juizados Especiais Cíveis. Isso porque não há qualquer razão que justifique o ajuizamento de tal demanda no juízo comum, uma vez podendo e devendo ser ajuizada nos Juizados. A parte não pode valer-se de disposição legal, no caso do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 (“A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”), para manipular a jurisdição e ofender a Constituição e, em especial, a própria República, desvirtuando, com isso, os fins para os quais foram criados os JECíveis. Nem mesmo pode valer-se da existência/vigência de Lei Estadual, no caso a Lei nº 10.675/96 que no parágrafo único do art. 1º assim dispõe: “A opção pelos Juizados Especiais Cíveis é do autor da ação”.

A restituição do indébito, ainda que em dobro, se deferida pelo juízo em casos como o ora analisado, não chegará jamais a 40 salários mínimos, teto dos Juizados Especiais. Ou seja, não há qualquer possibilidade de que isso venha ocorrer. Isso porque, além do prazo de prescrição da pretensão de repetição ser de 5 anos (algumas Câmaras do TJRS têm entendido que é de 3 anos) – o que já limita o valor a ser devolvido –, qualquer cálculo que se faça jamais alcançará valor fora da alçada dos Juizados Especiais. Ainda que se permitisse o processamento de ambos os pedidos – repetição e indenização por dano moral, este último pleito cujos valores normalmente são fixados pelas partes em quantia acima do limite dos Juizados Especiais, para que possam dele escapar –, isso não aconteceria, pois, no que diz com o pleito indenizatório relativo ao dano moral não haveria como fixar a condenação em valor mais alto do que o que vem sendo (raramente) fixado – quando é fixado – pela jurisprudência da Corte Estadual (no caso, como exemplo, citam-se as decisões nos autos de nº 70021605894, nº 70060896719 e nº 70031680226). Logo, por que permitir o ajuizamento no juízo comum? Apenas por que, doutrinária e jurisprudencialmente, se entende que é considerado “opção” da parte autora o uso da via dos Juizados Especiais? Afinal de contas, é possível à parte optar pelo juízo comum mesmo existindo os Juizados, que foram criados pela Constituição justamente para tratar demandas qualitativa e quantitativamente inferiores?

O fenômeno que vem ocorrendo no Judiciário, em especial no Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, é, primeiro, o da manipulação da jurisdição pelas partes, e, segundo, decorrência do primeiro, o “entulhamento” do juízo comum com “questiúnculas” jurídicas, que leva ao consequente esvaziamento dos Juizados Especiais, e isso tem de ser coibido. Por que afirmo isso? É muito simples. Quem quer cobrar alguma dívida, pleitear alguma indenização ou algo que o valha, pode,



certamente, ingressar com ação no juízo comum. Se não tiver condições de pagar as custas, evidentemente, assistir-lhe-á o benefício da assistência judiciária gratuita. Até aí tudo bem. O problema, porém, é: sendo o valor da demanda inferior a 40 salários mínimos e não sendo ela complexa, por que não se utilizar a parte da via dos Juizados Especiais, onde não há pagamento de custas? O que a impede? Por que a parte pode valer-se da AJG e litigar no juízo comum mesmo podendo litigar no Juizado, onde não necessitaria despendar valores para o pagamento de custas, ao menos no primeiro grau?

É curioso. Em nosso país, por via de lei, foi criado todo um sistema de Juizados para julgamento de pequenas causas, com previsão e imposição constitucionais, mas nós, juízes, em “respeito” à “vontade da parte” e de maneira anti-republicana – curiosamente, enquanto permitimos que assim se proceda, demandas mais importantes são relegadas a segundo plano, pois, como juízes, temos de construir “números” em mapas para dar satisfação ao CNJ -, deixamos que simplesmente sejam “esvaziadas” tais instâncias jurisdicionais porque, interpretando equivocadamente a Lei dos JEC, admitimos e permitimos que, podendo a parte se valer dos JECíveis, de custo bem mais barato, mais informal, mais econômico, venha ela, apoiando-se no benefício da AJG e com isso levando à ruína a jurisdição, valer-se do juízo comum, muito mais caro, mais formal, anti-econômico, e que há tempos está “abarroto” de processos!

Ora, não há mais – se alguma vez houve - por que permitir que o cidadão não demande em juízo nos Juizados Especiais Cíveis, gratuitos que são, possibilitando-lhe demandar no juízo comum que não é gratuito e, ao contrário, é muito, mas muito mais caro que os Juizados Especiais. Então, das duas uma: ou a parte, realmente, em razão da complexidade da matéria ou do concreto e real valor da causa (valor acima de 40 salários mínimos), demanda no juízo comum – e aí poderá, inclusive, fazer jus à assistência jurídica gratuita -, ou, sendo a ação sem qualquer complexidade e de baixo valor, como a do caso em tela, demanda nos Juizados, gratuitos que são, mas não no juízo comum, cujo custo é infinitamente superior. Isso será devidamente demonstrado adiante.

O ideal, portanto, é que se respeite o seguinte: se demandar no Juizado Especial, ficará isenta a parte do pagamento das despesas, não necessitando, portanto, pedir nem mesmo a AJG; se demandar no juízo comum, deverá, então, litigar sem a AJG, porque não tem sentido deduzir pretensão de ínfimo valor em instância jurisdicional que não é a própria para tal objetivo. Claro que tais considerações, até o momento, são apenas fáticas. A questão, porém, deve ser tratada sob o aspecto da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dois dispositivos legais: o § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, e o parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96. Isso tudo será feito ao seu tempo.

Aqui, é necessário deixar claro o seguinte: todos os juízes fazem jurisdição



constitucional. Antes de qualquer outra análise, é dever do juiz perquirir a compatibilidade legal do dispositivo legal com a Constituição. Assim, deve-se perguntar, sempre, se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável ao caso. Mais que isso, como ensina Lenio Luiz Streck: em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno? (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 311). Adiantando, desde já, a conclusão, em duas alíneas:

a) o § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 não pode ser lido como se a parte pudesse optar ou não pelos Juizados Especiais Cíveis para deduzir pretensão de pequeno valor e sem complexidade. É obrigatório. Isso porque o referido dispositivo está sendo lido equivocadamente há mais de vinte anos. Se a Constituição determinou a criação dos JEC para julgamento de pequenas causas, obrigando os Estados a criá-los, o legislador infra-constitucional, seja ele federal ou estadual, não pode limitar a força normativa da Constituição quando esta mesma não o fez. Dito de outro modo, a pré-compreensão do problema, levando-se em conta que a Constituição assim o determinou, de plano levará à conclusão no sentido de que, se assim o fez, é porque pequenas causas devem ser julgadas nos Juizados Especiais Cíveis, e não no juízo comum. Quando a Lei nº 9.099/95 no referido dispositivo legal citado dispõe “A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”, traz, na realidade, hipótese de aplicação distinta da que até hoje foi pensada pela doutrina, com raríssimas exceções, e pelos tribunais. Isso porque, como explico adiante, a aplicação da dita regra diz respeito a casos como o de alguém que, por possuir uma pretensão de direito material que não é complexa e cujo valor, por exemplo, é de 60 salários mínimos – acima, portanto, do teto dos JECíveis –, pode optar entre deduzi-la no juízo comum ou no Juizado. Se neste, o valor de eventual condenação, evidentemente, restará limitado a 40 salários mínimos. Ou seja, a parte abre mão dos 20 restantes para deduzir sua pretensão nos Juizados, mais célere, econômico e informal. O dispositivo legal é meramente esclarecedor nesse sentido. Logo, a “opção” a que faz referência o referido parágrafo tem de ser entendida nestes termos, e não como vem sendo entendida. Causas inferiores a 40 salários mínimos e sem qualquer complexidade são causas pequenas e, como tal, o juízo adequado e obrigatório para dirimi-las é o dos Juizados Especiais Cíveis;

b) no que diz com a previsão do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96 (“A opção pelos Juizados Especiais Cíveis é do autor da ação”), também é inconstitucional, pois, se o legislador infraconstitucional não pode limitar a força normativa da Constituição, isso vale tanto para o legislador federal – que, consoante a interpretação que dou ao citado dispositivo da Lei nº 9.099/95, em verdade, não o fez porque não deu qualquer opção à parte, consoante o que já referi acima – como para o



legislador estadual, que não tem ampla liberdade de conformação. Se um não pode, o outro também não pode. Se o legislador federal não o fez, qual o fundamento para o legislador estadual fazê-lo, criando modalidade de acesso à justiça opcional em detrimento da força normativa da Constituição e em afronta aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade – entendidos aqui como equanimidade – eficiência, economicidade entre outros?

1.2. Ainda é possível falar de obstáculos ao efetivo acesso à justiça?

Quando Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, escreveram “*Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*”, traduzido no Brasil, uma década depois, por “*Acesso à justiça*”, a situação dos direitos, do cidadão e da jurisdição, era bem outra. Na época, Cappelletti e Garth arrolaram sete obstáculos, óbices (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-25) ao efetivo acesso à justiça, entendido este como acesso à ordem jurídica justa, que, por sua vez, não significa mera admissão ao processo ou possibilidade de ingressar em juízo, mas toda uma ideia central a fundamentar a oferta constitucional de princípios e garantias (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33).

O primeiro desses óbices ao efetivo acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth, era o das custas judiciais. Isso porque o processo era caro. Por ser caro, aquele que necessitava da tutela jurisdicional, se não tivesse condições financeiras, não poderia suportar os custos de uma demanda judicial, pois teria de pagar para ingressar em juízo. As custas judiciais representavam, assim, um forte entrave ao acesso efetivo ao Judiciário. O segundo óbice envolvia a existência de procedimentos formais para a resolução de pequenas causas. Via de regra, os procedimentos processuais para solução dos litígios eram – como de fato ainda são, em especial no juízo comum - formais, morosos, cheios de fases, prazos e atos solenes. Por isso, muitas vezes, se o litígio, envolvendo pretensões de pequena monta, tivesse de ser resolvido por um procedimento formal, os custos poderiam exceder o montante da controvérsia. O terceiro óbice ao efetivo acesso à justiça era o do tempo. O curso de um processo demandava muito tempo. A Justiça não cumpria suas funções dentro de um prazo razoável, constituindo-se em justiça inacessível, ou seja, “não justiça”. Como quarto óbice ao efetivo acesso à justiça havia o problema dos recursos financeiros. Enquanto algumas pessoas ou organizações eram dotadas de financeiros, podendo contratar bons advogados, podendo pagar para litigar e suportar as delongas do litígio, outras não podiam fazê-lo, ficando sujeitas, assim, à delonga processual. A falta da educação para lide constituía o quinto óbice. A população não tinha cultura, educação e



informação suficientes para saber quais eram os seus direitos. Um consumidor, por exemplo, muitas vezes, não sabia que, só por ter assinado um contrato, precisava submeter-se a todos os seus termos. O formalismo era considerado o sexto óbice. Além de os procedimentos judiciais serem complicados, havia um formalismo exacerbado por parte dos atores jurídicos. Os tribunais, juízes, promotores de justiça e advogados eram havidos como figuras opressoras. Por fim, o último óbice era a difícil mobilização das pessoas para utilizarem o Judiciário para demandas não tradicionais. Assim, as pessoas, no mais das vezes, iam ao Judiciário para obter um divórcio ou cobrar uma conta. Dificilmente intentavam uma demanda judicial contra uma fábrica que estivesse poluindo a atmosfera ou contra um administrador público que não estivesse cumprindo com suas obrigações legais.

A Constituição da República de 1988 – originalmente e a partir das suas emendas – avançou razoavelmente no que tange ao direito de ação: inseriu no texto constitucional, além de todo um sistema para controle de constitucionalidade (Adin, AdInpo, Adc, Reclamação etc.), o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção e deu *status* constitucional à ação civil pública; suprimiu a referência a direitos individuais; incluiu o termo “ameaça”, visando ao caráter preventivo (“Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”); garantiu assistência judiciária gratuita aos carentes de recurso e ampliou a assistência jurídica para questões pré-processuais. Além disso, introduziu os Juizados Especiais (“Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”) como instância apta ao julgamento de causas de menor complexidade e de pequeno valor, e garantiu, assim, os interesses dos consumidores. Também garantiu os direitos das crianças e dos adolescentes, enfim, da própria sociedade, conferindo a possibilidade de se acionar o Judiciário, visando à tutela dos interesses difusos, servindo-se da ação civil pública e das demais ações constitucionais.

O Judiciário, portanto, passou a ser instrumento de expansão da cidadania. De sua posição de solucionador de lides intersubjetivas passou a se colocar diante de demandas meta-individuais, inclusive reconhecendo direitos sociais. A Lei nº 9.099, de 26.9.1995, nesse contexto, veio para possibilitar, notadamente àqueles que não possuem condições financeiras, um processo menos formal, mais célere, simples. Assim, é possível afirmar, o segundo óbice ao efetivo acesso à justiça, de certa forma, atualmente, encontra-se superado, já que aquele que desejar cobrar na Justiça um valor pequeno poderá fazê-lo de forma célere, informal, sem precisar enfrentar os



transtornos das custas e dos procedimentos técnicos, não necessitando nem mesmo de se fazer acompanhar por advogado. Quer dizer: os óbices ao acesso à justiça alinhavados na época por Mauro Cappelletti e Bryant Garth já foram em parte vencidos, em especial no que diz com o acesso aos Juizados de Pequenas Causas – caso ora apreciado –, restando praticamente superados o primeiro, segundo, quarto e sexto óbices.

Portanto, não há mais como pensar o sistema de acesso à justiça da forma como era pensado há quarenta anos! Hoje, há que se reconhecer – e a sociedade não pode se furtar a reconhecer –, há acesso demasiado. E, como tem revelado a experiência jurisdicional no Estado do Rio Grande do Sul, acesso “irresponsável”!

A Justiça Federal – e há que se reconhecer este fato, pois só demonstra a incompetência das Justiças dos Estados no plano político, legislativo e operacional – já avançou. E seguirão assim como estão as Justiças dos Estados se não propusermos alguma mudança na legislação, federal ou estadual – a fim de evitar qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade do uso dos JEC –, e, mais que tudo, se não alterarmos o nosso modo de pensar as coisas do Direito, interpretando a lei sob a luz da Constituição. Há tempos a Justiça Federal dispõe de uma Lei de Juizados, a Lei nº 10.259/2001, nitidamente superior a nossa, que obriga o cidadão a ingressar em juízo nos Juizados Especiais (“art. 3º [...] §3º- No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta”). Mesmo assim continuamos pensando que, por ser opção da parte, ela tem o direito de não ajuizar sua demanda nos Juizados Especiais Estaduais, mesmo veiculando pretensão de valor ínfimo ou até mesmo inviável. Na verdade, nunca questionamos a constitucionalidade de dispositivos como o § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, ou o parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96. E isso, agora, tem de ser repensado. O que pensam, porém, doutrina e jurisprudência sobre isso? É o que passo a demonstrar a seguir.

1.3. O que pensa a doutrina majoritária e por que pode ser criticada? (ou: de como não é possível interpretar sem casos – o problema dos enunciados)

A doutrina majoritária e a jurisprudência desde sempre entendeu e continua entendendo que a competência dos Juizados Especiais Cíveis é relativa (nesse sentido, por todos, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Da competência nos juizados especiais cíveis*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996 [Coleção Enrico Tullio Liebman; v. 36], p. 19-28). Na obra de Joel Dias da Figueira Júnior, por exemplo, está arrolada uma série de juristas que assim entendem: Humberto Theodoro Jr., Athos Gusmão Carneiro, Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco, Ernani Fidélis dos Santos, Alexandre Freitas Câmara, João Roberto Parizatto, Vicente Greco Filho, Arruda Alvim, Donaldo Armelin, Paulo Lúcio Nogueira,



Araken de Assis, Elaine Harzheim Macedo, entre outros. Há, obviamente, uma razão histórica para que assim aconteça. Explico.

Nos trabalhos da Comissão de Interpretação da Lei nº 9.099/95, sob a coordenação da Escola Nacional da Magistratura, reunida em outubro de 1995 em Belo Horizonte, a conclusão aprovada por maioria, num total de 15 conclusões, foi a que tratava da opcionalidade pelo autor de se socorrer dos Juizados Especiais nas causas de sua competência. Na interpretação dos artigos 1º e 3º da Lei dos Juizados, a referida Comissão assim sumulou: “O acesso ao Juizado Especial Cível é opção do autor”. Claro! A Comissão fez o enunciado sem qualquer caso prático correspondente! Mais ou menos como estão procedendo as comissões que agora, no prenúncio da entrada em vigência de um novo Código de Processo Civil, se reúnem para, sem o caso, sem a “coisa”, sem a faticidade, interpretar e dizer qual o significado da “*mens legis*”. Ninguém à época, nenhum dos juristas que participaram da Comissão, poderia prever que o referido dispositivo seria utilizado para propiciar abuso, arbítrio e manipulação da jurisdição, com contrariedade à Constituição da República que determinou a criação dos Juizados Especiais justamente para promoção de demandas de menor complexidade e de pequeno valor. Simples, pois. Aqui, portanto, está o “furo da bala”: interpretar sem o caso! Não é por outra razão que autores como Lenio Luiz Streck criticam as tais comissões de interpretação de códigos e leis que, sem qualquer caso concreto de onde partir, já definem, previamente, por meio de enunciados, qual o sentido da lei e como ela deve ser aplicada. Está correto o Professor gaúcho. O exemplo acima é gritante nesse sentido.

Não há interpretações independentes de problemas concretos. Quando interpretamos sem o caso, quando buscamos estabelecer possibilidades de produção de sentido sem a faticidade – que é o que ocorre em tais comissões e que é o que certamente ocorreu na dita comissão que, posteriormente, embasou toda a doutrina que se criou sobre o tema –, incorremos no pensamento tradicional e dogmático do Direito que termina por afastar a teoria da prática, esquecendo da singularidade das coisas. Caimos no pensamento dogmático do Direito. Como ensina Lenio, a o buscar a elaboração de um “ser primordial fundante”, apto a ser acoplado aos “entes-dispersos-no-mundo”, o pensamento dogmático do direito não deixa que o ser seja, isto é, “metafisicamente” o pensamento dogmático do direito esconde a possibilidade da descoberta da coisa mesma, do ser, afastando, portanto, a teoria da *praxis* jurídica e ocultando o ser (sentido) do direito. Ora, como não há essa “acoplagem” e como o ser é sempre um “ser-em” - e aqui a referência é à filosofia hermenêutica que trabalha com a possibilidade de ser, de sentido, apenas a partir da investigação de um ente, que é algo sobre o qual podemos falar –, não se tem como separar teoria e prática. As coisas, pois, sempre se dão em sua singularidade (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.



214).

É isso. A dita Comissão de interpretação da Lei dos Juizados, há mais de 20 anos, tão logo entrou em vigor a lei, interpretou sem atentar para a singularidade dos casos porque casos não havia! E, como dito, não podia imaginar que um instituto e instrumento tão valioso como o procedimento dos Juizados Especiais não viesse a ser utilizado por total inversão e perversão do sistema pelas mãos de quem deveria dele fazer (bom) uso. Numa frase: aquilo que era para ser “especial” tornou-se “comum”!

Os Juizados, portanto, não podem ser encarados como a doutrina (representada por todos aqueles juristas mencionados acima, todos respeitadíssimos e – não se nega - com valiosa contribuição para a ciência processual brasileira, cujas obras podem ser encontradas devidamente citadas no livro de Joel Dias da Figueira Jr., também devidamente referido anteriormente) vem encarando, ou seja, como sendo “mais uma porta” para resolução de conflitos dos cidadãos. Ao contrário, os Juizados Especiais Cíveis são “a porta certa” para tratar os conflitos de pequeno valor, de pouca complexidade. A interpretação, portanto, que deve ser dada ao disposto na Lei nº 9.099/95, em seu art. 3º, § 3º, que dispõe “A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará”, é a seguinte: se tenho uma pretensão de direito material que não é complexa e cujo valor é de 60 salários mínimos, por exemplo, posso optar entre deduzi-la no juízo comum ou no Juizado. Se neste, o valor de eventual condenação, evidentemente, restará limitado a 40 salários mínimos. Ou seja, eu abro mão dos 20 restantes para deduzir minha pretensão nos Juizados. Logo, a “opção” aqui tem de ser entendida nestes termos, e não como vem sendo entendida. Causas inferiores a 40 salários mínimos e sem qualquer complexidade são causas pequenas e, como tal, o juízo adequado e obrigatório para dirimi-las é o dos Juizados. Há problemas em se pensar o contrário, tanto do ponto de vista jurídico-constitucional como do econômico. É o que tento explicar a seguir.

1.4. O problema econômico decorrente da opção do autor por outra via que não a dos Juizados Especiais Cíveis

Pelos dados que colhi em 19 de janeiro de 2016 nos cartórios cíveis e na Vara do JECível da Comarca de Santa Rosa, há cerca de 8.559 processos cíveis (desconsideradas as precatórias) na 3ª Vara Cível; 9.320 (fora as precatórias) na 1ª Vara Cível; e 8.734 (também fora as precatórias) na 2ª Vara Cível, da qual sou titular. Nos JECíveis, que são muito pouco, praticamente nada utilizados – apesar de ter toda uma estrutura montada para isso, mas ainda com problema de deficiência de pessoal -, há tão somente 901 processos eletrônicos e 169 (passe-se!) processos físicos; o restante dos processos é representado por demandas por medicamento, na Juizado Especial da Fazenda, que somam 559. Quer dizer: enquanto há cerca de 9.000



processos cíveis por Vara Cível, no que se aproxima ao fabuloso número de 27.000 no total entre as três varas, nos JECíveis há pouco mais de 1.000 processos! Ou seja, o juízo comum vem sendo invadido por milhares de ações que poderiam e deveriam tramitar nos JECíveis, detendo, pois, o juízo comum, cerca de 10 ou 11 vezes mais processos que os Juizados, isso se fizermos a conta considerando tão-somente e aproximadamente 40% dos processos, representantes que são de feitos que deveriam ser processados na sede dos JEC. Gize-se que os 40% são estimados, e estimados “por baixo”. A previsão é de bem mais que isso.

De tudo, pergunta-se: qual o custo disso para o Estado, para os cofres públicos? Bem simples. E aqui “atiro por baixo”, a partir dos dados da experiência judicial na Comarca de Santa Rosa: no mínimo, cerca de 40% dos processos – como dito, repito, estou “atirando por baixo”, pois é mais que isso – que tramitam nas varas cíveis envolvem pretensões de pequeno valor ou de mínima complexidade. São processos envolvendo cobranças de cheque – de até R\$ 156,00, pasme-se! –, algum que outro direito de vizinhança, e, na maioria das vezes, ações (quase sempre infundadas ou, quando fundadas, de quase nenhum retorno para a parte) contra instituições bancárias ou creditícias – para discutir, por exemplo, prestações de R\$ 200,00 mensais, decorrentes da compra de uma moto “Bis” ou de um veículo usado, geralmente adquirido em alguma garagem de automóveis com financiamento obtido em empresas de crédito – e contra empresas de telefonia com pedidos de repetição de indébito e de indenização por danos morais, cujas sentenças, apesar de concederem a repetição, quase sempre em valores diminutos, ou terminam por não reconhecer o dano moral e, portanto, a impossibilidade da indenização, ou, quando o reconhecem e aplicam a condena, terminam, por exemplo, de fixar indenização inferior a R\$ 5.000,00, o que já é quantia vultosa em se levando em conta a tendência cada vez menor do reconhecimento, pelos tribunais, da ocorrência de dano moral em tais hipóteses. É a “várzea da jurisdição”. É nisso que praticamente se resumiu e se resume a jurisdição das varas cíveis da Comarca de Santa Rosa. E, quanto aos custos, para ficar apenas com as despesas para uma citação simples da parte ré, basta tomar esses 40%, que representam mais ou menos 10.800 processos (de um universo de 27.000), praticamente todos, mas todos mesmo, com assistência judiciária gratuita, e multiplicar por R\$ 20,00, que é, consoante demonstro adiante, a diferença aproximada entre o custo de um mandado de citação por AR nos Juizados Especiais e um mandado de citação no juízo comum. Qual será o valor da diferença? R\$ 216.000,00, na “velha e boa matemática”! Enquanto isso, a sociedade paga para que nós, juízes e desembargadores, que ganhamos bons e dignos salários dos cofres públicos, nos preocupemos com coisas de ínfimo valor – que, salvando um ou outro caso, não fazem diferença na vida de ninguém –, deixando de lado, com isso, maior cuidado no julgamento de demandas envolvendo bens e valores que realmente, de fato, têm



alguma valia, seja individual ou social.

Com todo o respeito à doutrina defensora do enunciado definido há mais de 20 anos no sentido da relatividade da competência dos Juizados, mas não se aplica ao caso em tela e não pode mais ser aplicado aos demais casos similares. Se foi aplicado até agora, não há mais como aplicá-lo; não há mais como aplicar o § 3º do art. 3º da Lei dos Juizados por se revelar, de fato, inconstitucional, como explico adiante. No ponto, a lei está descontextualizada. Talvez “destemporalizada”, para se utilizar aqui de um termo filosófico-hermenêutico. A doutrina tradicional, porém, apega-se à semântica para dizer que, se a lei fala em “opção”, não há qualquer possibilidade de dizer que a parte “deve” ajuizar sua demanda nos Juizados Especiais. Ora, o caso não comporta análise meramente semântica, mas integrativa, constitucional.

O estudo de Nagib Slaibi Filho, no distante ano de 1997, intitulado “ Juizado Especial Cível: natureza obrigatória da competência afirmada no art. 3º da Lei nº 9.099/95” (publicado em Adv – Advocacia Dinâmica: Informativo Semanal, São Paulo, coad., 1997, nº 14, p. 186-185), reproduzido pelo Desembargador Relator Carlos Cini Marchionatti, da 20ª Câmara Cível do TJRS, na decisão proferida no conflito de competência nº 70067945311, ao contrário de toda a doutrina e jurisprudência que se formaram no país, é um dos poucos estudos que defende a imperatividade da competência dos Juizados Especiais para causas como as do caso em tela. Para Slaibi Filho, “A opção pelo procedimento do Juizado Especial Cível, a que se refere o disposto no art. 3º, §3º, da Lei nº 9.099/95, não exclui o caráter de obrigatoriedade da competência do Juizado Especial Cível, simplesmente considerando renunciado, pelo autor, o direito ao excedente do crédito na respectiva relação material. (...) Vigê, para o juizado especial, a afastar a pretendida facultatividade de eleição pelo autor na sua vertente cível (mesmo porque não há quem diga que o juizado especial criminal seja facultativo) o princípio da integralidade de sua competência, decorrente do disposto no art. 98, I, da Constituição da República, que exigiu sua criação, em norma explicitada no art. 1º da Lei nº 9.009/95, competentes que são para conciliação, processo, julgamento e execução nas causas de sua competência. (...) Ora, nenhum momento dizem a constituição ou a Lei nº 9.099/95 que a competência dos Juizados Especiais pode ser afastada pela vontade das partes. Muito ao contrário, até mesmo a Lei nº 9.099/95, no seu art. 8º, exclui da competência (funcional e não material, porque ali não se arrolam as causas quanto ao objeto litigioso e, sim, quanto aos sujeitos da relação processual) do Juizado Especial os feitos em que as partes sejam aquelas ali referidas, inclusive partes em situação transitória ou eventual, como os incapazes e a massa falida”.

Na verdade, como já referi, basta analisar a questão do ponto de vista constitucional. Por que a Constituição, em seu art. 98, I, exigiu, determinou a criação dos Juizados Especiais para processar e julgar pequenas causas, e a Lei nº 9.099/95,



como aponta Slaibi Filho, explicitou que os Juizados, cíveis ou criminais, “seriam criados”? Mais: por que o art. 3º da Lei dos Juizados Especiais dispõe que “O Juizado Especial Cível tem competência...”? Mais ainda: por que o inciso II do § 1º do referido artigo dispõe que “(...) Compete ao Juizado Especial promover a execução: (...) dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo”?

As respostas parecem ser evidentes, data vênica. A Constituição foi imperativa. Então, a lei não pode facultar! A Constituição, como aponta Slaibi Filho, em nenhum momento disse que as partes podem afastar, por sua vontade, a competência dos Juizados Especiais. E isso é fato. O que impede a parte de deduzir pretensão nos Juizados quando isso é possível e cabível? Qual o prejuízo para a parte? É o interesse do seu advogado, no caso a percepção de honorários, que deve prevalecer?

Poder-se-ia argumentar: a parte pode não querer submeter a análise de sua pretensão ao Juiz leigo, mas ao Juiz de Direito, e este não pode dizer a ela que não tem tal direito. Ok. Concordo. Já pensei assim. O contra-argumento, porém, é simples: para analisar pretensões da espécie o conhecimento do Juiz leigo, hoje profissional altamente preparado, é o mesmo do Juiz de Direito que, por sinal, é quem homologa o parecer; logo, para homologar é óbvio que tem de ler! Então, a causa não sai do alcance dos olhos do Juiz de Direito. Veja-se: não se está diante de processo que se tenha de instruir ou de produzir decisão mais complexa. Então, por que o Juiz Leigo não teria competência para fazê-lo? Não há nada, mas nada mesmo, que favoreça tese contrária a da necessidade do ajuizamento de demandas como as da espécie em juízo que não seja nos Juizados Especiais. O acesso à justiça não é qualquer direito, portanto. Sobre isso remeto à leitura do tópico seguinte.

1.5. O acesso à justiça como “direito qualificado”

O acesso à justiça, como vêm entendendo alguns magistrados, dentre eles o Desembargador Carlos Cini Marchionatti da 20ª Câmara Cível do TJRS, é um direito “qualificado”. Não é qualquer direito. Não é possível, assim, uma vez existindo os Juizados Especiais Cíveis como meio adequado para veiculação de demandas simples e de valor inferior a 40 salários mínimos, que o cidadão, a parte, devidamente representada por seu procurador, possa valer-se de instrumentos e benesses como o procedimento do juízo comum e o benefício da AJG para, ao seu bel prazer, deixar de fazer a opção pelos JECíveis. Não é esse, a meu ver, o direito que a Constituição, o CPC e a própria Lei nº 9.099/95, todos interpretados em conjunto, lhes garante.

Veja-se: é nítido que a pretensão deve ser encaminhada nos Juizados Especiais. Agora, será simplesmente por que ela, a parte, quer que deverão, então, ser desconsiderados a Constituição e todo o complexo sistema judiciário, todo o sistema procedimental dos Juizados e as consequências decorrentes da sua conduta em não



ajuizar demanda nos JECíveis quando o adequado seria fazê-lo? Será que, por que a parte quer, continuaremos nós, os juízes, admitindo ações e ações, milhares delas, no juízo comum, quando poderiam e deveriam tramitar nos Juizados? Será que, por que a parte quer e por que os advogados têm em mira seus honorários, teremos de continuar “entulhando” o juízo comum? Onde fica a Constituição nesse contexto? E a República? Posso, como parte ou como advogado, mirar tão-somente o meu interesse econômico em prejuízo de milhares de outros cidadãos que têm pretensões a fazer valer em juízo? Meu direito é superior ao de outros?

Só em Santa Rosa, como dito, já há cerca de 9.000 processos por vara cível. Temos três varas cíveis na comarca. Em conclusão, há cerca de 27.000 processos, donde se conclui que praticamente todo o Município, todas as pessoas de Santa Rosa, que conta com cerca de 60.000 a 70.000 habitantes, litigam. A maioria dessas ações, no entanto, não deveria estar no juízo comum. Deveria, sim, estar nos JECíveis, que foram criados para propiciar distribuição de justiça rápida, informal, barata, destravando e possibilitando a dedução de pretensões de pequeno valor, de pequena complexidade, como ocorre no caso dos autos. Para se ter uma ideia da realidade da Comarca de Santa Rosa, um só escritório de advocacia detém mais de 3.500 ações (processos considerados “ativos”, fora o resto), quase todas – se não for todas mesmo – com assistência judiciária gratuita e tramitando no juízo comum, quando deveriam tramitar no Juizado Especial Cível. Um detalhe: antes que eu me esqueça de referir, a nova “moda”, agora, é ajuizar nova ação - após a condenação do réu na primeira demanda e, portanto, após a parte autora, obviamente, ter ganhado a demanda - para cobrar honorários contratuais - pactuados entre cliente, autor da primeira demanda, e advogado - da empresa contra a qual se demandou, que nada tem a ver com a relação de direito material entabulada entre autor e patrocinador. Incrível, não?

Não é possível que a finalidade do juízo comum e dos Juizados seja deturpada, seja desvirtuada. A manipulação processual e jurisdicional, como vem ocorrendo na Comarca de Santa Rosa e como ocorre no caso em tela, tem proporcionado a utilização do processo comum para situações cujo trato encontram justificção na via dos Juizados Especiais, e não na do juízo comum! Esse abuso é inaceitável, convenha-se.

Portanto, em que pese, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, ser opcional a via dos Juizados Especiais Cíveis, há que se convir que, em casos como o dos autos, ela deveria e deve ser a regra. Apesar de o legislador não ter alterado a Lei nº 9.099/95, tornando, por modificação legislativa, obrigatório o encaminhamento aos JEC de demandas da espécie – cobrança de repetição do indébito de pequeno valor e de indenização por dano moral -, tal fato não afasta a interpretação que se pode fazer do próprio conjunto da Lei nº 9.099/95, do CPC e, em especial, da Constituição da República. O mesmo vale para a interpretação da Lei Estadual nº 10.675/96.

A Constituição é republicana. Qualquer ato, do cidadão ou do Poder, não pode



ir contra os objetivos da República. Assim, por ser cidadão e por viver na República, não posso, na condição de parte, querer me apropriar da República, da jurisdição, em meu exclusivo benefício. Qualquer ato que gere direito indenizável pode ser discutido em juízo, e isso é verdade. Para isso, a Constituição prevê a razoável duração do processo. E, quando o valor a ser pleiteado for pequeno, a Constituição prevê os Juizados Especiais Cíveis como a “via de excelência” para o trato da questão. Os JECíveis, por sua vez, nasceram para propiciar dedução de pretensões de ínfimo valor, com celeridade, informalidade, menos gasto para o Judiciário, e sem custas para o jurisdicionado, como ocorre no caso dos autos. O CPC, a seu turno, e o juízo comum – e isso não é mero detalhe - devem ser invocados para casos de quantidade e qualidade significativos, e não para casos como os da espécie.

Infelizmente, o proceder anti-republicano da parte autora – patrocinado por advogado militante na Comarca, que deveria estar preocupado em contribuir para o não-emperramento do Judiciário, o que só traria favorecimento a todos – desvirtua não só a finalidade de todo o conjunto de leis processuais e da Constituição, mas do próprio instituto da assistência judiciária gratuita.

A 20ª Câmara Cível do TJRS, em decisão no agravo nº 70066848920, também tendo por relator o Des. Carlos Cini Marchionatti, em caso um pouco diverso do caso em tela, mas, de certa forma, semelhante, entendeu que ações da espécie dos autos “podem” e “devem” ser ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis, que é livre de despesas, não podendo a parte e seu advogado “manipular” a jurisdição ao seu bel prazer ou ao bel prazer e vontade do seu patrono. Assim, quando alguém – caso da parte autora – ajuíza demanda no juízo comum, podendo ajuizar nos JEC, não só está contribuindo para “entulhar” ainda mais o juízo comum, mas está desvirtuando o instituto da assistência judiciária gratuita – já que ao final seu objetivo é se precaver de eventual sucumbência -, o que justifica o indeferimento da inicial por inadequação do procedimento. Nesse sentido:

Ementa: Agravo inominado. Assistência judiciária gratuita. Juizado Especial. Processo comum. A ação podia e devia ser ajuizada no Juizado Especial, livre de despesas, mas as partes, de algum modo manipulando a jurisdição, ajuízam processo comum e pretendem precaver-se dos efeitos da sucumbência mediante o benefício da assistência judiciária gratuita, desvirtuando o instituto e justificando o seu indeferimento (Agravo nº 70066848920, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 02/12/2015).



Mais recentemente, o mesmo Relator julgou, monocraticamente, caso praticamente idêntico ao dos autos, decidindo conflito de competência (nº 70067945311) em que determinou fosse a ação, que estava sendo movida no juízo comum, encaminhada para o Juizado Especial. Os argumentos esgrimidos pelo Desembargador Relator servem para me auxiliar a fundamentar a presente decisão e, ao longo do corpo do *decisum*, estão devidamente apresentados com palavras minhas. A ementa, no entanto, vai colacionada abaixo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA COMUM E O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL.

O juízo comum pode e deve remeter ao Juizado Especial Cível a causa cuja parte e cujas circunstâncias caracterizam a competência do Juizado Especial Cível.

Os critérios de definição estão na Constituição da República e na lei, e a nenhuma parte se outorga o direito de manipular a jurisdição.

Quando a causa é típica ao Juizado Especial Cível é nele que deve tramitar, salvo circunstância justificadora de que transcorra na Justiça Comum.

A ação de cobrança de cheque de pequeno valor, aliada ao pedido de assistência judiciária gratuita, determina a competência do Juizado Especial Cível.

Podendo e devendo a ação ser ajuizada no Juizado Especial Cível, devido às suas circunstâncias, encaminhá-las à Justiça Comum com o requerimento da assistência judiciária gratuita para prevalecer-se ou prevenir-se da sucumbência, corresponde à demonstração do abuso, do arbítrio e da manipulação. (Conflito de Competência nº 70067945311, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 14/01/2016).

Também cabe referir a decisão do conflito de competência nº 70067169672, da 16ª Câmara Cível do TJRS, tendo por Relatora a Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins - aqui com respeito à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, instituídos pela Lei nº 12.153/09 -, que definiu a competência absoluta daquela instância jurisdicional. Um dos fundamentos colacionados, analogamente, é o da natureza obrigatória da competência dos Juizados Especiais Cíveis – com base no estudo feito por Nagib Slaibi Filho, já referido -, aplicável, então, ao Juizado Especial da Fazenda Pública.

De resto, como muito bem sintetiza Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. ed. 3. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 204-208), arrolando outras razões para a não-opcionalidade dos Juizados e com as quais é possível concordar, falta “solidez teórica” nos argumentos arrolados para sustentar a competência relativa do JEC. A



jurisprudência, explica Marinoni, se inclinou por entender que a competência do Juizado Especial é relativa, sendo “mera opção” feita pela parte. Tal conclusão é feita a partir dos seguintes argumentos:

- a) o art. 3º, §3º, da Lei nº 9.099/95, fala em “opção” pelo procedimento;
- b) os incisos I e IV do art. 3º da Lei fixam a competência pelo valor da causa (o que, por analogia ao CPC, constitui critério relativo de determinação de competência);
- c) tornar obrigatório o rito do juizado especial seria violar a garantia constitucional da ação, uma vez que esse procedimento não contempla as mesmas garantias que o processo tradicional (ex.: ampla defesa, abrangência do contraditório, plenitude da prova).

A orientação, assim, é dominante nos tribunais e na doutrina. Talvez, como diz Marinoni, possa ser considerada a melhor em uma perspectiva “meramente pragmática”, mas, como referido, falta-lhe solidez teórica. Por quê? Vejamos:

a) competência dos Juizados Especiais é fixada em razão da matéria, e não com base no valor da causa, como sustentam alguns. No que diz com o caput do art. 3º – que fala em causas de menor complexidade - as especificações contidas nos incisos visam apenas explicar quais são essas causas, o que não altera a circunstância de que a competência determinada em lei para o JEC seja fixada em razão da matéria e, conseqüentemente, absoluta;

b) no que se refere à “opção pelo procedimento”, mencionada no §3º do art. 3º da referida Lei, cumpre ressaltar que em nenhum momento o texto da lei estabelece, clara e diretamente, que a competência dos Juizados Especiais é relativa. A regra visa, na verdade, estabelecer uma premissa para o direito material, e não para o processo. O texto mencionado não diz respeito a uma regra de fixação de competência, mas, sim, uma presunção absoluta de renúncia ao direito excedente à capacidade do juizado se a parte resolve ingressar com ação nesse órgão. Aquele que detém crédito superior ao limite gizado na lei poderá se valer do procedimento dos juizados especiais, desde que renuncie ao excedente. Assim, a regra não alude a nenhuma espécie de “opção” de procedimento simplesmente da maneira que convém à parte, mas a um critério relativo ao direito material, pelo qual se transforma um direito de maior complexidade em menor complexidade por meio da renúncia ao excedente;

c) a obrigatoriedade do uso do juizado especial não viola a garantia da ação. O procedimento do JEC deve ser pensado sob a ótica das tutelas diferenciadas, buscando-se adaptar o rito (e a forma de proteção do direito como um todo) às particularidades do direito material posto a exame. Havendo a verificação de que o conflito de menor complexidade tem certas particularidades, é preciso dotar a jurisdição estatal de instrumento capaz de lidar com o litígio. Assim, o rito do Juizado Especial não é “menos garantístico”, mas, sim, adequado para a situação concreta. As restrições do procedimento em termos de prova e resposta do réu não podem ser entendidas como



“limitações inconstitucionais” às garantias do processo, mas como compatibilizações entre as garantias que presidem a atuação das partes.

Para Marinoni, portanto, ter como “opcional” o rito dos Juizados Especiais, considerando a competência como relativa e admitindo a possibilidade de ser recusada, é aniquilar toda a possibilidade de oferecer uma tutela adequada ao direito postulado. Há que se ressaltar o fato de que os Juizados Especiais possuem um procedimento de interesse do próprio Estado. O Juiz do Juizado é dotado dos mesmos poderes e atribuições de qualquer outro Juiz. O Juizado Especial não pode ser visto como órgão “alternativo”: é o caminho adequado para a solução de conflitos de menor complexidade.

Com acerto o jurista do Paraná: os Juizados Especiais nasceram por imposição constitucional consagradora da prática judicial; prática essa que começou no nosso Estado, no Rio Grande do Sul. A lei, então, não pode tornar ineficaz a Constituição. Não há retrocesso via legislação infraconstitucional.

1.6. A impossibilidade de retrocesso dos Juizados Especiais e o critério econômico como um dos fatores relevantes para obrigar a parte a ajuizar sua demanda no JECível

É certo que a parte – e seu advogado - não pode manipular a jurisdição. Isso, no limite, embora não haja previsão legal para o caso específico destes autos, caracteriza quase que uma “improbidade processual” (sobre o tema, consulte-se: MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007), na medida em que o processo e o sistema judicial passam a se revelar meros instrumentos à disposição das partes para tão somente veicular o exercício de malícia, a possibilidade de vantagem econômica indevida, com desmoralização da prática processual em quem, nas palavras de Fábio Milman, ainda devemos ter “esperança” (MILMAN, Fábio. Op. cit., p. 2). E é certo que o critério econômico, no caso, tem de ser levado em conta, pois inviável discussão da espécie, de valor ínfimo, no juízo comum.

Para se ter uma ideia do que representa financeiramente para o Judiciário viabilizar o processamento da presente demanda basta analisá-la do ponto de vista econômico/monetário, ou seja, do ponto de vista dos custos para o Judiciário, como já referi anteriormente: nos JEC uma carta AR de citação custa cerca de R\$ 10,86; no juízo comum, a citação dá-se por mandado e o custo é quase o triplo: R\$ 31,35, correspondente a uma URC do mês de novembro de 2015. Lembremos do cálculo final: cerca de R\$ 216.000,00 de diferença de custo para o Estado entre uma e outra instância jurisdicional, e isso só no que diz com um mandado de citação!

Ora, o valor da pretensão da parte autora – descontado ou não o valor da



indenização por dano moral, cuja pretensão também vai indeferida liminarmente – estabelece como juízo para processamento do feito o *locus* jurídica e constitucionalmente adequado dos Juizados Especiais, pois é próprio do juízo de pequenas causas. Logo, a viabilizar a pretensão da parte autora – amparada pela assistência judiciária gratuita -, estaria o Estado movimentando toda a máquina, em especial juiz, assessoria, cartório e oficial de justiça, gastando, por vezes, praticamente o equivalente ao pretendido pela parte, sem qualquer contribuição pecuniária sua, pois sob o abrigo da gratuidade judiciária! Convenha-se que isso passa dos limites.

Em que pese a advertência da doutrina há mais de quinze anos (nesse sentido veja-se: NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100), a sociedade brasileira acabou se convertendo num “grande tribunal”, quando isso não deveria ocorrer. As causas foram e continuam sendo submetidas ao convencionalismo da Justiça, em especial do juízo comum, lento e custoso. Enquanto o Judiciário – e aqui faço referência direta ao uso do juízo comum para processamento e julgamento de causas de ínfimo valor - teria de ser reservado, como advertia Nalini, para “grandes questões”, deixando para outras instâncias – dentre elas os Juizados Especiais e a mediação – as soluções de pequenas questões, enterramos de vez os chamados “princípios da subsidiariedade e solidariedade” (NALINI, José Renato. Op. cit., p. 100), o que fará com que, mais um pouco, o número de juízes, na expressão de Nalini, tenha de ser multiplicado “até o infinito”.

É do mesmo Nalini a afirmação de que “Os juizados especiais merecem toda a atenção dos tribunais. Constituem a porta pela qual o Judiciário poderá obter a salvação institucional, merecendo a indulgência do povo pela reiterada prática de uma justiça burocratizada e insensível” (Idem, p. 103). Para José Renato Nalini, portanto, a Constituição previu os Juizados Especiais para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, numa “mensagem nítida”, diz Nalini, que “a nacionalidade transmitiu ao órgão legiferante e ao concretizador do justo de que os processos precisam ser mais céleres e descomplicados” (NALINI, José Renato. Op. cit., p. 69-70). Nesse sentido, ainda em suas palavras, “O comando constitucional direcionado à pronta solução de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo, resposta ao clamor por uma justiça mais célere, é hoje realidade insuscetível de retrocesso” (Idem, p. 101). Somado a isso, como dito, há o problema econômico gerado pelo agir da parte que não opta pelo Juizado. E isso tem de ser levado em consideração.

Embora a chamada “Análise Econômica do Direito”, nos moldes como prega, por exemplo, Richard Posner nos Estados Unidos da América, possa ser um risco à preservação de direitos e garantias do cidadão – já que Posner devota à discricionariedade e ao pragmatismo dos Juízes uma das soluções para o problema do



direito e do sistema judicial -, por outro lado ela é extremamente necessária – veja-se o que isso representa no caso em tela -, não podendo, pois, o cidadão, apenas por sua vontade, por seu talante, pretender veicular demandas como as da espécie fazendo com que o Estado arque com custo maior do que deveria se possível a utilização de outra via, como a do Juizado Especial. A decisão judicial, portanto, também tem de ser orientada pela “maximização da riqueza”, doutrina que usa a análise do custo-benefício quando da elaboração/fundamentação dos provimentos jurisdicionais e que defende que resultados eficientes são aqueles que não produzem desperdício social (POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XIII-XIV) ou, como no caso do processo, de jurisdição. Usar o juízo comum para cobrar dívida de bem menos que 40 salários mínimos é o mesmo que usar um canhão para matar uma formiga. Pior que isso: prejudica enormemente o sistema judicial, aumentando seus custos, o que pode ser evitado – ao menos “temperado” - se a parte utilizar a via dos Juizados Especiais que, como dito, foi justamente criada para isso.

Suponhamos, no entanto, que o critério econômico não possa ser utilizado como critério orientador de decisão judicial. Suponhamos que, assim agindo, o juiz esteja incorrendo em julgamento não jurídico, mas, sim, econômico. Isso prejudicaria a conclusão de que o proceder da parte também é antijurídico, além de ser antieconômico? A resposta é “não”. A hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica - que naquela busca condições de possibilidade -, e o Direito Constitucional ajudam-nos a dar os fundamentos para tanto. Vejamos.

1.7. A diferença ontológica entre texto e norma: por que a aplicação do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96 pode ser afastada?

Há uma diferença entre texto e norma. E isso desde Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187-213). Essa diferença é ontológica, no mesmo sentido da ontologia da faticidade defendida na filosofia por Martin Heidegger - que define o ser como ser de um ente e que este, o ente, só pode ser, só é, em seu ser -, contrapondo-se com isso à filosofia moderna, em especial a kantiana, que pensou um dualismo sujeito-objeto em que este fica submisso à subjetividade do primeiro. Ou seja, deixando a filosofia de lado e passando ao plano do Direito, o texto não é a norma. Mas a norma não sobrevive sem o texto. A norma é o resultado da interpretação do texto. A norma, diz Müller (MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 187), “não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo”. Então, se a norma não é o texto, a norma pode “normatizar” de forma distinta do que o texto dispôs.



Como isso se dá? É o que tentarei demonstrar.

Embora até se possa dizer que a Lei nº 9.099/95 – assim como a Lei Estadual nº 10.675/96 – prevê, de fato, a opcionalidade da via dos Juizados Especiais Cíveis, tal opção não pode gerar abusos e, mais, não pode ir contra a Constituição – e aqui se agregue não só o art. 98, I, mas toda a principiologia inerente à Administração Pública, tal como a economicidade, razoabilidade e proporcionalidade, estas últimas entendidas como equanimidade, como adiante explicito. Mas façamos um raciocínio contrário ao que aqui se está defendendo. Digamos que “sim”, que realmente haja tal opção, não podendo, em tese, o juiz entender diversamente e devendo respeitar a vontade da parte que não quis ajuizar sua demanda nos JECíveis quando deveria fazê-lo. Na aplicação, no processo de concretização do texto, admitir tal possibilidade seria correto? Ou seja, assim deveria ser e isto – permitir o processamento da demanda nos Juizados Especiais - poderia ser considerado uma resposta correta, adequada constitucionalmente? Ora, se o texto não é a norma, e se há uma diferença ontológica entre ambos, a norma, como dito, não se separa do texto, mas é o resultado da sua interpretação, não se identificando, nesse sentido, com o texto, pois, enquanto este é uma “promessa”, aquela é o resultado da compreensão/interpretação/aplicação. E essa interpretação é condicionada à concretude e ao dever ser constitucional.

De mais a mais, qualquer regra tem por detrás um princípio instituidor (Streck). Como, então, dizer que a regra que assegura a suposta “opção” da parte, quando utilizada para fins outros que não os contemplados no sistema processual, tem um suporte em princípio? Afinal de contas, princípios servem para possibilitar solução contrária a Direito? Servem para direcionar decisão e orientação para fins outros que não os da Constituição ou do próprio sistema judiciário?

Ou seja, quero dizer que, em tese, até seria possível afirmar que há, sim, a possibilidade de a parte não vir a optar pela via dos Juizados Especiais, já que, segundo parte da doutrina e consoante entendimento jurisprudencial majoritário, ela é facultativa. Se o texto não é a norma e se esta é o resultado da interpretação do texto, guardando com este uma diferença ontológica, tal possibilidade – o não-uso, pela parte, da via dos Juizados Especiais Cíveis quando esta for possível – fica, no entanto, condicionada à não-manipulação da jurisdição e, portanto, ao atendimento ao que dispõe a Constituição da República porque toda interpretação é constitucional. Dito de outro modo, não há saída para pensamento contrário!

O texto – o § 3º do art. 3º da Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099/95, e o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.675, de 02.01.1996, do Estado do Rio Grande do Sul -, portanto, deve ser lido no sentido de que a parte pode optar por outro procedimento que não o dos Juizados Especiais “desde que não retire a eficácia da norma constitucional insculpida no art. 98, I, da Constituição, prejudicando assim o sistema judiciário como um todo”. Esta será, então, a norma adequada para o caso.



Trata-se aqui de interpretar. Uma decisão que entenda distintamente será meramente textualista, mas não normativa ou deontológica. As modernas técnicas de controle de constitucionalidade, tais como a interpretação conforme ou a nulificação parcial sem redução de texto, ou as sentenças interpretativas, aditivas etc., caminham bem por aí. E tais técnicas ou métodos podem e devem ser utilizados pelos juízes de primeiro grau.

A Constituição do Brasil, de fato, detém um “caráter compromissório” e uma “força normativa” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e superação das desigualdades regionais*. In: *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000). A Constituição tem, pois, um “conteúdo de transformação da realidade”, característica do Estado Democrático de Direito. E essa transformação da realidade, essa modificação da realidade do Direito a partir de novos sentidos produzidos só pode dar-se na medida em que os operadores do Direito, em especial os juízes, tiverem uma “atitude hermenêutica” positiva e concretizante dos conteúdos constitucionalizados. Essa “hermenêutica positiva”, porém, não pode ser confundida com uma espécie de “disciplina autônoma” ou “método”. Nesse sentido, compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional *stricto sensu*, isto é, como uma disciplina autônoma (Streck).

Admitir, portanto, a existência de uma hermenêutica constitucional específica – como aponta Lenio Luiz Streck – seria admitir, também, a existência de uma hermenêutica do Direito Penal, do Direito Processual – aqui, no caso, uma hermenêutica do próprio sistema dos Juizados Especiais Cíveis – etc. O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade – é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve se auto-sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade



com aquele. A interpretação (sempre constitucional) há de ser feita, então, consoante Lenio, levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior. A interpretação constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional, mas não abandona “os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração” (consoante Baracho apud STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 227-228).

Quando se trata, portanto, do problema da concretização da Constituição e das leis infraconstitucionais, o fim assinalado à interpretação não pode ser obscurecido pela tradição dos esquemas subsuntivos e, desde logo, pelo dogma da “vontade do legislador” (acrescento aqui o dogma da “doutrina majoritária” e da “jurisprudência pacífica”), que é o que no fundo permeia toda a discussão acerca da facultatividade ou não do Juizado: uns, defendendo que não seria opcional porque o legislador não previu expressamente tal facultatividade; outros, a maioria (dentre eles, representando todos, THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. III. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 470), defendendo que seria opcional porque no § 3º do art. 3º há a expressão “A opção pelo procedimento previsto nesta lei importará...” (a discussão pode ser vista em: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Da competência nos juizados especiais cíveis: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996 [Coleção Enrico Tullio Liebman; v. 36], p. 37-38). Assim, procurar a vontade do legislador ou a vontade da lei para solucionar um problema concreto significa desviar os fins da interpretação no sentido de uma vontade hipotética para, dessa vontade, deduzir logicamente a solução para o caso concreto (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1980, p. 259).

Nessa mesma linha é que assiste razão a Konrad Hesse quando critica toda a doutrina tradicional que procura, em geral, averiguar a “vontade” (objetiva) da norma ou a vontade (subjativa) do legislador. A crítica de Hesse dirige-se aos métodos de interpretação, destacando-se dentre eles o da busca da intenção, da vontade do legislador. A ideia de que os métodos de interpretação não resolvem a maioria dos casos é, assim, desenvolvida no sentido de que nenhum dos distintos métodos da interpretação oferece uma “orientação suficiente” (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 40). Para o jurista alemão, essa doutrina, formada na ciência pandectista do século XIX e assumida pela ciência do Direito estatal da época, não possibilita uma compreensão apropriada das Constituições contemporâneas, uma vez que encobre a realidade, pois a Constituição não contém critérios unívocos de interpretação: ela tem apenas “pontos de apoio” para a decisão. Buscando apoio em Gadamer, Hesse afirma que a interpretação constitucional é “concretização”. A interpretação jurídica, assim, tem um “caráter



criador”: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, mas a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.

A concretização, portanto, pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. E esse não se deixa desatar da “pré-compreensão” do intérprete (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 69-70) e do problema concreto a ser resolvido em cada vez. O intérprete, assim, não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, mas somente na situação histórica concreta na qual ele se encontra, cuja maturidade informou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu pré-juízo. O intérprete entende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão que, primeiramente, lhe torna possível “olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao ‘objeto’, determine-se univocamente a unidade do sentido” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 56-62).

Por causa dessa capacidade de pré-juízo de todo entendimento, é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: “proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 56-62). Não existe interpretação independente de problemas concretos. A compreensão do problema pressupõe que ela seja igualmente dependente da pré-compreensão do intérprete. A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à pré-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido significa que não pode haver “método” de interpretação autônomo separado desses fatores (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 63).

As lições de Hesse – que aqui, no caso dos autos, cabem como uma “luva” - têm sido levadas em consideração, por exemplo, na Nova Crítica do Direito de Lenio Luiz Streck, cuja matriz teórica, oriunda da hermenêutica filosófica (Gadamer e Heidegger), promove um “salto qualitativo” na compreensão/interpretação do Direito. Segundo Streck, grande parcela das normas jurídicas “estão espalhadas no sistema jurídico feito andarilhos medievais, a vagar no interior de uma fragmentação dogmática, permeada por um sentido comum teórico ainda preso ao (superado) paradigma epistemológico da filosofia da consciência, onde a tarefa interpretativa é



fetichizante/fetichizada, ‘apta’ a colocar à disposição do ‘mercado jurídico’ um ‘discurso-produto’ sem origens (sociais), descontextualizado e sem vinculações histórico-ideológicas”. Esse produto, colocado à disposição dos operadores jurídicos, contém um “discurso-tipo”, cuja “condição de verdade-validade é justamente a aparência de que os sentidos estão contidos nas palavras e que estas são constituídas de ‘essências significativas’, como se fosse possível alcançar um significante primordial/fundante, e o Direito permitisse verdades apofânticas, sendo a tarefa (fundamental-fundante) dos intérpretes apenas a de ‘trazer’ esse ‘sentido-essencial’ a lume”. Em razão desse modo-de-fazer-Direito, passa-se a “acreditar” em ‘corretas e/ou definitivas’ interpretações, com o que ganham/mantêm terreno, em pleno século XX - em detrimento da moderna perspectiva hermenêutica e do pragmático *linguistic turn* - as posturas de cunho hermenêutico-reprodutivas, próprias de uma tradição metafísico-essencialista, que tornam ‘possível’ a (pré)fixação - ahistórica e atemporal - dos sentidos jurídicos no interior do campo jurídico” (STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. In: *Revista Ajuris*, ano XXVI, n. 81, tomo I, março de 2001, p. 116).

Ora, o intérprete não reproduz o sentido de um texto – no caso em tela, não há como simplesmente reproduzir o sentido literal do art. 3º, § 3º, da Lei dos Juizados, e do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.675/96 - como se esse sentido estivesse contido intrinsecamente na norma. Os sentidos dos textos não são estáticos, fixos. Claro que não estão à disposição do intérprete, como se fossem significantes primordiais fundantes, à espera de uma acoplagem subsuntiva, como diz Lenio. Intérprete e texto estão, sim, no mesmo modo de ser da linguagem, isto é, na mesma linguisticidade (*Sprachlichkeit*). Portanto, a partir de sua situação hermenêutica, e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão, o intérprete produzirá esse sentido. É evidente, ensina Lenio, que ele não é livre para dizer o “sentido que melhor lhe aprouver”, o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofisticada. O sentido necessariamente exsurdirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico, isto é, no seu “sentido ontológico-existencial”, e não meramente “ôntico-existencial” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

Nesse mesmo sentido, a lei também não pode ser concebida como algo que foi produzido intencionalmente, como quer fazer crer parte da doutrina que entende ser opcional o Juizado Especial, como referido alhures. O postulado da intenção, como explica Jeremy Waldron, é “confuso” e a referência a essa “intenção do legislador” não desempenha papel algum na interpretação das leis cujos textos deixam controvertido seu significado, propósito ou aplicação (WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei. *Direito e*



interpretação: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 495-536).

O sentido de uma lei, às vezes - mas só às vezes -, pode ser compreendido se o intérprete remontar à fase anterior da promulgação. De fato, reconhecer que, para compreender o sentido de uma lei deva-se remontar à fase anterior de sua promulgação não implica que a “intenção do autor”, no momento da aplicação da lei, deva jogar um “papel fundamental”. Dito de outro modo, a intenção do autor pode ser importante para o processo interpretativo, mas não essencial. Talvez se possa dizer que é necessária, mas nunca suficiente. Por diversas razões, a intenção do autor, no mais das vezes, não é e não pode ser o critério a ser adotado para compreender/interpretar/aplicar as leis. Agora, como dito, “às vezes” pode constituir um critério. Ronald Dworkin, que é um dos críticos da “intenção do legislador” (ou “vontade do legislador”), não afasta por completo a possibilidade de utilizá-la, mas ressalta sua pouca validade, não esquecendo, porém, que a interpretação pode começar desde o questionamento sobre o que pretendiam os autores dos textos. Em suas palavras: “Según pienso, tenemos que empezar por preguntarnos (en atención a la mejor evidencia posible) qué es lo que pretendían decir los autores del texto. Se trata de un ejercicio de lo que he denominado ‘interpretación constructiva’. No significa que se tenga que fisgonear en los cráneos de personas que llevan siglos muertas, sino que hay que intentar encontrar el mejor sentido a un evento histórico (alguien que habla o escribe de una manera concreta en un momento determinado)” (DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 138-139).

A perspectiva hermenêutica e as teorias argumentação, por sua vez, sabem que a vontade ou a intenção do legislador não existem, ou que, ao menos, não interessam. A doutrina processual pátria e os tribunais, no entanto, utilizam o recurso da vontade ou intenção, seja do legislador, seja, ainda, da lei, para justificar suas decisões. Mas aí há que se perguntar: como fazer a defesa da tese de que o legislador, na ocasião da elaboração e votação do texto de uma lei, tinha vontade de fazê-la como o fez? Em definitivo, quem é o legislador? Como descobrir sua vontade? Como saber o que queria?

Ronald Dworkin pode oferecer algumas respostas, pois, para ele, a interpretação de uma prática social é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados por essas pessoas, como no caso da interpretação científica (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61). Dworkin, assim, propõe uma interpretação construtiva, pois, para ele, a interpretação criativa não é



conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, na verdade, preocupa-se essencialmente com o propósito, e não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são fundamentalmente os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática com a finalidade de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imaginem que pertençam. Não se segue daí que o intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra qualquer coisa que desejaria que fossem, ou que um membro de uma comunidade hipotética, fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. É que a história ou a forma de uma prática ou objeto impõem uma coerção sobre as interpretações disponíveis dos últimos, ainda que a natureza dessa coerção deva ser analisada com cuidado. Assim, desde o ponto de vista criativo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 63-64).

Se a prática interpretativa do Direito, portanto, é construtiva e leva em consideração a prática social com todos os materiais possíveis de se interpretar, e se a intenção dos legisladores não pode ser considerada correta nem equivocada, talvez ela possa ser algo mais a ser considerado no momento da aplicação, e, apesar de toda a construção da história institucional que o aplicador do direito opera, talvez esteja aí também uma das possibilidades de combater as posturas céticas que propõem interpretações em conformidade a interesses ou ideologias que não se coadunam com boas respostas, com respostas constitucionais, e que, em adesão à discricionariedade, violam o Direito, em especial o Direito como integridade, modelo defendido por Dworkin. A intenção do autor não é “o” critério, mas serve como ferramenta, desde que não termine por ir contra a integridade do Direito. O que não pode ocorrer é cair em uma interpretação psicológica, como, há mais de um século, pretendeu, por exemplo, Friedrich Schleiermacher no campo da hermenêutica (sobre psicologismo veja-se a ideia, hoje criticada, de SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica e crítica*. Ijuí: Unijuí, 2005. A mesma crítica é feita por Roberto Lyra Filho na seara do Direito. Consulte-se no ponto: LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 31-34).

Fica, pois, extremamente dificultado o apelo à “intenção do legislador” ou à “vontade objetivada na norma”, ou a outros métodos de interpretação, que “perdem terreno em face dos novos rumos que assume a interpretação do Direito, a partir da superação do paradigma objetificante-metafísico sustentado na matriz clássica da metafísica (aristotélico-tomista) e da matriz moderna (filosofia da consciência)”. É evidente – e aqui faço menção ao ensinamento pelo Professor Lenio – que o intérprete não poderá construir um novo texto, espécie de nova lei, que não guarde, nem de longe, relação com aquilo que se possa entender como desvelamento do sentido decorrente



da síntese hermenêutica exurgente da copertença Constituição-texto-infraconstitucional. O limite é a Constituição, “enquanto manifestação ontológico-existencial”. Por isso é que “a interpretação conforme, assim como a nulidade parcial sem redução de texto e os diversos tipos de sentenças ‘constitutivas’, por serem mecanismos de adaptação/correção da legislação, estarão sempre no limite da tensão da relação legislação-jurisdição” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 459).

Nos “métodos” de interpretação, dos quais decorrem as ideias de “vontade da norma” ou “vontade do legislador”, ideias que estão por detrás, isto é, na base do pensamento doutrinário e jurisprudencial que ora se critica, a linguagem tem um caráter secundário, pois se está diante da lógica do sujeito cognoscente. Isso faz com que se perca a ideia de que a linguagem – e a história e linguagem constitucionais – tem um papel constitutivo da nossa relação com o mundo. Deixa-se, portanto, de compreender para interpretar, esquecendo que não há um único significado, uma vez que as possibilidades de interpretação são múltiplas, e que o intérprete está sempre “inserido” na linguagem. Não se desenvolvem a capacidade de suspender os pré-juízos, pré-conceitos, posições prévias e visões prévias, e nem a ideia de que o Direito é “aplicação” e de que essa aplicação depende da compreensão, que só é possível se forem suspensas essas concepções, juízos e visões prévias. Ao não conseguir efetuar a suspensão das visões, haveres e posições prévias, o jurista passa a repetir, a “revelar”, e não “desvelar”. Passa-se a “compreender mal”, pois ocorre uma espécie de alienação do contexto histórico-efetual. Assim é que os dispositivos legais e princípios constitucionais “são (...) (mal) compreendidos (sentido inautêntico) porque são vistos como objetos, como se tivessem uma existência própria, como se (os textos jurídico-normativos) fossem autônomos, desconectados da história-efetual”. Isso ocorre no plano do sentido comum teórico porque a interpretação toma um aspecto de cotidianeidade, no interior da qual somente se pergunta sobre algo que demanda uma pergunta. É como o ato de ir ao fórum, que não exige perguntas do tipo “por que ir ao fórum”, “o que é o Poder Judiciário”, “por que o juiz tem o poder de julgar”, “qual o papel do advogado na sociedade”, “por que o fórum está localizado naquela rua e não em outra” etc. Tais atos, ensina Lenio Streck, “fazem parte de nossa rede de sentido, sustentada pela nossa estrutura prévia de sentir. Fazemos esses atos, como tantos outros de nosso cotidiano, porque trazemos conosco um desde-já-sempre, que nada tem a ver com ‘relações de causalidade’”. Tais questões “fazem parte de nossa situação (prévia) de estarmos-situados-nesse-mundo”. Já no Direito, se o agir do jurista toma foros de cotidianeidade/familiariedade, “a interpretação do texto jurídico-normativo se torna pré-moldada (*prêt-à-porter*), onde o *Dasein* [o ser-aí, o ente que compreende o ser] mergulha numa ‘espécie de anonimato (jurídico), que anula a



singularidade de sua existência' (J. Penha), passando a viver da repetição de sentidos postos, independentes do contexto histórico-efeitual e sem a necessária abertura para a compreensão, que é condição de possibilidade para a interpretação" (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 251).

Penso que a questão interpretativa do Direito, ao invés, não pode "naufagar" na repetição, que é o que se pode verificar com relação a casos como o ora analisado: a doutrina, quase que por unanimidade, e os Tribunais, também de igual modo, simplesmente repetem decisões que confirmam ser opcional a via dos Juizados Especiais Cíveis, ainda que isso termine por gerar abusos e desencadear o entulhamento do juízo comum por processos que deveriam estar nos Juizados que, assim, continuam sendo "esvaziados", sem cumprir a normativa constitucional. Simples, pois.

Aqui, portanto, penso que tenhamos de interpretar o Direito de forma a imbricar tradição (Gadamer), criatividade e crítica, a fim de que não terminemos por "afundar" no senso comum teórico (Warat) que faz com que o ser, o sentido – no caso o sentido da existência constitucional dos Juizados Especiais como uma via célere, informal, econômica, de solução de conflitos, apta a substituir com vantagens o juízo comum - se apague. Nós, juízes, não podemos continuar inseridos no senso comum teórico; não podemos continuar repetindo o direito por meio de "pré-conceitos" alienados da historicidade (Streck), dados por uma doutrina que leu e interpretou a Lei dos Juizados há mais de vinte anos. Pensar o contrário significa, como dito, cair no senso comum teórico. Ora, o senso comum teórico tem proporcionado uma "inércia reflexiva", isto é, uma falta de interesse na mudança, enfim, um "conformismo dos satisfeitos" e uma "ausência de crítica" por parte dos juristas (WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 32). Por isso a necessidade de fazer a "crítica da crítica do Direito" (Cfe. ROCHA, Leonel Severo. *Espistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001). E por isso a necessidade de nos protegermos contra o "hábito de pensar imperceptivelmente". Devemos, assim, nos proteger contra o "arbítrio das ideias" – consagradas na doutrina e jurisprudência majoritárias -, impedindo o "nadificar" da Constituição (Streck), pois o nada é o "véu" do ser e vela o sentido da Carta Fundamental e, no caso dos autos, o sentido, o porquê da existência dos Juizados Especiais Cíveis.

Por isso é importante, como homens do Direito, não absolutizarmos pontos de vista, uma vez que sempre podemos rever nossas posições. É o que ensina o Professor Ernildo Stein quando afirma que "a era da hermenêutica, da interpretação, da compreensão, que vivemos, desencadeia aspectos da condição humana que tomam relevo novo. O homem passa a ter outra perspectiva de seu lugar no universo. Não



parte mais de um *a priori* para desvelar a verdade de sua natureza e de seu destino. A partir dos diversos pontos em que o situa sua história e cultura ele procura atingir a verdade". Assim, todos os pontos de partida são válidos, mas parciais, para compreender o homem. Sob certo aspecto, o homem rejeita as soluções definitivas, as afirmações intemporais, os absolutos abstratos. Ele prefere analisá-los temporalizados e relativos, mergulhados no movimento da própria história do homem. São, antes, "conceitos-limite" que determinam o campo de sua interpretação (STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1972, p. 20-21). A hermenêutica "alimenta as muitas faces da mesma verdade e desenvolve a análise da multiplicidade das faces. O hermeneuta experimenta a verdade nas situações concretas, não absolutiza os pontos de vista. Ele busca uma universalidade itinerante para sua interpretação. Todo o universo humano deve ser explorado para que revele, ainda que parcialmente, seus horizontes. A universalidade da compreensão é fragmentária. A hermenêutica, prossegue Stein, abandona todo o fanatismo e exclusivismo e, por isso, sempre pode voltar-se sobre suas posições e corrigi-las" (STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1972, p. 21). É isso, penso, que deva ser feito nos casos de ingressos de ações no juízo comum quando deveriam ingressar nos JECíveis. Há que se corrigir a posição doutrinária e jurisprudencial, afastando a aplicação das regras do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.675/96.

Afastar a regra, o texto legal, porém, no caso dos autos, seria incorrer em relativismo? Não, pois há algumas hipóteses que possibilitam ao juiz deixar de aplicar a lei, deixar de aplicar a regra. Essas hipóteses – que explicitarei adiante - se coadunam com o caráter não-relativista da hermenêutica, pois esta não se confunde com um mero "ativismo" judicial no sentido de que se possa dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa". Portanto, aqui, não estou sendo ativista ou "alternativo". Ora, o decisionismo e a discricionariedade devem ser afastados. É evidente que os juízes não podem interpretar de acordo com a sua vontade e o seu conhecimento. Ou seja, há limites ao processo interpretativo. O processo hermenêutico, portanto, não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e conhecimento do intérprete. Nesse sentido é que, no Direito, o constitucionalismo contemporâneo coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista. Não se pode, portanto, "dissolver" a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade. O texto deve dizer algo para que se possa dizer algo sobre ele (Gadamer). A hermenêutica, pois, não compactua com o mero ativismo judicial, com o "decisionismo", o "realismo" ou o "Direito alternativo". Assim, ninguém pode atribuir sentidos desviantes do conteúdo material da Constituição (STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-



graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 166).

Se não se pode atribuir sentido desviante do conteúdo material da Constituição, não é possível se valer de interpretações de cunho sintático/semântico para impossibilitar a concretização dos Juizados Especiais conforme a vontade constitucional. Com isso quero dizer que não é possível ficar apegado à interpretação de cunho metodológico semântico ou teleológico, ou, ainda, histórico ou literal – como têm feito doutrina e jurisprudência –, das leis ora em análise (Lei nº 9.099/95 e Lei Estadual nº 10.675/96). É que uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativas dessa estirpe fica extremamente debilitada no universo da viragem linguística pelo qual necessariamente passa o Direito. Daí a convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação. Se a interpretação é construtiva, de nada vale o método. Por isso as críticas, dentre elas valendo lembrar a contundente observação de Dalmo Dallari, para quem o juiz/intérprete, ao utilizar tantos modelos de interpretação da lei, considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças. Vê-se nessa assertiva de Dallari, consoante Lenio Luiz Streck, uma clara denúncia do alheamento provocado pela objetificação metodológica. Em razão desse alheamento, “os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetivar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade” (cfe. STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 208-209, dez. 2003).

Com o chamado “giro linguístico”, com a “guinada filosófica” da filosofia da consciência para a hermenêutica filosófica, há, portanto, uma “reviravolta hermenêutica” (Manfredo A. de Oliveira), que funde compreensão, interpretação e aplicação. Na tradição inautêntica do método, o problema hermenêutico dividia-se em *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação). No momento, porém, em que se reconhece a unidade interna entre o compreender e o interpretar, o problema hermenêutico recebe um significado sistemático. A interpretação deixa de ser um ato posterior e complementar à compreensão. Compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. A linguagem, que passa da posição marginal para o centro da filosofia, e a conceptualidade da interpretação são agora reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão. A fusão interna da compreensão e da interpretação, porém, não pode se desconectar da aplicação. Isso porque na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido na situação atual do intérprete. Assim, a aplicação é um momento do processo



hermenêutico tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 459-460). Para a interpretação do Direito isso é fundamental.

No âmbito da interpretação constitucional – aliás, toda a interpretação do direito é e deve ser uma interpretação constitucional - é possível afirmar que a “vontade de Constituição” é fundamental. Nesse sentido, Konrad Hesse refere a existência de duas constituições em um determinado país: a “Constituição real” e a “Constituição jurídica”. A primeira é composta pelas forças políticas e sociais vigentes em um determinado país, e que devem ser levadas em consideração na aplicação da segunda, sob pena de total ineficácia desta. A Constituição jurídica, entretanto, detém um caráter normativo, ou seja, deve (dever ser) transformar o mundo dos fatos. A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside, então, na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Um “ótimo desenvolvimento da Constituição” depende, portanto, não apenas do seu conteúdo, mas da sua *praxis*. A vontade de Constituição, pois, é fundamental, considerada global ou singularmente (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 9-21).

Nesse sentido, no momento em que uma Constituição como a nossa, dirigente e compromissória, dispõe acerca da necessidade de criação de Juizados Especiais, tais juizados não constituem mera possibilidade, mas a consequência de uma necessidade. E é isso que tem de ser levado em conta ao se interpretar a(s) Lei(s) dos Juizados Especiais. A Constituição não teria determinado a criação de juizados fossem eles servir como mera faculdade, como mera opção do cidadão. Assim o fez porque tal instância jurisdicional era e é necessária. Daí a imperatividade, a cogência do dispositivo constitucional, que não pode, por sua vez, ser contrariado por lei infraconstitucional!

A Constituição só transforma a sociedade, só transforma a realidade se aplicada. Ela se dá, portanto, na aplicação, que é a síntese de universalidade e singularidade. Constituição, assim, só existe na prática, na *applicatio*. Quando uma lei infraconstitucional limita aquilo que a Constituição estabeleceu como dever ser, termina por limitar a força normativa da Constituição, impedindo o seu desenvolvimento, a sua prática, o que leva à não-transformação do mundo dos fatos. Dito de outro modo, as condições de possibilidade do câmbio social se velam, pois o sentido, que poderia ser alcançado pelo dispositivo constitucional que o propicia, não se desvela. Ora, a Constituição compõe-se de normas que contêm requerimentos dirigidos à conduta humana. As normas não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorpora à conduta humana. A realização da Constituição, portanto, depende da medida em que ela efetivamente motive e



determine a conduta humana, da medida em que se faça viger não apenas hipoteticamente, mas na realidade. Sua força normativa está condicionada à possibilidade de realização de seus conteúdos e à vontade constante dos implicados no processo de realização de seus conteúdos (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: selección. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 26-28). Então, como é que a lei infraconstitucional – no caso as Leis nº 9.099/95 e nº 10.675/96 – pode condicionar a vigência da Constituição e sua realização conteudística?

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade, mas ordena e conforma a realidade política e social. Converte-se, assim – como diria Hesse –, em força ativa que influi e determina a realidade política e social. E mesmo entendida com ordem de valores, e bem por isso, a Constituição pede “cumprimento”. Isso porque o valor nada mais é do que cumprimento (GARGANI, Aldo G. La fricción del pensamiento. In: VATTIMO, Gianni. *La secularización de la filosofía*: hermenéutica y posmodernidad. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 26). Ele só se torna “real” se vivido, alerta que já era feito por Johannes Hessen em sua *Filosofia dos Valores* ao tratar da realização dos valores éticos (HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967). O valor, assim, não consiste na “vontade do valor” ou em sua “desejabilidade”, mas naquilo que resulta efetivamente querido, que se “inscreveu efetivamente”, que chegou a ser uma “cena influente para ver e ouvir”, que se traduziu em “necessidade” e que agora está entre nós como “natureza” (GARGANI, Aldo G. La fricción del pensamiento. In: VATTIMO, Gianni. *La secularización de la filosofía*: hermenéutica y posmodernidad. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 26).

Nesse sentido, a Constituição “só se torna viva, só permanece viva, quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (não só intelectual mas sobretudo afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos; quando a vontade da Constituição (Konrad Hesse) vem a par do sentimento constitucional (Lucas Verdu)” (Cfe. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 70). Assim também é o que afirma Hermann Heller, para quem a Constituição do Estado é o produto permanente do processo de formação da situação política total; persiste através das “vivências” e “atos concretos de sentido”. A Constituição jurídica objetivada, na realidade social, existe enquanto for atualizada constantemente por homens. Através do “fluir” das vivências e dos atos concretos descobre-se uma estrutura de unidade e uma Constituição (HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1988).

Segundo Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: constituição e inconstitucionalidade. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 70), as



Constituições compromissórias somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, ou garantir direitos individuais e institucionais, sem fraturas, e modelar o futuro comunitário, sem rupturas, se satisfizerem três requisitos primordiais:

a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e dos grupos em que se inserem, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação;

b) abertura, nos limites da sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações da vontade política constitucionalmente organizada;

c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais.

Se assim é, como garantir mais direitos, os direitos de toda uma sociedade, se, apesar de a Constituição ter criado a via dos Juizados Especiais para o processamento de pequenas causas, os cidadãos, no seu exclusivo e único interesse, e no dos seus advogados, continuam utilizando o juízo comum? Os JECíveis constituem importante mecanismo, instrumento jurídico, sustentado jurídica e politicamente na Constituição, para que se possa fazer uma “revolução na Justiça”. Como fazer tal revolução se, existindo há mais de vinte anos, não há nada que consiga fazer com que as partes procurem os Juizados Especiais? Como fazer tal revolução se ainda se continua entendendo que não constituem via obrigatória, mas facultativa? O caso de Santa Rosa e de tantos outros municípios da região é paradigmático: 27.000 processos no juízo comum e 1.000 processos no JECível.

1.8. A jurisdição de primeiro grau é jurisdição constitucional e pode realizar a interpretação conforme a Constituição (ou: afastando uma das possíveis interpretações do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.675/96)

A jurisdição, no modelo do Estado Democrático de Direito, só pode ser compreendida autenticamente ao se compreender que a historicidade do Direito não lhe pode ser sonogada. Dito de outro modo, a jurisdição tradicional, que sonoga a força da história, construída sob a égide da filosofia da consciência, não mais encontra lugar num mundo permeado de desafios, complexidades, conflitos macrossociais, novos ambientes de regulação e decisão, imediatismos e tecnicismos. Como a jurisdição está inserida no contexto constitucional (nunca fora dele), há que se compreender que a Constituição é um “caminho a ser caminhado”, dependendo essa caminhada de uma “atitude hermenêutica” por parte dos juristas no sentido de desvelar o seu sentido, o sentido das leis que por ela são iluminadas e, conseqüentemente, o sentido da



jurisdição. Daí a necessidade de provocação dos preconceitos e pré-juízos que habitam em nós. O jurista deve compreender para interpretar (Gadamer). Para que isso ocorra, no entanto, essa mudança de “atitude hermenêutica” só pode ser feita a partir de uma filtragem hermenêutico-constitucional da jurisdição, pelo (des)velamento do seu sentido (ser do ente).

Nesse aspecto, a hermenêutica filosófica, como modo-de-ser-no-mundo, é a condição de possibilidade para “ontologizar” (no sentido da diferença ontológica de que fala Martin Heidegger) a jurisdição e o Direito Processual, que, necessariamente, já podem ser compreendidos como jurisdição constitucional(izada) e Direito Processual Constitucional(izado), a partir da noção de Estado Democrático de Direito e da Constituição do Brasil como pauta axiológico-interpretativa e conformadora de toda e qualquer norma jurídica. Significa dizer que a lei processual – no caso a Lei dos Juizados - e seus institutos não podem ser vistos “apartados” do sentido de Constituição, e nem esta pode ser entendida como “ser sem o ente”, “categoria” ou “hipótese” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22).

Do ponto de vista filosófico, na perspectiva da ontologia fundamental, como já referido o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é em seu ser (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 35-37). O ente, como dito, é tudo aquilo de que posso falar. Posso falar de uma cadeira, de um vaso, de um martelo; ou posso falar de uma lei, de uma Constituição, de um sistema processual; posso falar, por exemplo, do ente “Juizado Especial” ou do ente “procedimento do Juizado Especial”. O ser é a condição de possibilidade, o sentido, o “verbo”. No âmbito do Direito, do ponto de vista jurídico, portanto, isso tem implicações. Significa dizer que a norma jurídica só “é” na aplicação e só é válida se estiver em conformidade com a Constituição. A aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da) Constituição. Não se interpreta, pois, um texto jurídico, um dispositivo, uma lei etc. “desvinculados” da antecipação de sentido que o intérprete tem da Constituição. Isso significa que o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para, finalmente, aplicar. No plano da hermenêutica (ontologia da compreensão), esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*. Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no “entremeio” do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Nesse mesmo sentido é o pensamento de Eros Roberto Grau, para quem também não se interpreta o direito em tiras. A interpretação do direito, assim, é a interpretação “do direito”, e não de textos isolados, desprendidos do direito (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121). É aqui que se desvela, pois, o ser, o



sentido que, no caso dos Juizados Especiais, é o de servir de instância, a mais adequada, para processamento e julgamento de causas menores. Esse é um entendimento válido, de acordo com a Constituição.

O intérprete, ao se ocupar das coisas do mundo, em sua faticidade, deve, pois, “preocupar-se”, no sentido de procurar manter-se no círculo hermenêutico. A busca do sentido da preocupação deve mover-se no círculo hermenêutico. Dentro desse círculo ter-se-á de atingir uma situação hermenêutica que permita a interpretação do sentido da preocupação (temporalidade). É na temporalidade que se busca o sentido ontológico do ser-aí, da preocupação. A situação hermenêutica é introduzida como um conceito válido para o método fenomenológico e está ligada à aquisição prévia, à vista prévia e à antecipação próprias da explicitação (interpretação) (STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [Os pensadores], p. 91-92).

A situação hermenêutica implica o círculo hermenêutico. Toda explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação. O círculo esconde em si uma possibilidade autêntica de conhecer mais originário. Mas, essa originariedade depende do “desenvolvimento das antecipações conforme as coisas em si mesmas”. A situação hermenêutica, portanto, é exigida pelo próprio método fenomenológico hermenêutico que, por meio do círculo hermenêutico, procura explicitar o sentido ontológico do ser-aí. E esse método fenomenológico não se desliga da existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada. É isso que lhe dá como característica a circularidade (STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [Os pensadores], p. 88).

As representações e as coisas dão-se juntas; as palavras e os objetos têm um compromisso e um vínculo. Por isso não há como acatar um enunciado, do qual decorreu um entendimento que há mais de vinte anos vem sendo defendido por doutrina e jurisprudência, no sentido de que há opção da parte em não optar pelo Juizado Especial ainda quando cabível! Lembremos que não há interpretação sem coisas. Daí o problema de se fazer enunciados sem casos, como foi feito na época em que a Lei nº 9.099/95 entrou em vigência. Como esta condição – o dar-se junto das palavras e dos objetos – só opera por meio da compreensão pelo ser humano que se compreende, a fundamentação (condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico. A relação com o ser e com o modo de ser do *Dasein* – filosoficamente, o ente que compreende o ser – não é uma relação com um objeto ou por meio de um sujeito, mas é uma relação que possibilita algo, o acesso aos entes (STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 32). É impossível ao intérprete desprender-se dessa circularidade da compreensão.



Ou seja, como diz Lenio Luiz Streck, calcado em Ernildo Stein, “nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22). Eu só tenho acesso, portanto, à compreensão a partir do momento em que me coloco no mundo e as coisas vêm a mim. Quando os casos irrompem, portanto, é que os enunciados e regras podem fazer sentido, que é desvelado na aplicação, sempre. E aplicação é um processo único de compreensão/interpretação/aplicação.

Assim é que se pode dizer que “é a interpretação que nos dá a norma, não o contrário” (D. Cornell apud STONE, Martin. Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 55. Sustentar, pois, que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma, como dito anteriormente, não significa, todavia, sustentar que haja uma separação entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência–validade). Assim, a norma é sempre o produto da interpretação de um contexto e não está contida no texto (Müller). O texto, porém, não subsiste como texto. Não há texto isolado da norma. O texto já aparece na “sua” norma, que é o produto da atribuição de sentido do intérprete. E, para isso, não há um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido exsurta de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. Daí por que não há separação entre texto e norma. Há, sim, uma diferença ontológica entre eles, questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é em seu ser. A norma, porém, não é uma “capa de sentido” a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é a “construção hermenêutica do sentido do texto”. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*. Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro. Também, por isso, um não contém o outro, assim como o ser não contém o ente (STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 230, dez. 2003).

A hermenêutica da *applicatio* tem a compreensão como um acontecimento atual. Na compreensão, a descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário que inclui necessariamente o “sujeito compreendente”, sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e, nessa medida, completado, embora esse sujeito compreendente esteja vinculado a esse sentido do texto (MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional I*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.



40). Nessa condição, a hermenêutica filosófica, condição de possibilidade para desenvolver uma hermenêutica jurídica, ganha sentido num mundo dominado pelo positivismo e pela técnica; pelos métodos de interpretação e pela repetição do que já foi dado. A hermenêutica filosófica, como modo-de-ser-no-mundo, impede a “desontologização” da compreensão, que se dá pelo esquecimento do ser, do sentido, evitando a presunção de que o conhecimento tenha alcançado seu fim.

Penso que a jurisdição da pós-modernidade, alheia à hermenêutica filosófica como modo-de-ser-no-mundo, tem apresentado diversos sentidos e significados que sofrem influência de um “procedimentalismo metodológico”, do qual tem sido refém o Poder Judiciário, que “diz” o direito a partir de um *locus* destemporalizado, preso a uma cultura (dogmática) metafísico-objetificante, que impede o seu desvelar como instância de realização dos direitos e garantias fundamentais. Aprisionada ao paradigma liberal-individualista típico do Estado Liberal, corroída pela filosofia da consciência que lhe impõe permanecer num ambiente tradicional, a jurisdição não tem conseguido enfrentar os novos desafios e racionalidades instalados na sociedade contemporânea. Assim, a jurisdição, “procedimentalizada” “da” e “na” modernidade, apegada aos seus diversos “métodos de interpretação”, tendo, pois, a hermenêutica como um “método”, padece de uma espécie de “desontologização”, ao resguardar uma “ordem” destemporalizada, impedindo que, nessa mesma ordem, possa haver interferências políticas ou valorativas que desafiem o pensamento tradicional, dando lugar às incertezas ao invés da certeza, aos riscos ao invés da segurança, e ao “caos” ao invés da racionalidade. Penso, pois, que essa temporalização, no caso dos autos, em especial, tem de ser resgatada.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a jurisdição que efetivamente se quer é outra. Contemporaneamente, a jurisdição deve ser vista como jurisdição constitucional(izada), isto é, como verdadeira “jurisdição de Estado Democrático de Direito”. Isso implica uma nova compreensão da jurisdição, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, há um vínculo indissociável entre Constituição e justiça constitucional (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 361). Primeiro, porque, não existindo diferença entre legalidade e constitucionalidade, não há – segundo – como distinguir jurisdição ordinária de jurisdição constitucional. O caso dos Juizados, contudo, demonstra que ainda há um excessivo apego à legislação infraconstitucional – justamente o caso da interpretação dada pela doutrina e pelos tribunais à Lei dos Juizados –, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Assim, os juristas continuam separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional. Como consequência dessa forma de pensar a jurisdição, há uma “baixa” aplicação do controle difuso pelos juízos singulares e um pequeno número de incidentes de constitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos tribunais (veja-se, nesse



sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 367).

A jurisdição, no entanto, seja ela a do juiz de primeiro grau ou a dos tribunais superiores, está comprometida com a ideia de uma jurisdição constitucional(izada) e, portanto, com a ideia de que todo o processo hermenêutico leva em consideração a faticidade e a temporalidade do intérprete, que desde-já-sempre está no mundo, e de que a Constituição, além de um texto, é um existencial, que desde-já-sempre está (deve estar) com ele. Qualquer ato judicial, portanto, nessa perspectiva, é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Nesse sentido, o controle do juiz difere do controle exercido pelos tribunais. O juiz, ao contrário dos tribunais, não declara a inconstitucionalidade do texto normativo. O juiz deixa de aplicá-lo. O conteúdo de sua decisão recai sobre aquela relação jurídica discutida no processo (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362-363).

Toda a jurisdição, portanto, sempre é constitucional(izada), pois, como dito, não há como separar o ser do ente, não há como separar jurisdição ordinária de jurisdição constitucional. A legalidade e a ordinariedade, então, não podem ser vistas apartadas da constitucionalidade. Na medida em que a Constituição estabelece pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando o seu conteúdo, “converte-se em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade no seu conjunto, no seio do qual impede tanto o isolamento do Direito constitucional como a existência isolada das demais parcelas de Direito umas em relação às outras” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 16-17). Falar em “tribunais constitucionais”, pois, é ocorrer em pleonismo. Por sua vez, falar em “tribunais não-jurisdicionais”, é ocorrer em uma “*contraditio in terminis*” (MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 76, p. 54). Ora, não havendo distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, e tendo em vista que todos os juízes exercem sempre jurisdição constitucional, convém ter em mente que, quanto ao exercício dessa jurisdição constitucional(izada), que comporta o controle da constitucionalidade das leis, não há como impedir os juízes e tribunais de utilizarem as modernas técnicas de controle de constitucionalidade, tais como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, pois não há qualquer óbice constitucional que impeça os juízes e tribunais de os aplicarem. Como ensina Lenio Luiz Streck, não se pode admitir, portanto, que juízes e tribunais, que não o Supremo Tribunal Federal, estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem ser salvaguardados no sistema, ao menos em parte,



mediante a aplicação dessas técnicas de controle. A possibilidade de os tribunais e juízes singulares fazerem uso desses mecanismos funda-se no controle difuso de constitucionalidade. Impedir esse uso pelos juízes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso, isto é, uma espécie de “meio-controle” (Streck). Desde a Constituição de 1891 os juízes estão autorizados a deixar de aplicar uma lei na íntegra quando entenderem ser inconstitucional. No Estado Democrático de Direito, com muito mais razão, podem aplicá-la somente em parte. Isso diz respeito também aos tribunais, que, por sua vez, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, quando se tratar da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (Por todos, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 517-518).

Em boa parte das Constituições latino-americanas há possibilidade de que um juiz qualquer (sistema difuso) ou um órgão especial (regime concentrado) possa declarar inconstitucional a lei ou ao menos inaplicável no caso concreto (Cfe. VESCOVI, Enrique. *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México: UNAM, 1978, p. 22). Aliás, sendo possível que os tribunais inferiores e os juízes singulares lancem mão da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto), não se necessita, como se disse, que os órgãos fracionários dos tribunais suscitem o respectivo incidente de inconstitucionalidade, sendo, pois, pelas peculiaridades com que se revestem tais institutos, dispensável tal suscitação. Afinal, quando, pela interpretação conforme, é “fixada” uma dada interpretação, o tribunal não declara, e nem poderia fazê-lo, a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo. No âmbito da interpretação conforme, a norma não é declarada inconstitucional, mas constitucional, sendo que esta continuará, após a declaração, carecendo de interpretação em suas outras aplicações, e os tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do Direito, poderão desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição. Em se tratando de decisão de acolhimento parcial qualitativa, isto é, quando uma das incidências (preceito ideal) é abduzida do texto, permanecendo, portanto, o texto em sua integralidade, o raciocínio deve ser o mesmo. A solução, assim, está justamente na diferença entre o que seja inconstitucionalidade parcial qualitativa e inconstitucionalidade parcial quantitativa. Enquanto na primeira o texto permanece, na segunda ocorre a expulsão formal de uma parte do dispositivo ou da lei (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 519-520).

Todo o juiz, pois, exerce jurisdição constitucional, sendo o adjetivo “ordinária” totalmente dispensável. Ao contrário do sistema alemão de controle de normas, no qual



o monopólio de censura está concentrado na Corte Constitucional, no Direito brasileiro, qualquer juiz ou tribunal pode recusar a aplicação de uma lei, num caso concreto, por considerá-la inconstitucional (Sobre o sistema alemão, consulte-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004).

Agora, se qualquer juiz pode fazê-lo, isso significa que ele é livre para deixar de aplicar a lei sempre que quiser? Estaria aqui eu, Adalberto, Juiz de Direito da Comarca, com elevadas responsabilidades jurisdicionais, “brincando de jurisdicionar” e decidindo livremente acerca da inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.675/96? Ou estou decidindo acerca da inconstitucionalidade somente após ter compreendido o que o texto constitucional, que “fala” a mim, quer dizer ao determinar a criação do JEC e quais as consequências que resultam da limitação da sua ineficácia normativa, uma vez vigentes leis infraconstitucionais que assim o fazem? As respostas ficarão ainda mais claras.

Consoante o que ensina Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 347-348), o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei em seis hipóteses. São elas:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris* que derroga a *lex anterioris* pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com relação “texto-norma”. A interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por



inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese I. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

No caso dos autos, penso que a interpretação feita pela doutrina e pela jurisprudência, com relação ao § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e ao parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.675/96, no sentido da facultatividade do uso dos Juizados Especiais se revela incompatível com a Constituição. O § 3º do art. 3º da Lei dos JEC, em especial, contrastado com a Constituição, oferece distintas possibilidades de interpretação; duas no mínimo. Uma delas, porém, é incompatível com a Constituição, pois leva ao esgotamento/esvaziamento da instância especialíssima. Ao se fazer analogia com a Lei dos Juizados Especiais Federais – Lei nº 10.259/2001 – e com a recente Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Lei nº 12.153/2009 –, que dispõe sobre a competência absoluta dessa instância de jurisdição para os casos ali elencados – dentre eles ações envolvendo medicamentos –, isso, então, fica ainda mais patente. O parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96 segue o mesmo destino. Apenas para argumentar e não deixar passar ao largo: por que alguém que



necessita de um remédio ou de um tratamento médico, e tem de pedir ao Estado que o forneça, tem de, necessariamente, ingressar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública? Afinal de contas, um remédio, que muitas vezes serve para salvar a vida de uma pessoa, é menos importante que uma repetição de indébito de uma conta de telefone – cujo valor chega, muitas vezes, com o perdão da palavra, a uma “merreca”, e sem o qual ninguém até hoje deixou de viver - ou uma revisão de um contrato bancário deduzida em demanda cuja sentença praticamente nada revisará e que só trará benefícios ao advogado da parte que, com mínima procedência, ganhará seus honorários? Há proporcionalidade nisso?

Então, no caso há duas regras – ou normas, aqui entendidas no sentido positivo, como se queira – infraconstitucionais polissêmicas, plurissignificativas, das quais podem resultar diferentes alternativas de interpretação. Uma destas interpretações estará de acordo com a Constituição; a outra, não. A interpretação mais compatível com a Lei Maior é aquela que confere maior eficácia ao dispositivo constitucional, no caso o art. 98, I, da Constituição da República. Não fosse assim, não haveria previsão constitucional dos Juizados no sentido da obrigatoriedade da sua criação. Dito de outro modo, os Estados, com ou sem determinação constitucional, nem mesmo precisariam criar os Juizados porque, criando ou não, uma vez facultativa a sua utilização para o processamento de pequenas causas, em nada se alteraria a situação fática. No momento em que o legislador infra-constitucional, na sua liberdade de conformação – que não é absoluta -, insere disposição tornando facultativo aquilo que a Constituição determinou, acaba por esvaziar a regra constitucional, e isso, portanto, é inconstitucional.

O procedimento dos Juizados Especiais é um instrumento colocado à disposição da sociedade por imposição constitucional para que dele se utilize, para que seja “ocupado”. Sem ocupação, sem o caráter pragmático, as coisas não têm sentido. Afinal, instrumentos, em linguagem filosófica, são entes que vêm ao encontro na “ocupação” (cfe. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 110). O procedimento do Juizado Especial Cível, como dito, é um instrumento, um ente que vem ao encontro na ocupação. Para que se possa, portanto, verificar qual o seu sentido, deve ser ocupado. E ele, como tal, tem de ser visto num “todo instrumental” que pertence ao seu ser, ao seu sentido. O ser, o sentido da existência do Juizado é o de estar-aí para que se possam julgar pequenas causas, desafogando a jurisdição comum e propiciando decisões mais céleres, efetivas, informais e econômicas. Como dito, ele não é “mais uma porta”, mas “a porta” para o processo de causas de menor valor e de pequena complexidade. Daí sua obrigatoriedade, não constituindo mera opção do cidadão e não possuindo o legislador liberdade de conformação para assim determiná-lo. Do mesmo modo que um martelo serve para martelar, sendo sustentado, portanto, pela obra que



produz, o procedimento dos Juizados Especiais serve para permitir processar demandas de pequena complexidade e valor diminuto. É isso que irá sustentá-lo! Se o martelar é o que descobre o “manuseio específico do martelo” (HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 111), só iremos descobrir o manuseio específico dos Juizados Especiais, tudo o que ele pode nos alcançar em termos de justiça, se forem, em efetivo, acionados. Lembremos sempre da possibilidade de realização de uma justiça mais efetiva, célere, econômica e democrática, razão pela qual foram criados constitucionalmente os Juizados.

A norma constitucional é pressuposto do Direito Processual. O Direito Constitucional, assim, “fornece” ao processualista os princípios que determinam o âmbito de sua disciplina. A norma constitucional é a matriz da qual germinam os princípios e institutos do Direito Processual. (PROVINCIALI, Renzo. *Norme di diritto processuale nella costituzione*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1959, p. 18-19). Se assim é, o sistema processual dos Juizados tem na Constituição seu fornecedor, digamos assim, de princípios. Regra sem princípio não pode ser considerada constitucional, pois é o princípio, construído na moralidade institucionalizada e, portanto, na tradição da comunidade política, que introduz a razão prática do Direito. Fazer jurisdição constitucional, portanto, não significa restringir o processo hermenêutico tão-somente ao exame da “parametricidade formal” de textos infraconstitucionais com a Constituição, mas compreender a jurisdição constitucional como “processo de vivificação” da Constituição na sua materialidade, a partir do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, que toma forma quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado Liberal, passa a ser contestada de dois modos: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; e, de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição (postura substancialista). Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, o que significa entender a Constituição como um “remédio contra maiorias”. A noção de Estado Democrático de Direito leva em conta a noção de Constituição como mais que uma explicitação do contrato social: ela tem o condão de, com sua força normativa, “constituir-a-ção” do Estado. O Poder Judiciário, nesse aspecto, não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade, pois a ele está reservada uma nova forma de inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de freios e contra-pesos, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que as regras e princípios constitucionais – ou mesmo os “valores” constitucionais, para aqueles que assim entendem – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. A justiça constitucional, assim, deve assumir uma postura



intervencionista, longe da postura absenteísta inerente ao modelo liberal-individualista-normativista próprio da dogmática jurídica brasileira (STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 223-224, dez. 2003). É isso que penso e assim que estou decidindo no presente caso.

Ainda que não fosse o caso de cabimento da interpretação conforme a Constituição, poder-se-ia tratar do caso dos autos como sendo hipótese de adoção da técnica da nulidade parcial sem redução de texto, que é um pouco distinta da interpretação conforme. Na interpretação conforme a Constituição, salva-se a lei, simplesmente agregando sentido, como explica Lenio Streck. Ou seja, para não declarar a inconstitucionalidade (com o que poderia, quem sabe, ficar pior a situação), opta-se por salvar a lei, dizendo: essa lei só é constitucional se interpretada no sentido de que também os que ficaram de fora do dispositivo tenham o direito. Já a nulidade parcial sem redução de texto (NPSRT) tem como típico exemplo as chamadas sentenças redutivas. Assim, por exemplo, o dispositivo de determinada lei é “declarado” inconstitucional se - e somente se! - for aplicado violando princípio (nesse aspecto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 311)! Significa dizer que a NPSRT é sempre uma aplicação principiológica, pois a regra permanece a cada vez, mas não é aplicada àquele caso concreto que está sob julgamento. No Direito Penal isso é muito comum no que diz com o chamado princípio da insignificância que poderia ser lido assim: o artigo do furto é inconstitucional, se aplicado na hipótese em que a *res furtivae* não tem valor econômico.

No caso dos autos, ora em análise, por sua vez, evidente que o legislador não esgota as possibilidades. Quando o legislador redigiu “A opção” - caso da Lei nº 9.099/95 – ou disse que “A opção pelos Juizados Especiais Cíveis é do autor da ação” - caso da Lei Estadual nº 10.675/96 -, dando a entender, portanto, que seria cabível a opção, subentende-se que a opção seria entre bens (e valores - valor da causa) proporcionais ao alcance da lei. O legislador jamais compactuaria com uma leitura literal que levasse à “fraude epistêmica”, como diria Lenio, Professor por quem tenho elevada estima e cujas obras e ensinamentos, como se pode ver ao longo desta fundamentação, contribuíram para a presente decisão de modo fundamental. Levar a literalidade ao seu mais alto grau, portanto, significa negá-la: *sumum jus, summa injuria*.

Assim, talvez até tenha andado bem o legislador em dizer que é possível fazer a opção. Não aceita a interpretação conforme - defendo acima que é, sim, cabível -, pode ser considerado, pois, absolutamente constitucional que o legislador tenha colocado a opção, para possibilitar essa escolha pelas partes; no entanto, os dispositivos - § 3º do



art. 3º da Lei nº 9.099/95 e parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96 - serão inconstitucionais, no caso concreto, se aplicados no sentido de que os valores objeto da opção podem conspurcar a “substância” do que seja pequeno valor e valor apto a ser enquadrado em cada um dos procedimentos.

Dito de outro modo, tais dispositivos devem ser lidos no seguinte sentido: a Lei nº 9.099/95, em seu art. 3º, § 3º, e a Lei Estadual nº 10.675/96, em seu art. 1º, parágrafo único, serão inconstitucionais se da sua aplicação resultar a violação dos princípios da celeridade, da eficiência, da razoabilidade e proporcionalidade, estes dois últimos entendidos como *fairness*, ou seja, como equanimidade, como entende, por exemplo, Ronald Dworkin ao trabalhar com a ideia de princípios enquanto padrões, imperativos de moralidade, justiça, equanimidade etc. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

A aplicação da NPSRT – pode-se dizer - é até mesmo indispensável no caso dos autos para, protegendo a *res pública*, a República, evitar que se transfiram recursos dos demais contribuintes - que levam as suas causas para o Juizado Especial – em prol da realização da “felicidade” (proveito individual) de uma pessoa que usa a máquina judiciária, o juízo comum - quando deveria utilizar o Juizado -, para seu próprio benefício, deduzindo matéria e valores incompatíveis com a *ratio* do procedimento do juízo comum e compatível, sim, com a matéria e os valores que conformaram a criação dos Juizados Especiais.

Por fim, a NPSRT é indispensável no caso dos autos justamente para evitar que demais demandas da espécie, como vem ocorrendo a todo o momento, sejam sufragadas pelo Poder Judiciário, com o que ganhariam, então, o condão de “universalizar” tais condutas, fazendo com que as demais pessoas também passem ou continuem a se utilizar do Juizado comum para deduzir pretensões de ínfimo valor e sem qualquer complexidade, como já vêm fazendo há tempos, esvaziando, com isso, o Juizado Especial.

Por tudo o que foi dito, não há qualquer interesse processual do autor em veicular demanda da espécie nos Juizados Especiais, e isso tanto do ponto de vista jurídico – portanto, constitucional -como do ponto de vista econômico. Então, não pode ser movimentado o juízo comum da máquina judiciária – que não é a financiadora, patrocinadora ou tutora econômica da “cidadania” - do modo como está sendo movimentado.

Assim, com fundamento na inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95 e do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei Estadual nº 10.675/96, além do fato de carecer o autor de interesse processual e o tipo de procedimento escolhido – procedimento do juízo comum - não corresponder à natureza da causa e ao valor da ação, há que se declinar da competência, devendo, portanto, a demanda tramitar obrigatoriamente nos JECíveis.



Pelo exposto, no que diz com o pedido de declaração de inexistência da relação jurídica e de repetição do indébito, DECLINO DA COMPETÊNCIA, forte nos fundamentos acima e no art. 295, III e V, do CPC.

2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Quanto ao pedido de indenização por dano moral, vale o mesmo que foi dito anteriormente: a causa não deve ser processada no juízo comum, mas nos Juizados Especiais Cíveis, não adiantando, inclusive, para furtar-se da via do Juizado, dar a parte à causa valor elevado que nunca será alcançado por decisão judicial. Ainda que assim não fosse, a inicial seria indeferida com extinção do feito com relação ao tal pleito de indenização por dano moral. Explico.

Consoante o que passei a decidir recentemente em ações que já estão em trâmite nesta Vara (como exemplo, citam-se os processos autuados sob nº 028/1.14.0001229-1 e 028/1.13.0003274-6), não há qualquer dano moral indenizável. É isso que ocorre também no caso ora apreciado. Não há mais como reconhecer a ocorrência do dano moral individual em casos da espécie. E isso porque nem mesmo estão presentes os requisitos para configuração do dano no caso.

O fundamento do instituto do dano moral, sabe-se, está assentado sobre duas ideias básicas: a imposição da obrigação de indenizar por dano moral deve reparar (na verdade, “compensar”) minimamente o ofendido e deve punir o ofensor de forma a que repare (compense) o dano e não mais venha a praticá-lo, do que advém o seu caráter aflitivo, mas profilático/pedagógico.

No caso em tela, um desses fundamentos não está presente: o da necessidade de punir o ofensor, no caso a empresa ora requerida. Por quê? Porque a ré já foi devidamente punida na decisão proferida na ação civil pública nº 1.11.0201295-6 que a condenou a pagar indenização por dano moral difuso, coletivo, estabelecendo ainda outros mandamentos e impondo, inclusive, multas em desfavor da empresa requerida. Dito de outro modo, não há, a partir daí, necessidade alguma de punir a empresa requerida porque na ação civil pública que lhe foi movida a questão já ficou definida – o TJRS, quando julgou a Apelação Cível nº 70054849682 interposta contra a sentença do feito nº 1.11.0201295-6, confirmou a decisão de procedência -, embora ainda penda de julgamento a questão no STJ.

É evidente que não estou querendo afirmar que a ré não tem qualquer responsabilidade ou que não deve necessariamente alterar seus procedimentos (cobrança de serviços não contratados pelo cliente) no sentido de se adequar ao Direito do consumidor. É claro que tem de fazê-lo. A ação civil pública que lhe foi movida, no entanto, assim já o definiu. E já definiu que o dano não é individual. Ou seja, o dano é difuso, e não individual. Logo, não há mais qualquer interesse de agir para buscar



indenização via ação individual por suposta ocorrência de dano moral! Tais situações devem ser resolvidas no âmbito coletivo, e não individual. É, pois, totalmente ineficiente enfrentar problemas como os da espécie na via individual.

A conclusão, pois, é que, inexistindo um dos fundamentos para a concessão de indenização por dano moral, não há por que propiciar o processamento da presente demanda e condenar a parte requerida a tanto porque, a partir do que foi decidido na referida ação civil pública, não há mais qualquer caráter pedagógico a ser considerado e perseguido, uma vez esgotado com a condenação da ré naquela demanda. Não havendo caráter pedagógico, a punição fica sem qualquer fundamento, como dito, pois desaparece o dano individual. Logo, não há qualquer interesse de agir por parte do autor, como referido.

No mais, pleitos de indenização como os da espécie visam apenas locupletar seus autores e enriquecer seus patronos, não levando a qualquer consequência/resultado social útil. Ao menos isso fica patente no caso dos autos. E aqui, obviamente, estou sendo pragmático. Apesar de o Direito – e, conseqüentemente, a orientação que deve ter o juiz que o aplica - ter um caráter muito mais deontológico que pragmático, não há como decidir diferente no caso dos autos. Não há – repito - danos morais individuais no caso em tela. Há, como reconhecido em sede de ação civil pública, dano moral difuso, coletivo *lato sensu*, mas não individual.

O Ministério Público, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, representa a sociedade – no caso, a comunidade sul-riograndense, aqui representada pelos consumidores clientes da requerida -, e isso por disposição constitucional (vide art. 127 da CRFB/88). O interesse primordial no caso é difuso. Logo, ainda que se pudesse cogitar de direito individual, na verdade a matéria já foi decidida pelo Poder Judiciário, tendo sido encaminhada e tratada judicialmente pelo órgão que detém a competência constitucional para tanto. E, como repetido à exaustão, na sede apropriada, isso é, na ação civil pública, houve reconhecimento de que o dano é coletivo.

Portanto, mesmo que, no caso dos autos, se pudesse afirmar ter ocorrido o dito dano moral e que este dano pudesse ser considerado individual, ainda assim posicionar-me-ia em atribuir um “peso” superior ao que foi decidido em sede de ação civil pública. É lá que está representado o interesse coletivo, público, havendo, assim, impossibilidade de o juízo poder considerar a existência de dano moral individual. Como diria Daniel Sarmiento, embora cada um de nós componha uma individualidade, estamos todos juntos, “irmanados por um destino comum”. Assim, pretensões como as da espécie, individualistas, na realidade, implicam, egoisticamente, perseguir projetos de vida antagônicos, egocêntricos e possessivos (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 296).

Por tais razões é que, no ponto, ainda que seja o caso de indeferimento da



inicial com base no art. 267, VI (ausência de interesse de agir), c/c art. 295, I, ambos do CPC, também tenho por bem DECLINAR DA COMPETÊNCIA para o Juizado Especial Cível.

Pelo exposto, no ponto, também **DECLINO DA COMPETÊNCIA para o Juizado Especial Cível.**

Adianto à parte autora, desde já, que NÃO irei reformar a minha decisão em caso de eventual recurso.

Se interposto o recurso, venham os autos para confirmação da presente decisão de indeferimento e, uma vez distribuído no segundo grau, comunique-se imediatamente o Relator do processo no TJRS, dando conta da pretensão da parte autora.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Em 22/01/2016

Adalberto Narciso Hommerding,
Juiz de Direito.

 www.tjrs.jus.br	Este é um documento eletrônico assinado digitalmente por: Signatário: ADALBERTO NARCISO HOMMERDING Nº de Série do certificado: 06A60625BD20BEDAF86A6F189A2775BD Data e hora da assinatura: 22/01/2016 11:46:29 Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na Internet, o endereço http://www.tjrs.jus.br/verificadocs/ e digite o seguinte número verificador: 0281150008119802820165017
--	--