



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DO CONTROLE DA ATIVIDADE
JURISDICIONAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS:
AS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA TOMADA DE DECISÃO VINCULANTE
NO QUE CONCERNE ÀS TAXAS INCIDENTES EM CONTRATOS BANCÁRIOS**

Giovanni Magalhães Porto

**João Pessoa-PB
2014**

GIOVANNI MAGALHÃES PORTO

**UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DO CONTROLE DA ATIVIDADE
JURISDICIONAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS:
AS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA TOMADA DE DECISÃO VINCULANTE
NO QUE CONCERNE ÀS TAXAS INCIDENTES EM CONTRATOS BANCÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas

**João Pessoa-PB
2014**

P853u Porto, Giovanni Magalhães.

Uma análise pragmática do controle da atividade jurisdicional nos juizados especiais: as inconseqüências práticas da tomada de decisão vinculante no que concerne às taxas incidentes em contratos bancários / Giovanni Magalhães Porto.-- João Pessoa, 2014.

123f.

Orientadora: Lorena de Melo Freitas

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ

1. Juizados especiais. 2. Princípio da sociabilidade da convicção. 3. Tarifas bancárias. 4. Controle decisional. 5. Inconseqüências práticas.

UFPB/BC

CDU: 347.994(043)

GIOVANNI MAGALHÃES PORTO

**UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DO CONTROLE DA ATIVIDADE
JURISDICCIONAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS:
AS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA TOMADA DE DECISÃO VINCULANTE
NO QUE CONCERNE ÀS TAXAS INCIDENTES EM CONTRATOS BANCÁRIOS**

João Pessoa, 20 de fevereiro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Lorena de Melo Freitas
Orientadora-UFPB

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
Membro Interno - UFPB

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra
Membro Interno - UFPB)

Profª. Dra. Ana Paula Basso
Membro Externo – UNIPÊ-CESED

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, que me trouxe até aqui;

À minha orientadora, Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas, pelas aulas, paciência e fundamentais instruções que serviram de lapidação ao desenvolvimento deste trabalho;

Ao Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, pelas lições e contribuições à dissertação;

Aos meus pais Giovanni e Pureza pelo amor e formação que me foram concedidos;

A minha filha Ana Beatriz, pela compreensão das tantas horas ceifadas da convivência e lazer;

A Anna Márcia Ramalho por ter, desde a primeira hora, acreditado que seria possível, e por toda ajuda e apoio que me foi dado;

Ao amigo irmão Marcos José de Oliveira pelo incentivo permanente;

A Laryssa Almeida pela importante ajuda na pesquisa e revisão;

A todos os colegas do Grupo Marxismo e Realismo Jurídico pelas contribuições apresentadas nos seminários.

Nada adiantam leis, por mais perfeitas que sejam, se não há meios para fazê-las cumprir e
respeitar.
É mesmo mil vezes preferível não tê-las de qualquer sorte, a tê-las desmoralizadas, servindo
apenas como prova do desprestígio da autoridade.
Como notou lucidamente o velho Cícero, o que faz a força e grandeza dos povos não são as
leis, mas o espírito que as vivifica, a consciência firme do direito.
Quando isso falha, começa a dissolução e Hamlet pode dizer que **something is rotten in
Denamark Kingdom**¹.

¹ LIMA, Alfredo Pessoa de. Um juiz no reino do malaio. 1º Vol. João Pessoa: Editora Teone, 1954, tomo I, p. 16.

RESUMO

A partir da grande legitimação conquistada pelo sistema de juizados especiais cíveis perante os consumidores, por permitir, independente da intermediação de advogado ou do preparo de despesas processuais, uma maior efetivação do acesso à justiça em demandas propostas em relação aos litigantes organizacionais, analisar-se-á, neste trabalho, especificamente, em relação a pleitos de repetição de tarifas tipo TAC/TEC e assemelhadas em contratos de financiamento de veículos, a legitimidade e efetividade da interferência da atividade jurisdicional, atribuída ao Superior Tribunal de Justiça – STJ em sede de reclamações e recursos especiais, a partir da criação normativa de controle *erga omnes*, constante do precedente do RE 571.572ED, do Supremo Tribunal Federal – STF, e as dificuldades advindas pelas inconseqüências práticas de tal decisão em relação ao sistema de juizados, instituído constitucionalmente sem controle ordinário daquela Superior Corte de Justiça. É que a novel vinculação dos juízes dos juizados à jurisprudência superior não se ajusta ao peculiar princípio da sociabilidade da convicção judicial contido no art.6º, da Lei nº 9099/95, que determina que o magistrado adote, em cada caso, a “decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”, critério estes que privilegiam a construção do *ratio decidendi* menos exegética, que pode ser melhor compreendida pela utilização do método abduutivo de Charles Sanders Peirce, em um contexto de descoberta onde os pré-conceitos do aplicador indicariam o que seria mais verossímil no direito em debate, refletindo sobre fato posto a fim de construir, no contexto de justificação da retórica do entimema judicial, o seu entendimento. Para tal fim será examinado a suspensão dos processos determinada pela Exma. Ministra Isabel Gallotti, nos autos do REsp 1.251.331–RS, que atendeu pedido formulado pela FEBRABAN impedindo a tramitação de ações sequer julgadas em primeira instância, bem como o acórdão da Segunda Seção que lhe seguiu, que em busca de uma padronização de entendimento jurisdicional, trouxe sérias inconseqüências práticas ante a teoria do direito, sobretudo a legislação consumerista e a lógica processual, a respeito de uma matéria que envolve mais de duzentos e oitenta e cinco mil processos em tramitação, nos quais se discute a legalidade da cobrança de tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto e assemelhadas em contratos de financiamento bancário.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Princípio da sociabilidade da convicção. Tarifas bancárias. Controle decisional. Inconseqüências práticas.

ABSTRACT

From the great legitimation system conquered by the special civil courts system for consumers (small-claims courts), to allow, independent of the intermediation of the attorney or of the the preparation of legal costs, a bigger effectiveness of the access to justice in demands proposed in relation to to organizational litigants, will be analyzed in this study, specifically, in relation to claims for repetition rates like TAC/TEC and resembled in vehicle financing contracts, the legitimacy and effectiveness of the interference of judicial activity, assigned to Superior Court – STJ in place of complaints and special features, from the creation of normative control *erga omnes*, contained in the precedent of the RE 571.572ED, from the the Supreme Court - STF, and the difficulties raised from the practical inconsequences of such decision in relation to the system of courts, constitutionally established without ordinary control of that Superior Court of Justice. It is that the *novel* binding of judges to the superior courts of law does not fit the peculiar principle of sociability matter of law contained in the art.6º, of the Law No. 9099/95, which states that the magistrate adopts, in each case, the "decision considered fair and equitable, addressing the social purposes of the law and the requirements of the common good", and which criteria privilege the construction of the *ratio decidendi* less exegetical, that can be better understood with the use of the method abduction of Charles Sanders Peirce, in a context of discovery in which the preconceptions of the applicator would indicate what would be more believable in law debate, reflecting on the fact put in order to build, in the context of justification of the rhetoric of judicial entimema, its understanding. To this end the suspension of proceedings determined by Exma. Ministra Isabel Gallotti will be examined, in the records of REsp 1.251.331-RS, who answered a request from FEBRABAN preventing the processing of actions even tried in the first instance as well as the judgment of the Second Section that followed it, that searching for a standardization of judicial understanding, brought serious practical inconsistencies before the theory of law, especially consumerist legislation and procedural logic, regarding a matter that involves more than two hundred and eighty-five thousand lawsuits processes in progress, in which it is discussed the legality of charging of credit facility, issuance docket and resembled in bank financing contracts.

Keywords: Small-claims courts. Principle of the Sociability Conviction. Bank Rates. Decisional Control. Pratical inconsequences.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------------|--|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| AGU | Advocacia–Geral da União |
| AgRg no RMS | Agravo Regimental No Recurso Ordinário Em Mandado de Segurança |
| ANATEL | Agência Nacional de Telecomunicações |
| BACEN | Banco Central do Brasil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CEEE | Companhia Estadual de Energia Elétrica |
| CEF | Caixa Econômica Federal |
| CF | Constituição Federal |
| CMN | Conselho Monetário Nacional |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CLT | Consolidação das Leis Do Trabalho |
| CPC | Código Processo Civil |
| CTN | Código Tributário Nacional |
| DJ | Diário da Justiça |
| DJE | Diário da Justiça Eletrônico |
| EDCL | Embargos Declaratórios |
| ED | Embargos de Declaração |
| EMGEA | Empresa Gestora de Ativos |
| FEBRABAN | Federação Brasileira de Bancos |
| FGV | Fundação Getulio Vargas |
| FONAJE | Fórum Nacional de Juizados Especiais |
| FUNASA | Fundação Nacional de Saúde |

| | |
|-----------|---|
| IBAMA | Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis |
| IBDCOMB | Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo |
| INCRA | Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária |
| INSS | Instituto Nacional do Seguro Social |
| INPCOM | Instituto Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor |
| IOF | Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros |
| IPI | imposto sobre produtos industrializados |
| JECs | Juizados Especiais Cíveis |
| JECCs | Juizados Especiais Cíveis e Criminais |
| LINDB | Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro |
| LJE | Lei dos Juizados Especiais |
| MC | Medida Cautelar |
| MPCON | Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor |
| NUPRE | Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência |
| OAB | Ordem dos Advogados do Brasil |
| PETROBRÁS | Petróleo Brasileiro S.A |
| PJE | Processo Judicial Eletrônico |
| PROCON | Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor |
| RCL | Reclamação |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REL | Relator |
| RES | Resolução |
| REsp | Recurso Especial |
| RISTF | Regimento Interno do superior tribunal federal |
| RTJ | Revista Trimestral de Jurisprudência |

| | |
|-------|---|
| SEC | Sentença Estrangeira Contestada |
| SELIC | Sistema Especial de Liquidação e Custódia |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TC | Taxa de Cadastro |
| TAC | Tarifas de Abertura De Cadastro |
| TAC-2 | Taxa de Abertura de Cadastro |
| TEB | Tarifa de Emissão de Boleto |
| TEC | Tarifa De Emissão de Carnê |
| TJ | Tribunal De Justiça |
| TJPB | Tribunal De Justiça Da Paraíba |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul |
| UFPE | Universidade Federal De Pernambuco |
| UFPB | Universidade Federal Da Paraíba |
| UNIPÊ | Centro Universitário de João Pessoa |

LISTA DE TABELAS

| | | |
|-------------------|---|----|
| Tabela 1 - | A Relação dos dez maiores litigantes..... | 22 |
| Tabela 2 - | Valor cobrado a títulos de custas por Estado da Federação..... | 27 |
| Tabela 3 - | Comparativo entre o número de processos distribuídos na justiça comum e nos juizados, no ano de 2012, nas duas maiores Comarcas da Paraíba... | 46 |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 15 |
| 1 A RECLAMAÇÃO PERANTE O STJ CONTRA TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS COMO CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL INCOMPATÍVEL COM A AUTONOMIA DOS JUIZADOS: O CASO DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DE REPETIÇÃO DE TARIFAS BANCÁRIAS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO AUTOMOTIVO..... | 20 |
| 1.1 JUIZADOS ESPECIAIS COMO GARANTIDORES DO ACESSO À JUSTIÇA AOS CONSUMIDORES PELA SUPERAÇÃO DOS PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DO SISTEMA JUDICIAL..... | 20 |
| 1.1.1 Das vantagens dos litigantes organizacionais em processos decorrentes de relação de consumo..... | 21 |
| 1.1.2 Da experiência dos juizados de pequenas causas em 1984, aprimorada com a lei dos juizados especiais de 1995, que facilitou a efetivação de direitos previstos no CDC de 1990..... | 23 |
| 1.1.3 Aspectos caracterizadores das causas afeitas aos juizados especiais: Valor da causa, Custas judiciais e tempo de tramitação..... | |
| 1.2 DA VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS BANCÁRIOS FRENTE A LITIGANTES ORGANIZACIONAIS..... | 25 |
| 1.3 DA SUSPENSÃO DAS TARIFAS DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE EMISSÃO DE BOLETO A PARTIR DO REQUERIMENTO DA FEBRABAN AO STJ: A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DECISÕES <i>ERGA OMNES</i> EM RECLAMAÇÕES OU RECURSOS ESPECIAIS..... | 31 |
| 2 DA PROLAÇÃO DE DECISÕES MERITÓRIAS EM <i>HARD CASES</i> E <i>EASY CASES</i> NO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS..... | 45 |
| 2.1 UMA JUSTIÇA NEM SEMPRE FÁCIL..... | 47 |
| 2.2 CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS: A SUTIL DISTINÇÃO..... | 51 |
| 2.3 OS PRIVILÉGIOS DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA DECISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS..... | 52 |
| 2.4 DESVENDANDO A NORMA JURÍDICA DECISÓRIA (<i>ENTSCHEIDUNGSNORM</i>) SOB O OLHAR DA HIPÓTESE ABDUTIVA DE CHARLES SANDERS PEIRCE NA SOLUÇÃO DE CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS..... | 55 |
| 2.5 O PRÉ-CONCEITO LÓGICO COMO FERRAMENTA COMUM DE ENTENDIMENTO DO ENTIMEMA JUDICIAL..... | 59 |
| 3 “NECESSIDADE” DE SE CONTROLAR O <i>TELOS</i> DO ART.6º DA LEI Nº 9099/95, IMPEDINDO QUE OS JUÍZES DECIDAM PELO QUE ENTENDEM POR JUSTIÇA..... | 63 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 3.1 | A TOGA NO TEAR DA IDEOLOGIA. SOBRE O RISCO NO REGRAMENTO TECNICISTA DO PENSAR JUDICANTE..... | 66 |
| 3.2 | O CONTROLE DO JUDICIÁRIO, UM IMPORTANTE APARELHO IDEOLÓGICO NO ESTADO..... | 69 |
| 3.3 | O MITO DA NEUTRALIDADE E A NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DE CONDUTAS COMO PSEUDO-JUSTIFICATIVA PARA A HOMOGENEIZAÇÃO DO PENSAR JUDICANTE..... | 72 |
| 3.4 | BUSCA DE UMA EMANCIPAÇÃO. ESPERANÇA DE PRIVILEGIAR UMA EXPLICAÇÃO SOCIOPOLÍTICA E NÃO DE UMA MERA JUSTIFICAÇÃO TÉCNICO-POSITIVISTA PARA COMPREENSÃO E ACEITAÇÃO MAIOR DAS DECISÕES JUDICIAIS..... | 75 |
| 4 | A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CRIADA PELA DECISÃO DO STF NO RE 571.572ED E AS INADEQUAÇÕES PRÁTICAS DE SUA OPERACIONALIZAÇÃO NO SISTEMA DE JECS..... | 79 |
| 4.1 | DAS CONSEQUÊNCIAS, NÃO VISLUMBRADAS NA DECISÃO, DE IMPOSSIBILIDADE PRÁTICA DE APLICAÇÃO AO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS DO PROCEDIMENTO CONTIDO NO ART.543-C, DO CPC..... | 84 |
| 4.2 | DA DIVERGÊNCIA INTERNA DO STJ NA RE 6.721-MT..... | 91 |
| 4.2.1 | Da especialidade dos JEC's e sua insindicabilidade por parte do Superior Tribunal de Justiça..... | 93 |
| 4.2.2 | Dos filtros às reclamações propostos pela Ministra Nancy Andrighi..... | 100 |
| 4.3 | DA INEXISTÊNCIA DE REFERÊNCIA AOS “FILTROS” NA DECISÃO DA RELATORA DA RESP 1.251.331-RS, QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DE REPETIÇÃO DE TARIFAS BANCÁRIAS..... | 102 |
| 4.4 | DAS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA PADRONIZAÇÃO DECORRENTE DO ACÓRDÃO NO RESP 1.251.331-RS, DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ..... | 103 |
| | CONCLUSÃO..... | 114 |
| | REFERÊNCIAS..... | 119 |

INTRODUÇÃO

Duzentas e oitenta e cinco mil ações que tramitavam nos juizados especiais estaduais de todo Brasil, envolvendo pedido de repetição simples ou em dobro das tarifas de abertura de cadastro (TAC), tarifa de emissão de boleto (TEC), taxa de avaliação, de serviços de terceiro, de registro de contratos etc., foram suspensas pela decisão de Sua Excelência a Ministra Maria Isabel Gallotti, que atendeu requerimento formulado pela FEBRABAN, como *amicus curiae*, no RESP nº 1.251.331-RS, aduzindo que estaria sendo prolatadas decisões contra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que considerava legais, em face do princípio da autonomia da vontade, a incidência de tais taxas nos financiamentos de veículos, desde que as mesmas não representassem uma vantagem contratual exagerada.

A decisão em comento, mesmo sendo prolatada em sede de recurso especial, se fundamentou no poder anômalo atribuído pelo STF ao STJ, nos autos dos RE nº 571.572ED, que instituiu em favor do último um controle, mediante reclamação constitucional, sobre as decisões das turmas recursais, alargada para decisões monocráticas, caracterizando-se assim, como uma reação dos estamentos superiores do Judiciário Brasileiro em busca de garantir uma “expectativa de resultados” aos litigantes organizacionais, sobretudo instituições financeiras, incomodados com as decisões de primeiro grau que vinham sendo prolatadas em favor dos consumidores adquirentes de automóveis por financiamento bancário.

O julgamento do processo, por acórdão datado de 28.08.2013, pela Segunda Seção, em que pese ter proibido a cobrança da TAC e TEC, em contratos posteriores a 30.04.2008, significou uma verdadeira blindagem às instituições financeiras que continuarão com carta branca para inserir nos seus contratos as taxas e serviços sobre inúmeras rubricas, inclusive a Taxa de Abertura de Cadastro (“TAC 2”), que afrontam, muitas vezes, regras claras do CDC, como a proibição de venda casada, por exemplo, no caso de serviços de terceiro e seguro.

Por outro lado, a decisão da ministra suspendendo os processos acarretou o advento de inconseqüências práticas que não poderão se harmonizar com estabilidade do sistema jurídico, a exemplo de ter se tornado impossível se conhecer, se em todos os contratos que resultaram nos processos em litígio, haveria, ou não, “vantagem exagerada”. Pois, por ser esta uma questão de fato, em princípio, não estaria sob o crivo do STJ, se constituindo exemplo clássico de uma prudente aplicação do disposto no art.6º, a Lei nº 9099/95, que prioriza a efetivação da “justiça”, da “equidade”, “fins sociais” e “exigências do bem comum”.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, é examinar a luz de suas inconseqüências práticas, as decisões dos tribunais superiores que instituíram, direta ou indiretamente, vinculações decisórias *erga omnes*, em demandas de consumo, do STJ sobre as turmas recursais estaduais, de modo a demonstrar que o controle da atividade jurisdicional é incompatível com a autonomia dos juizados e com a determinação contida no art.6º da lei nº 9099/95, que permite ao julgador decidir, pragmaticamente segundo o princípio da sociabilidade da convicção judicial, conforme seus pré-conceitos quanto aos critérios de justiça, equidade, objetivando o atendimento das finalidades sociais e exigências do bem comum.

Para tanto, o método a orientador para o desenvolvimento do trabalho é a utilização do pragmatismo com foco na decisão do STJ no REsp 1.251.331-RS, objetivando identificar o alcance das conseqüências práticas da uniformização pretendida pelo Superior Tribunal de Justiça, isto é, examinar os reflexos e dificuldade decorrentes da padronização de condutas, que garantiram uma expectativa de resultados em tema de contratos bancários, pela unificação forçada dos entendimentos dos juízes de primeiro grau² componentes do sistema dos juizados.

Tomando a decisão como ponto de partida, a visualização de suas inconseqüências práticas poderia ter vários enfoques a depender das inconsistências encontradas, seja no campo do direito civil/consumerista, do direito processual civil e do direito constitucional, o que já permitiria, por si só, um ordenamento metodológico do trabalho dividindo-o em ramos do direito. Contudo, para que se torne possível observar os aspectos filosóficos e hermenêuticos decorrentes da análise das inferências resultantes das decisões dos tribunais superiores que culminaram na decisão da Exma. Ministra Isabel Gallotti, antes mencionada, e posterior voto corroborado em acórdão da Segunda Seção do STJ, optou-se por tomar os referidos ramos das ciências jurídicas, apenas como ilustrações do foco principal a ser descortinado, que é o exame de suas conseqüências práticas à luz do pragmatismo de Charles Sanders Peirce, tomado como referencial metodológico.

Para tanto, por mais que exista uma leitura prévia do embasamento teórico do referido autor, notadamente seu inacabado Livro de Lógica³, e o clássico *How To Make Our Ideas Clear*⁴, a filosofia do referido autor será utilizada, não como referencial teórico, mas como

² Observe-se que as turmas recursais também são compostas por juízes de primeiro grau.

³ PEIRCE, Charles S. Peirce. Trad. Juan Pablo Serra. **Capítulo v. Que la significación del pensamiento reside en su referencia al futuro.** Disponível na internet: <<http://www.unav.es/gep/SignificacionPensamiento.html>>. Acesso em 09.06.2013.

⁴ Idem. **How to Make Our Ideas Clear.** Disponível em: <http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/ideas/id-frame.htm>. Disponível na internet: <<http://www.unav.es/gep/SignificacionPensamiento.html>>. Acesso em 09.06.2013.

marco metodológico, vez que mesmo sendo rica, ainda teria insuficiências para englobar todos os caminhos decorrentes de um tema tão específico e carente de exame doutrinário.

De fato, as ideias estão conectadas com juízos, e segundo Peirce, a significação intelectual das crenças reside inteiramente nas consequências que se podem tirar delas, e em última medida, em seus efeitos sobre nossa conduta, em um *feedback* onde o fato é valorado e resulta em outro fato, pois a racionalidade do pensamento reside em sua referência a um futuro possível.

Sendo assim, o caso da suspensão e extensão das decisões do STJ aos processos de tarifas bancárias, pode ser entendida nesta moldura, na qual a decisão liminar se referiu a um precedente, e quando do julgamento final, servirá de paradigma, provocando o surgimento de outros fatos impeditivos da discussão jurídica nas novas relações de consumo que se estabelecem, no sentido de diminuir o risco do negócio bancário pela expectativa de interpretações que possam vir a ser feitas, decorrendo daí o sentido do controle.

A preocupação, portanto, será com a construção de um entendimento racional a partir da análise efetuada pelo teste hipotético do problema central, do que e de quanto se terá que sacrificar, juridicamente, para se consagrar a homogeneização pretendida pelo STJ, em uma *capetis deminutio* da legislação consumerista e das regras do art.6º da Lei nº 9099/95.

Destarte, no primeiro capítulo, será destacada a importância dos Juizados Especiais no tocante à garantia de efetivação do acesso à justiça, como direito fundamental, nos casos de demandas de massa em matéria de direito de consumo, ante a superação dos pontos de estrangulamento do sistema, especialmente valor da causa e o papel dos “litigantes organizacionais”, dentre os quais se destacam as instituições financeiras, como principais demandados.

Também será feita, no mesmo capítulo, a partir do estudo do RESP nº 1.251.331-RS, uma análise jurídica quanto à natureza das taxas cobradas em financiamentos bancários, conhecidas como Tarifa de Abertura de Crédito – TAC e Tarifa de Emissão de Boleto - TEC e assemelhados (Taxa de Abertura de Cadastro, Taxa de Avaliação, Serviço de Terceiro, Taxa de Registro de Contrato etc.), observando-se a legislação consumerista aplicável e dando especial atenção às consequências ao ordenamento jurídico advindas da suspensão determinada pela Exma. Sra. Ministra, a partir do requerimento da FEBRABAN que tanto causou perplexidade, pela inadequação da extensão dada a imposição a aplicação do disposto no art.543-C, do CPC⁵.

⁵BRASIL. **Código de processo civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 01.12.2013

No segundo capítulo, dentro de uma perspectiva de dogmática jurídica, será enfrentada a questão da falsa dicotomia entre fatos e direito, resultando assim na irrelevância da distinção entre *easy cases* e *hard cases* para a concretização da norma de decisão judicial (*entscheidungsnorm*), no sistema de juizados especiais, regulado pela Lei nº 9099/95, com intuito de desmistificar que a justiça desenvolvida nos Juizados especiais seja uma justiça menor, ou uma justiça fácil.

Ainda no referido capítulo, com apoio da teoria da abdução de Peirce aliada ao entimema retórico, apontar-se-á que os critérios decisoriais previstos no art.6º, da lei dos juizados, como “justiça” e “bem comum” priorizam legalmente, na verdade, o pré-conceito interpretativo do aplicador, o que torna mais fácil a sua percepção da realidade, facilitando a legitimação de suas decisões.

Identificados os benefícios peculiares da prolação da decisão no sistema dos juizados, identificar-se-á, no terceiro capítulo, sob o enfoque da teoria de aparelhos ideológicos de Louis Althusser⁶, a construção, pelos efeitos de reclamação dados às decisões no REsp nº 1.251.331-RS, de um organograma judicial onde a cúpula busca controlar o pragmatismo da base.

Tal método priorizou o contexto de justificação das decisões, em prejuízo da descoberta de fatores meta-formais de explicação dos vetores previstos no art.6º, da LJE, servindo como luva, ao aumento da desconfiança dos estamentos superiores da magistratura com a liberdade decisoria dos juízes dos juizados, não vinculados as ilusões referenciais engessadoras da concretização do ideal de justo em tema de efetivação dos direitos dos consumidores.

O quarto capítulo, no entanto, terá um enfoque pragmático do ponto de vista de se apresentar as dificuldades e inseqüências práticas trazidas pela nova competência do STJ. Para tanto, será analisada a decisão do STF nos embargos no RE nº 571.572, notadamente o debate travado entre os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Como importante contraponto ao controle, será examinado o bem colocado voto vencido do Ex. Min. Massami Uyeda, na Rcl nº 6.721-MT, que entendeu ser o STJ incompetente para apreciar as reclamações contra o sistema de juizados, abordando a inviabilidade prática de se adotar *standards* em julgamentos dos juizados quando ocorra diversidade de matéria fática, não sindicada pelo STJ, notadamente quando todas as tarifas

⁶ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Organização Slavoj Zizek. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996.

bancárias foram atingidas, não se reduzindo a blindagem apenas as ações envolvendo TAC e TEC.

Cotejaremos a aludida decisão com os filtros estabelecidos como condições para a propositura de reclamações: jurisprudência firmada e divergência sobre direito material, enunciados pioneiramente pela Exma. Ministra Nancy Andrighi nos autos Rcl nº 6.271-MT, que tramitou também no STJ.

Finalmente, como fecho, será analisado o acórdão da Segunda Seção, no referido processo, datado de 28.08.2013, onde apesar de excluir a cobrança de TAC/TEC em contratos celebrados a partir de 30.04.2008, permitiu, inconsequentemente, a cobrança de todas as demais tarifas, ressalvando de análise quanto à abusividade em cada caso concreto, elemento que havia sido esquecido no caso da decisão liminar, validando, inclusive, expressamente a Tarifa de Cadastro (TAC-2 ou TC), e dando sinal verde para as instituições bancárias, independente do exame da legalidade do fato gerador da cobrança sob a luz do direito do consumidor, não obstante ter sido tal expressão referida no acórdão.

1 A RECLAMAÇÃO PERANTE O STJ CONTRA TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS, COMO CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL INCOMPATÍVEL COM A AUTONOMIA DOS JUIZADOS: O CASO DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DE REPETIÇÃO DE TARIFAS BANCÁRIAS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO AUTOMOTIVO

1.1 JUIZADOS ESPECIAIS COMO GARANTIDORES DO ACESSO À JUSTIÇA AOS CONSUMIDORES PELA SUPERAÇÃO DOS PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DO SISTEMA JUDICIAL

O conceito de “acesso à justiça”, *pari passu* a evolução da concepção de “direitos humanos”, sofreu, nas últimas décadas, importante transformação na medida em que, com o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª (igualdade) e de 3ª geração (fraternidade), as sociedades dos estados liberais abandonaram o formalismo dogmático, evoluindo de uma visão individualista para uma visão de caráter coletivo em relação ao direito, almejando sua concretização, como no caso daqueles oriundos das relações de consumo⁷.

Como reflexo desta mudança, já em 1978, na Itália, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, elaboraram um relatório intitulado de “Acesso à Justiça⁸”, que sistematizou à luz da comparação multidisciplinar os sistemas judiciais de países europeus e Estados Unidos, o grau de alcance da população a uma prestação jurisdiccional razoável e satisfatória, identificando os pontos de estrangulamento do sistema, apontando para soluções incluídas no que se denominou de ondas de acesso à Justiça, que serviu de embasamento para a edição da Lei nº 7244/84, primeiro diploma normativo que introduziu os juizados especiais no nosso ordenamento⁹

Posteriormente, no Brasil, o Acesso à Justiça passou a ser visto, a nível constitucional, como direito humano fundamental, tornando-se condição *sine qua non* do sistema jurídico

⁷ Considerado de terceira geração na dicção de T.H. Marshall (*in* MARSHALL, T.H y BOTTOMORE, Tom, **Ciudadanía y clase social**, trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Losada, 2004. 160p).

⁸ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁹ Uma definição de acesso à justiça, conforme Robles: “Podemos considerar el acceso a la justicia, em primer lugar, teniendo como pauta de clasificación los medios de resolución de conflictos que son empleados para dirimir una contienda” (ROBLES, 2010, p. 29), mas este conceito há de se contruir *pari passu* o primado dos princípios de justiça, isto é, “nous traitons les individus sur un pied d’égalité non pas em éliminant toutes les inégalités, mais em éliminant celles qui défavorisent certaines personnes” (KYMLICKA, 2001, p. 64).

moderno, pedra angular do estado democrático de direito, ao ponto do constituinte ter estabelecido, no art.98, inciso I, a obrigatoriedade da instalação de juizados especiais e turmas recursais para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, criando, em suma, o sistema de juizados especiais¹⁰.

A identificação dos pontos de estrangulamento do sistema: possibilidade das partes, valor da causa, custas e tempo de tramitação, é fundamental para que se demonstre que as tarifas de financiamento bancário tipo TAC¹¹/TEC¹², são exemplos claros de direitos, cujo valor não compensaria sua demanda no testudíneo sistema de jurisdição comum ordinário.

1.1.1 Das vantagens dos litigantes organizacionais em processos decorrentes de relação de consumo

Segundo Cappelletti e Garth, a expressão “possibilidade das partes” foi utilizada, pela primeira vez, pelo Prof. Marc. Galanter, e repousa na “noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas¹³”.

No Brasil, este privilégio¹⁴ não é apenas dos entes federativos, mas dos bancos e instituições financeiras que “podem pagar para litigar”, por serem, muitas vezes, conhecedores da inviabilidade de sucesso em demandas que sustentam, mas preferem pagar juros processuais módicos pela demora processual, a deixar de investir seu capital no mercado financeiro remunerado por taxas vinculadas a SELIC¹⁵.

O Conselho de Justiça Federal, em março de 2011, divulgou a lista dos cem maiores litigantes do Judiciário Brasileiro, além de apresentar também os nomes dos cem maiores litigantes por ramo de jurisdição, dos quais, nas dez primeiras classificações no quadro

¹⁰ Tal sistema segundo os dados do relatório da FGV, denominado de “Diagnóstico do Poder Judiciário”, publicado em 2004, já tinha altos índices de produtividade comparando-se com o sistema de jurisdição comum, o que foi corroborado, posteriormente, em 2009, através de estudos do CNJ.

¹¹ TAC – Tarifa de abertura de crédito.

¹² TEC – Tarifa de emissão de Carnê.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Op. cit. p. 21.

¹⁴ Acerca dos privilégios para os litigantes organizacionais, este tema não pode ser compreendido sem visualizar a questão macro e econômica na qual o direito se insere, sobre isso, e ainda que não seja objeto desta dissertação, mas a relação entre direito e economia pode ser pensada como relação entre forma e conteúdo, respectivamente, como a tradição marxista aqui expressa por Ludovico cita: “es por completo imposible separar quirúrgicamente los signos de los significados”. (SILVA, 1984, p. 26). Exemplo disto é como o Consenso de Washington traz inúmeras normativas, ex: World Banc, Documento técnico 319: O setor Judiciário na América Latina e Caribe – Elementos para reforma (WASHINGTON, WB, 1996) com o fito de influenciar sobre a democracia e desenvolvimento na América Latina (GANDÁSEGUI Jr, 2008, p.25).

¹⁵ SELIC - Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia.

nacional, encontramos cinco instituições bancárias: Caixa Econômica Federal – CEF, Banco do Brasil S/A, Bradesco S/A, Banco Itaú S/A e Banco Finasa S/A, conforme tabela¹⁶ a seguir:

Tabela 01 - Relação dos dez maiores litigantes

| | Nacional | | Justiça Federal | | Justiça do Trabalho | | Justiça Estadual | |
|----|----------------------------|-------|-------------------------------|--------|---------------------|-------|----------------------------|---------------|
| | 1 | INSS- | 22,33% | INSS- | 43,12% | UNIÃO | 16,73% | ESTADO DO RGS |
| 2 | CEF | 8,50% | CEF | 18,24% | INSS- | 6,41% | BANCO DO BRASIL S/A | 7,12% |
| 3 | FAZENDA NACIONAL | 7,45% | FAZENDA NACIONAL | 15,65% | CEF | 5,29% | BRADESCO S/A | 6,70% |
| 4 | UNIÃO | 6,97% | UNIÃO | 12,77% | GRUPO CEEE | 5,22% | INSS | 5,95% |
| 5 | B. BRASIL S/A | 4,24% | A.G.U. | 1,75% | B.BRASIL S/A | 4,82% | B. ITAÚ S/A | 5,92% |
| 6 | ESTADO DO RGS | 4,24% | FUNASA | 0,79% | TELEMAR S/A | 4,31% | BRASIL TELECOM CELULAR S/A | 5,77% |
| 7 | BRADESCO S/A | 3,84% | INCRA | 0,48% | PETROBRÁS | 3,80% | BANCO FINASA S/A | 4,08% |
| 8 | B. ITAÚ S/A | 3,43% | EMGEA | 0,47% | FAZENDA NACIONAL | 3,29% | MUNICÍPIO DE MANAUS | 3,81% |
| 9 | BRASIL TELECOM CELULAR S/A | 3,28% | IBAMA | 0,47% | BANCO ITAÚ S/A | 2,89% | MUNICÍPIO DE GOIÂNIA | 3,76% |
| 10 | BANCO FINASA S/A | 2,19% | BACEN Banco Central do Brasil | 0,39% | BRADESCO S/A | 2,81% | BANCO SANTANDER BRASIL S/A | 3,14% |

Como se observa dos dez maiores litigantes organizacionais no plano nacional, os Bancos pontuam em cinco posições, superando até mesmo as concessionárias de serviço público.

A título de exemplificação, para demonstrar a gravidade do problema, chega a causar espanto, nas Turmas Recursais, o número de recursos interpostos pelos bancos em que

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes** Banco de dados de março de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

se discutem condenações de valores que não superam, em muito, o valor das custas a serem desembolsadas no recurso. Ora, não havendo condenação, pela sistemática da Lei nº 9099/95 em sucumbência ao recorrido vencido, têm-se como clara a impossibilidade de ressarcimento do valor adiantado a título de custas, afora despesas de honorários contratuais advocatícios, além de despesas com prepostos, não se justificando, financeiramente, o aludido procedimento, a não ser, apenas, litigar por litigar, certamente por reconhecerem, de fato, que a demora processual do Judiciário premia a procrastinação dos direitos, de modo a desestimular o ingresso de novas demandas.

1.1.2 Da experiência dos juizados de pequenas causas em 1984, aprimorada com a lei dos juizados especiais de 1995, que facilitou a efetivação de direitos previstos no CDC de 1990

O sistema de juizados especiais, desde sua criação pela Lei nº 7244/84, foi um marco divisor entre dois modelos de justiça. Um que podemos chamar de “velha”, centrada no formalismo, no alto custo (ao exigir o preparo de custas e despesas, patrocínio de advogado), na lentidão do rito¹⁷ e no distanciamento dos aplicadores com os jurisdicionados. E outro, “novo”, que já vinha sendo sinalizado em alguns pontos pela Justiça Trabalhista, que se apresentou como um sistema ágil, barato, célere, que busca priorizar a mediação e a pacificação social, onde as partes podiam de uma forma mais efetiva, seja em audiências de conciliação ou de instrução, às vezes sem necessidade de advogado, diretamente, manter um contato mais dialético com o juiz que julgaria sua causa.

Com a promulgação do Código do Consumidor (Lei nº 8078/90), o número de demandas contra os litigantes organizacionais: Instituições financeiras e concessionárias de serviço público, sob a forma de sociedades anônimas, subiu vertiginosamente ao ponto de surgir um novo diploma legal, precisamente a Lei nº 9099/95, que, dentre outras alterações, ampliou o limite de competência dos Juizados de vinte para quarenta salários mínimos. Esse período coincidiu, também, com a privatização dos bancos estaduais e dos setores de telecomunicações e distribuição de energia elétrica, fazendo com que tais empresas passassem a ser demandadas massivamente, com condenações significativas que, no entanto, não foram suficientes para que os referidos litigantes fossem motivados a celebrar conciliações, preferindo optar por instruções demoradas, que permitiam o manejo de embargos, recurso

¹⁷ O rito ordinário e o então rito sumaríssimo da redação original do art. 275 ss, do CPC, não satisfaziam a necessidade de efetivação rápida da justiça.

inominado e até extraordinário para o STF¹⁸, ante a impossibilidade de recurso especial contra decisões de Turmas Recursais.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, para conhecimento do Supremo, passou-se a exigir a ocorrência de repercussão geral, o que fez com que fossem inadmitidos inúmeros recursos extraordinários, descortinando o problema de que seriam as turmas recursais um órgão jurisdicional sem controle do sistema ordinário de justiça, o que, de fato, era o objetivo do constituinte ao elaborar o art. 98, I, da Lei Ápice¹⁹.

Na verdade, o art. 92, da Constituição Federal²⁰ foi omissivo e não incluiu os juizados especiais dentre os órgãos de jurisdição comum (federal e estadual) e especializada (trabalhista, eleitoral e militar), tanto que o reservou um artigo específico, precisamente o art.98, não o qualificando, é bom destacar, como sendo um dos tribunais inferiores, tal como previsto nos incisos do art.96, II, da Lei Maior.

Dentro desta ressalva, não parece, portanto, ser razoável, a tentativa do Superior Tribunal de Justiça em padronizar as decisões de tal justiça especialíssima por seus precedentes jurisdicionais, já que não foi essa a vontade do constituinte.

Do contrário, também as decisões dos juízes de paz, por se encontrarem previsto no inciso II, do art.98, da CF, estariam sob o crivo do Superior Tribunal de Justiça, o que não parece algo razoável.

A constituição, portanto, não fixou qualquer controle pelo STJ das decisões das turmas recursais dos juizados especiais²¹, não podendo tal organização ser alterada, simplesmente, para se proteger os interesses econômicos ameaçados pelas decisões dos milhares de juízes que compõem tal sistema constitucional.

¹⁸ Como no caso da cobrança da assinatura básica residencial na telefonia.

¹⁹ 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 sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II- justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas em legislação.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2011. 103p.

²¹ Até mesmo porque não há ações originárias nas turmas recursais, excetuadas as discussões quanto aos remédios constitucionais: mandado de segurança e habeas corpus.

1.1.3 Aspectos caracterizadores das causas afeitas aos juizados especiais: Valor da causa, Custas judiciais e tempo de tramitação

Os custos processuais são mais relevantes, quando a causa envolve somas pequenas, podendo tornar o resultado da demanda em uma vitória de Pirro²². De fato, o Relatório Florença²³ já apontava que na Alemanha uma causa de U\$ 100.00 teria um custo de U\$ 150.00, se não houvesse recurso à instância superior, de forma a desestimular o acesso à justiça.

No Brasil, não é diferente, visto que a economia informal, em pequenos centros urbanos, permite que a aquisição de bens de primeira necessidade em vendas, bodegas, mercadinhos seja feita a base de crédito, sendo comum a existência de inadimplência nos “caderninhos”, que, se não satisfeita, conduz muitas vezes a quebra do pequeno comerciante.

Se para os operadores do direito a cobrança judicial de uma dívida de R\$ 60,00 (sessenta reais) é algo insignificante, para o pequeno comerciante interiorano, a recuperação desse crédito se constitui em algo essencial à preservação do seu negócio, o que conduz a necessidade de se ter uma justiça sem a cobrança de custas, e legitimação direta, a facilitar o exame da causa pelo Poder Judiciário.

A lei nº 7.244/84, e sua sucedânea de nº 9.099/95, tornaram os Juizados de Pequenas Causas, hoje juizados especiais cíveis e/ou criminais em ilhas de excelência no panorama judiciário brasileiro respondendo por grande parcela da prestação jurisdicional²⁴.

Tal foi o sucesso do modelo, que foram instituídos os juizados especiais federais com a Lei 10.259/01, nos quais o patamar de alçada passou a ser de sessenta salários mínimos, inicialmente para causas previdenciárias, sendo a competência exclusiva, isto é, não é opcional como nos juizados estaduais²⁵.

De qualquer sorte, as taxas bancárias acessórias em contrato de financiamento, tipo TAC/TEC possuem um valor normalmente inferior ao patamar de mil ou dois mil reais, cada,

²² Pirro, Rei no Épiro que venceu perdendo grande parte de suas tropas venceu as batalhas de Heracleia (280 a.C) e Ásculo (279 a.C.) contra os romanos.

²³ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 19.

²⁴ Na Paraíba, é importante destacar a Gestão do Des. Martinho Lisboa. 1999/2000, (cf: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Relatório de Atividades 1999/2000**. João Pessoa: Gráfica JB, 95 p.) na qual foram instalados sete juizados especiais: Mamanguape, Guarabira, Sapé, Catolé do Rocha, Monteiro, além da instalação do Juizado no Centro Universitário Unipê em João Pessoa e da criação do Juizado da Microempresa e das Relações de Consumo em Campina Grande.

²⁵ Com o advento da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, foram criados os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com competência absoluta para “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”.

não viabilizando sua cobrança pelo rito comum, onde exigiria pagamento de custas e honorários.

Na mesma seara, no que toca ao aspecto financeiro, do debate acima sobre o *valor da causa* há de se tratar das *custas judiciais*.

O Brasil não adota o “Sistema Americano²⁶”, tornando a resolução dos litígios judiciais mais cara, por obrigar o vencido a reembolsar ao vencedor custas e honorários dispendidos com seu advogado ao custo de preço/hora.

O nosso “sistema de sucumbência”, previsto no art. 20 e ss. do CPC²⁷, é semelhante aos sistemas adotados na Inglaterra e França, serve também de desestímulo ao acesso à justiça, já que também pode penalizar muito o vencido que, além de pagar custas e despesas, terá que reembolsar ao vencedor às verbas adiantadas pelo mesmo no curso do processo²⁸.

Não bastasse tal limitação, há de se observar o fato de que custas judiciais, em alguns dos estados, chegam a inviabilizar o acesso à justiça por representarem, em alguns casos, quase 10% (dez por cento) do valor da causa, como demonstra o quadro comparativo de cálculo de custas, por estado da federação, cujos dados foram apresentados pela OAB²⁹:

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Op. cit. p.16-17.

²⁷ Op. cit.

²⁸ O que, por outro lado, provoca um abuso pelos litigantes ao recurso dos benefícios da assistência judiciária gratuita, onde até mesmo empresários e agentes públicos se valem do benefício decorrente da interpretação dada pelos Tribunais Superiores que bastaria uma simples declaração da hipossuficiência para a conquista do benefício, sem qualquer necessidade de juntada de qualquer comprovante de renda ou declaração de imposto de renda, de forma a elidir o pagamento de custas e despesas processuais sucumbenciais.

²⁹ Dados divulgados no folder “O acesso à justiça é direito de todos. Facilitar o acesso é nosso dever” entregue em 26 de outubro de 2005, pela OAB/PB, na subseção de Campina Grande, por ocasião da visita do presidente nacional da OAB, Bel. Roberto Bustato, posteriormente distribuída no Fórum Afonso Campos, da mesma cidade. (Tais valores, mesmo sem atualização, foram ratificados em documento da OAB/PB de 2010, em que se discutiu a redução das custas na Paraíba, por encaminhamento de modelo de projeto ao Governo do Estado, de iniciativa do Presidente do Conselho Seccional, Odon Bezerra, e conforme publicação do Portal Correio: <<http://www.portalcorreio.com.br/noticias/matler.asp?newsId=149228>>

Tabela 02 - Valor cobrado a títulos de custas por Estado da Federação

| ESTADO | AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 30.000,00 | AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 20.000,00 | AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 15.000,00 | AÇÃO EXECUTIVA EXTRAJUDICIAL COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 50.000,00 |
|--------|--|---|---|--|
| PB | 3.091,58 | 2.061,38 | 1.486,39 | 5.391,57 |
| PE | 617,15 | 437,15 | 347,15 | 492,18 |
| RN | 288,00 | 192,00 | 144,00 | 480,00 |
| AL | 663,91 | 524,22 | 451,54 | 954,64 |
| BA | 877,31 | 736,96 | 552,71 | 1.044,43 |
| CE | 678,55 | 607,02 | 607,02 | 693,26 |
| MA | 1.429,50 | 759,50 | 574,50 | 1.809,50 |
| PI | 1.285,00 | 945,00 | 727,70 | 2.110,00 |
| SE | 553,00 | 408,00 | 553,00 | 848,00 |
| AC | 900,00 | 600,00 | 450,00 | 1.500,00 |
| AM | 1.353,00 | 1.139,00 | 854,00 | 1.502,00 |
| PA | 1.359,60 | 812,20 | 678,60 | 1.359,60 |
| RO | 450,00 | 300,00 | 225,00 | 750,00 |
| RR | 170,00 | 95,00 | 95,00 | 520,00 |
| AP | 363,25 | 256,52 | 210,96 | 552,35 |
| TO | 720,00 | 550,00 | 420,00 | 1.200,00 |
| DF | 321,75 | 321,75 | 148,88 | 321,79 |
| GO | 592,99 | 289,98 | 357,99 | 909,49 |
| MS | 508,60 | 357,98 | 280,38 | 731,20 |
| MT | 611,44 | 590,07 | 590,07 | 767,75 |
| ES | 805,24 | 553,56 | 443,33 | 769,81 |
| MG | 462,61 | 307,33 | 215,13 | 553,19 |
| RJ | 786,89 | 546,28 | 38,83 | 1.110,98 |
| SP | 300,00 | 200,00 | 150,00 | 500,00 |
| PR | 751,00 | 731,00 | 721,00 | 791,00 |
| RS | 610,00 | 500,00 | 400,00 | 910,00 |

Fonte: Dados divulgados no encarte da OAB/PB: O acesso à justiça é direito de todos. Facilitar o acesso é nosso dever.

Como se observa da análise do quadro acima, na Paraíba o valor das custas judiciais flutua no limite dizimal de 10,31% a 10,78% do valor da causa, o que gera perplexidade, notadamente quando se atenta para o fato de que outros estados bem mais ricos que a Paraíba, como por exemplo: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, este percentual chega, no máximo, nas hipóteses acima elencadas, respectivamente a 1,54%, 1,00% e 2,67%.

Essa situação se arrasta há muitos anos, pois ainda em outubro de 2005, com a presença do Presidente do Conselho Federal da OAB/PB, deflagrou-se em João Pessoa a “Campanha Estadual para redução das custas judiciais” uma vez que, conforme demonstra a tabela acima transcrita, o Tribunal de Justiça daquele estado possuía custas mais caras do Brasil, o que foi bem ressaltado pelo secretário geral da OAB da Paraíba, Geilson Salomão, às custas judiciais da Paraíba "são as mais elevadas do país" e exprimem "nítido caráter confiscatório, além de atuar como instrumento de restrição ao acesso à Justiça³⁰".

Na época o então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Roberto Busato, radicalizou o discurso a asseverar que:

“É realmente um caso que lembra aquela situação da monarquia, da derrama, do confisco, do quinto dos infernos. Aqui nós estamos com um déficit brutal contra a população da Paraíba [...] Será que o povo da Paraíba tem recursos financeiros muito maiores que o povo pernambucano?” E, alertando para a necessidade de se efetivar este direito arrematou: "Dando acesso à Justiça a essas pessoas, se garante a elas o mínimo de seus direitos fundamentais. E garantindo esses direitos, você acaba, realmente, promovendo a diminuição dos índices de miséria, dos índices de exclusão³¹".

Ressalte-se que em 24 de julho de 2006, o governador do Estado da Paraíba sancionou projeto de lei reduzindo em cerca de 40% (quarenta por cento) o valor das custas judiciais no Estado³², o que, todavia, não retirou a unidade federativa da incômoda posição de primeira colocação no *ranking* das custas mais altas do país.

Hoje, o CNJ busca uma padronização das tarifas de modo a diminuir as discrepâncias entre unidades federativas as quais, como afirmado pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn, muitas vezes variam de R\$ 2 mil para R\$ 100 mil³³.

Destaque-se, por oportuno, que a concessão ao litigante dos benefícios da assistência judiciária gratuita, não serve de justificativa à cobrança de custas processuais confiscatórias, pois seria o mesmo que se admitir o consumo de um veneno, simplesmente, pela existência de um antídoto.

³⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO FEDERAL. Site. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5287/busato-custas-na-pb-lembram-monarquia-derrama-e-confisco>>. Acesso em 09 de agosto de 2013.

³¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL PARAÍBA. Site. Disponível em: <<http://www.oabpb.org.br/noticias.jsp?idNoticia=913&idCategoria=1>>. Acesso em 08 de maio de 2006.

³² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL PARAÍBA. Site. Disponível em: <<http://www.oabpb.org.br/noticias.jsp?idNoticia=1418&idCategoria=1>>.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Agência CNJ de notícias**. Site. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15868-custas-processuais-serao-padronizadas-pelo-cnj>. Acesso em 13.09.2011.

Destarte, ao contrário de uma minoria, que geralmente não necessita do benefício e que mais facilmente está habilitada a propor “agravos”, no caso de indeferimento da gratuidade, os litigantes necessitados preferem não se arriscar a ter uma decepção com a eventual negativa de concessão de gratuidade, o que acarretaria no cancelamento da distribuição e inscrição do débito em dívida ativa.

A cobrança de custas, como forma de tributação, mediante taxa pela prestação de um serviço público divisível, parece não ter mais razão de se perpetuar, tendo em vista que os magistrados e serventuários, hoje, são remunerados por recursos oriundos do repasse do duodécimo orçamentário.

O magistrado, hoje Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Renato Nalini, já discorreu sobre o fim do pagamento das custas judiciais:

Considerando que a Justiça venha a ser prestação pública de caráter essencial ela deveria ser gratuita a todos. Alegar-se que haveria estímulo à demanda em virtude da gratuidade, parece não se fundar em análise adequada da personalidade humana. Os homens não criarão conflitos pelo simples fato de que sua solução judicial será livre de custeio. Pode haver inicial recrudescimento, pois um dos pontos que contribui para o delinear da litigiosidade contida é, justamente, a necessidade de dispêndio. Mas o fato de não se cobrar pela prestação jurisdicional é desvinculado da multiplicação dos processos, da mesma maneira como a imaginária isenção de pagamento por internação hospitalar não é, diretamente ao menos, causa de epidemia.[...] ³⁴

Lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça, que era o único Tribunal Superior que não cobrava custas, aprovou em 10 de maio de 2006, projeto que se transformou na Lei nº 11.636/07, disciplinando a cobrança de custas judiciais, relatado por Sua Excelência o Ministro Aldir Passarinho, que asseverou que:

O cidadão possui, como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, o direito de acesso ao Poder Judiciário. O funcionamento do Poder Judiciário, contudo, acarreta um custo elevado devido não só à manutenção de seus órgãos judiciais e administrativos, como também pela necessidade de constante modernização e aprimoramento, principalmente diante do crescente aumento na quantidade de demandas e da constante busca do ideal de uma prestação jurisdicional mais rápida ³⁵. (original sem destaques)

³⁴ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 33.

³⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL PARAÍBA. Site. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=17091>. Acesso em 23 de maio de 2006.

Se o acesso à justiça for efetivado, não serão apenas contados aos milhares, mas aos milhões, o número de ações distribuídas em nossos tribunais, vez que são quase duzentos milhões de habitantes, e um índice de conflitos sociais que superam, em muito, os das nações desenvolvidas. De tal forma, não é, nem poderá ser, a tarifação por custas, a solução para o problema, mas a construção de outros mecanismos de obstáculo a recursos procrastinatórios. Mais que isso, é obstrução do acesso à justiça.

Ao lado dos aspectos relativos à onerosidade, é também ponto de estrangulamento do sistema processual a variável que se denomina “tempo de tramitação”.

Informações divulgadas pelo CNJ no “Programa Justiça em Números”³⁶ indicam que somente no ano de 2010, ingressaram no Poder Judiciário 24,2 milhões de processos, e no mesmo período, pela primeira vez desde 2004, quando o índice passou a ser computado, foi registrado um número maior de julgamentos, visto que foram julgados 25,4 milhões de feitos.

Comparado com o acúmulo anual de 4,7 milhões de feitos ao ano, que existia em 2004, não há dúvida que o Judiciário Brasileiro está bem mais ágil, embora ainda exista um acervo remanescente de 83,4 milhões de feitos a espera de julgamento.

Somente no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, no final de 2009, havia 18.403.329 processos acumulados³⁷. Já no STF, a tramitação de um recurso dura, em média, 272 dias³⁸.

Diante de tais dados, é indiscutível que o tempo na tramitação processual pressiona os hipossuficientes economicamente a abandonarem suas causas ou a aceitarem os acordos por valores muito inferiores a que teriam direito, realimentando, negativamente, pelo descrédito, a confiabilidade do sistema judiciário de modo a inibir o acesso das camadas menos favorecidas da população sem atender a característica de um Judiciário Responsivo.

Tais fatores de inibição conduzem a situações juridicamente injustas, forçando o economicamente mais fraco a renunciar direitos, como, por exemplo, ocorre na Justiça do Trabalho, quando o empregado, mesmo já sendo vitorioso, no processo cognitivo, às vezes, pela necessidade que atravessa, é levado a realização de uma “transação”, na fase executiva, como único recurso para receber mais rapidamente verbas alimentares.

Finalmente, é importante destacar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabeleceu em seu art. 25, que:

³⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ob. Cit.

³⁷LEX. **TJ tem novo presidente com plataforma modernizadora.** Site. Disponível em: <http://www.lex.com.br/ojurista/default.asp?noticia_id=54&edicao_id=7&edicao_numero=03>. Acesso em 23.07.2006

³⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/indg_justica_em_numeros.pdf> Acesso em 23.07.2006.

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções sociais.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, acrescentando o inciso LXXVIII, ao art. 5º, da CF³⁹, a duração razoável do processo se tornou direito fundamental, pois: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A necessidade de se cumprir tal comando constitucional diferencia em atento de comparação os sistemas de juizados especiais em relação à justiça comum.

1.2 DA VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS BANCÁRIOS FRENTE A LITIGANTES ORGANIZACIONAIS

O princípio da autonomia privada é mitigado na seara do consumidor em face da hipossuficiência e vulnerabilidade do adquirente dos serviços bancários, na forma do art.4º, I, do CDC, a permitir um dirigismo que garanta o equilíbrio de partes como bem já reconheceu, a título de exemplificação, o STJ no REsp nº 1.169.334/RS⁴⁰, quando se discutiu a possibilidade de limitação da margem máxima de empréstimos consignados em razão da dignidade humana⁴¹.

³⁹ BRASIL, p.585.

⁴⁰“a norma federal possibilita ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro. Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação aos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade.” (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 29/09/2011)

⁴¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA. LIMITAÇÃO A 30% DOS DESCONTOS CONSIGNADOS DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. POSSIBILIDADE. NORMATIZAÇÃO FEDERAL QUE NÃO COLIDE COM A NORMA ESTADUAL. 1. Conforme interpretação conferida pela Corte de origem ao Decreto estadual 43.574/2005, a soma mensal das consignações facultativas e obrigatórias de servidor público do Estado do Rio Grande do Sul não poderá exceder a setenta por cento (70%) do valor de sua remuneração mensal bruta. 2. "Não há antinomia entre a norma estadual e a regra federal, pois os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003; 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, impõem limitação ao percentual de 30% apenas à soma das consignações facultativas". (REsp 1169334/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 29/09/2011) 3. Por um lado, a norma federal possibilita ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro. Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação aos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 30.820/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012)

Por se tratar de contratos de financiamento bancário, normalmente de letras miúdas e de adesão, há que se ter em mente a possibilidade real de não compreensão pelo consumidor das cláusulas e tarifas pactuadas, em violação frontal ao disposto no art.46, do CDC⁴². Sobretudo no caso em que o financiamento ocorre na própria loja vendedora do bem financiado, no caso, agências de automóveis.

Nos últimos anos a maciça disponibilização de linhas de crédito pelos agentes financeiros, aliada à redução do IPI⁴³, serviram de mecanismos negociais propulsores das vendas de veículos das concessionárias, garantindo a produção no parque fabril automotivo, sem redução significativa de vagas em área tão bem representada sindicalmente.

Campanhas publicitárias inundaram a mídia televisiva fazendo com que os consumidores recém-chegados a classe média procurassem realizar o sonho da aquisição de um carro novo, que normalmente apresentavam melhores condições de financiamento do que os carros usados.

As instituições financeiras, normalmente ligadas a montadoras de veículos, ou a grupos de concessionárias, aproveitaram o momento propício para garantir lucros, não apenas nos juros, o que seria natural, mas pela cobrança de inúmeras taxas de razoabilidade mais que duvidosa, tais como: Tarifa de Abertura de Crédito – TAC e Tarifa de Emissão de Boletim – TEC, Taxa de Abertura de Cadastro – TAC-2 ou TC, Taxa de Avaliação, Taxa de Serviços de Terceiro, Taxa de Registro de Contrato etc., agora, em parte, albergadas pela decisão da Ministra Maria Isabel Gallotti, do STJ, no Recurso Especial nº 1.251.331-RS, cujos montantes passavam a representar um valor mais representativo no preço final do valor mutuado, constituindo-se, muitas vezes, uma vantagem exagerada.

A tarifa, ou taxa, de abertura de crédito, conhecida como TAC, vinha sendo cobrada com base em previsão expressa contida na Resolução nº 2.878/01 e ante o caráter não intervencionista da Resolução nº 2.303/96, ambas do Conselho Monetário Nacional – CMN, até que o mesmo órgão editou a Resolução nº 3.518, de 06 de dezembro de 2007^{44,45}, deixando de prever a possibilidade de cobrança de tarifas pelo “contrato de abertura”, mas

⁴² Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

⁴³ Imposto sobre produtos industrializados.

⁴⁴ Com *vacatio legis* elástica para 30 de abril de 2008.

⁴⁵ A Resolução nº 3.518/2007/CMN definia os serviços bancários em essenciais, prioritários, especiais e diferenciados, definição ainda mantida no art.1º, §1º, II, da Resolução nº 3.919/2010, sendo que apenas em relação aos inseridos nesta última categoria haveria liberdade plena de pactuação, chegando inclusive a ser vedada a cobrança no caso dos serviços incluídos como essenciais.

estabelecendo, em seu art.3º, a previsão de cobrança de uma tarifa de cadastro, como serviço prioritário⁴⁶⁴⁷.

A Tarifa de Abertura de Crédito - TAC se tornou, portanto, com o advento da Circular nº 3.371/2007 BACEN⁴⁸, uma Tarifa de Abertura de Cadastro – TAC2, com objetivo de remunerar o serviço de pesquisa de cadastro.

Ora, mas seria o cadastro um acessório do mútuo?

A resposta se apresenta como negativa, vez que o cadastro do fornecedor somente interessa a instituição financeira, não sendo elemento do contrato de financiamento, mas atividade pré-contratual cujo dispêndio, com a devida vênia do entendimento da Segunda Seção do Eg. STJ no REsp 1.251.331-RS, não pode ser imposto ao cliente, até mesmo porque a referida pesquisa contratual é realizada até mesmo nas propostas de contratos que não são ultimadas, como por exemplo, se o consumidor tivesse alguma pendência financeira.

Isso demonstra que se fosse, realmente, um serviço específico e divisível de busca de documentação do cliente, a tarifa de abertura de cadastro deveria ser cobrada de todos os clientes, independente de ter sido aprovado, ou não seu cadastro, o que não ocorre na prática.

Desta forma, os clientes que conseguem o crédito pagam pela pesquisa e análise da documentação de todos aqueles outros que tentaram e não obtiveram o financiamento, o que já demonstra a falta de razoabilidade de tal tarifação.

Por outro lado, observe-se que a referida circular também criou uma tarifa de renovação de cadastro, em afronta clara ao disposto no Parágrafo Único, do art.3º da Resolução nº 3.518/07, que não previa nenhuma tarifa de renovação, a qual, em bom tempo, foi extinta pela Circular BACEN 3.466/09⁴⁹, que por sua vez foi revogada pela Circular 3.512/2010⁵⁰, que tratou de matéria completamente diversa, precisamente do pagamento mínimo da fatura de cartão de crédito. Entretanto, não havendo previsão normativa expressa, pela impossibilidade de repristinação, não é possível a cobrança de tarifa de renovação de cadastro.

⁴⁶ Aqui surge a Tarifa de Abertura de Cadastro, também conhecida como TAC-2, que na essência possui o mesmo fato gerador que a tarifa de abertura de crédito.

⁴⁷ Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2007/pdf/res_3518_v1_O.pdf. Acesso em 16 jun. 2013.

⁴⁸ Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2007/pdf/circ_3371_v2_L.pdf. Acesso em 10 jan. 2014.

⁴⁹ Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ_3466_v2_L.pdf. Acesso em 10 jan. 2014.

⁵⁰ Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2010/pdf/circ_3512_v3_P.pdf. Acesso em 10 jan. 2014.

A extinção da cobrança também deveria ser aplicada à TAC-2, já que o cadastro é feito pela própria concessionária de veículo, no momento da venda do bem, pois, como ele ficaria alienado fiduciariamente, ou mediante ônus do contrato de leasing, eventuais pendências financeiras obstaculizariam a própria venda.

Afora isso, outras situações de irrazoabilidade podem ser encontradas na ausência de uma definição do que seja o primeiro relacionamento com o cliente, como no caso do consumidor já ter firmado contrato anterior de financiamento com a mesma instituição ou conglomerado financeiro⁵¹, quando a busca por seu cadastro não teria razão de existir, ou quando for correntista da instituição, já mantendo um cadastro.

Percebe-se que a instituição financeira impõe ao consumidor um custo pelo seu serviço essencial, que é fornecer crédito, não sendo um serviço divisível e distinto do financiamento, o que demonstra sua desproporcionalidade a aumentar a vulnerabilidade do consumidor em violação aos retromencionados artigos do CDC.

Quanto a taxa de emissão de carnê, conhecida como TEC, foi ela inicialmente cobrada em face do disposto no art.1º, Parágrafo Único⁵², inciso III, da Resolução n.º 3.518/07 do CMN, que a considerava não uma tarifa mas simples ressarcimento de despesas de prestação de serviços por terceiros.

Ocorre que, pela Resolução nº 3693 de 26/03/2009, a tarifa de emissão de boletos de cobrança foi expressamente vedada pelo § 2º, incluído no art.1º, da Resolução 3.518/07, proibindo-se a aludida cobrança.

Todavia, a Resolução nº 3.954, de 24/02/2011, em seu art.23, III, revogou o inciso III do § 1º e o § 2º do art. 1º da Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, com redação dada pela Resolução nº 3.693, de 26 de março de 2009.

Atualmente, está em vigor Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010⁵³, que revogou expressamente a Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, e 3.693, de 26 de março de 2009, estabelecendo no inciso II, do § 2º, do seu art. 1º, que :

§ 2º É vedada a realização de cobranças na forma de tarifas ou de ressarcimento de despesas:

(...)II - do sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês e assemelhados.

⁵¹ Como por exemplo, o consumidor já possuir um contrato de seguro com empresa do mesmo conglomerado financeiro.

⁵² Divisão de um Parágrafo Único em incisos é exemplo de uma péssima técnica legislativa.

⁵³ Com vigência, salvo exceções quanto a cartões de crédito, em 01 de março de 2011.

Como se observa, a tarifa de emissão de boleto, sequer possui hoje fundamentação legal, pois transfere ao consumidor do serviço bancário um ônus próprio do banco que, optando pela padronização, automação, e menor investimento no elemento humano para atendimento de clientes, prefere emitir boletos de cobrança evitando-se a busca pelo mesmo na agência.

Não bastassem tais taxas, a decisão da Ministra paralisou, em liminar, os julgamentos de TAC/TEC e posteriormente, o STJ, em acórdão no mesmo processo, sinalizou positivamente⁵⁴ para a cobrança de outras taxas como, por exemplo:

1) **Taxa de avaliação** – Estranhamente cobrada até relativamente a financiamentos de carros novos, ao contrário do que consignou a Exma. Sra. Ministra Relatora, onde o valor financiado já seria o preço da nota fiscal. Já em relação a veículos usados, o valor da avaliação do bem é também o valor do financiamento, devendo a taxa, se devida, ser cobrada do vendedor, não do consumidor por representar enriquecimento ilícito do primeiro.

2) **Tarifa de Registro de Contrato** - O registro do contrato é ônus da empresa vendedora, não cabendo ser imposta tal despesa ao consumidor.

3) **Serviços de terceiro , publicidade, comissão de vendas** – tais cobranças demonstram claramente que a remuneração pela atividade da concessionária está sendo transferida de forma abusiva ao polo hipossuficiente, vulnerável, no caso, o consumidor.

Em relação a cobrança de tarifa denominada de “Serviços de Terceiros” foi a mesma expressamente vedada pelo art.17, da Resolução CMN nº 3.954/2011⁵⁵.

O que parece mais preocupante, e por isso caminha na contramão da evolução dos direitos humanos de terceira geração, é considerarmos que o consumidor encantado com os atrativos do carro e da taxa de juro declarada, tenha atentado para às peculiaridades dos valores de cobrança das aludidas tarifas, que em nenhum momento são divulgadas na mídia, e constantes apenas em letras miúdas em um formulário de contrato de adesão, sem possibilidade de discussão, ou até mesmo, de cisão para que o consumidor optasse por outro

⁵⁴ Em que pese na página 9-21 de seu voto final, tenha a Exma. Sra. Ministra delimitado a matéria sujeita ao recurso repetitivo e objeto da suspensão apenas as tarifas para “confecção de cadastro e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador) e para emissão de boleto de pagamento ou carnê (TEC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador)” ressaltou expressamente que: “As demais matérias tratadas nas manifestações juntadas aos autos, como valores cobrados para ressarcir serviços de terceiros e tarifas por serviços não cogitados nestes autos, não estão sujeitas a julgamento e, portanto, escapa ao objeto do recurso repetitivo, embora os fundamentos adiante expostos devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias”.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2011/pdf/res_3954_v8_P.pdf>. Acesso em: 10.01.2014.

serviço de outro fornecedor, mantendo o financiamento, em uma clara venda casada vedada pelo disposto no art.39, I, do CDC.

Firmadas tais premissas indicativas da abusividade da imposição ao consumidor de tais taxas, é importante ressaltar que Sua Excelência a Ministra Maria Isabel Gallotti, ao atender, na decisão liminar, ao requerimento da FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, no REsp nº 1.251.331- RS, na decisão que suspendeu a tramitação de mais de duzentas mil ações judiciais em que os consumidores almejavam o ressarcimento de tarifas abusivas cobradas imperativamente pelas instituições financeiras nos contratos de financiamento de veículos, usou como fundamentação a violação a precedentes daquele tribunal, dentre os quais, o REsp nº 1.270.174 - RS (2011/0184925-9)⁵⁶, de sua relatoria que teve a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO

(TAC). TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE.

1. Não viola a norma de regência dos embargos de declaração o acórdão que apenas decide a lide contrariamente aos interesses da parte.

2. As normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos.

3. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente (REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011)

4. Recurso especial conhecido e provido. (original sem destaques)

Da análise da decisão, mesmo que se considere sua razoabilidade, surge a seguinte indagação: Como poderia a Ministra, com uma decisão em um único processo, suspender a tramitação de mais de duas centenas de milhares de processos, se o precedente sustentado pela mesma exige que se conhecesse a “demonstração cabal da vantagem exagerada”?

⁵⁶Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=20988208&num_registro=201101849259&data=20121105&tipo=5&formato=PDF . Acesso em 16 jun. 2013.

Logicamente que não, pois é possível que, dentre milhares de processos, existam alguns em que tenha havido vantagem exagerada por parte da instituição financeira, representando a referida suspensão uma negativa de jurisdição ao consumidor já lesado.

No referido precedente, sobre violação do princípio da boa fé, a ensejar a abusividade das taxas, há importante voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que transcrito, parcialmente, a seguir:

“Note-se que as taxas administrativas em questão são cobradas indiscriminadamente em todas as operações de financiamento, não podendo o consumidor optar por contratá-las ou não, até mesmo porque, como já afirmado, elas não ensejam a prestação de serviço acessório do qual se poderia utilizar. Acerca do princípio da boa-fé, reporto-me à clássica lição de Cláudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais . 5.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216): Como ensinam os doutrinadores europeus, fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança). Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. As cláusulas que prevêm as taxas em questão, portanto, se mostram flagrantemente abusivas, por descumprimento dos deveres anexos de transparência e de informação.”

Não se pode, portanto, considerar razoável a suspensão levada a cabo por Sua Excelência a Ministra Isabel Gallotti, suprimindo até mesmo em juízos de primeiro grau, em uma clara afronta ao disposto no art.543-C, do CPC, a liberdade de aquilatar a existência, ou não de abusividade das taxas. Sobretudo quando tal suspensão somente foi “concedida” pelo STF na hipótese de reclamação constitucional, o que não foi o caso, o que atropela, até mesmo, o acórdão decorrente que permitiu sem um maior aprofundamento a cobrança de diversas outras, desde que não houvesse onerosidade exagerada.

Não se pode, ainda, deixar de lamentar o fato de que o recurso escolhido por Sua Excelência para ser demonstrativo da controvérsia jurídica foi um em que não haviam sido

ofertadas contrarrazões ao Recurso Especial, isto é, correu a “revelia” do consumidor que lograra êxito no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ora, será que dentre tantos recursos que aportaram sobre a matéria o mais representativo foi o que a instituição financeira atacou livremente o acórdão, sem qualquer contraponto argumentativo do consumidor até então vitorioso?

Por outro lado, observe-se que, ao contrário da FEBRABAN que teve seu pedido de admissibilidade como *amicus curiae* apreciado e aceito por decisão interlocutória que inclusive estendeu os efeitos da suspensão a todo o sistema de juizados especiais do País, os pedidos formulados na forma do §4º, do art.543-C⁵⁷, do CPC, pelo Instituto Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - INPCOM, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP, IBDCOMB, Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da – Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor - MPCON, foram avaliados apenas por ocasião do julgamento, tendo todos sido indeferidos sob a alegação, os quatro primeiros, de que não possuíam sede fora de um estado, não possuindo representatividade que justificasse a sua intervenção. Quanto ao MPCON, embora nacional, segundo a Ministra, não teria “capacidade de prestar assistência e fornecer estrutura físico-administrativa para atendimento da população na amplitude do território brasileiro, ao meu ver indispensável para o reconhecimento da representatividade de que trata o rito específico. Ademais, a referida associação é constituída por membros do Ministério Público, instituição que já oficia nos autos, tendo emitido pronunciamento conclusivo sobre a causa”.

Será que a FEBRABAN, que teve o pedido aceito como *amicus curiae*, possuía estrutura físico-administrativa em todo território nacional?

Tal entendimento parece servir de freio à intervenção de instituições reconhecidamente importantes na defesa do já tão hipossuficiente, consumidor, sendo uma mitigação da instituição do *amicus curiae*, que objetiva legitimar socialmente as decisões judiciais com repercussão coletiva, pela maior participação de setores representativos da sociedade, que podem contribuir com o deslinde processual através do fornecimento de dados técnicos ou do apontamento de consequências jurídico- políticas, como destacado pelo

⁵⁷ § 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática⁵⁸, enquanto do exercício da Presidência do STF, na ADI 2.316:

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. (...) Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

Afirma ainda, inclusive, com esteio em Dworkin que:

no caso *Webster versus Reproductive Health Services* (1989), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, (...) além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (briefs) sobre os mais variados aspectos da controvérsia — possivelmente o número mais expressivo já registrado — por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge- Massachussetts. 2.^a ed., 1996, p. 45).

Como se observa os critérios de restrição levados a cabo pela Ministra Relatora do recurso especial, não se amoldam a origem do instituto do *amicus curiae*, dificultando, certamente, a apreciação de tantos vetores envolvidos em relação à aplicabilidade da legislação consumerista.

Contudo, o entendimento jurisprudencial é que há discricionariedade da relatoria na apreciação de quem é, ou não é *amicus curiae*, o que apesar das ponderações da jurisprudência e doutrina quanto a menor restrição de critérios, permanece insindicável a decisão da Ministra Relatora que, além do Banco Central, apenas admitiu a FEBRABAN como amigo da corte.

⁵⁸ Decisão monocrática publicada em 02.02.2010. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=185706>

1.3 DA SUSPENSÃO DAS TARIFAS DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE EMISSÃO DE BOLETO A PARTIR DO REQUERIMENTO DA FEBRABAN AO STJ: A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DECISÕES *ERGA OMNES* EM RECLAMAÇÕES OU RECURSOS ESPECIAIS

Como já foi dito, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Maria Isabel Gallotti, atendendo a requerimento da FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, formulado como *amicus curiae* no REsp nº 1.251.331- RS, que tem como requerente Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A, determinou em 22 de maio de 2013, a suspensão de cerca de 285 mil ações que envolveriam um valor em litígio de R\$ 531.791.829,50, em que se discutiria a legitimidade da cobrança das tarifas administrativas para concessão e cobrança dos créditos, objeto de contratos bancários, comumente identificadas pelas siglas TAC e TEC e assemelhadas, além do parcelamento do IOF.

Em que pese tal decisão tenha sido extensiva a todo judiciário nacional de primeiro e segundo grau e já haver sido julgado pelo colegiado da Segunda Seção em 28.08.2013, remanesce a necessidade de se analisar se a referida decisão padeceria de inconstitucionalidade por ter criado uma competência especial em favor do STJ que não foi prevista pelo Constituinte.

Com efeito, a Constituição Federal Brasileira não previu a hipótese de manejo de recurso especial contra as decisões das turmas recursais, o que se pressupõe ser decorrente dos próprios princípios fundantes daquele sistema: “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”, arquitetados como remédios aos pontos de estrangulamento do sistema de acesso à justiça consubstanciado no “tempo processual” e nas “pequenas causas”, já vislumbrados, na segunda metade do século passado, no Relatório Florença de Cappelletti e Garth.

Acontece que a decisão inovadora do Supremo Tribunal Federal em tema de Embargo de Declaração, no RE 571572 ED, julgado em 26.08.2009, que, com a intervenção da Min. Ellen Gracie, ampliou a competência do STJ de modo a permitir que o referido tribunal julgue, mesmo sem competência recursal ordinária, reclamação constitucional com efeitos vinculantes *erga omnes*, incompatíveis com o instituto, submeteu o entendimento daquela corte a mais de 1.561⁵⁹ magistrados de turmas recursais do País, que representam cerca de 17,38 % do total de 8.977⁶⁰ juízes estaduais de primeiro grau, cujas decisões tanto

⁵⁹ Relatório Justiça em Números 2011, p.64. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf, acesso em 08.02.2013

⁶⁰ Relatório Justiça em Números 2011, p.61. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf acesso em 08.02.2013.

desagradam os interesses dos grandes litigantes organizacionais, em tema de demandas de massas, relativas a direito do consumidor⁶¹.

O entendimento da nossa Suprema Corte teria sido motivado, formalmente, como meio de substituir a inexistência de órgão de uniformização de jurisprudência das turmas recursais estaduais, semelhantemente ao que já ocorre no âmbito da justiça federal (Turma instituída pelo art.14, § 2º, da Lei nº 10.259/01); todavia, ao contrário do que ocorre no rito federal, a utilização do sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECCs⁶²) na seara estadual é colocada como alternativa, e não de forma obrigatória, tendo o referido sistema importantes peculiaridades que o distingue do sistema processual comum, especialmente o que restou previsto na redação do art.5º, (sociabilidade da convicção judicial⁶³) que permite ampla liberdade para o magistrado “dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” e no art.6º que permite ao juiz adotar “em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”.

Os referidos dispositivos parecem indicar, à primeira vista, a possibilidade legal do juiz se utilizar de sua experiência comum, numa alusão aos “ídolos da caverna e da tribo”, em contraposição aos “ídolos do foro”, na distinção contida no *Novum Organum* de Francis Bacon, na busca pela concretização do valor axiológico de Justiça⁶⁴.

⁶¹ Cf. HERMANN, Ricardo Torres. O Tratamento das demandas de massa nos juizados especiais cíveis. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ10.pdf> acesso em 07 abr de 2013.

⁶² Como o objeto deste trabalho tem por foco a análise da repercussão de decisões dos tribunais superiores em matéria cível, optou-se pela utilização da sigla JECs para designar os Juizados Especiais Cíveis.

⁶³ Cf. Moreira, José Carlos Barbosa apud BATISTA, Weber M. & FUX, Luiz. Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo. Ed. Forense, p.119.

⁶⁴ São de quatro gêneros os ídolos que bloqueiam a mente humana. Para melhor apresentá-los, lhes assinamos nomes, a saber: Ídolos da Tribo; Ídolos da Caverna; Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro.[9](...)Os ídolos da tribo estão fundados na própria natureza humana, na própria tribo ou espécie humana. E falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas. Muito ao contrário, todas as percepções, tanto dos sentidos como da mente, guardam analogia com a natureza humana e não com o universo. (...)Os ídolos da caverna [10] são os dos homens enquanto indivíduos. Pois, cada um — além das aberrações próprias da natureza humana em geral — tem uma caverna ou uma cova que intercepta e corrompe a luz da natureza: seja devido à natureza própria e singular de cada um; seja devido à educação ou conversação com os outros; seja pela leitura dos livros ou pela autoridade daqueles que se respeitam e admiram; seja pela diferença de impressões, segundo ocorram em ânimo preocupado e predisposto ou em ânimo equânime e tranqüilo; de tal forma que o espírito humano — tal como se acha disposto em cada um — é coisa vária, sujeita a múltiplas perturbações, e até certo ponto sujeita ao acaso. Por isso, bem proclamou Heráclito [11] que os homens buscam em seus pequenos mundos e não no grande ou universal. (...) Há também os ídolos provenientes, de certa forma, do intercurso e da associação recíproca dos indivíduos do gênero humano entre si, a que chamamos de ídolos do foro devido ao comércio e consórcio entre os homens. Com efeito, os homens se associam graças ao discurso,[12] e as palavras são cunhadas pelo vulgo. E as palavras, impostas de maneira imprópria e inepta, bloqueiam espantosamente o intelecto. Nem as definições, nem as explicações com que os homens doutos se munem e se defendem, em certos domínios, restituem as coisas ao seu lugar. Ao contrário, as palavras forçam o intelecto e o perturbam por completo. E os homens são, assim, arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias. (BACON, Francis: *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da Interpretação da Natureza * Nova atlântida”; Trad. e not.: José Aluysio Reis de Andrade, Abril Cultural, 1973: p. 27-28.

Os referidos ídolos, no ordenamento pátrio, tiveram sua aplicabilidade possível em face da Lei nº 9099/95, e garantiram uma mitigação, em um viés pragmático de inferência abdutiva, em sede de “pequenas causas”, mesmo “easy cases⁶⁵”, o que por si mesmo foi uma inovação, que continua sendo muito útil em contraposição à jurisprudência dominante do STJ, que em sua maioria das vezes, é amplamente favorável aos “litigantes organizacionais” que segundo Cappelletti e Garth, seriam beneficiados, pela demora na tramitação, com o custo de se recorrer em juízo, como no caso dos bancos e financeiras que, em contratos de financiamento, repelem os fins sociais do código consumerista em homenagem aos alfarrábicos princípios de equilíbrio e literalidade contratuais, além de outras ilusões referenciais.

Não se pode negar que um dos principais motivos para os sistemas de juizados especiais terem conquistado a confiança dos jurisdicionados foi uma maior proximidade dos magistrados titulares com as causas que eram postas em julgamento, o que ocorre por essa possibilidade dos mesmos poderem aplicar ao caso concreto a decisão que repute mais justa, equânime, atendendo os fins sociais e as exigências do bem comum, especialmente em tema de direito consumerista.

De fato, pode-se vislumbrar na atuação dos juízes dos juizados o respeito ao princípio da paridade de armas, entretanto com um afastamento da neutralidade asséptica e distante da realidade em julgamento (ídolos de foro) próprios dos tribunais superiores⁶⁶; já que a aplicação dos dispositivos retromencionados da Lei dos JECs permite vislumbrar a unicidade do processo interpretativo, quando visto pela análise do círculo hermenêutico, que impede a cisão entre as etapas de interpretação e de decisão (Lênio Streck), o que acarreta a inexistência de diferença entre “hard cases” e “easy cases”, sobretudo em demandas de massa, com a consciência de que o que não fora decidido seria difícil, e o que já está compreendido seria fácil.

⁶⁵ Nem toda causa submetida a juizado especial seria considerada um “easy case” pela teoria de H.L. A Hart. A complexidade que deslocaria a competência é processual, não interpretativa.

⁶⁶ Neste sentido Cláudia Barbosa discorre: “No Brasil setores do Judiciário, especialmente juízes de 1 grau, mostram-se ainda sensíveis às demandas sociais que lhe são levadas a decidir, contrariando em suas sentenças a lógica das reformas fortemente “sugeridas” pelo Banco Mundial (Sadek, 2004; Vianna, 1997)). Tanto é assim que os relatórios do Banco Mundial indicam que a tendência deste Poder é a proteção do devedor, o que tornaria a tomada de crédito mais cara no Brasil, uma vez que a dificuldade de recuperação é mais custosa. Esse movimento, entretanto, encontra menos eco quando submetidas à análise das instâncias superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Por isso, a concentração de poder ali parece favorecer a certeza e segurança jurídicas e o cumprimento de contratos, um dos argumentos que levou à aprovação recente da súmula vinculante” *In* BARBOSA, Cláudia Maria. Poder Judiciário: reforma para quê?. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=2339>. Acesso em ago 2013

A decisão do STJ, no entanto, não traz surpresa, pois é perceptível, nos dias atuais, o abandono seja por uma maior inércia do Ministério Público, seja pela jurisprudência das Cortes de Justiça Comum, dos ideais sociais de proteção trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, principal fonte de demanda nos Juizados Especiais Cíveis, problema que ganha contornos mais preocupantes quando se observa que as alternativas apresentadas pela cúpula do judiciário brasileiro, após a reforma de 2004, para aumentar a confiabilidade dos jurisdicionados, vêm sendo fundadas, somente, na reformulação de práticas de técnica jurídica⁶⁷⁶⁸ desprezando a individualidade, a liberdade, o conhecimento “empírico” dos magistrados de primeiro grau, o que impõe a prolação de muitas decisões vinculantes sem a preocupação com a justiça social que delas se espera na esfera atomizada de cada relação interpessoal em conflito, ou até mesmo, no acesso e efetividade das mesmas para a maioria da população.

A suspensão processual, levada a cabo por Sua Excelência a Ministra, objetivando a aplicação do art.543, C, do Código de Processo Civil, de vinculação, da base da magistratura, na qual se insere os juízes dos Juizados, pode ser compreendida com o pensamento de Althusser⁶⁹, que observou ser a “reprodução das relações de produção”, garantida pela superestrutura jurídica-política e ideológica. Logo, sendo o judiciário um aparelho jurídico ideológico, é natural que nele também encontremos o interesse de “reprodução das relações de produção”, ou seja, de adoção de comportamento *erga omnes* por todos os juízes do sistema de JECs, numa forma de conservação do poder, violador das peculiaridades legalmente previstas em sua lei instituidora.

⁶⁷ Como, por exemplo, a instituição de súmulas vinculantes e do PJE (processo judicial eletrônico).

⁶⁸ “Atento às limitações da modernidade, mas ainda insensível às mudanças que a pós-modernidade tem sugerido neste início de século, o Banco Mundial (1997), junto a outros organismos multilaterais, iniciou nos anos 80 inúmeros projetos de modernização do Poder Judiciário. No relatório intitulado *El sector judicial en américa latina: elementos da reforma*, delinea-se com maior perfeição a visão de Poder Judiciário que deveria ser adotada por países em desenvolvimento, em busca da ampliação de investimentos estrangeiros e maior inserção no mercado internacional. O documento constata que “o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade”. Afirma também que “a reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do Estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado” (p. 6-10). Para alcançar tais objetivos recomendam mudanças no orçamento do Judiciário, na forma de nomeação de juízes, o aprimoramento das cortes de justiça, adoção de reformas processuais, proposição de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, entre outras medidas. A tônica do documento, conforme se observa, é a modernização do Poder Judiciário para assegurar um ambiente tranquilo aos investimentos estrangeiros, por meio do cumprimento dos contratos, da certeza e previsibilidade dos direitos sobre a propriedade. Não há qualquer vinculação direta entre o financiamento para a reforma e a melhoria das condições sociais desses países. A razão maior para a modernização é garantir aos investidores estrangeiros em países emergentes, o rendimento “compatível” com o risco de se investir nesses países.” (BARBOSA, *ibidem*)

⁶⁹ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos do estado. Organização Slavoj Zizek. Contraponto. p.114-115.

Surge a necessidade de se conhecer, se a uniformização técnica será suficiente para aumentar o grau de legitimação da população com os juizados. Pois, se, entendermos que, o que é, ou não é, socialmente justo, não depende somente da aplicação de uma regra, mas de vetores axiológicos modificáveis sob a ótica da interpretação individual, ocorrerá constante perplexidade quando o esperado pelo jurisdicionado não se concretizar, o que já vem sendo sentido na prática, com a transferência de demanda para a jurisdição comum de inúmeros casos que poderiam ser resolvidos no sistema de juizados.

Com efeito, dentro do que poderemos chamar de hermenêutica da submissão ou *folio views jurisprudence*, a institucionalização da reclamação perante o STJ em relação aos juizados especiais, faz com que o juiz de primeiro grau se torne mero compilador de decisões de colegas, nem sempre mais experientes⁷⁰, com um questionável direito e liberdade de pensar diferente.

Observa-se, assim, o advento do instituto da reclamação, e sua efetivação *incidenter tantum*, em face dos contratos bancários, como uma reação dos estamentos superiores do Judiciário Brasileiro em busca de garantir uma “expectativa de resultados” aos litigantes organizacionais, sobretudo instituições financeiras, incomodados com decisões de primeiro grau em tema de demandas de massa em direito do consumidor, como por exemplo: assinatura básica, pulsos telefônicos, seguros e, o nosso objeto de análise, as taxas de contratos de financiamentos bancários conhecidas como TAC, TEC e assemelhados.

A suspensão referida pareceu ceifar, por conseqüência, a aplicabilidade dos dispositivos retromencionados da Lei nº 9099/95, que por priorizarem a experiência, as peculiaridades, a finalidade social, exigências do bem comum, construtivas da Justiça Social torna o sistema de jurisdição de juizados especiais mais legítimo, perante os jurisdicionados, por privilegiar, em suas decisões, os pré-conceitos lógicos de sua compreensão⁷¹, decorrente da incidibilidade entre conhecer e aplicar.

O pedido formulado pela FEBRABAN, e deferido por Sua Excelência a Relatora, ilustrou e permitiu o debate acerca da instituição de reclamação perante o STJ, contra turmas recursais estaduais como forma de controle da atividade jurisdicional incompatível com a autonomia dos juizados e com a determinação contida no art.6º da lei nº 9099/95.

⁷⁰ Basta observar que o notável saber jurídico exigido para composição das altas Cortes não depende de idade ou, até mesmo, de aprovação ou reprovação em concurso público para estágios iniciais da carreira judicante.

⁷¹ A compreensão não decorreria de uma fórmula, pois dependeria dos preconceitos como condição de sua efetivação, respeitando a tradição de sentido, como escreveu Gadamer: “*menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra numa acontecimento da tradição*”, onde se intermedeiam constantemente passado e presente”, in GADAMER Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012. p.385).

2 DA PROLAÇÃO DE DECISÕES MERITÓRIAS EM *HARD CASES* E *EASY CASES* NO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS

Fixada a importância dos juizados especiais em demandas de consumo com pedido de repetição de valores correspondentes às tarifas vinculadas a contratos de financiamento de veículos, e apresentado todo panorama de incerteza em relação ao direito consumerista acarretados pela decisão liminar e posterior acórdão prolatados no REsp nº 1.251.331-RS favoráveis às instituições bancárias, ter-se-á por objetivo, neste capítulo, o enfrentamento da questão da falsa dicotomia entre fatos e direito sob o olhar da teoria da decisão, de modo a analisar a irrelevância de distinção entre *hard cases* ou *easy cases* para construção de uma norma decisória (*entscheidungsnorm*), em face do princípio da sociabilidade da convicção judicial previsto no art. 6º, da Lei nº 9099/95, com intuito de desmistificar que a justiça desenvolvida nos Juizados especiais seja uma justiça menor, ou uma justiça fácil que possa ser padronizada por verbetes vinculantes.

Para tanto, os critérios decisórios previstos no art.6º, da lei dos juizados, como “justiça”, “equidade”, “finalidade social” e “exigências do bem comum”, serão enfocados pela teoria do entimema lógico de Charles Sander Peirce, de modo a demonstrar que a legislação dos juizados especiais não apenas permite, mas incentiva a utilização do pré-conceito interpretativo do aplicador, como uma forma de maior legitimação das decisões perante os jurisdicionados.

Pois bem; a busca da legitimação como forma de aumentar a pacificação social sempre foi uma meta do sistema de juizados especiais, não se podendo deixar também de notar que a simplicidade do rito, a possibilidade maior de existência de conciliação, a celeridade da tramitação do feito, ante a inexistência de recursos contra decisões incidentais, são fatores importantes quando se busca uma maior presteza e consequente efetividade e legitimação das decisões.

Por tais características atrativas aos consumidores, pode se perceber que os juizados especiais, no caso, os cíveis⁷², respondem, ainda hoje, pelo maior número de causas, onde há efetivação de direitos em benefício dos jurisdicionados mais carentes que não possuem condições de recorrer à justiça comum, onde o pagamento de custas e exigência de advogados constitui verdadeiros gargalos ao acesso à justiça.

⁷² No tocante aos juizados criminais, o número de infrações de menor potencial ofensivo, representa a maior parte do número dos processos criminais que chegam a ser distribuídos no Poder Judiciário.

Para visualizar a relevância deste sistema, é importante observar que, somente nas duas maiores Comarcas da Paraíba, João Pessoa e Campina Grande, segundo dados fornecidos pela Gerência de Atendimento do TJPB, com exceção do Fórum Regional de Mangabeira (onde as unidades são mistas⁷³), o número de feitos distribuídos no sistema de juizados cíveis representou **67,95%** (sessenta e sete, noventa e cinco por cento) do total de causas iniciadas no ano de 2012, o que perfaz mais do que o dobro do número de feitos que ingressaram nas varas cíveis com competência comum conforme tabela abaixo:

Tabela 03 - Comparativo entre o número de processos distribuídos na justiça comum e nos juizados, no ano de 2012, nas duas maiores Comarcas da Paraíba

| | PROCESSOS DISTRIBUIDOS VARAS CÍVEIS JOÃO PESSOA | PROCESSOS DISTRIBUIDOS VARAS CÍVEIS CAMPINA GRANDE | PROCESSOS DISTRIBUIDOS JECs JOÃO PESSOA | PROCESSOS DISTRIBUIDOS JECs CAMPINA GRANDE |
|-----------------|--|---|--|---|
| 1ª | 963 | 1001 | 7405 | 5022 |
| 2ª | 965 | 978 | 7626 | 4987 |
| 3ª | 937 | 936 | 7485 | X |
| 4ª | 957 | 956 | 7590 | X |
| 5ª | 948 | 949 | 5862 | X |
| 6ª | 945 | 943 | X | X |
| 7ª | 935 | 958 | X | X |
| 8ª | 952 | 947 | X | X |
| 9ª | 927 | X | X | X |
| 10ª | 919 | X | X | X |
| 11ª | 927 | X | X | X |
| 12ª | 914 | X | X | X |
| 13ª | 945 | X | X | X |
| 14ª | 906 | X | X | X |
| 15ª | 911 | X | X | X |
| 16ª | 937 | X | X | X |
| 17ª | 906 | X | X | X |
| Subtotal | 14.021 | 7.668 | 35968 | 10009 |
| Total | 21689 | (32,05%) | 45977 | (67,95%) |

Todavia ainda existe resistência a sua importância vez que há uma crença que somente os casos fáceis, onde a interpretação fosse clara e não dependessem de argumentação judicial, estariam sob a competência deste sistema de jurisdição especial.

⁷³No mesmo período, nas três varas mistas de jurisdição comum do Fórum Regional de Mangabeira, foram distribuídas 8029 feitos, número que, diga-se, de passagem, é inferior ao total de 8944 feitos distribuídos nos dois juizados mistos daquela unidade.

Seria, então, a justiça que se desenvolve nos juizados especiais, a mais legitimada pela população, uma justiça menor, simples ou fácil, que não permitiria a apreciação por seus operadores de casos difíceis?

Para responder tal indagação é importante remontar as origens do que se pode considerar essa falsa noção, demonstrando-se que há peculiaridades no ordenamento instituidor do referido subsistema de justiça, a permitir a apreciação pelos seus julgadores de causas fáceis ou difíceis.

2.1 UMA JUSTIÇA NEM SEMPRE FÁCIL

Inicialmente, é importante vincar o entendimento de que é possível vislumbrar a existência de uma resistência contra a qualidade das decisões produzidas nos juizados especiais, o que é decorrente de dois aspectos inerentes ao estabelecimento e consolidação de tal ramo de justiça especial:

- Ausência de revisão das decisões por magistrados de instância superior;
- a nomenclatura legal aliada ao equívoco interpretativo acerca do termo complexidade.

O primeiro aspecto a ser considerado é o da existência de previsão normativa, desde a Lei nº 7244, de 07 de novembro de 1984 que, em seu art.41, § 1º, replicada no mesmo dispositivo da Lei nº 9099/95, estabeleceu que uma turma, formada por três juízes de primeiro grau, seria responsável pelo julgamento dos recursos interpostos contra as sentenças (as decisões interlocutórias são irrecorríveis) prolatadas pelos magistrados dos juizados.

Ora, tudo aquilo que não se conhece, se estranha, e foi assim com o referido sistema, uma vez que desembargadores não julgavam causas de juizados e, portanto, mais facilmente não podiam considerar importantes demandas que no seu entender eram “pequenas”, desprovidas de “complexidade” e julgadas por magistrados sem assento em tribunais. Seria, portanto, uma justiça mirim, uma justiça produzida por juízes de início de carreira sem o acúmulo de experiência dos membros da justiça de segundo grau tradicional.

Contudo, passados dezoito anos, isso vem mudando, paulatinamente, pois inúmeros juízes de primeiro grau já galgaram ao cargo de desembargador e hoje já existem, até,

entusiastas dos Juizados Especiais no Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, pode-se citar, o Min. Luiz Fux, que foi um dos primeiros doutrinadores sobre juizados especiais.⁷⁴

Por sua vez, o segundo elemento indicador da aludida resistência remonta à antecessora normatização, estabelecida pela Lei nº 7244/84, que restringia a competência do sistema de juizados somente às “pequenas causas”, as quais, segundo o art.3º, daquele estatuto seriam àquelas de *reduzido valor econômico*, que não ultrapassassem vinte salários mínimos na data do ajuizamento. Tal previsão trouxe o equívoco de *confundir pequenas causas, com causas menores*, envolvendo apenas matéria fática, não apenas do ponto de vista do valor econômico, mas do grau de dificuldade exigido para sua compreensão e solução.

Com efeito, a referida questão pode ser compreendida de uma forma melhor, a partir de Manuel Atienza⁷⁵, quando este discorre sobre as Teorias de argumentação jurídica, identificando três searas onde ocorreriam as interpretações:

- a) fase pré-legislativa (elaboração de normas);
- b) campo da aplicação das normas envolvendo “fatos” e “direito”;
- c) campo da dogmática jurídica de oferecimento de critérios para produção e aplicação do direito e ordenação do sistema jurídico.

O referido autor sustenta que a interpretação concernente aos fatos estaria “fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica”, o que se constitui em um equívoco, vez que fatos também podem ser interpretados.

Na verdade, não se pode considerar dentro do espectro de competência dos juizados apenas as causas fáceis, envolvendo questões fáticas⁷⁶, como se poderia pensar de uma leitura apressada do art.3º, da Lei nº 9099/95, cuja redação estabelecera a competência dos Juizados especiais cíveis para as “causas de menor complexidade”.

⁷⁴ BATISTA, Weber M & FUX, LUIZ. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. ISBN 85-309-0416-8.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel; **As razões do direito. Teorias da Argumentação jurídica. Perelman, viehweg, Alexy, MacCormick e outros**. São Paulo: Ed. Landy Livraria Editora e Distribuidora LTDA. 3ª ed. Setembro de 2003. P.18-19.

⁷⁶ Sobre o tema, conferir ATIENZA, ob. Cit. p. 18: “a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não-jurispcionais do governo têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que ocorrem, suscitados pelos mesmos, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica” .

A interpretação literal de tal dispositivo conduziu ao erro de algumas decisões judiciais que consideraram, inicialmente⁷⁷, que toda complexidade imporia a incompetência dos juizados. Entretanto, não é toda complexidade que afasta a incidência daquela jurisdição especial, pois mesmo ao se analisar o diploma normativo que instituiu o sistema, Lei nº 7244/84, observa-se que o § 2º, do art.9º, permitia que a complexidade de questões jurídicas fosse apreciada pelos julgadores especiais, desde que as partes utilizassem o patrocínio por advogado.

Os juizados não enfrentam apenas questões fáticas, mas também questões de direito, e ambas podem ser fáceis ou difíceis, complexas, ou não pelo ponto de vista instrumental.

Aqui é importante repisar, como adverte Eduardo R. Rabenhorst⁷⁸, que a interpretação jurídica não reside apenas nos momentos da compreensão de um texto legal ou de sua aplicação, mas também da interpretação dos fatos.

Na verdade, segundo o referido Professor da UFPB os fatos não independeriam do observador, dos métodos e de suas próprias escolhas, vez que o cientista também elabora o fato ao enunciá-lo pela linguagem:

Um “fato” não é, pois, algo independente da nossa elaboração. Nós construímos os fatos com os meios que nos são disponíveis. E principalmente: nós os construímos por meio da linguagem. Todo fato ao ser elaborado é narrado. E obviamente, fatos podem ser narrados de diferentes maneiras (...) Mudar a nossa posição-padrão com relação ao que chamamos de “fato” não implica necessariamente em abraçarmos a idéia proposta por Nelson Goodman de que não existe uma “versão correta” única do mundo, mas antes uma pluralidade de “versões corretas” diferentes. Significa apenas assumirmos que não existe uma ordem factual anterior ao gesto da interpretação. Trata-se apenas de admitir que nada pode ser considerado um fato se não for integrado em uma narrativa que reflete nossas possibilidade e escolhas conceituais.⁷⁹

⁷⁷ Poucos anos depois da edição da lei o STF já decidia que não era qualquer complexidade: “COMPETÊNCIA - JUIZADOS ESPECIAIS - COMPLEXIDADE DA CAUSA. **Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais. A complexidade suficiente a excluir a atuação de tais órgãos há de ser perquirida com parcimônia, levando-se em conta a definição constante de norma estritamente legal.** Tal aspecto inexistente, quando se discute a subsistência de cláusula de contrato de adesão, sob o ângulo de ato jurídico perfeito e acabado, no que prevista a devolução de valores pagos por consorciado desistente e substituído, de forma nominal, ou seja, sem correção monetária. (...) (STF - RE: 175161 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/12/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 14-05-1999 PP-00019 EMENT VOL-01950-03 PP-00464). (Original sem destaque)

⁷⁸ RABENHORST. Eduardo Ramalho. **A interpretação dos fatos no direito.** Prim@ Facie – ano 2, n.2, jan./jun.2003. Disponível na internet em <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4405>>. Acesso em 27.07.2013.

⁷⁹ Ibid. p.11.

A exatidão do realismo filosófico (não confundir com o jurídico), na correspondência entre o conhecimento e a realidade na interpretação jurídica, deve ceder espaço ao construtivismo, que nega a existência de um sistema pronto e acabado, elemento que é muito importante, sobretudo nas questões em tramites nos juizados especiais onde os processos, normalmente dependentes de produção de prova oral, são reconstruídos a partir de histórias particulares.

Rabenhorst ainda aponta, com base em Roland Barthes, que a resistência à ideia de possibilidade de interpretação dos fatos, decorre também do apego à chamada “ilusão referencial”, termo utilizado pelos juristas para representar a apreensão dos fatos pelo direito, pois “(...) tudo se passa como se a “prova” dos fatos na órbita jurídica fosse a concretização de uma verdade entendida como correspondência com a realidade, e não como um simples feixe de convergências capazes de levar a uma adesão razoável⁸⁰”.

As regras jurídicas, portanto, não apresentam os fatos, estes são veiculados pela linguagem a permitir uma pluralidade de interpretações que não tem seu significado pré-constituído na regra de textura aberta, mas dependerá de pré-conceitos lógicos⁸¹ do jurista, privilegiado, para nossa análise, pelo art.6º, da Lei nº 9099/95, que será analisado oportunamente.

Como se observa, a complexidade, portanto, que elide a competência dos juizados não é, e nunca foi, a material proveniente das questões jurídicas que se colocam a espera de uma solução judicial, como se fossem *hard cases*; outrossim é uma complexidade decorrente de resolução de algumas circunstâncias de fato, que demandam a realização de procedimentos instrumentais, como por exemplo, a necessidade de perícia e outros procedimentos investigatórios incompatíveis com a celeridade e informalidade que orientam aquele sistema. Sobre o tema é válido transcrever o enunciado 54, do FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS - FONAJE⁸²: “A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material”⁸³.

Note-se que mesmo na seara criminal o art.77, § 2º, da Lei nº 9099/95, permitiu o deslocamento de competência para o juízo criminal comum quando a complexidade do caso

⁸⁰ Ibid. p.14.

⁸¹ Preferimos a utilização da expressão pré-conceito lógico ao de pré-compreensão, pois o primeiro remete ao pragmatismo evitando o risco de desvio do tema em debate, como bem advertido por RABENHORST, op. cit. p.17: “Discutir o caráter desta, “pré-compreensão” a partir da qual o jurista antecipa o sentido dos fatos e reconstitui o significado da regra de direito nos levaria muito longe. Em todo caso, por tudo que acabamos de expor não é difícil compreender que na qualificação dos fatos existe um “círculo hermenêutico” que condiciona mutuamente a interpretação dos fatos e a interpretação da regra.

⁸² Disponível em : <http://www.fonaje.org.br/2012/>, consulta em 18.07.2013

⁸³ Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/2006/enunciados.asp>, consulta em 27.03.2013.

não permitisse a formulação de denúncia. Ora, não há que se cogitar aí em incompetência para o conhecimento do direito material, já que continua a se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo, mas de necessidade de procedimento pericial (v.g. incidente de insanidade mental) ou dilação inquisitória (inquérito) incompatíveis com o rito.

Os magistrados (dos juizados), não se referindo, aqui, aos “leigos”⁸⁴, sendo também operadores do direito, “estão sempre a argumentar porque sua atividade é focada na persuasão”, como aponta Enoque Feitosa⁸⁵, não se debruçando apenas sobre questões fáticas pouco complexas, mas, também, sobre as dificuldades advindas da incidência normativa, até mesmo pela ausência de uma fronteira certa do que seja somente uma questão puramente de fato ou puramente de direito, no momento da efetivação do processo decisório.

2.2 CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS: A SUTIL DISTINÇÃO

O ordenamento jurídico não é completo, não é livre de antinomias de modo a não alcançar com seu espectro regulatório todas as situações factuais possíveis que emergem dos conflitos intersubjetivos, criando, assim, casos de solução difíceis (*hard cases*) que devem ser resolvidos, também, pelo judiciário, dada o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional⁸⁶.

Os casos fáceis, (*easy cases*) por sua vez, seriam todos aqueles, envolvendo matéria fática ou jurídica, em que a solução aparecesse com a simples subsunção do fato a norma prevista no ordenamento.

César Rodríguez⁸⁷, discorrendo sobre o debate entre Dworkin e Hart, apresenta que os positivistas somente admitem uma única solução jurídica para o caso, a qual se chega pelo silogismo dedutivista. Entretanto, tal técnica resolveria o problema dos *easy cases*, mas não serviria pra os *hard cases*, no quais, a solução não vem claramente prevista com a norma.

Para os *hard cases*, a solução melhor preconizada seria a dos realistas norte-americanos, os quais defendem uma postura cética em relação ao ordenamento jurídico de

⁸⁴ A figura dos Juízes Leigos em vez de se aterem a juízos arbitrais vem sendo deturpada de modo a os transformar em uma espécie de assessor dos togados, prolatando pareceres denominados, até mesmo, em alguns estados, como a Paraíba, de “sentenças”, que dependeriam apenas de uma chancela automatizada do juiz togado, o que é causa de preocupação por violar o princípio do juiz natural, mas é um assunto que dependerá de uma abordagem específica, por extrapolar os limites deste ensaio.

⁸⁵ FEITOSA, Enoque. **Direito e Argumentação: Uma Abordagem Pragmática**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau – Recife – ano 2 – n. 3 – p. 09.25 – 2008.

⁸⁶ Art.5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”(ob. Cit)

⁸⁷ RODRIGUEZ, César, **La decisión judicial. El debate Hart y Dworkin – estudio preliminar**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997. p.68.

forma que as leis desempenham um papel marginal nas decisões judiciais, pois são apenas predições do que poderia acontecer.

O fato é que, tanto nos casos fáceis como nos difíceis, exige-se a construção de uma norma jurídica decisória, *entscheidungsnorm*, a partir do poder criativo atribuído ao juiz, pelo ordenamento, que levaria em conta, neste processo, sua experiência, sua formação, seu mundo, em prol da efetivação dos direitos, em confronto com o senso comum, decorrente das ilusões referenciais liberais⁸⁸.

Esse poder criativo, no entanto, é invisível nos chamados *easy cases*, tanto que Rodriguez, ainda, aponta que Hart estaria em uma posição intermediária quanto a aludida dicotomia, ao observar que os juízes aplicariam o positivismo aos *easy cases*, admitindo-se a construção realista, dentro de limites, no tocante aos *hard cases*⁸⁹.

(...) En los casos difíciles, sin embargo, La oposición realista es más adecuada. Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables; La sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiere que ella sea, aunque dentro de límite que los realistas pasan por alto.

Como se demonstra, os casos difíceis podem surgir em decorrência de lacunas, normas de textura aberta e até mesmo na hipótese de existência clara de uma lei, quando envolva escolhas políticas, ou a norma for socialmente injusta ou prejudicial ao caso concreto. É justamente, aí, que se encontra o espaço que Rodriguez aponta como sendo a *margen de flexibilidad*⁹⁰, que permitirá ao aplicador amoldar a lei as peculiaridades do caso concreto.

Essa margem de flexibilidade, no entanto, embora pareça mais visível no tocante aos chamados *hard cases*, não deixa de existir nos *easy cases*, embora seja forçoso reconhecer que às hipóteses de legalidade injusta nos chamados *hard cases* é de suma importância para o sistema dos Juizados Especiais, como será examinado a seguir.

2.3 OS PRIVILÉGIOS DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA DECISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Ao contrário do rito federal, a utilização do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, na seara estadual, foi disponibilizada como alternativa, e não de forma obrigatória, talvez por

⁸⁸ FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009. P. 44-45.

⁸⁹ RODRIGUEZ, op.cit. p.70.

⁹⁰ Ibid., p. 70.

isso a Lei n ° 9099/95 tenha permitido uma liberdade maior aos magistrados estaduais, não replicadas aos juízes federais no exercício dos seus juizados, com o advento da Lei n° 10.259, de 12 de julho de 2001.

Possui, portanto, o referido sistema importantes peculiaridades, verdadeiros vetores meta-legais que o distingue do sistema processual comum, especialmente as redações do art.5º, (sociabilidade da convicção judicial⁹¹²) que permite ampla liberdade para o magistrado “dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” e o art.6º, de inspiração pragmática, que prioriza a equidade, a justiça, os fins sociais da lei e o bem comum:

Art.6º“O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”

Essa autorização, também replicada da CLT, para que o juiz possa adotar⁹³ diretamente a solução mais “justa” e “equânime” com base nos “fins sociais” e “exigências do bem comum” foi uma grande conquista para o judiciário brasileiro, o legitimando perante a população que ansiava o acesso e efetivação da justiça em demandas de consumo, resultando, assim, na grande explosão do número de processo que ingressaram no primeiro lustro do início deste século (v.g. consórcios, assinatura básica de telefonia, tarifação de pulsos, etc.).

Embora não admitam a liberdade realista, Weber e Fux já assinalavam na referida obra que: O juiz que age por equidade dá à lei o sentido e a interpretação que conspire para o bem comum, lavrando uma decisão que é a “norma que ele estabelecerá se fosse legislador”, seguindo os *“logos del razonable”*.

A criação da norma, como se legislador fosse, reflete a incidência de um pragmatismo que se coloca como a única solução possível para a concretização da justiça ante os vetores axiológicos de finalidade social e bem comum, impostos como princípios a serem seguidos no horizonte da decisão.

⁹¹ A lista de poderes ora enfocada revela que a lei dotou o magistrado de “poderes informais de esclarecimento” seguindo a regra da simplicidade do juizado, permitindo ao juiz esclarecer as partes sobre os riscos da causa, a necessidade de acompanhamento de advogado e até dos inconvenientes do descumprimento de sua própria sentença...” Cf. Moreira, José Carlos Barbosa apud BATISTA, WEBER M. & FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. p.119.

⁹² A CLT tem dispositivo semelhante, precisamente, no art.852-I, § 1º: “Na elaboração da fundamentação, ao apreciar os fatos expostos em Juízo, das provas produzidas com a inicial e a resposta, bem como na própria audiência, o juiz adotará a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.” (sem destaque no original).

⁹³ Note-se que a autorização até então existente no art. 5º, do Decreto-Lei n° 4657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), limitava-se a orientação de que o juiz devesse “atender” aos fins sociais e as exigências do bem comum, sem determinar que o juiz adotasse a decisão mais “justa e equânime”, o que é foi uma evolução por não possuir a norma um sentido meramente programático, mas de conteúdo cogente e determinante.

Essa maior liberdade do julgador, em decorrência da Lei nº 9099/95, pode ser percebida por Luiz Fux e Weber M. Batista⁹⁴, há mais de quinze anos:

No tocante ao ativismo judicial, a Lei nº 9099/95, na esteira das inovações trazidas pela Lei nº 7244/84, sem sombra de dúvida ampliou enormemente os poderes do juiz na condução do processo – participação ativa na produção de provas (art.5º), possibilidade de desconsideração dos efeitos da revelia (art.20), etc. -, transportando-o de uma posição passiva de mero expectador do processo para uma posição eminentemente ativa. Esse fenômeno, aliás, não é peculiar ao Brasil, sendo encontrado na maioria das legislações modernas, caracterizando assim, uma larga e gradual ruptura com a figura do juiz observador, desenvolvida ao longe de quase todo o século XIX, que o filósofo Morton G. White chamou de *revolta contra o formalismo*.

Contudo, a autonomia dos magistrados de juizados estaduais, com o passar do tempo, vem sendo alvo de circularizações ideológicas, pois se pode perceber, a título de exemplificação, um crescente abandono, pela jurisprudência atual dos Tribunais, dos ideais sociais de proteção trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Tal tendência incomoda, uma vez que as alternativas apresentadas pela cúpula do judiciário brasileiro, após a reforma de 2004, para aumentar a confiabilidade dos jurisdicionados, vêm sendo fundadas, somente, na reformulação de práticas de técnica jurídica⁹⁵ desprezando a individualidade, a liberdade, o conhecimento “empírico” dos magistrados de primeiro grau, o que impõe a prolação de muitas decisões com intuítos vinculantes⁹⁶ sem a preocupação com a justiça social que delas se espera na esfera atomizada de cada relação interpessoal em conflito, ou até mesmo, no acesso e efetividade das mesmas para a maioria da população.

Não tendo nossa Lei Ápice, em seu art.105, III, previsto a hipótese de manejo de recurso especial contra as decisões das turmas recursais, as decisões dos referidos órgãos dos diversos estados da federação estavam se tornando insindicáveis, isto é, sem o controle do STJ, até que o Supremo Tribunal Federal no RE 571572 ED, permitiu a instituição da Reclamação contra este ramo da justiça, em face da tomada de decisões que não se amoldasse a jurisprudência consolidada do primeiro.

O referido entendimento teria sido motivado como forma de substituir a inexistência de órgão de uniformização de jurisprudência das turmas recursais estaduais, de forma

⁹⁴BATISTA, Weber & FUX, Luiz, op. cit. p.10.

⁹⁵ Como, por exemplo, a instituição de súmulas vinculantes e do PJE (processo judicial eletrônico).

⁹⁶ O termo “vinculantes” não se refere especificamente as súmulas vinculantes, mas as decisões da segunda seção do STJ, em tema de direito privado, cujos efeitos, na prática são impostos de forma *erga omnes*, atávica, em face do novel instituto da reclamação.

semelhante ao que já ocorre no âmbito da justiça federal (Turma instituída pelo art.14, § 2º, da Lei nº 10.259/01), como um controle sobre a “reprodução das relações de produção”, já estudada por Louis Althusser⁹⁷, agora no aparelho ideológico do judiciário com um intuito de garantir uma maior previsibilidade de resultados.

O fato é que não tendo havido revogação dos dispositivos contidos nos artigos 5º e 6º da Lei nº 9099/95, os poderes especiais dos juízes que compõem o sistema de juizados especiais estaduais, continuam, ao menos em tese, intocados, sendo no mínimo interessante se tentar descobrir como o Superior Tribunal de Justiça vai conseguir impor sua “jurisprudência” em casos, como por exemplo, a fixação de indenização por dano moral pela falha de serviço telefônico, demandar a apreciação de razões fáticas não sindicáveis naquela seara⁹⁸.

2.4 DESVENDANDO A NORMA JURÍDICA DECISÓRIA (*ENTSCHEIDUNGSNORM*) SOB O OLHAR DA HIPÓTESE ABDUTIVA DE CHARLES SANDERS PEIRCE NA SOLUÇÃO DE CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS

Identificadas às peculiaridades existentes na legislação instituidora dos juizados especiais estaduais que permite uma ação judicial incomum em nossa tradição exegética civilista, será examinado o processo de construção da norma jurídica decisória (*entscheidungsnorm*), de modo a conhecer a inexistência de qualquer óbice, no referido sistema, ao enfrentamento de casos fáceis ou difíceis.

Propõe-se, portanto, desmistificar a ocorrência de apenas casos fáceis, pela aplicação no juizado da lógica dedutiva comum, a qual, com fundamento na lógica filosófica de Charles Sanders Peirce⁹⁹, seria aquela inferência onde o silogismo obedeceria à regra: “Bárbara” (S é M; M é P; Portanto, S é para os propósitos dos argumentos P). Por tal lógica o magistrado do juizado não seria apenas um replicador autômato cujo trabalho consistiria em enunciar o resultado após ter “achado¹⁰⁰” a regra aplicável ao caso.

⁹⁷ Conferir a nota 59.

⁹⁸ Ou no caso de arquivamento do termo circunstanciado aberto contra dependente químico por uso de drogas, sem aplicação de transação penal, por se tratar de pessoa carente de tratamento médico, não previsto como compulsório pelo art.28 e ss, Lei nº 11343/2006.

⁹⁹ PEIRCE, Charles Sander. **Ilustrações da lógica da ciência**. Trad. Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida/SP: Ideias e Letras. 2008. p.169-178.

¹⁰⁰ Utiliza-se o verbo “achar”, em vez de “descobrir”, pois entende-se que o segundo envolve processo criativo que não é vislumbrado no mero raciocínio silogista.

Neste prisma, se a regra já tivesse sido encontrada por um precedente de um tribunal superior, como o STJ, caberia ao magistrado de primeiro grau apenas enquadrar o caso ao que estava previsto.

Todavia, a lógica jurídica não deve ser exercida com o simples “copiar-colar”, onde as margens do caso nem sempre se amoldam a regra posta, seja ela legal ou jurisprudencial, notadamente quando há vetores axiológicos a serem observados conforme impôs o art.6º, da Lei n º 9099/95, ao magistrado.

A incidência de tais vetores seria impossível de se vislumbrar na inferência dedutiva simples, pois a adequação regra a caso seria um processo puro sem qualquer contaminação com os influxos subjetivos do aplicador.

A lógica indutiva simples, por sua vez, não serve como regra a norma jurídica decisória, uma vez que a regra já é conhecida, não precisando ser desvendada.

Por sua vez, na inferência abduativa, a verdade não é a função vinculante, pois o juízo é de probabilidade, isto é, submete-se a uma relação de causalidade e validade não de identidade.

A abdução foi chamada de *hipótese* por Peirce, a regra a ser aplicada seria a de um silogismo incompleto, um entimema¹⁰¹, “Baroco¹⁰²”, no qual se chega ao resultado, aceitando-se um vínculo de ligação, já pré-compreendido, (S é P; logo, S é para os propósitos dos argumentos M, porque já existiria uma pré-conceito lógico, abduzido, que P implicaria em M).

Deve-se a Lorena Freitas o primeiro estudo¹⁰³ no Brasil sobre as relações entre abdução e entimema, aproximando-as por ambas trabalharem com a probabilidade no que seria a primeira, como uma espécie da segunda. Entretanto a abdução, decorrente da lógica do pragmatismo, se situa no contexto da descoberta¹⁰⁴, enquanto que o entimema, por ser um

¹⁰¹ O entimema [é] formado de poucas premissas e em geral menos do que o silogismo primário. Porque se alguma dessas premissas for bem conhecida, nem sequer é necessário enunciá-la; pois o próprio ouvinte a supre. Como, por exemplo, para concluir que Dorieu recebeu uma coroa como prêmio da sua vitória, basta dizer: pois foi vencedor em Olímpia (ARISTÓTELES, Retórica, I, 1357a). (apud. NASCIMENTO, Joelson Santos, O entimema e o exemplo na retórica de Aristóteles. Disponível em <http://200.17.141.110/periodicos/prometeus/9/7.pdf> Acesso em 13.04.13.

¹⁰² PEIRCE, idem. p. 175.

¹⁰³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** Tese de Doutorado. Recife: 2009. p. 62 ss.

¹⁰⁴ “Podemos identificar dois momento na decisão: contexto de descoberta e da justificação. Estas expressões foram usadas em 1938 por Hans Reichenbach, um epistemólogo alemão, mas a distinção entre os termos é mais antiga, em 1830, Johannes Heerschel escreveu como se obter conhecimento e como produzir induções”.(in FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** Tese de Doutorado. Recife: 2009. P.72)

silogismo retórico, ficaria com o contexto da justificação e, com, com esteio em Giovanni Tuzzi, discorre didaticamente sobre as duas espécies de abdução¹⁰⁵:

(...) dois tipos de abdução legal podem ser distinguidas: *explanatória* ao objetivar a reconstrução dos fatos relevantes e uma *classificatória* ao objetivar a conceituação legal daqueles fatos. Se nós observarmos o processo de pensamento, primeiro nos sugerimos uma hipótese, uma idéia possível, um tipo de *insight*, porque é apenas provável; depois determinamos as consequências concebíveis das hipóteses, para então expor os resultados.

Como se vê, a inferência abdutiva, por admitir a existência de influxos prévios (*vorgriff*¹⁰⁶) que não precisam, ou até não podem, ser externados, conduz ao entendimento que o entimema judicial é a regra matriz de qualquer norma jurídica decisória, seja ela em caso fácil ou difícil, apenas o elemento abduativo, seja explanatório ou classificatório, é mais fácil de ser vislumbrado nos *easy cases*.

De fato, a necessidade da utilização da inferência abdutiva pode ser percebida pelo que muito bem foi destacado por João Maurício Adeodato¹⁰⁷, no sentido de que “toda teoria é geral e toda decisão é individual”, de modo a exigir uma análise dogmática para a concretização da norma de decisão, que possa exprimir pela estrutura abdutiva o *ratio decidendi*.

Se a decisão é individual, e os vetores de justiça, equidade, finalidade social e exigências do bem comum, exigem especificidade, a lógica abdutiva pode ser muito útil em casos fáceis ou difíceis, por permitir ao aplicador, conhecer que sua verdade sempre será uma verdade provável, decorrente de uma função causal, não absoluta.

O referido professor da Escola do Recife, a partir da análise da hermenêutica do constitucionalista pós-positivista da Universidade de Heidelberg, Friedrich Müller¹⁰⁸, enfrenta o problema do caminho percorrido para a concretização da norma jurídica, deste âmbito da

¹⁰⁵ FREITAS, op. cit. p. 71.

¹⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 323.

¹⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011. p. 219.

¹⁰⁸ A “metódica jurídica estruturante” de Müller (ADEODATO, p. 223-226) inadmite a existência de norma jurídica em abstrato, afastando a ideia de que o ato decisório seja apenas um silogismo, vez que é um processo de “concretização”, seria dividido em onze fases, iniciadas com a coleta dos “inputs dates”: “dados reais” (*realdaten*) e “dados linguísticos” (*sprachdaten*); ordenamento padrão de textos (*normtextmenge*); o relato comum do caso (*Fallerzählung*); conjunto de matérias (*Sachverhalt*); âmbito da matéria atingida pelas prescrições (*sachbereich*); âmbito do caso específico (*fallbereich*); programa de normas, textos e fatos escolhidos (*normprogramm*); âmbito da norma resultante (*normbereich*); norma jurídica (*rechtsnorm*) e norma jurídica decisória (*Entscheidungsnorm*).

ideia, até a decisão jurídica no mundo dos eventos fáticos, afastando a confusão de que a tese retórica, tão comum na inferência silogística, se confundiria com uma teoria da decisão que apartaria o direito do ambiente social. Não haveria, ao contrário do preconizado por Dworkin, segundo referido autor, uma “única resposta correta” para questão jurídica, uma única verdade.

De fato Dworkin, analisando o *common law*, retruca a argumentação filosófica ao se propor a responder a indagação se existiriam casos sem resposta correta, em um sistema jurídico,¹⁰⁹ apontando que, se existentes, seriam raríssimos. Bem como, em relação aqueles que admitam como resposta, mais de uma solução jurídica:

(...) Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir resposta diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma ideia de ceticismo, ou de indeterminação da teoria moral que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível.

Desconsidera, portanto, Dworkin, que a operacionalização do direito não é mecânica, e não se restringe ao *normprogramm*, visto que o intérprete não é um *conviva de pedra* do processo intelectual, pois faz a ligação entre o significante e o significado.

Logo, é importante observar a distinção entre texto de norma e texto normativo casual, uma vez que somente a norma jurídica e a norma jurídica decisória seriam normativas por se vincularem a um caso concreto específico, saindo do *sollen* para o *sein*, como destaca Adeodato¹¹⁰:

Quando um evento previsto em um texto é tido pelos circunstantes como ocorrido, ele ganha um sentido normativo, ao mesmo tempo que o texto de norma transforma-se em realidade, transpõe o abismo entre o significante, o significado e o próprio evento. Pode-se dizer que ele deixa o mundo do dever ser e penetra no ser ou que sai do âmbito da validade normativa para o da efetividade ou eficácia social.

De outro giro, aponta o referido professor que o *normbereich* é o resultado da aplicação do *normprogramm* ao conjunto de matérias (*sachverhalt*), e assim “se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos normativos a ele correspondentes, à

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio; Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 215-216.

¹¹⁰ Ibidem. P. 230-231.

luz de toda experiência jurídica a ser acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos”¹¹¹

Sendo assim, a sequência apresentada não é rigorosamente percorrida passo a passo, podendo ser observado, por exemplo, que o *Fallerzählung*, relato de caso, é mais acidental que necessário, pois não se explicaria, no nosso ordenamento, sua aplicabilidade no tocante ao julgamento antecipado da lide, que pode ocorrer, sim, em processo que tramitem nos Juizados Especiais Cíveis.

O distanciamento entre os significantes e significados leva a necessidade de se controlar, a todo custo, a menor possibilidade de ocorrência do decisionismo jurisdicional, não por uma moldura legal Kelsiana, já que não há uma única resposta para a questão jurídica ao contrário do que pensava Dworkin, onde a *entscheidungsnorm* dependerá, sempre e sempre, da colaboração do seu aplicador, o que reforça a necessidade da utilização da inferência abdução, que, corretamente, aplicada, impediria a distinção, no processo decisório, entre *hard case* e *easy cases*.

2.5 O PRÉ-CONCEITO LÓGICO COMO FERRAMENTA COMUM DE ENTENDIMENTO DO ENTIMEMA JUDICIAL

Tentando enfrentar a dificuldade temática já apontada por Eduardo Rabenhorst por ocasião da dificuldade de aceitação de que fatos podem ser interpretados, é necessário se destacar que o magistrado, parafraseando Ortega y Gasset¹¹², é um Adão no paraíso da justiça, um eu no mundo, um eu somatizado às circunstâncias determinadas pelo perspectivismo da verdade de cada um.

A agregação de circunstâncias históricas e sociológicas faz do homem um ser permeável ao aprendizado, e nesta interação, descobre e é descoberto num diálogo do sujeito com o objeto fenomenológico que não é passivo, pois volta em *um feedback* a realimentar o intérprete.

Com o Juiz, isso também ocorre, pois seu processo intelectual não é isento, pois ao interpretar reconstrói, de acordo com as objetivações da mente, com sua visão de mundo, os significados contidos nas formas significativas da realidade estudada, como percebeu

¹¹¹ Ibidem. P. 225.

¹¹² Cf. GASSET, José Ortega y. **Meditations on Quixote**. Trad. Evelyn Rugg e Diego Martín. Introd. e notas Julián Marías. Champaign: University of Illinois press, 2000, p.41 Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=RlfnPj3sXt0C&printsec=frontcover&dq=ortega+y+gasset&hl=pt-BR&sa=X&ei=C268Us69AcfMkAeNpYGwCw&ved=0CE4Q6AEwBA#v=onepage&q=circumstances&f=false>. Acesso em 26.12.2013.

Cardozo¹¹³: “O juiz interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e a modificação da consciência que interpreta. A descoberta e a criação reagem uma sobre a outra.”

Por ser o objeto hermeneuticamente autônomo, detentor de uma lógica própria, não pode sofrer intelecção arbitrária, mas a visão do esquema sujeito–objeto é superada pela existência de um pré-conceito que funciona como elemento oculto na inferência abdutiva.

Como adverte Lenio Streck¹¹⁴: “o objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece”, não podendo haver interpretação sem compreensão.

Não pode se dissociar o saber do sentido, da vontade e o juiz, como animal hermenêutico, o intérprete para compreender tem que dialogar filosófica e politicamente com o objeto; e para tal finalidade, não parte do vazio, mas de pré-conceitos lógicos que envolvem sua relação com o texto, de modo que, para conhecer a parte, tem que saber o todo e vice-versa.

É o princípio da totalidade ou coerência, cânone hermenêutico introduzido por Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, pai da moderna hermenêutica científica, que, influenciado pelo historicismo, criou o cânone segundo o qual o “sentido do todo deve provir dos seus elementos individuais e um elemento individual tem de ser entendido em referência ao todo completo e penetrante do qual faz parte¹¹⁵”.

Pois bem; o julgador é um homem comprometido com sua história, com sua família, com sua educação e com o modelo de sociedade que aspira¹¹⁶, sendo assim, tem um papel a ser desempenhado no estado democrático de direito, que não pode ser negligenciado sob o pífio argumento da “neutralidade”.

Neste prisma, não lhe é exigido um distanciamento do objeto investigado, pois, sendo a compreensão um ato intelectual de descoberta de significados possíveis, deve o aplicador fixar o sentido de sua compreensão, através do seu horizonte significativo que não pode se apresentar estático, mas dinâmico, vez que se altera de acordo com a historicidade pois: “há ocasiões em que o assunto em questão se presta, quase com indiferença, à aplicação de um ou

¹¹³CARDOZO, Benjamin. N., **Evolução do direito**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Lider, 2004. p.64.

¹¹⁴STRECK. Op. cit. p. 372.

¹¹⁵BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Trad. de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002. p.87-88.

¹¹⁶Destaca-se sobre este mesmo tema o debate sobre a crítica ao direito de Luis Alberto Warat, o qual apesar de não ser nosso referencial teórico permite que aproveitemos da expressão “senso comum teórico dos juristas” para dá ideia do discurso científico forjado na práxis jurídica, como meta inicial do saber crítico do direito. (WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência. V.3 N.5, Florianópolis: UFSC. Junho de 1982 - p. 48-57, ISSN 2177-7055 5, Junho de 1982 - p. 48-57.)

outro método, e é a predileção do juiz ou sua formação que vai determinar a escolha dos caminhos”¹¹⁷.

O “estar no mundo” (in-der-welt-sein ou dasein), de Heidegger¹¹⁸, em relação ao nosso tema, corresponde ao “estar no processo”, o caráter ontológico do existir do juiz, não recluso em sua consciência como um “man” banal, mas um ente aberto para a realidade que transcende os limites do seu gabinete em busca, principalmente por determinação legal no art.6º, da Lei dos Juizados Especiais, da descoberta da verdade justa, que é o próprio existir, como um ser finito e inteligente. Neste passo, ele preocupa-se, angustia-se, com o fenômeno jurídico, pois ele é parte deste processo e não um semideus alheio à causa.

Esse pré-conceito lógico, percebido no *jus decidendi* é o veículo que se serve à dimensão política limitada, é forçoso reconhecer, pela dimensão normativa¹¹⁹ que estabelece o horizonte significativo alterado pela historicidade.

Existem, sim, conceitos prévios, mas esses conceitos não são estanques de modo a causar uma interpretação arbitrária, servem tão-somente de ponto de partida na viagem intelectual e são modificados de acordo com o diálogo a ser mantido pelo magistrado com o fenômeno jurídico, o que demonstra que a aplicação *erga omnes* de precedentes individuais, chancelados pela ideologia de tribunais superiores, conflita com a concepção de mundo, ideologia, individual do magistrado de primeiro grau.¹²⁰

O objeto é visto como *inputs dates* que serão trabalhados em um programa que seria o ordenamento jurídico, entretanto existe uma linguagem oculta, fundada em pré-conceitos lógicos, responsável por limitar ou complementar o alcance da linguagem, como um compilador de linguagem de programação.

Holmes, citado por Cardozo, apresenta muito bem que existiria uma moldura, não a kelsiana, mas, um limite de “compilação” ao poder criador do juiz:

¹¹⁷ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale**. Trad. Silvana Vieira; Rev. Téc. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.40.

¹¹⁸ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 152 ss.

¹¹⁹ DWORKIN, 2000, p. 16: [...] um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação.

¹²⁰ A questão da ideologia, que não é objeto central do trabalho, não pode ser ignorada como o meio de veiculação dos interesses econômicos de cada sociedade em cada época e que o Estado há de preservar, i.e., sua função conservadora. ZIZEK explica o termo para falar da “lógica misma de la legitimación de la relación de dominación debe permanecer oculta para ser efectiva”, neste sentido é que o conceito de ideologia é pontualmente trazido no corpo do trabalho, sem pretensão de aprofundamento para não se distanciar o objeto da pesquisa (ZIZEK, 1994, p. 15).

Reconheço, sem hesitação, que os juízes devem legislar, e de fato legislam, mas só o fazem de maneira intersticial; estão limitados a movimentos que vão do molar ao molecular. Um juiz da *common law* não poderia dizer: ‘Acho que a doutrina da consideração é um absurdo histórico e não a aplicarei no meu tribunal’” Essa concepção de que a prerrogativa legislativa de um juiz opera entre espaços assemelha-se à teoria das “lacunas do Direito”, que é familiar aos juristas estrangeiros. “A estrutura geral fornecida pela lei escrita deve ser preenchida, em cada caso, por meio da interpretação, ou seja, observando-se os princípios da lei escrita. Em todos os casos, sem exceção, é tarefa do tribunal prover o que a lei omite, mas sempre por meio de uma função interpretativa¹²¹.”

Para a transparência do processo de criação da norma concreta, o pré-conceito lógico permite uma expectativa, que pode se confirmar ou não, de acordo com o evoluir da cognição, mas torna-se imprescindível para essa alteridade que o intérprete ponha em jogo seus conceitos prévios, influenciando e sendo influenciado em um processo triplo¹²².

Habermas, citado por Barbara Freitag¹²³, trata esse procedimento argumentativo como a racionalidade “pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, à justiça e autenticidade” onde “todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados;” não em um esclarecimento monológico, mas de forma dialógica onde “a verdade resulta de um diálogo entre pares, seguindo a lógica do melhor argumento”.

De tal sorte, há que se entender, que a imparcialidade da judicatura, e inevitável controle sob seu poder criador, não residirá na absoluta ausência de conceitos e influxos subjetivos prévios, algo totalmente impossível como demonstramos, mas sim na identificação pelo aplicador destes “pré”-“conceitos”, para interagir com eles, não permitindo o atavismo. Identificá-los para poder entender seu determinismo, reconhecendo-se como sujeito social e submetendo-os aos experimentos lógicos da compreensão, sem as amarras do pensar dominante das castas dirigentes das cortes superiores.

Com tal ferramenta não haverá nenhum problema em se admitir na seara dos Juizados Especiais a criação do direito para atender os ideais de justiça, equidade, finalidade social e o bem comum.

¹²¹ CARDOZO, Op. cit. p. 49-50.

¹²² DWORKIN, idem., p.254-255: [...] é uma tese conhecida nessa disciplina que nenhuma das convicções que temos, sobre o mundo e o que está nele, nos é imposta por uma recalcitrante realidade independente da teoria; de que as opiniões que temos são mera consequência de termos aceitado alguma estrutura teórica particular. Segundo uma versão proeminente desse ponto de vista, todas as nossas convicções sobre lógica, matemática, física etc. confrontam a experiência em conjunto, com um sistema interdependente, e não há nenhuma parte desse sistema que não possa, em princípio, ser revista e abandonada se estivermos dispostos e formos capazes de rever e ajustar o restante.

¹²³ FREITAG, Barbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. Brasiliense, 3ª ed, São Paulo: 1990, p. 59-60.

3 “NECESSIDADE” DE SE CONTROLAR O “TELOS” DO ART.6º DA LEI Nº 9099/95, IMPEDINDO QUE OS JUÍZES DECIDAM PELO QUE ENTENDEM POR JUSTIÇA

Após se ter demonstrado a possibilidade, em demandas de consumo em tramitação nos juizados especiais, de construção de uma norma jurídica decisional mais legítima perante os jurisdicionados, em face da aplicação de pré-conceitos lógicos interpretativos priorizados nos critérios estatuídos no art. 6º, da Lei nº 9099/95, torna-se imprescindível analisar a reação dos litigantes organizacionais a este “poder” atribuído pela lei aos magistrados do referido sistema especial de jurisdição que estaria fora do controle das Cortes Superiores.

Com efeito, a necessidade de se conhecer a ideologia que determina os “influxos subjetivos” da criação de uma *jurisprudence*, não é apenas fundamental nos países que adotam o *Common Law*, mas, também, nos ordenamentos de matriz original romana, como o brasileiro, em que se busca a construção de uma teoria de respeito aos precedentes, como adverte Luiz Guilherme Marinoni¹²⁴.

Na última década, os estamentos superiores do poder político e econômico, ao qual se curvou a elite da magistratura brasileira: STF, STJ e Tribunais; albergados pelo discurso de combate à morosidade, necessidade de uniformização, diminuição do custo Brasil, quebra de privilégios corporativistas etc., reconheceram, de uma forma tácita, a ausência de neutralidade do ato de julgar, sobretudo em matéria de relações consumeristas em tramitação nos JECs, pela força do determinismo social a interferir na consciência¹²⁵ do aplicador, e passaram a se preocupar com a construção de um padrão comportamental decisional que vinculasse o primeiro grau, evitando surpresas.

Lamentavelmente, a formulação ideológica adotada não vem passando, o que era de se esperar, pelo reconhecimento do jurisdicionado como sujeito de direitos, isto é, não se discute os interesses envolvidos no litígio, bem como às diferenças de critérios ideológicos de Justiça, o que provavelmente permitiria uma maior previsibilidade das decisões e sua consequente eficácia, com a maior aceitação pelo universo dos jurisdicionados (aqui entendida como aceitação das regras de um jogo justo, não necessariamente conformação com o seu resultado final).

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 98-101.

¹²⁵ FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009. p.53.

O que vemos, em todo Judiciário Brasileiro, não apenas nos juizados especiais, é a busca do controle do pensar judicante¹²⁶, pelos grupos de pressão hegemônicos, que objetivam a luz da advertência marxista a conservação do poder, o que, por si só, agrava a crise de credibilidade do judiciário, onde as decisões da Suprema Corte, mesmo quando pautadas pela imprensa, são colocadas, muitas vezes, em xeque por interesses políticos (reação do parlamento no caso do mensalão, por exemplo); ou, o que é mais grave, o que ocorre com as decisões da justiça de primeiro grau, aqui incluindo os juizados, que constantemente são mitigadas, ridicularizadas, quando desagradam os interesses econômicos e financeiros em tema de questões de proteção ao consumidor, v.g.: TAC/TEC; assinatura básica, contratação de empréstimos, consórcios etc.

O aumento da desconfiança com a magistratura de primeiro grau, a tentativa de normatização e controle das decisões por “metas do CNJ” e “vinculações a precedentes”, algo alheio, até a reforma, à nossa tradição jurídica, parece antever o risco de uma “quebra do equilíbrio entre a coerção e consentimento”¹²⁷, onde se poderia tender a negar a ordem posta hegemônica. Neste prisma, a reação conservadora objetiva não uma emancipação, mas um empobrecimento padronizado do pensar judicante.

É importante, portanto, analisar a “preocupação” dos estamentos superiores da magistratura, sobretudo os seus intelectuais orgânicos¹²⁸, com a construção de um senso comum judicante, que, conservadoramente, impeça à tomada de decisões atomizadas e alarmantes¹²⁹ onde os “ingredientes filosóficos” utilizados pelos magistrados, especialmente de juizados especiais, para “dizer o direito” nos, parafraseando Benjamin N. Cardozo, “caldeirões dos Tribunais” pátrios, seriam múltiplos e de difícil controle.

Com efeito, ante o processo de humanização da toga, esta entendida, como uma maior proximidade do judiciário com a população, seja pelo incremento do número de juízes, seja pelo maior acesso à Justiça, os litigantes organizacionais e grandes conglomerados financeiros passaram a ser demandados nos Juizados Especiais como nunca antes havia acontecido. E as

¹²⁶ Garantem-se assim os interesses de manutenção da ordem aos auspícios de uma tão proclamada segurança jurídica, que na verdade é um anseio pela *manutenção* da segurança do *status quo*. Para tanto reiteram discursos retóricos avultando o princípio do *pacta sunt servanda*. (FREITAS, LORENA. Além da Toga: **uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Bargaço, 2009. P.40).

¹²⁷ Ibidem, p. 41.

¹²⁸ “Gramsci alude a esta categoria como a aristocracia togada ao dizer que todas as classes forma seus intelectuais orgânico e que estas várias categorias de intelectuais tradicionais se consideram autônomas e independentes do grupo social dominante”. FREITAS, op.cit. p. 47.

¹²⁹ Comentando a decisão de Lorde Tomlin no caso Winter-bottom v. Wright, MacCormick, exemplifica como justificativa de segunda ordem as “conseqüências alarmantes”. Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**; trad. Waldéa Barcellos; rev. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo : Martins Fontes, 2006. p. 144-145.

sentenças, muitas vezes, de uma magistratura nova¹³⁰, independente, recém-saída das bancas da faculdade, e ainda impregnada, axiologicamente, com o ideal de efetivação de justiça previsto na Lei nº 9099/95, começaram a incomodar o que era tido como “direito legítimo” para o poder posto.

Não se discute que a exigência constitucional de fundamentação das decisões contidas no art. 93, IX, da Constituição de 1988, tem exigido que os magistrados se esmerem na fundamentação de suas sentenças, sob o argumento de se melhorar a transparência do ato de julgar em relação aos jurisdicionados.

Todavia, tal fundamentação é, na verdade, utilizando-se os ensinamentos dos realistas norte-americanos, uma justificativa do que já foi decidido pelo magistrado, pois ela não é o resultado de mágica ou inspiração espiritual, nem tampouco de pura previsão normativa, pois depende, na verdade, de um papel criador que, de forma consciente, ou não, é maquiado pelo Juiz, através de uma argumentação¹³¹, a qual, como bem adverte Ross¹³²: “cuida de preservar ante seus próprios olhos, ou, pelo menos, ante os olhos dos demais a imagem (...) que a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador”.

Partindo da premissa de que a lei não possui um sentido axiológico único tornam-se insuficientes as noções positivistas de que haveria uma vontade da lei, ou do legislador, Alf Ross sustenta que a interpretação teológica, (a que foi almejada no art.6º, da Lei Nº 9099/95), é na verdade uma interpretação pragmática, onde “o *telos* não designa a propósito isolado da lei individual, mas *pars pro toto* se refere a todas as considerações admissíveis”¹³³. A justificação verdadeira estaria, assim, não nos argumentos técnicos, mas na “consciência do juiz ou nos interesses defendidos pelos advogados”¹³⁴.

Observa-se, novamente, a questão da ideologia, no conflito entre a visão do mundo do magistrado, e dos interesses hegemônicos de grandes demandantes, leia-se: litigantes organizacionais, não raramente muito bem refletidos nas superiores cortes de justiça.

¹³⁰ O fator idade dos juízes passou a ser limitado pelo estabelecimento de um tempo mínimo de “prática jurídica”, impondo-se, em consequência, por via transversal, uma idade mínima, tempo no qual se esperava que o bacharel já estivesse amoldado, pela necessidade de sobrevivência, a melhor compreender que o direito legítimo não se relaciona, necessariamente, com a abstrata Justiça.

¹³¹ Conferir a decisão prolatada pela 2ª Vara cível e Penal do Juizado Especial do Idoso da Comarca de Belém do Pará, nos autos do Processo nº 2010.1.000310-5, na qual foi determinada à concessionária de energia elétrica daquele estado, a Rede Celpa, que trocasse a geladeira e o freezer do consumidor, já que seria, segundo a empresa, a desatualização tecnológica dos eletrodomésticos, a causa do consumo tão elevado na unidade. Disponível em: <http://blogdorabay.wordpress.com/2011/05/26/quarentoes-dando-defeito-justica-manda-trocar/>. Acesso em 15.12.2013.

¹³² ROSS, Alf. Direito e justiça. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru-SP: Edipro 2ª Ed, 2007, p.182.

¹³³ Ibidem, p. 177.

¹³⁴ Ibidem, p. 183.

Ao justificar a decisão, se justifica o direito, e, em última análise, se legitima o poder¹³⁵, daí por que é tão fundamental se colocar rédeas no pensar dos juízes, que teriam sua atividade restrita ao justificar padronizado do direito legítimo, posto e dominante, notadamente em juízes de uma justiça, como alguns entendem, “menor”, como a desenvolvida nos juizados.

De fato, reconhece-se, indubitavelmente, a necessidade de se racionalizar a atividade judicante; mas, esse processo não pode ser visto de modo a considerar o ato decisório como uma simples manufatura que possa ser transmudar, estereotipadamente, do artesanal para o industrial, sem conhecimento, pelo operador, da essência da matéria prima, e dos interesses de produção.

O conhecimento das regras do jogo, e do estilo dos protagonistas trará lume ao entendimento de que fazer direito não é dar resposta a um questionário de lógica formal, mas predicar soluções a questões postas.

Para tanto, torna-se necessário trabalhar o conceito de ideologia, já percebido pelos Realistas como “elementos inconscientes” determinantes da atividade judicial, identificando-os como gerais ou pessoais.

3.1 A TOGA NO TEAR DA IDEOLOGIA: SOBRE O RISCO NO REGRAMENTO TECNICISTA DO PENSAR JUDICANTE

Marilena Chauí¹³⁶ aponta que o termo “ideologia” apareceu pela primeira vez, em 1801, na França, no *Eléments d'idéologie*, de Destutt de Tracy, o qual juntamente com Cabanis De Gérando e Volney, compunha o grupo dos ideólogos franceses, que após romperem com Napoleão, passaram a ser criticados, diga-se de passagem, injustamente, como “tenebrosos metafísicos”, passando, assim, pela represália, a ideologia a ser conhecida não como uma ciência natural de faculdades sensíveis informadas pela vontade, razão, percepção e memória; mas um “sistema de idéias condenadas a desconhecer sua relação real com a realidade”.

Os positivistas, posteriormente, assimilaram o termo ideologia e o entenderam como um conjunto de conhecimentos teóricos, o que conduz ao entendimento que a prática é apenas

¹³⁵ Cf. FEITOSA (2009), p.58-59.

¹³⁶ CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Coleção Primeiros Passos; 13; 2ª Ed. , São Paulo: Brasiliense, 2008. 2ª Ed. 2001. p.27.

uma replicação da teoria, acarretando o surgimento da tecnocracia, como bem destacado por Chauí¹³⁷, que o “poder pertence a quem possui o saber”.

Embora sabendo que há inúmeras concepções do termo Ideologia pretendo, no estreito limite deste exame, observá-la sobre dois sistemas, na definição de Raymond Williams¹³⁸: crenças ilusórias ou de crenças de classe ou grupo social.

O primeiro critério, que repousa também, nos estudos desenvolvidos pelos Críticos de Frankfurt, deságua no que se chamaria de “pseudo consciência”, que passa pela análise das crenças ilusórias que mascaram a realidade que se objetiva encobrir com um aparente discurso.

No tocante ao segundo critério, é importante desde logo vincar o entendimento de que a reforma do Judiciário de 2004, foi algo pensado e projetado pelo capitalismo internacional, com influência do Banco Mundial, através de uma secretaria do poder executivo, que objetivava, tão somente, diminuir o risco da existência de decisões judiciais que contrariassem os interesses de litigantes organizacionais, na definição de Cappelletti e Garth, sobretudo multinacionais, como exemplificadamente ocorrera, em 1997, por ocasião do processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce¹³⁹.

A instituição da Reclamação contra as turmas recursais, pelo descumprimento da jurisprudência do STJ, ao lado da instituição das súmulas vinculante e, das repercussões gerais, são passos largos de uma caminhada que não objetivou, pode-se dizer, efetivamente ofertar a um jurisdicionado que espera uma decisão, há anos, meios de efetivação do seu direito e bem da vida. Não houve, assim, uma reforma do judiciário sobre o enfoque de se ampliar e assegurar o acesso à justiça; porém, ao revés, encontramos hoje uma verdadeira atrofia de reconhecimento de direitos na seara consumerista, para exemplificar, hodiernamente, o abandono da rota ao caminho do justo.

Por sua vez, o CNJ, formado em sua maioria por membros alheios aos problemas da maior Justiça de Primeiro Grau, que é a Estadual, em que pese tenha sido importante para alguns avanços: fim do nepotismo, regulamentação de quebra de sigilo telefônico, de excesso de prisões etc.; se tornou com suas inviáveis “metas” mais uma faceta de controle não apenas administrativo, mas de mentes e posicionamentos judicantes da atividade fim.

¹³⁷ Ibidem, p.33.

¹³⁸ WILLIAMS, Raymond. **Um vocabulário de cultura e sociedade**. Tradução de Sandra Guardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007

¹³⁹ Cf. STJ, Conflito de Competência Nº 19.686/DF (97.0026159-0).

Hoje, portanto, os maiores litigantes sabem que não precisam se incomodar com as decisões de primeira instância, pois tudo se reverte ante os argumentos melhor colocados nas instâncias superiores, seja por recursos, seja por representações.

Essa alienação ideológica torna o juiz um mero *conviva de pedra*, um técnico burocrata que somente deve efetivar relatórios, e copiar decisões dos tribunais superiores sem a possibilidade de decidir, com liberdade e com o que mais digno e importante em sua atividade, a tarefa criadora da interpretação.

Marilena Chauí adverte sobre o risco do automatismo, aduzindo que: “alienação, reificação, fetichismo: é esse processo fantástico no qual as atividades humanas começam a realizar-se como se fossem autônomas ou independentes dos homens e passam a dirigir e comandar a vida dos homens, sem que estes possam controlá-las”.

Decerto, a toga não veste primatas antropóides, que apenas imitam¹⁴⁰ o que lhe impõe como certo ou justo. Sobre a necessidade de que a racionalidade supere a imitação, é ainda Holmes, que adverte:

A maioria das coisas que fazemos, fazemos por nenhuma razão melhor do que nossos pais fizeram ou que os nossos vizinhos fazem, e o mesmo é verdade para a maior parte do que nós suspeitamos de que pensamos. Há um bom motivo para tanto pois a nossa vida curta não nos dá tempo o suficiente para a melhora, mas não é o melhor. Isto não procede, porque estamos compelidos a aceitar, em segundo plano, a maioria das regras que temos como base para nossas ações e pensamentos já que nem todos enxergam o mundo com uma visão racional ou que deveríamos coletivamente seguir a razão na medida em que atinge todos.¹⁴¹

Temos, sem dúvida alguma, um ponto de contato entre os realistas e os frankfurtianos, no tocante a necessidade da racionalidade refletir a práxis.

O segundo critério seria o viés, que diz respeito à associação do conceito a um “sistema de crenças de uma classe ou grupo social”, incluindo aí, valores, idéias, que marcam o modo de existir e interagir do grupo, precisamente o “pensar”, “valorizar”, “sentir” e “fazer” percebidos por Marilena Chauí¹⁴².

Esta segunda ideologia, que se alimenta dos pré-conceitos lógicos, natural e declaratória, por não ser impositiva, poderia ser emancipatória, sendo importante seu conhecimento e compreensão, pela influência até inconsciente na atividade judicante conforme explica Cardozo, em sua *Natureza do Processo Judicial*:

¹⁴¹ HOLMES JR, Oliver Wendell. **O Caminho do direito**. Trad. e Coment. Eduardo Oliveira Ferreira. Clube dos Autores. 2011.

¹⁴² CHAUI, op., cit., p. 113-114.

Grande parte do processo tem sido inconsciente, ou quase. Os fins para os quais os tribunais se voltaram, as razões e os motivos que os guiaram muitas vezes foram sentidos de forma vaga, apreendidos de maneira intuitiva ou quase intuitiva, e raras vezes declarados explicitamente.¹⁴³

Complementa, ainda, o mesmo autor, em sua *Evolução do Direito*, o seguinte:

A gênese a evolução, a função e o fim do direito – os termos parecem gerais e abstratos, inteiramente dissociados das(sic) realidade, e colocados demasiado acima do chão para interessar o pedestre legal. Acreditei-me, porém, que assim não é. São essas generalidades e abstrações que dão direção ao pensamento legal, que governa os espíritos dos juízes, que determinam, quando a balança oscila, o resultado do processo duvidoso. **Implícita em cada decisão em que a questão, por assim dizer, é tratada de modo geral, está uma filosofia da origem e finalidade do direito, uma filosofia que, conquanto velada, é na verdade, o árbitro final. Ela aceita uma série de argumentos, modifica outra, rejeita uma terceira e fica sempre de reserva, como um tribunal de última instância.**¹⁴⁴ (destaquei)

A análise das vertentes ideológicas nos permitirá compreender o conflito entre os influxos subjetivos do aplicador, pré-conceitos lógicos, com as forças políticas dominantes nas castas superiores dos tribunais, cujo resultado significará uma maior emancipação ou dominação da atividade judicante.

3.2 O CONTROLE DO JUDICIÁRIO: UM IMPORTANTE APARELHO IDEOLÓGICO NO ESTADO

Após a queda da influência do poder político tradicional, sobre o poder judiciário brasileiro, hoje, restrita ao quinto constitucional, a reforma do Judiciário teria servido de manto albergador de interesses de dominação ideológica, sobre um universo de juízes, concursados, cada vez mais independentes (rebeldes), servindo a ideologia como um processo pelo qual as ideias dos estamentos superiores do judiciário se tornariam ideias de todos os juízes, em um processo de dominação.¹⁴⁵

A importância do tema decorre de que, segundo a teoria marxista, os juízes e tribunais não podem ser considerados, tão somente, como um aparelho repressivo de estado, isto é,

¹⁴³ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Palestras proferidas na universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira; Rev. Téc. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 86.

¹⁴⁴ CARDOZO, Benjamin N. **Evolução do direito**. Trad. Henrique de Carvalho. Livraria Líder e Editora LTDA. Belo Horizonte: 2004, p. 21-22.

¹⁴⁵ Em certa medida este debate sobre ideologia está presente na definição de Cardozo sobre os elementos subconscientes da decisão: “Some principle, however unavowed and inarticulate and subconscious, has regulated the infusion” (CARDOZO, 2005, p. 7).

aqueles que se regulam pela violência ou no limite desta (repressão), mas também, outro tipo de aparelho cujo mecanismo propulsor é a “ideologia”.

Em complementação, Louis Althusser¹⁴⁶ adverte que não há funcionamento puro de nenhum dos aparelhos, e os mesmos se regulam tanto pela ideologia, como pela repressão, a distinção é que enquanto nos repressivos predomina maciçamente a violência dinâmica ou potencial, nos aparelhos ideológicos funciona maciça e predominantemente a ideologia. O certo, porém, é que os aparelhos ideológicos, normalmente plúrimos, são também o lócus da discussão da “questão social”, que é um termo mais suave e moderno para que se denomine a luta de classes. Logo, temos que o AIE Jurídico primordial é o Poder Judiciário.

Ocorre, que se o positivismo legal é tão criticado, melhor sorte não pode ter o ativismo judicial de cúpula¹⁴⁷, como vislumbrado na decisão do STF no RE 571.572 ED, que se torna positivista na dominação ao criar um “super-super-homem” de toga que, como bem observado por Roscoe Pound ao discorrer sobre Justiça Judiciária, “dá a direção, mantém a ordem e elimina atritos de hierarquias”, de funcionários que “sabem ex-officio o que é bom para nós, melhor que nós mesmos¹⁴⁸”.

Para compreensão do fenômeno de uniformização dos padrões de decisão, como foi defendida durante a reforma do Judiciário, por interesses econômicos externos de grande monta pouco comprometidos com o acesso do cidadão comum ao bem de vida almejado em um processo judicial, neste particular, a Teoria Frankfuriana pode ser de grande ajuda, pois serve para demonstrar que tal tecnicismo representa um empobrecimento do pensar ao reduzir a contribuição da experiência¹⁴⁹, atomizando o julgador em procedimento repetitivo e imediatista, como bem destacou Adorno e Horkheimer, citados por Olgária Matos, ao discorrerem sobre o Iluminismo:

A uniformização da função intelectual, por força da qual se perfaz a dominação sobre os sentidos, a resignação do pensar à procuração da unanimidade, significa

¹⁴⁶ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Organização Slavoj Zizek. Contraponto. p.114-115.

¹⁴⁷ Não criticamos a superioridade revisora dos tribunais em casos concretos, mas a legisferação perniciosa de, sob o argumento de interpretar conforme a Constituição, mudar-se a própria lei maior, vinculando todas as instâncias inferiores, sem qualquer preocupação com a realidade tão distinta do nosso país continental, onde, por exemplo, imagine-se se vier a surgir uma súmula sobre a impossibilidade de aplicação da teoria do crime de bagatela em relação a criação doméstica de animais silvestres, já que a realidade da defesa ambiental do sudeste é bem diferente do que se passa na mente do caboclo amazônico.

¹⁴⁸ POUND, Roscoe, **Justiça conforme a lei**; Trad. E. Jacy Monteiro. 2ª ed. Ibrasa, São Paulo: 1976, p. 90

¹⁴⁹ Se há mais de quinze mil juízes no Brasil, a submissão do entendimento de todos ao padrão de menos de meia centena de ministros, computados o STJ e o STF, representa um empobrecimento da contribuição da experiência.

tanto um empobrecimento do pensar como da experiência: a separação dos dois reinos importa em danos para ambos.¹⁵⁰

Um judiciário republicamente responsivo (*judicial accountability*)¹⁵¹, mesmo em relação à “easy cases” submetidos ao sistema de juizados, não pode se deixar reprimir por padronização de condutas que traduzem um engessamento da razão, onde a liberdade de expressar, um pensar diferente se tornaria um acidente estranho na planície das consciências retificadas pela técnica de dominação da cultura, industrializada e massificada, produtora de uma *responsa prudentium* igualitária.

Adorno e Horkheimer, na dialética do esclarecimento, ao tratar da gênese da burrice, atenta para o risco da massificação:

A repetição lembra em parte a vontade lúdica, por exemplo do cão que salta sem parar em frente da porta que ainda não sabe abrir, para afinal desistir, quando o trinco está alto demais; em parte obedece a uma compulsão desesperada, por exemplo, quando o leão em sua jaula não pára de ir e vir, e o neurótico repete a reação de defesa, que já se mostrara inútil. Se as repetições já se reduziram na criança, ou se a inibição foi excessivamente brutal, a atenção pode se voltar numa outra direção, a criança ficou mais rica de experiências, como se diz, mas frequentemente, no lugar onde o desejo foi atingido, fica uma cicatriz imperceptível, um pequeno enrijecimento, onde a superfície ficou insensível. Essas cicatrizes constituem deformações. Elas podem criar caracteres, duros e capazes, podem tornar as pessoas burras – no sentido de uma manifestação de deficiência, da cegueira e da impotência, quando ficam apenas estagnadas, no sentido da maldade, da teimosia e do fanatismo, quando desenvolvem um câncer em seu interior. A violência sofrida transforma a boa vontade em má. E não apenas a pergunta proibida, mas também a condenação da imitação, do choro, da brincadeira arriscada, pode provocar essas cicatrizes. Como as espécies da série animal, assim também as etapas intelectuais no interior do género humano e até mesmo os pontos cegos no interior de um indivíduo designam as etapas em que a esperança se imobilizou e que são o testemunho petrificado do facto de que todo ser vivo se encontra sob uma força que domina¹⁵².

No momento em que, cegamente, o juiz de primeiro grau se limita a replicar, no seu universo particular, padrões de entendimento intelectivos construídos por “doutos” em busca de uma homogeneização e previsibilidade que só interessa aos litigantes organizacionais, na

¹⁵⁰ MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt: Luzes e sombras do iluminismo**. Moderna, São Paulo:1993, p. 98.

¹⁵¹ Por *judicial accountability* não se cogita aqui a responsabilidade individual do magistrado por excessos, mas o compromisso em prestar contas de suas ações à sociedade na espera de uma maior legitimação do poder a que pertence como um todo. Conferir: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-in-detail/jud-acc-ind/principles-jud-acc>. Acesso em 15 dez de 2013.

¹⁵² ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento – Fragmentos Filosóficos**. 1947. p. 120. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/umuaroma/arquivos/File/educ_esp/fil_dialetica_esclarec.pdf, acesso em 02.09.2012.

definição de Cappelletti e Garth, resulta na formação de uma cicatriz, que em muitas vezes deforma todo o ideal de justiça.

De fato, se o valor axiológico da justiça ilumina a ação judicante, e esta não pode ser estática ante o dinamismo das relações sociais, o juiz, nunca poderá, sem o medo da cicatriz alienante acima descrita, separar o objeto, o seu agir, do seu modo de ver o mundo.

O esclarecimento moderno não chegará de forma exógena, não decorrente de autoridade, mas de uma dialética crítica entre a sua decisão e o resultado esperado, na permanente releitura de seus pré-conceitos sociológicos e filosóficos com vistas a decidir tudo diante do tribunal da razão e não da simples tradição¹⁵³.

3.3 O MITO DA NEUTRALIDADE E A NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DE CONDUTAS COMO PSEUDO JUSTIFICATIVA PARA A HOMOGENEIZAÇÃO DO PENSAR JUDICANTE

Há que se refletir se a dominação da natureza judicial pela busca de um saber asséptico, previsível e padronizado, cuja vantagem propalada seria a de retirar dos juízes o pesado fardo de dizer o direito nos casos semelhantes aos já decididos no passado, sobretudo *hard cases*, não implicaria na própria dominação do entendimento dos juízes de primeiro grau, sobretudo com jurisdição nos juizados, aos quais se reservaria, em último momento, apenas, a função de cumprirem o resultado do conhecimento de diminuto seguimento, componente de hierarquias revisoras.

Ocorre, que a ideologia, como percebido, novamente, por Marilena Chauí¹⁵⁴ é “um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer.”

Em relação à magistratura, isso é claramente perceptível, basta se analisar as metas do CNJ, que impõem o que deve ser julgado, e as súmulas vinculantes, recursos repetitivos etc., que dizem como deve ser julgado.

Chegamos a uma dominação, que é mais facilmente perceptível na cúpula, cujo posicionamento na pirâmide organizacional do poder a que pertence, depende de forma

¹⁵³ Cf. GADAMER, op. cit. p.362.

¹⁵⁴ CHAUI, op., cit., p. 113-114.

notória, bem mais da vontade política do executivo, do que do requisito de seleção pública objetiva, único critério de acesso ao primeiro grau.

Acontece que a neutralidade de juízes e ministros é um mito, pois do mesmo modo que inexiste neutralidade do legislador na elaboração das leis, não há como se sustentar a neutralidade do magistrado na aplicação destas, no caso concreto, pois o mito serve, retoricamente, apenas como máscara para encobrir a ideologia inerente a todo e qualquer agente político detentor de poder estatal.

Lorena Freitas¹⁵⁵ aduz que a preservação do status quo pode ser transmitida como ideologia jurídica através do estímulo às crenças da “infalibilidade da justiça” ou “imparcialidade absoluta do julgador”.

A inexistência de neutralidade pode ser percebida por se poder conceber o Direito, como superestrutura social, como já vislumbrado por Marx, em *O Capital*, como bem anotado por Dr. Enoque Feitosa¹⁵⁶:

Quando problemas especificamente jurídicos lhes surgiram pela frente – os processos acerca dos furtos de lenha e, na maturidade, a necessidade de em “O capital” abordar questões relativas aos contratos – acabam tais problemas tendo o condão de levá-lo a se aprofundar no estudo da economia política, e não em Direito. Ainda assim, o seu posicionamento diante dos fatos não é nublado pelo que se chama de ilusões referenciais dos juristas, das quais a crença na neutralidade do direito e na imparcialidade do julgador são as principais. Mesmo em suas obras anteriores a 1845 - quando se daria na formulação bachelardiana, depois tomada emprestada por Althusser, a polêmica idéia de um corte epistemológico, isto é, um “jovem Marx” que teria mais crenças e menos ceticismo quanto ao direito – das quais pode se exemplificar os textos sobre os debates parlamentares a respeito do julgamento acerca dos furtos de lenha caída, ele já opta por uma posição pela qual não havia que se aceitar uma norma apenas pelo seu elemento de compatibilidade formal com a ordem jurídica, visto que é tola e absurda a ilusão de pretender que um juiz seja imparcial quando o legislador não o é. Para ele “a imparcialidade é só a forma, nunca o conteúdo [do direito] e se o processo for não mais que forma carente de conteúdo tais formalidades careceriam de valor (...) visto que forma é sempre forma de um conteúdo”.

Como se vê, há “influxos subjetivos” na formação do julgador, que decorrem de seus pré-conceitos lógicos, já percebidos pelos realistas americanos Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo¹⁵⁷, além de Luhmann, citado por Klaus Günther¹⁵⁸:

¹⁵⁵ FREITAS. Idem p.73.

¹⁵⁶ FEITOSA, Enoque. **A Crítica Marxista ao Direito e o Problema Da Interpretação**. Disponível na internet: http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt2/sessao1/Enoque_Feitosa.pdf. Acesso em 16 set 2011.

(...) a aplicação de normas isoladas é apenas uma decisão regulamentada por critérios internos, a qual, vista externamente, consiste na correção de uma expectativa de comportamento com o valor positivo ou negativo do código. As bases internas para estabelecer uma norma de decisão para o caso isolado são apenas uma questão de retórica jurídica. Que mesmo assim haja pleitos por fundamentações de validade, procedimentos legítimos e a necessidade de uma distinção entre aplicação correta e equivocada serve apenas para encobrir internamente a contingência, absoluta e observável externamente do sistema jurídico. Por não se fazer jus à introdução da distinção entre licitude e ilicitude (*Rech und Unrecht*), o paradoxo envolvido nisso precisa ser dissimulado por meio de sistemáticas autoilusões. Desde o estabelecimento do Areópago na antiga Atenas, tais tentativas, assim como todas as fundamentações tiveram apenas a função de placebo.

Ora, o judiciário vem servindo de instrumento de legitimação do poder político, pela dominação do homem médio, através dos mitos da legalidade e da autoridade¹⁵⁹, em favor das elites de modo a oprimir, com fundamento jurídico, qualquer mecanismo que permita uma frustração de expectativas econômicas, sobretudo de litigantes organizacionais agora preocupados com milhares de demandas propostas nos JECs.

Logicamente, a imposição de uma maior hipótese de precedentes vinculantes, diretos ou indiretos, como no caso das reclamações contra os acórdãos das turmas recursais, potencializará tal controle, pois, historicamente, é possível identificar que a ideologia e os laços sociológicos têm impregnado a atividade jurisdicional, de forma a se concluir que a neutralidade nunca foi regra na atividade jurisdicional do Brasil, notadamente, em razão dos magistrados, igualmente aos juízes britânicos, serem, por excelência, conservadores em sua origem, ou após o ingresso na carreira, o que se potencializa no tocante a ingressos por critérios de escolha política.

Encontramos o choque, assim então, entre a ideologia imposta, como forma de alienação, com aquela que pertence ao “mundo” atomizado do juiz de primeiro grau.

De fato, não apenas fatores externos à cognição interferem na função julgadora, o que demonstra que não pode o juiz ser um autômato na interpretação do fenômeno jurídico, oriundo do conflito intersubjetivo, pois o entimema demonstra que ele interage

¹⁵⁷ Conferir HALIS, Denis de Castro. **Manuais que Informam ou Manuais que Desinformam? O Caso da Jurisprudência Sociológica e do Realismo Norte-Americano nos Livros de Direito no Brasil**. In: XI CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 1 A 5 SET., 2003, Campinas – SP, Brasil. 2003 <http://www.sbsociologia.com.br/>.

¹⁵⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz; Cord, rev. Téc e introd à edição brasileira. Luiz Moreira, 2.ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2011. p.252-253

¹⁵⁹ ROCHA. J. Elias Dubard de Moura. **Poderes do Estado e Ordem Legal**. E. Universitária da UFPE: 1994, p.86-87.

bidirecionalmente com o fenômeno, de modo que a sua cognição faz parte desse todo de compreensão, onde um não sobrevive sem o outro.

Empiricamente, é mais fácil do que imaginamos o entendimento do fenômeno decisório, basta se analisar a presença dos influxos políticos em célebres precedentes da justiça britânica: Charter, Dockers, Shaw e Liversidge contra Anderson¹⁶⁰.

A existência de tantos elementos psicossociais, ideológicos, influenciadores da prolação da decisão, reflete a impossibilidade de se deixar a um reduzido grupo a formulação de *standards* sumulares, sem a submissão ao cadinho da consolidação pelo tempo¹⁶¹, pois empobrece e aliena, de forma impositiva, o debate jurídico.

3.4 BUSCA DE UMA EMANCIPAÇÃO. ESPERANÇA DE PRIVILEGIAR UMA EXPLICAÇÃO SOCIOPOLÍTICA E NÃO DE UMA MERA JUSTIFICAÇÃO TÉCNICO-POSITIVISTA PARA COMPREENSÃO E ACEITAÇÃO MAIOR DAS DECISÕES JUDICIAIS¹⁶²

O pragmatismo, demonstra, como bem percebido por Posner, que “os conceitos devem servir às necessidades humanas”, não podendo às relações sociais serem forçadas a “encaixarem-se nos moldes dos conceitos jurídicos existentes”¹⁶³.

A fundamentação técnico-dogmática das sentenças judiciais, pode até funcionar bem para os advogados, por dar a decisão um verniz semântico, entretanto causa um juridiquês lógico, que não satisfaz aos jurisdicionados, visto que a interação e a legitimação, pelos mesmos, almejadas, não se resumem à citação de expressões latinas, precedentes e regras não inteligíveis ao cidadão comum.

Na mente do homem médio, não se busca uma justificação, mas uma explicação, isto é, não há necessidade do julgador em ser honesto, mas necessita ir mais além, precisa parecer honesto, o que somente ocorre quando sua decisão reflete, em um mínimo razoável, a ponderação, sob o aspecto do poder político, dos valores morais das partes em litígio.

¹⁶⁰ DWORKIN, 2000, p. 4-5.

¹⁶¹ Como foi o caso da Súmula Vinculante nº 11, ao disciplinar, casuisticamente, o uso das algemas.

¹⁶² A pretensão deste subcapítulo não é no sentido de aventar para uma perspectiva de moralidade política em um discurso de justiça social. Ainda que exista uma dimensão política a ser considerada, a mesma somente se faz interessante na busca de se abandonar uma retórica não mais aceita pela população, em busca de uma maior legitimidade nas decisões judiciais.

¹⁶³ POSNER, Richard A. Para além do direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.421.

Os balões metafísicos devem ser “furados”, por flutuarem além da linha de visão do jurisdicionado, que exige explicação¹⁶⁴, não mais se conformando com a simples retórica.

Sendo assim, a construção de uma argumentação convincente, não apenas persuasiva pelo tecnicismo ou pelo argumento de autoridade, contribuiria e muito para sanar a crise de legitimação do poder em busca de um judiciário responsivo.

O fundamento jurídico, por exemplo, de uma decisão envolvendo delimitação de terras ou disputas no tocante a compra e venda de semoventes nos juizados especiais, é irrelevante para o homem médio, que apenas espera que o “doutor juiz” decida de uma forma justa, lhe concedendo bem de vida almejado.

Sabe-se, contudo, que é difícil e às vezes impossível, ao juiz, a operacionalização da explicação quanto aos motivos de sua decisão, vez que envolveria justificações de ordem aparentemente interna, que poderiam até causar constrangimentos, caso fossem reveladas¹⁶⁵.

Todavia, essa autoanálise, quanto à aos pré-conceitos lógicos incidentes no fenômeno, pode e deve ser feita no momento em que busca a explicação para sua decisão, já que, no instante em que seu subconsciente lhe revelar seus conceitos ocultos se verá em um conflito interno, uma angústia, que lhe apresentará um resultado mais justo do que quando suas motivações fossem encobertas.

Perelman ao tratar da deliberação argumentativa com os diferentes tipos de auditório (universal, interlocutor e próprio sujeito), apesar de considerar a última como uma variação da segunda, demonstra que o convencimento se operacionaliza da forma mais sincera possível na medida em que, a generalidade tende a se afunilar no interlocutor ou no argumento consigo mesmo¹⁶⁶:

Ao contrário da dialética, que seria a técnica da controvérsia com outrem, e da retórica, técnica do discurso dirigido a muita gente, a lógica se identifica, para Schopenhauer como para J. S. Mill, com as regras aplicadas para conduzir o pensamento próprio. É que, neste último caso, o espírito não se preocuparia em defender uma tese, e procurar unicamente argumentos que favoreçam um determinado ponto de vista, mas em reunir todos os que apresentam algum valor a seus olhos, sem dever calar nenhum e, após ter pesado o prós e os contras, decidir-

¹⁶⁴ A explicação aqui entendida se amoldaria ao conceito de convencer o jurisdicionado, e não apenas persuadir, tão bem colocado por PERELMAN: “Em contrapartida, para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. Aliás, ora essa característica racional da convicção, depende dos meios utilizados, ora das faculdades as quais o orador se dirige. (...) Propomo-nos chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional” (PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; Rev. Trad. Eduardo Brandão, 2ª Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 30-33).

¹⁶⁵ Bom exemplo é a suspeição por motivos de foro íntimo, geralmente, inconfessáveis.

¹⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. *ibidem.*, p.45-49.

se, em alma e consciência, pela solução que lhe parecer melhor. Do mesmo modo, que não se confere uma importância igual aos argumentos desenvolvidos em sessão pública e àqueles que são apresentados em sessão secreta, também o segredo da deliberação íntima parece penhor da sinceridade e do valor desta última. Assim Chaignet, na última obra em língua francesa a considerar a retórica uma técnica da persuasão, opõe esta à convicção nos seguintes termos: Quando somos convencidos, somos vencidos apenas por nós mesmos, pelas nossas idéias. Quando somos persuadidos, sempre o somos por outrem.

Valendo-se dos ensinamentos do realismo norte-americano, há que se observar que os juízes primeiro decidem, para depois justificarem sua decisão.

Acontece, muito amiúde, aliás, não sendo isso necessariamente deplorável, que mesmo um magistrado conhecedor do direito formule seu julgamento em dois tempos, sendo as conclusões a princípio inspiradas pelo que lhe parece ser mais conforme a seu senso de equidade, vindo a motivação técnica apenas como acréscimo. Há que concluir, neste caso que a decisão foi tomada sem nenhuma deliberação prévia? De modo algum, pois os prós e os contras poderiam ter sido pesados com o maior cuidado, mas fora de considerações de técnica jurídicas. Esta só intervém para justificar a decisão perante outro auditório (...) Evidencia-se, de tudo o que acabamos de dizer a respeito dos auditórios, que, do nosso ponto de vista, o valor retórico de um enunciado não poderia ser anulado pelo fato de que se trataria de uma argumentação que se julga construída a posteriori, depois que a decisão íntima estava tomada, ou pelo fato de que se trata de uma argumentação baseada em premissas às quais o próprio orador não adere (...)

Não há que se temer à existência de juízes políticos, qualidade esta entendida como limitada à utilização em suas decisões de argumentos de procedimento político, objetivando a promoção do bem comum e do interesse público, como sujeitos sociais. A imparcialidade se relacionará, assim, muito mais, com a melhor explicitação da visão de mundo do magistrado, sempre limitada pelo horizonte interpretativo normativo, do que com a qualidade das partes envolvidas no fenômeno jurídico, afinal como advertiu Dallari, citado por Roberto Wanderley Nogueira¹⁶⁷:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária em um contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente em uma discriminação social.

¹⁶⁷ DALLARI, apud NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 318.

A identificação da visão de mundo do magistrado, de sua formação moral, religiosa ou científica, será de grande valia para análise das circunstâncias, não diria judiciais, como na legislação penal, mas judicantes, que pelo desconhecimento tanto assustam o cidadão comum, que não sabe o que virá da cabeça togada.

Observe-se que, os princípios que informam os juizados permitem que por mais que o juiz tenha uma origem elitista, estará mais acessível às “classes dominadas” do que os seus colegas da jurisdição comum; sendo assim, os jurisdicionados ganham ao se deparar com juízes, como adverte Dworkin¹⁶⁸, que: ‘por mais conservadores que sejam, chegarão a decisões menos apreciáveis sob um regime que os encoraje a tomar decisões políticas sobre direitos individuais do que sob um regime que os obrigue a tomar decisões “neutras”’.

Identificar para não temer, possivelmente, garantirá resultados mais previsíveis, mais assimiláveis ao cidadão comum, aliviando a distensão social e a ameaça de ruptura, pois se devolverá a motivação ao panorama político e pessoal sem tecnicismos incompreensíveis que tanto afastam a população dos palácios de justiça.

O ato de julgar quando interpretado pela realidade do aplicador se tornará, sem dúvida alguma, mais palatável do que o mero cumprimento de “Standards” vinculantes de tribunais superiores, onde até o acesso, é na prática, restrito aos grandes escritórios patrocinadores de litigantes organizacionais.

É preciso, portanto, promover a ideologia decorrente do estar no mundo do magistrado de primeiro grau, que poderá ser emancipatória, reservando-se com bastante prudência a ideologia alienante pela dominação dos precedentes vinculantes, maquiados pelos princípios da razoabilidade e celeridade.

¹⁶⁸ DWORKIN, (2000), p. 33.

4 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CRIADA PELA DECISÃO DO STF NO RE 571.572ED E AS INADEQUAÇÕES PRÁTICAS DE SUA OPERACIONALIZAÇÃO NO SISTEMA DE JECS

As primeiras causas de massa em que o sistema de juizados especiais foi utilizado, em todo Brasil, como instrumento para que milhares de consumidores buscassem uma tutela jurisdicional rápida contra um litigante organizacional, foram as que tratavam, junto, ou individualizada, da legalidade ou não da cobrança de assinatura básica residencial e de pulsos além da franquia, pelas companhias telefônicas.

Aduziam os consumidores que a cobrança de um valor mínimo independentemente da utilização, ou não, do serviço se constituía numa tarifação ilegal pela mera disponibilização do serviço, não podendo receber o tratamento do regime reservado às taxas públicas, e que a cobrança de pulsos excedentes sem a devida discriminação ofenderia o direito à informação, garantido no art. 6º, III, do CDC.

No tocante a cobrança de pulsos excedentes, depois de determinações pela suspensão dos processos por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, que, no início, entendia a matéria como sendo de repercussão geral, eis que em 08 de outubro de 2008, aquele Pretório Excelso de forma razoável nos autos do RESP 571.572-8, interposto na forma do art.102, III, “a”, da Constituição Federal, contra decisão da 2ª Turma Recursal Cível e Criminal do Estado da Bahia, chegou à conclusão que não havia que se cogitar em interesse da Anatel, nem tampouco se tratava de matéria complexa, de modo a afastar, definitivamente, qualquer natureza constitucional da demanda, conforme se depreende da leitura da ementa a seguir transcrita:

EMENTA: TELEFONIA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE COGNIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA MATÉRIA QUE ENVOLVE ANÁLISE DO CONTRATO DE CONCESSÃO. 1. Por não figurar na relação jurídica de consumo, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL carece de legitimidade para compor o pólo passivo de ação movida pelo particular, usuário do serviço de telefonia móvel, contra a concessionária. 2. Ausente participação da autarquia federal, sob qualquer das hipóteses previstas no art. 109, I, da Constituição, a competência é da Justiça Estadual. 3. Em se tratando de demanda que se resolve pela análise de matéria exclusivamente de direito, a dispensar instrução complexa, cabível seu processamento no Juizado Especial. 4. Reveste-se de natureza infraconstitucional a matéria relacionada à relação de consumo e ao

equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. 5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido. (RE 571572, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-05 PP-00939 RF v. 105, n. 403, 2009, p. 401-412).

Fixado o entendimento pela inexistência de matéria constitucional a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, restaram prejudicados todos os recursos extraordinários interpostos o que levou forçosamente a conclusão de que as decisões das turmas recursais em tema da apreciação da legalidade ou não da cobrança dos pulsos excedentes estavam sem a possibilidade de sofrer qualquer crivo superior, isto é, não poderiam ser modificadas por tribunal algum, dada a impossibilidade de propositura de recurso especial contra as referidas decisões.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, em seu voto dissonante, pretendeu dar maior extensão ao recurso apontando sua preocupação pela impossibilidade do Superior Tribunal de Justiça sindicarem a interpretação a ser dada à Lei Federal por Turmas Recursais, aduzindo que: “estamos diante de um embrulho que deve ser aberto pelo Supremo, emitindo este, para reinar a paz social realmente, entendimento sobre a matéria”.

O referido voto, contudo, ao despertar a necessidade de controle sobre as decisões das turmas recursais, adiantou importante questão que foi objeto de embargos de declaração propostos pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, sob o argumento de que houvera omissão na decisão embargada, quanto à análise da violação ao art.98, I, da Constituição Federal, por se tratar de demanda transindividual capaz de afastar a natureza de “menor complexidade” prevista no aludido dispositivo constitucional, havendo necessidade, assim, do Supremo Tribunal resolver quanto à aplicação da Súmula 357 do STJ. O que, de fato ocorreu, conforme ementa adiante transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte

foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional. (RE 571572 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540)

(original sem destaques).

Conforme se observa o julgamento dos Embargos de Declaração serviu unicamente para que os Excelentíssimos Senhores Ministros substituíssem o legislador, criando, em embargos de declaração incabíveis, a título de explicação, em caráter excepcional uma reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do art.105, I, f, da Constituição Federal, conforme demonstra o extrato da transcrição do voto da Exma. Relatora, Min. Ellen Gracie:

Entretanto, não existe previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais, podendo, em tese, ocorrer a perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ. Essa lacuna poderá ser suprida com a criação da turma nacional de uniformização da jurisprudência prevista no Projeto de Lei 16/2007 de iniciativa da Câmara dos Deputados e ora em trâmite no Senado Federal. Todavia, enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. Veja-se, por exemplo, o caso de empresas como a embargante, que muitas vezes prestam serviços em várias unidades da Federação. A permanecer a atual situação, é grande o risco de surgirem, em relação ao mesmo tema, decisões favoráveis e outras desfavoráveis cuja existência concomitante poderia provocar, em tese, verdadeira inviabilidade técnica, no que diz respeito ao cumprimento delas todas. Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação

prevista no art. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução deste impasse. A história da reclamação e o status constitucional que lhe deu a Carta de 1988 são indicativos de que não se trata de singelo instituto processual, a ser utilizado no bojo de uma relação processual visando à prestação jurisdicional por parte do Estado, que irá, por seu órgão judiciário, aplicar o direito a um caso concreto. Trata-se, sim, na dicção de José Frederico Marques, de “um desdobramento das atribuições jurisdicionais que são conferidas, constitucionalmente, àqueles Tribunais. Inserindo-se, assim, no campo do Direito Processual Constitucional, pode a ordem jurídica, mediante normas regimentais, criar providências dessa natureza para a garantia de observância de julgados em que interfere, até mesmo, o guardião supremo e último da própria Lei Magna” 1. Trata-se de instrumento destinado a dar efetividade a decisões prolatadas em última instância pelas Cortes de jurisdição nacional: o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, e o Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal. Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com a sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos juizados especiais estaduais. 6. Em face do exposto, acolho os embargos apenas para prestar esses esclarecimentos. Comunique-se ao eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

O debate, no entanto, após o voto, foi profundamente rico, e pragmaticamente o Min. Marco Aurélio, ainda com o intuito de flexibilizar a possibilidade de conhecimento dos recursos extraordinários propostos contra decisões prolatadas por turmas recursais, mesmo em casos de inconstitucionalidade reflexa, suscitou a dificuldade processual de se aceitar o entendimento da relatora, pois segundo o mesmo, se a Exma. Julgadora não reconheceria, em seu voto, a existência de omissão, contradição ou obscuridade, não restaria admissível, em consequência, que os embargos sejam utilizados com a finalidade “de provocar o Órgão para que atue como se fosse um órgão destinado a formalizar respostas a consultas”, conforme verifica-se da transcrição de sua intervenção, a seguir:

O que a Telemar acaba fazendo com estes embargos declaratórios – e, a meu ver, o instrumental, repito, não é próprio, porque não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, a matéria jamais foi colocada antes para julgamento pelo Colegiado – é buscar solução para o problema revelado por decisões conflitantes conforme a turma recursal julgadora. (...) **Estaremos a atuar como órgão consultivo em processo na qual não conhecemos do extraordinário?** (Sem destaque no original)

Destacou o Ministro Marco Aurélio, na referida intervenção, que a primeira dificuldade seria de ordem processual, pois se não era caso de embargos de declaração, pela inexistência dos pressupostos de embargabilidade, como poderia o Supremo Tribunal Federal, funcionar como órgão consultivo, a título de esclarecer uma decisão que não conheceu o extraordinário?

Mesmo que isso fosse possível, o esclarecimento, por si só, deveria ser um juízo declaratório, incapaz de constituir a existência de uma figura processual não prevista originariamente no texto constitucional, muito menos possível de possibilitar o oferecimento de reclamações no Superior Tribunal de Justiça contra turmas recursais.

Outro sério entrave processual também foi percebido pelo referido Ministro, ao perceber que o sistema utilizado nas reclamações, de seleção de processo paradigma a teor do art.543-C, do CPC:

(...) Não se pode nem aplicar o Código de Processo civil quanto à uniformização da jurisprudência, porque a competência em tal campo é do Tribunal. E as turmas não estão submetidas ao Tribunal local. Não se chega ao Tribunal local (...). Presidente no tocante as manifestações, pronunciamentos dos juizados especiais não se tem como concluir que a decisão do juizado especial, da turma recursal, esteja a discrepar de certa decisão do Superior Tribunal de Justiça, porque, relativamente a essas decisões, não se chega ao Superior Tribunal de Justiça. Não haverá precedente, um acórdão do Superior Tribunal de Justiça para o cotejo, dizendo-se que foi desrespeitado.(...)

Observa-se, claramente, pelo voto acima transcrito, que não havendo decisão precedente paradigma oriunda do sistema de juizado, para fins de conhecimento pelo STJ, não há que se cogitar em possibilidade de uniformização vinculante em relação ao referido sistema, do que decorre uma séria incoseqüência prática que demonstraremos adiante.

4.1 DAS INCONSEQUÊNCIAS, NÃO VISLUMBRADAS NA DECISÃO, DE IMPOSSIBILIDADE PRÁTICA DE APLICAÇÃO AO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS DO PROCEDIMENTO CONTIDO NO ART.543-C, DO CPC

A primeira dificuldade que se encontra a admitir à aplicação da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, que alterou o Código de Processo Civil, acrescentando o art.543-C¹⁶⁹, às demandas em tramitação nos juizados especiais, como no caso dos processos em que se discute a devolução das tarifas bancárias tipo TAC/TEC e assemelhadas, é que o aludido diploma estabeleceu expressamente em sua ementa, que estatuiu um procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, se o sistema de juizados especiais não admite a possibilidade da interposição do recurso especial, parece óbvio que o dispositivo em questão não poderia ser aplicado ao referido sistema, visto que não há que se cogitar em aplicação analógica de hipóteses jurídicas diversas, notadamente quando o suposto recurso paradigma na legislação adjetiva comum possui especificidade não possibilitada na Constituição Federal, a impossibilitar a aplicação subsidiária do CPC.

¹⁶⁹ Art.543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3o O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6o Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7o Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8o Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9o O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

Contudo a questão é mais do que de dificuldade interpretativa, mas possui uma consequência impeditiva de natureza pragmática, decorrente do fato de que, segundo a Resolução nº 08/2008, do próprio STJ, que regulamentou procedimentos para a admissibilidade e julgamento dos recursos repetitivos, deveria ser aplicado o seguinte rito:

Art.1º. Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em **idêntica questão de direito**, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

§ 2º O agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões argüidas no mesmo recurso.

§ 3º A suspensão será certificada nos autos.

§ 4º No Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais de que trata este artigo serão distribuídos por dependência e submetidos a julgamento nos termos do art. 543-C do CPC e desta Resolução. (original sem destaques)

Como se observa da leitura da resolução acima transcrita a regulamentação dos recursos repetitivos somente é aplicável a controvérsias relativas à questão de direito, do que se conclui que as questões envolvendo matéria fática estariam excluídas da possibilidade de aplicação dos recursos repetitivos, o que guarda consonância com a Súmula nº 7, daquela Corte, ao estatuir que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Pertinente, ao indicar as contradições trazidas pelo advento da novel reclamação, foi o esclarecimento prestado pelo Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda, ao relatar a Reclamação nº 6721-MT:

Sr. Presidente, a Seção, por maioria, está mostrando a tendência da votação, mas, aproveitando essa exemplificação do Sr. Ministro Marco Buzzi – Sua Excelência é um grande conhecedor do sistema de Juizados Especiais, como nós –, mas Sua Excelência, ao dizer da injustiça dessa condenação, faz com que também reflitamos, aqui, quantas e quantas vezes podemos analisar a injustiça das decisões que foram omitidas, e estamos presos a ditames das Súmulas 7 e 5. Então, não sei. Agora, como é que podemos dizer se é justo ou injusto, se a base fática, lá, é por equidade... Não sei por que critério foi analisado, não há no relatório... Então, ficamos em um paradoxismo. Respeito à posição da maioria, e como toda maioria acaba vencendo, fico vencido, não convencido, e ainda insisto nessa minha isolada cruzada, como a voz que clama sozinha no deserto.

Tal intervenção, aponta para o perigo de se querer flexibilizar a estrutura recursal prevista na Constituição para fazer valer o conceito de justiça de poucos, em demandas de massa que envolva matéria fática. Com efeito, a Ministra Ellen Gracie aduziu em seu voto no precedente original ao criar a reclamação, o benefício trazido ao consumidor pela aplicação da antiga súmula do STJ, posteriormente revogada em face do advento normativo que determinou a discriminação dos pulsos telefônicos, entretanto, em tema de TAC/TEC e assemelhados a jurisprudência do referido tribunal vem sendo favorável aos bancos, razão pela qual não é seguro se decidir às cegas, de forma vinculante, sem analisar as peculiaridades percebidas pelos juízes de primeiro grau no sistema de juizados com vistas a atender os vetores previstos n art. 6º, da Lei nº 9099/95.

De fato, retomando a análise à decisão liminar prolatada pela Exma. Ministra Maria Isabel Gallotti no REsp nº 1.251.331-RS, de 22 de maio de 2013, que suspendeu todos os processos envolvendo o pedido de restituição das tarifas de TAC/TEC e assemelhadas, a mesma invocou precedente de sua própria relatoria nos autos do REsp 1.270.174/RS, que teve a seguinte ementa.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC). TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE.

1. Não viola a norma de regência dos embargos de declaração o acórdão que apenas decide a lide contrariamente aos interesses da parte.
2. As normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos.
3. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, **sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente** (REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011)
4. Recurso especial conhecido e provido. (sem destaque no original)

Pela leitura da decisão, *contrario sensu*, constata-se que somente restando demonstrada que a vantagem do agente financeiro não fosse exagerada é que seria permitida a incidência das aludidas taxas.

Com efeito, no seu voto, a referida Ministra foi expressa ao consignar que o “acórdão recorrido reconheceu a pactuação expressa das tarifas questionadas, com a menção de seu valor no contrato. Não afirmou estivessem sendo exigidas em desacordo com a regulamentação expedida pelo CMN/BACEN e nem que o valor acordado fosse abusivo”.

Logo, como poderia *a priori* a Ministra conhecer que nas 285 mil ações em tramitação nos órgãos recursais brasileiros sobre TAC/TEC e assemelhadas, envolvendo idêntico número de contratos, não houvesse necessidade de se analisar, caso a caso, se houve, ou não, vantagem econômica exagerada da instituição financeira?

Como não foi possível à Ministra visualizar as inconseqüências práticas de sua decisão ao invocar, como paradigma, uma decisão cuja ementa prevê uma valoração fática do que seria “exagerada”, formulação, portanto, incompatível com a Súmula 07 do STJ, e com o sistema de recursos repetitivos aplicados, exclusivamente, a questões de direito?

O equívoco se demonstra pela própria redação da ementa do acórdão lavrado pela Segunda Seção em 28.08.2013, quando restou ressalvado por aquele Órgão Julgador que a validade da TAC/TEC em contratos celebrados até 30.04.2008, (data do fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96), também estaria condicionada ao “exame da abusividade em cada caso concreto”.

Se a TAC/TEC não poderiam ser cobradas após a edição da Resolução CMN 2.518/2007, em vigor em 30.04.2008, por que razão foram suspensas todas as duzentas e oitenta e cinco mil ações e não apenas as que estavam em tramitação até abril de 2008?

Por outro lado, o terceiro obstáculo à aplicação do rito acima referido, cinge-se ao fato de que a referida lei não criou um “sistema de precedentes vinculantes”, semelhante aos das súmulas do STF. Isto é, a busca da celeridade almejada não atinge a liberdade decisional do órgão de segundo grau, apenas permite a apreciação da admissibilidade recursal de acordo com o precedente do Superior Tribunal de Justiça a ser decidido no processo paradigma.

Assim, os processos em que exista recurso especial envolvendo a mesma questão de direito não subirão mais em bloco para o Superior Tribunal de Justiça, permitindo-se, tão somente, a escolha pelo presidente do tribunal *a quo*, de um ou poucos processos para que seja(m) remetido(s) ao Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento afetará os processos paralisados no tribunal *a quo* da maneira que dispõe o §§ 7º e 8º, do aludido dispositivo legal, que fixam um rito bastante simples:

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Conforme previsto na lei, apenas no caso em que as decisões recorridas estejam em consonância com a decisão prolatada pelo STJ no paradigma é que os recursos serão imediatamente rejeitados. Do contrário, no caso de conflito com aquela, o acórdão do processo que estava suspenso no juízo *a quo*, deverá o referido colegiado reapreciar a decisão recorrida, mas, não está vinculado ao precedente, tanto que, se mantiver o acórdão, será examinada a admissibilidade do recurso especial.

Como se observa, a hipótese normativa não trata de vinculação ao precedente; do contrário, não haveria novo julgamento com possibilidade de divergência. Neste prisma, a decisão liminar prolatada no REsp 1.251.331-RS e o acórdão que posteriormente lhe seguiu, não parecem se amoldar a melhor técnica processual, visto que, não havendo recursos especiais sobre a referida matéria suspensos nas turmas recursais, entendendo o Superior Colegiado em acompanhar o precedente já ventilado naquela decisão interlocutória da Exma. Relatora, superando a necessidade de conhecimento da matéria fática quanto a existência, ou não de “vantagem exagerada”, e prolata acórdão no mesmo sentido, como os juízes das turmas recursais, agora, irão cumprir o disposto no § 7º, II, do art.543-C, ou o § 8º, da mesma norma?

Se não existem recursos especiais, não poderão ser estes colocados em pauta nas turmas recursais e, de qualquer forma não será possível aos referidos órgãos, caso mantenham a divergência com o precedente, apreciar a admissibilidade recursal de um recurso que não existe!

Não bastasse a visualização de tais inconseqüências práticas a indicar que a construção jurisprudencial objetivando a uniformização forçada do entendimento de milhares de juízes ao que pensa poucos ministros, claudica em seu nascedouro e padece de razoabilidade e logicidade que lhe permita prosperar, quando se observa, em cotejo com elementos fáticos, que a decisão interlocutória prolatada no REsp 1.251.331-RS, determinou a suspensão não

apenas dos processos em tramitação nos tribunais, ou, até em turmas recursais, mas em “todas as instâncias” inclusive Juizados Especiais Cíveis.

Restaram suspensos, portanto, processos ainda em fase de cognição em primeira instância dos juizados, antes da prolação da sentença. Sendo assim, como tais juízos monocráticos irão se adaptar a decisão final do aludido processo sem poderem se valer do rito do art. 543-C, do CPC?

Infelizmente tal problema não foi sequer ventilado por Sua Excelência a Ministra Relatora, o que leva ao entendimento de que o objetivo da decisão não seria a racionalização do trâmite de recursos especiais repetitivos, mas uma verdadeira intervenção na liberdade e no funcionamento dos juizados especiais cíveis e respectivas turmas recursais, como bem admitido na intervenção de Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes nos autos do RE 571.572ED quando, reconhecendo a importância do “avanço” dos juizados em julgamento de demandas de massa, enunciou sua preocupação nos seguintes termos:

E o vazio legislativo aqui, com a tendência inclusive de ampliação da importância dos juizados especiais, pode criar uma ameaça para a unidade do direito federal. Quer dizer, na medida em que avança o sistema dos juizados especiais – nós sabemos da importância deles, hoje, nessas matérias; nós não estamos falando mais de milhares, mais de milhões de processos -, corremos o risco de ter a erosão da competência do STJ.

O medo da “erosão” da competência do STJ foi, portanto, o motivo ensejador da criação legiferante do Supremo Tribunal Federal em ultrapassar os limites da embargabilidade, para explicar a irretocável decisão anterior, constituindo e impondo uma sujeição ao sistema dos juizados de uma “reclamação” perante o STJ, que na verdade somente teve por finalidade paralisar os avanços até então conquistados pelos juizados.

O próprio Gilmar Mendes, voltou, na mesma decisão, admitindo o bom tecnicismo da intervenção do Min. Marco Aurélio, a confessar que ortodoxamente não haveria como se sustentar a decisão que estavam tomando ao acompanhar o voto da Ministra Ellen Gracie, na criação da reclamação em comento:

Eu também compreendo, às completas, as fundamentações trazidas pelo Ministro Marco Aurélio. Acho, realmente, que o sistema, na sua ortodoxia, dificultaria a própria cognoscibilidade dos embargos de declaração nessa dimensão. Mas, ao mesmo tempo, também eu já apontava as graves dificuldades por que passa o sistema. Mantido este modelo rígido, corremos inclusive o risco de termo uma erosão do papel do STJ, enquanto órgão judicial de uniformização da interpretação do direito federal. Nesse sentido, é fácil apostar que, em termos de massa de

processos, os juizados especiais passarão a ter maior intensidade na provocação do que os processos que fluem pelas vias ordinárias.

O temor de perda da importância do Superior Tribunal de Justiça foi o móbil responsável pela criação da reclamação, esquecendo-se, no entanto, o Ministro que o objetivo da criação dos juizados sempre foi a busca da simplicidade, informalidade, celeridade e superação, em termos de números processuais, dos números de produtividade da justiça comum. Tentar frear esse avanço, em uma época que se exige tanto a efetivação do acesso à justiça como direito fundamental, é um retrocesso.

4.2 DA DIVERGÊNCIA INTERNA DO STJ NA RE 6.721-MT

No próprio Superior Tribunal de Justiça, vislumbrando as consequências práticas advindas da criação da Reclamação Constitucional, naquele sinédrio, contra as decisões de turmas recursais, no julgamento da Rcl 6.721-MT¹⁷⁰, levantou-se a voz do Ministro Massami Uyeda que entendeu, em seu voto: “ser manifestamente incabível, por incompetência, as reclamações ofertadas neste Superior, contra julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais. Indefere-se, portanto, liminarmente, a inicial”.

O projeto de acórdão do referido Ministro tinha a seguinte ementa:

RECLAMAÇÃO - ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DE
JUIZADO ESPECIAL – INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA – INICIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA.

¹⁷⁰ RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO STJ Nº 12/2009. JUIZADOS ESPECIAIS. REQUISITOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DEFINIÇÃO. 1. Para que seja admissível o manejo da Reclamação disciplinada pela Res/STJ nº 12/2009 é necessário que se demonstre a contrariedade a jurisprudência consolidada desta Corte quanto a matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada: (i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte. 2. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais. 3. Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de *direito material*, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95. 4. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta. 5. Reclamação não conhecida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificada a proclamação ocorrida no dia 09 de novembro de 2011 para RETIRAR o item "2" da deliberação e declarar o voto-vencido do Sr. Ministro Relator, ausente naquela assentada. Retificada, fica a proclamação da seguinte forma: "Em deliberação quanto à admissibilidade da Reclamação disciplinada pela Resolução nº 12, a Segunda Seção decidiu o seguinte: - É necessário que se demonstre a contrariedade à jurisprudência consolidada desta Corte quanto à matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada: (i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C, do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência da Corte. - Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais. - Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de direito material, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos critérios da Lei. 9.099/95. Quanto ao cabimento de recurso, a Seção deliberou que os agravos regimentais interpostos em face de decisões monocráticas que não conheceram destas Reclamações também não serão conhecidos, por decisão monocrática do Relator. Após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Seção, no caso concreto, por maioria, não conheceu da reclamação, vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda, que a indeferia liminarmente. Vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda também quanto à deliberação, lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi."Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília (DF), 23 de novembro de 2011(Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Presidente.

1. **A reclamação tem, em sua essência, a função de fazer prevalecer, na hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais, emanados de Tribunais Superiores, para o fim de resguardar a integralidade e a eficácia subordinante dos comandos que deles emergem, resultantes de processo subjetivo, cuja vinculação é adstrita às partes que dele efetivamente participaram.**
2. Enquanto todos os esforços estão voltados para uma otimização da prestação jurisdicional, está-se criando mais um entrave para a efetividade dos julgados.
3. **Não parece crível poder-se alargar a competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de declaração em recurso extraordinário que não abarcou a questão, tampouco que esse pronunciamento tenha força vinculante, igualando-o às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e às súmulas vinculantes.**
4. **É manifestamente incabível, por incompetência, as reclamações ofertadas neste Superior, contra julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais.**
5. Inicial liminarmente indeferida. (original sem destaques)

No terceiro esclarecimento, durante os debates do aludido julgamento, o referido Ministro demonstrou sua preocupação com a avalanche de reclamações que inundariam os gabinetes, desvirtuando o sentido constitucional do Superior Tribunal de Justiça ao se tornar em uma terceira instância do sistema de juizados, sem os filtros de admissibilidade contidos no prequestionamento, impossibilidade de análise fática e efeitos *erga omnes*, como se deduz da transcrição a seguir:

A verdade é a seguinte: essa orientação, que foi emanada desses embargos de declaração do recurso extraordinário, chegou exatamente no ano de 2009, por volta de agosto, quando eu estava assumindo a Presidência da Segunda Seção. E, como Presidente, eu não estava recebendo nenhum processo, portanto nenhum processo de reclamação, mas eu estava perplexo e, em três ocasiões, mesmo na Presidência, eu fiz ver o equívoco enorme que estava se criando. Mas, como eu não estava com processo e não estava julgando, eu estava aguardando manifestação da Seção. Então, a Sra. Ministra Nancy Andriighi, ao que me lembro, e Vossa Excelência me corrija se eu não estiver correto na minha observação, e não só Sua Excelência, mas todos os demais Ministros diziam que isso iria estrangular os Gabinetes, que estavam lá com mais de cinquenta, sessenta, o que tinha que parar. Como Presidente, eu tinha que organizar a pauta e colocar precedência nas reclamações, que têm todo um aparato: é preciso dar vista à parte contrária, admite-se sustentação oral. Começávamos a sessão e acabávamos ficando enredilhados aí em reclamações de uma causa que, a meu ver, sempre foi indevida por incompetência da Corte. (...) Não somos competentes para apreciar isso, porque, constitucionalmente, não temos competência. E como é possível que alguém alargue, dê uma extensão a um dispositivo constitucional? O legislador constitucional, quando escreveu, no art. 105, as competências do Superior Tribunal de Justiça, disse: "**Admitir reclamações das**

decisões emanadas do próprio Tribunal''; decisões emanadas que requerem o regular processamento dos recursos que aqui vêm. E esse é um recurso que não existe, foi uma criação que se fez a pretexto de celeridade, e está nos causando um entrave inominável. E eu estava aguardando – terminou a minha Presidência no mês de agosto de 2011 – e pude constatar a enormidade da crise que está instalada. No último levantamento, no dia 20 de agosto, ao deixar a Presidência, solicitei que constatassem qual era o montante de reclamações que temos agora. Estamos com mais de 2.600 reclamações. E, no meu Gabinete, quando voltei a assumir a jurisdição dos processos, recebendo os processos, já estou com 200 processos de reclamação, que determinei que não sejam movimentados até passar esse meu voto. E o meu voto é nesse sentido. Então, **penso eu, se continuarmos a julgar na sequência que vem – temos, aqui, nesta pauta, mais reclamações –, ficaremos um Tribunal de uniformização de julgados emanados dos Juizados Especiais, cuja natureza jurisdicional composta é decisões proferidas por juiz de primeira instância com acesso recursal, uma Turma Recursal de Juízes de Primeiro Grau.** (original sem destaques)

O voto do Ministro Massami Uyeda de uma forma quase didática deixa claro que a criação das reclamações se constituiu em um remédio que além de inconstitucional, tangencia a teratologia pela ausência de normatização competente, não podendo se aceitar o *novel* instituto com uma mera ponderação eufemística, como o fez o Ministro Gilmar Mendes, quando afirmou que seria apenas algo de difícil cognoscibilidade em termos de ortodoxia.

4.2.1 Da especialidade dos juizados cíveis e sua insindicabilidade por parte do Superior Tribunal de Justiça

Da preocupação do Ministro Uyeda surge a seguinte indagação, seria de fato, o objetivo do Constituinte ao elaborar o art. 98, I, da Lei Ápice¹⁷¹, criar um sistema de justiça, menos formal, que passaria ao largo dos tramites processuais e recursais já previstos na legislação comum?

A resposta somente pode ser positiva, pois é indicativo de tal *telos*, como já afirmamos no capítulo 1, que a redação dada ao art. 92, da Lei Ápice, não elencou os juizados especiais, dentre os órgão de jurisdição comum e especializada. Tanto isso é verdade, que foi reservado um artigo específico, precisamente o art.98, não o qualificando, é bom destacar,

¹⁷¹Art. 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 sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II- justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas em legislação.

como sendo, também, um dos tribunais inferiores, tal como previsto nos incisos do art.96, II, da Lei Maior.

Do contrário, também as decisões dos juízes de paz, por se encontrarem previsto no inciso II, do art.98, da CF, estariam sob o crivo do Superior Tribunal de Justiça, o que não parece algo razoável.

A título de exemplo imagine-se uma sentença homologatória de laudo arbitral, confirmada na forma do art.46, da Lei nº9099/95, sendo alvo de reclamação constitucional por não se adequar a eventual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Poderia ela ser anulada?

Penso que não, afinal não vejo diferença entre a arbitragem prevista na Lei nº 9099/95, com o processo arbitral previsto na Lei nº 9.307/96.

Não havendo distinção, há que se observar, assim, a vedação contida na própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que veda a apreciação do mérito da sentença arbitral pelo judiciário:

Direito processual civil. Recurso especial. Litispendência. Embargos do devedor. Ação de nulidade de compromisso arbitral. - Não há litispendência entre ação declaratória de compromisso arbitral e embargos do devedor objetivando a desconstituição da sentença arbitral. - Embora exista coincidência entre alguns fundamentos jurídicos apresentados em ambas as ações, é inviável reconhecer a litispendência, pois seria necessária não apenas semelhança, mas identidade entre as causas de pedir.

- Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral.

- O Tribunal de origem, na hipótese, apenas deferiu a produção de provas para que pudesse analisar a ocorrência ou não de nulidade no procedimento arbitral. Recurso especial não conhecido. (REsp 693219/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 327) (original sem destaques)

Ora, nos juizados especiais cíveis de todo Brasil e especialmente, da Paraíba, às instruções são feitas, em sua maciça maioria, pelos chamados juízes leigos, que na forma do art.40, da Lei nº 9099/95, poderão prolatar decisão a ser submetida ao juiz togado¹⁷², entretanto, esses mesmos profissionais, segundo o rito previsto no art.24 a 26, da Lei nº

¹⁷² Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

9099/95¹⁷³, poderão, ser escolhidos pelas partes, como árbitro, e emitir o devido laudo para homologação, por sentença, que é “irrecorrível”. Sendo assim, presume-se que dentre as centenas de milhares de ações suspensas pela decisão de Sua Excelência a Ministra Isabel Gallotti no REsp 1.251.331-RS, poderiam, em tese, estar incluídas causas em que as partes anuíram ao julgamento arbitral, vez que não restaram ressalvadas na aludida decisão¹⁷⁴. Tal suspensão seria possível?

A resposta somente pode ser negativa, conforme entendimento não apenas deduzido da literal disposição do art.26, da Lei nº 9099/95, mas do próprio STJ, quanto à intangibilidade recursal em relação ao mérito das sentenças/laudos arbitrais, como se demonstra a seguir:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA ARBITRAL. MATÉRIA DE MÉRITO. IRRELEVÂNCIA. ART. 38 DA LEI N. 9.307/96.

1. As disposições contidas no art. 38 da Lei n. 9.307/96 apresentam um campo mais largo das situações jurídicas que podem ser apresentadas na contestação, em relação à prevista no art. 221 do RISTF, mas não chega ao ponto de permitir a invasão da esfera de mérito da sentença homologanda. 2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. **A Lei n. 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral.** Daí a inexistência de decisões conflitantes. 3. Sentença arbitral estrangeira homologada. (SEC .611/US, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 291)

Observa-se, assim, claramente que a decisão prolatada no REsp 1.251.331-RS, desprezou, totalmente, as peculiaridades do sistema dos juizados especiais, razão pela qual, torna-se necessário se concordar com o Ministro Massami Uyeda quando não considerou como sendo legítimo o *novel* controle pelo Superior Tribunal de Justiça sobre tal esfera de justiça, como consignou em seus esclarecimentos adiante transcritos:

¹⁷³ Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

¹⁷⁴ Em vários processos submetidos a grau recursal, as instituições financeiras fizeram acordo para pagar o montante da condenação, não havendo razão para a suspensão de tais ações.

Não estou dizendo que Juiz de Primeiro Grau não tenha capacidade de julgar, mas é a forma de se celerizar isso, e não há mais recurso. *Tollitur quaestio*. **O julgamento judicial, no final, é uma certa dose de política, de pacificação. Quem escolheu a via expressa, a via rápida – vamos chamar assim – do Juizado Especial sabe que ele não tem todo o ornamento do contraditório pleno, da produção total, e não vai poder exigir que as decisões sejam guarnecidas do relatório, não vai poder admitir que o juiz faça uma composição na base da equidade. Então, é uma Justiça como remonta nos primeiros tempos, em que o magistrado, em uma vara, chegando a ele um pleito, chamava as partes e dizia: "O direito está com vocês – subvara. É isso. A gênese, o fundamento da criação dos Juizados Especiais é um aperfeiçoamento dos Juizados de Pequenas Causas. E os Juizados de Pequenas Causas surgiram da necessidade de dar uma solução àquela litigiosidade contida na sociedade. E aí, então, foi um remédio, um achado.** Aliás, em 1997, participei de um debate internacional com o Juiz Peter Messitte, que era Juiz da Corte de Maryland, e, como tal, esse eminente Magistrado norte-americano foi convidado, por vários países, para propor sugestões sobre a simplificação e a celeridade dos processos. **E ele tem um posicionamento: a melhor iniciativa que eu encontrei em todas as nações que eu visitei foi à criação, a promulgação da Lei dos Juizados Especiais. O sistema do Juizado Especial brasileiro é a joia da coroa; a joia da coroa porque pacifica, porque permite acordo, permite uma solução imediata. Agora, se vamos admitir que isso ascenda à mais alta Corte infraconstitucional, então estamos fazendo com que essa joia da coroa fique toda deslustrada, e em detrimento das grandes questões que interessam à cidadania.** Este Tribunal abarca a competência total, tanto é que se diz que é o Tribunal da Cidadania. E como é que vamos ficar? E esta Seção de Direito Privado é o centro nevrálgico da vida do cidadão: o Direito Civil, o Direito Comercial, enfim, toda essa competência. É a Seção com a competência mais ampla. Grandes questões são aqui decididas: família, novos institutos. Ontem mesmo, a mídia já estava ressaltando o entendimento que está já provocando agitação no corpo social, mas nós temos essa responsabilidade. Então, quem optou pela via expressa do Juizado Especial, há que se conformar com as características desse Juizado. (original sem destaque)

Sobre o entendimento de Sua Excelência a Ministra Ellen Gracie, sufragado pelo STF, no RE 571.572/BA, que, segundo o voto, seria vantajoso, naquela hipótese, ao consumidor criticou o Ministro Massami Uyeda, em sua intervenção em comento, duramente a ampliação da competência constitucional do STJ:

Não se pode olvidar, outrossim, as circunstâncias em que fora traçada a orientação de que caberia Reclamação ao Superior Tribunal de Justiça contra julgados prolatados pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais. O c. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.571.572/BA, prolatou entendimento quanto à ilegitimidade da ANATEL em ação promovida por consumidor contra a concessionária, definindo-se a competência do Juizado Especial Estadual para o julgamento da causa e que a questão posta no caso concreto revestisse de natureza infraconstitucional. Em sede de embargos de declaração, a eminente Ministra Ellen Gracie, atendendo ao questionamento do embargante acerca da *"necessidade de este Supremo Tribunal Federal resolver a questão aqui discutida, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não detém competência para julgar*

matéria que tenha origem nos Juizados Especiais estaduais.” considerou que “até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução do impasse”. Observa-se, prezados colegas, que o mérito do apelo extremo n. 571.572/BA sequer tratou do assunto, que só fora levantado em sede de embargos de declaração, momento em que “se definiu a competência” do Superior Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar reclamações ajuizadas contra acórdãos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais, interpretando-se extensivamente a norma constitucional. Não parece crível poder-se alargar a competência do Superior Tribunal de Justiça em sede de embargos de declaração em recurso extraordinário, que não abarcou a questão, tampouco que esse pronunciamento tenha força vinculante igualando-a as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e às súmulas vinculantes. Talvez, com esses argumentos, a matéria ascenda novamente ao Pretório Excelso, que, por meio dos procedimentos legais pré-estabelecidos, poderá reaprecia-la. Enfim, com essas considerações, entende-se ser manifestamente incabível, por incompetência, as reclamações ofertadas neste Superior, contra julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais. Indefere-se, portanto, liminarmente, a inicial. É o voto.

Analisando o aludido voto podemos destacar didaticamente três pontos que retratam a fragilidade do instituto aprovado pelo STF, principalmente em face de suas consequências práticas. São elas:

- 1) Impossibilidade de efeito *erga omnes*;
- 2) Impossibilidade de ser utilizada como sucedâneo recursal;
- 3) Inviabilidade de sua utilização para o exame de mérito, *conteúdo da demanda onde existiria a decisão reclamada*.

O primeiro ponto, e fundamental para os defensores da criação da reclamação, diz respeito à suspensão *erga omnes* de todos os processos envolvendo a matéria similar em todas as turmas recursais¹⁷⁵. Entretanto, é preciso destacar que a referida suspensão, seria um provimento cautelar, sem, contudo, o condão de interferir no mérito da demanda, como se poderia pensar a primeira vista de uma leitura apressada do acórdão do STF.

Com efeito, tal vinculação sequer foi permitida em reclamações propostas perante o STF. Ora, se o constituinte não reservou tal prerrogativa à Suprema Corte, seria a interpretação constitucional algo menor do que a interpretação das leis federais?

¹⁷⁵ No caso da decisão liminar proferida pela Exma. Sra. Ministra Isabel Gallotti o efeito *erga omnes* atingiu até os processos ainda tramitando no primeiro grau.

Sobre o tema, ainda é importante destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Massami Uyeda, no julgamento antes mencionado:

É cediço que a reclamação tem, em sua essência, a função de fazer prevalecer, na hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais, manados de Tribunais Superiores (art. 102, inciso I, alínea "l", combinado com o artigo 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal, e 187 e seguintes do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça), para o fim de resguardar a integralidade e a eficácia subordinante dos comandos que deles emergem, bem como sua competência. Nunca é demais lembrar, também, que sua aplicabilidade objetiva assegurar a autoridade de decisão resultante de processo subjetivo, cuja vinculação é adstrita às partes que dele efetivamente participaram. Em recentes julgados, inclusive monocráticos, os Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal reafirmaram essa característica: Rcl 12.379, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 22/08/2011; Rcl 11.316, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje de 03/08/2011; Rcl 11.915, decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 27/06/2011; Rcl 10.471, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Dje de 21/06/2011; Rcl 9.592, decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso, Dje de 26/04/2010 e Rcl 11.201, Rel. Min. Celso de Mello¹⁷⁶, Dje de 01/06/2011 (...)

O segundo ponto a ser destacado diz respeito à impossibilidade da reclamação constitucional ser utilizada como sucedâneo recursal, o que ganha maior relevância quando se destaca que não havendo recurso previsto das decisões das turmas recursais para o STJ, têm-se a reclamação nada mais, nada menos, que um recurso especial anômalo, sem requisitos e com efeitos abrangentes. Ainda o Ministro Massami Uyeda, no voto em estudo, apontou a incoerência de tal mecanismo:

O Ministro Celso de Mello, ainda, foi categórico nos autos da Reclamação n. 6.537/MA: *“Inadequação da reclamação para o reexame do mérito da demanda originária. A reclamação não se configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado”*. Todavia, o que se tem presenciado, data máxima vênua, é um desvirtuamento dessa orientação pretoriana em nome de uma suposta

¹⁷⁶ “Rcl 11.201, Rel. Min. Celso de Mello, Dje de 01/06/2011. Neste último, destaca-se o ensinamento do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, in verbis: “Em suma: não se revela processualmente viável o emprego da reclamação, quando, nesta, se invoca, como paradigma, decisão proferida em face de situação concreta a que é completamente estranha a parte reclamante, tal como sucede na espécie ora em análise. Cumpre destacar, ainda, um outro aspecto, que, assinalado em sucessivas decisões desta Corte, afasta a possibilidade jurídico-processual de emprego da reclamação, notadamente naqueles casos em que a parte reclamante busca a revisão de certo ato decisório, por entendê-lo incompatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal. É que, considerada a ausência, na espécie dos pressupostos que poderiam legitimar o ajuizamento da reclamação, este remédio constitucional não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto desta Suprema Corte. Com efeito, tal como já referido, a reclamação constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, l', da Carta Política (RTJ 134/1033) – não se aplica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual, consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Voto do Min Massami Uyeda.

segurança jurídica, da devida prestação jurisdicional e de um controle dos entendimentos prolatados pelas Turmas Recursais, à luz da jurisprudência dita dominante do Superior Tribunal de Justiça. Que segurança jurídica está transmitindo o Poder Judiciário ao atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça não elencada pelo Constituinte? Segurança Jurídica, na acepção da palavra, decorre da determinabilidade das leis e da proteção da confiança, consubstanciado na existência de normas estáveis e previsíveis quanto aos seus efeitos (Canotilho). Da mesma forma, a ausência de recurso a um órgão nacional uniformizador da jurisprudência das Turmas Recursais Estaduais não significa negativa de prestação jurisdicional, até porque, o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal consignou a possibilidade de recurso das decisões proferidas pelos juizados especiais estaduais para turmas de juízes de primeiro grau. Frise-se, por oportuno, que se admitir os procedimentos hoje adotados, estar-se-á desvirtuando o âmago dos Juizados Especiais (...)

Sendo defesa a utilização a reclamação como sucedâneo recursal, ou melhor, “atalho processual”, já referido pelo Ministro Celso de Mello¹⁷⁷, não há como se justificarem as razões invocadas de necessidade de preservação da competência do Superior Tribunal de Justiça, vez que não tendo sequer a Lei Ápice previsto a recorribilidade das turmas recursais, afora a matéria constitucional, não há como se criar um recurso anômalo, notadamente por meio do aludido instituto.

O terceiro e último ponto de destaque no voto vencido do Relator diz respeito à impossibilidade prática da utilização da reclamação para exame de questões de mérito, o que ganha maior relevo, quando se atenta para o fato da imperatividade da Súmula nº 7, daquele Tribunal que veda a apreciação de questões de fato, o que pode ensejar inúmeras injustiças pela falta de possibilidade de uma decisão abarcar a análise, por exemplo, da existência ou não de vantagem excessiva em todos os contratos, em litígio, envolvendo as tarifas TAC/TEC e tarifas assemelhadas.

Por outro lado, se houvesse a possibilidade de recurso especial e fosse cumprido o art.543-C, do CPC, os juízes das turmas recursais poderiam continuar a ir contra o entendimento do STJ¹⁷⁸, o que nada facilitaria o trabalho daquela Corte, como bem advertido pelo referido relator no julgamento já referido:

Ademais, salvo melhor juízo, este Superior não conseguirá fazer prevalecer o seu 'entendimento pacificado' acerca de determinada questão; ao contrário, correrá o risco de cometer injustiças irreparáveis, isso porque, em razão do procedimento oral e da informalidade que rege os juizados especiais, em que se dispensa o relatório na sentença e se admite fundamentação sucinta em grau de recurso (artigos 38 e 46 da

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Em que pese à existência de entendimento que a interpretação deve ser vinculante, é parte da argumentação deste trabalho a insuficiência das razões que ensejaram um Tribunal sem competência recursal ordinária ter competência vinculante via reclamação ou decisão em recursos repetitivos.

Lei n. 9.099/95), não será possível, ao Ministro Relator, identificar se, de fato, o *decisum* impugnado cinge-se ao caso paradigmático. A orientação traçada está por travestir a reclamação em recurso especial, mas, contudo, sem os seus requisitos, como a necessidade de prequestionamento, a impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e da interpretação de cláusula contratual, a necessidade de impugnação específica dos fundamentos do acórdão recorrido etc., enfim, sem qualquer requisito de admissibilidade.

4.2.2 Dos filtros às reclamações aceitos pelo STJ

As ponderações do Ministro Massami Uyeda trouxeram incômodo ao colegiado, tendo a Ministra Nancy Andrighi pedido vistas dos autos para inicialmente demonstrar sua preocupação com a “necessidade de melhor regulamentação das Reclamações fundamentadas na Res./STJ nº 12/2009”, considerando que, segundo a mesma de 150 reclamações distribuídas no ano de 2009, naquele tribunal, teria havido um aumento da demanda para o montante de 1.471 reclamações propostas do período compreendido de janeiro a seis de outubro de 2011, o que colocaria em “risco a atuação célere da Corte em todos os demais processos que são de sua atribuição constitucional”.

O receio do estrangulamento do STJ trouxe a preocupação, segundo a Ministra, de se “repensar os limites desse novo remédio jurídico processual”, havendo duas soluções, segundo a mesma para o problema:

- ✓ *restrição total ao cabimento das reclamações por inexistência de previsão constitucional específica, preconizada pelo i. Min. Massami Uyeda no voto que proferiu no julgamento da Rcl 6.721/MT*
- ✓ *criação, por construção jurisprudencial, de novos requisitos objetivos de admissibilidade desse remédio jurídico, limitando-se o conhecimento das reclamações às causas que discutissem mais de 20 salários mínimos e exigindo-se que, com a inicial, a parte elaborasse um resumo-formulário, como acenou, inicialmente, o i. Min. Sidnei Beneti no julgamento da Rcl. 3.812/ES, da qual também pedi vista e que trago a julgamento nesta data.*

Todavia, no entender da Ministra nenhuma das soluções acima sugeridas poderiam ser adotadas, uma vez que a primeira ofenderia a decisão do STF e a Resolução do STJ e, a segunda, seria desprovida de praticidade, conforme restou consignado em seu voto-*vista*:

A restrição completa da reclamação encontraria dois óbices: (i) em primeiro lugar, há uma decisão do plenário do STF (EDcl no ED 572.571/BA) reputando cabível o remédio jurídico processual, de modo que dizer, agora, que a Constituição não o autoriza implicaria confrontar o entendimento do órgão que tem competência para interpretá-la; (ii) em segundo lugar, há uma norma administrativa (Res./STJ nº

12/2009), emanada da Presidência do STJ, regulando o cabimento e a forma de processamento dessas reclamações. Dizer, agora, que elas não podem ser manejadas pelas partes causaria um indesejável impasse para os jurisdicionados. A proposta inicialmente feita pelo i. Min. Beneti no voto que proferiu na Rcl. 3.812/ES, de estabelecer dois novos requisitos para o cabimento da reclamação, apresenta contornos muito interessantes, mas também não me parece a mais adequada neste momento, com todas as vênias. Talvez a criação de limitações em termos de valor para a admissão do recurso, e de elaboração, pelas partes, de um resumo-formulário que facilite o julgamento das causas, sejam valiosas ideias a serem aproveitadas numa eventual revisão da Res/STJ 12/2009. Mas estabelecer esses requisitos, desde já, por construção jurisprudencial, talvez seja uma medida traga mais dificuldades que soluções para o dia a dia do Tribunal, notadamente tendo em vista que seria necessário aparelhar o NUPRE para que promovesse um exame prévio de admissibilidade dessas medidas.

Como se observa, a preocupação da Ministra não se relaciona com os problemas de adequação do instituto da reclamação ante as dificuldades de sua operacionalização em face da sistemática do art.543-C, do CPC. Na verdade, a impossibilidade de aplicação do § 8º, daquele dispositivo que autorizaria os juízes de Turmas Recursais a manterem a decisão mesmo divergente com o resultado da reclamação, sequer foi ventilada, o que demonstra o claro objetivo de impor entendimento e não facilitar trâmite de recursos especiais, aliás, como já esclarecido, incabíveis na hipótese.

Ao contrário do forte voto do Ministro Massami Uyeda, a preocupação da Ministra se deveu apenas a operacionalização dos mesmos no Tribunal que trabalha. De fato, se seria difícil aparelhar a NUPRE, imagina aparelhar mais de 1.600 turmas recursais estaduais a processarem recursos especiais, ou simulacros destes, em forma de formulários, atribuições que, constitucionalmente, não lhes foram reservadas.

Apresentou a ministra, contudo, dois requisitos para a solução do problema do crescente aumento das reclamações distribuída na 2ª Seção daquele Tribunal, que seriam, precisamente, a definição do que seria “jurisprudência firmada” daquela corte que houvesse sido contrariada pela decisão e que a controvérsia tenha por base o direito material substantivo, isto é, não seja controvérsia de natureza processual, em face das peculiaridades procedimentais do sistema de JECs, conforme se verifica do trecho do seu voto a seguir transcrito:

(...)há dois requisitos que já vêm sendo impostos, ainda que timidamente, pela jurisprudência desta 2ª Seção para admitir o manejo de reclamações fundamentadas na Res/STJ 12/2009, a saber:

(i) é necessário que tenha sido contrariada jurisprudência *firmada* pelo STJ, entendendo-se por jurisprudência *firmada* apenas: (i.1) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (i.2) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais; e

(ii) é necessário que divergência se dê quanto a *direito material*, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos Juizados Especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95 e dificilmente haverá similitude fática entre uma causa que tramita perante tais Juizados, e uma causa que tramita perante o juízo cível comum;

Com relação ao primeiro dos dois requisitos, não basta ao reclamante indicar o Enunciado de Súmula que entende violado. É preciso que, analisando os precedentes que deram origem a esse enunciado, o reclamante demonstre a similitude fática entre o enunciado de súmula e a decisão proferida pelos Juizados Especiais, demonstrando a pertinência da invocação. Os mesmos requisitos exigem-se quando a divergência é invocada com base em precedente exarado no julgamento de Recurso Especial em Controvérsia Repetitiva, hipótese em que será necessário que a parte promova cotejo analítico entre as hipóteses confrontadas, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC.

O estabelecimento desses dois filtros, segundo a ministra, já seria suficiente para conter a “avalanche de processos que esta 2ª Seção tem recebido para discussão de causas ajuizadas perante os Juizados Especiais”, o que por si só indica que a instituição da Reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça teve como único objetivo o controle das decisões dos Juizados Especiais cíveis, o que se traduz na certeza que o posicionamento do Ministro Massami Uyeda foi o mais razoável ao identificar que o STF criou um recurso especial não previsto na Constituição, e assim sendo inconstitucional, sem filtros ou mecanismos de admissibilidade.

Consignou, finalmente, a Exma. Ministra que encaminhou à Presidência daquele Superior, proposta de revisão da Res/STJ nº 12/2009, com a inclusão dos aludidos requisitos, “juntamente com uma série de outras exigências para a admissão desse novo remédio jurídico processual”, razão pela qual, aplicando os aludidos filtros, no processo em exame, entendeu pela inadmissibilidade da reclamação.

4.3 DA INEXISTÊNCIA DE REFERÊNCIA AOS “FILTROS” NA DECISÃO DA RELATORA DA RESP 1.251.331-RS, QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DE REPETIÇÃO DE TARIFAS BANCÁRIAS

Não obstante a decisão de Sua Excelência a Ministra Isabel Gallotti ter sido prolatada em um recurso especial (REsp 1.251.331-RS) e não em uma reclamação constitucional, é importante observar que para que seus efeitos pudessem ter sido impostos aos Juizados cíveis devia ter sido observado a existência dos filtros sugeridos pela Exma. Min. Nancy Andrighi quais sejam: Jurisprudência firmada em súmula ou precedente de recurso repetitivo e, ainda, que não tenha o recurso por objeto a análise de questão processual.

Ora, de logo percebemos que a matéria não está sumulada pelo STJ, o que acarreta a necessidade de que a jurisprudência tenha por base não apenas uma decisão isolada mas

precedente em recurso repetitivo o que não foi o caso do precedente citado, naquela decisão, da lavra da própria Ministra Isabel Gallotti, que foi o REsp 1.270.174-RS.

Sendo assim dessume-se que os motivos ensejadores da suspensão determinada pela aludida Ministra, não poderia se valer do precedente da lavra do seu Exmo Colega Ministro Luiz Fux¹⁷⁹, visto que tal decisão foi anterior ao dia 23 de novembro de 2011, data em que o STJ, acolhendo o voto da Min. Nancy Andrigh na Rcl 6.721-MT, estabeleceu filtros para o recebimento de reclamações.

Quanto ao precedente citado que teve por relatoria o Exmo Ministro Sidnei Benetti, há que se destacar que a referida decisão, mesmo posterior ao julgamento da Rcl 6271-MT, DJE de 07.08.2012, foi prolatada em sede de medida cautelar (MC 19.734/PR), o que extrapola os limites processuais de Recurso Especial e da Reclamação, não podendo servir de paradigma.

Logo se conclui que os filtros não foram observados, e se não é qualquer jurisprudência que pode ensejar a propositura de reclamação nos quais fossem suspensos todos os processos dos JECs, como poderia ter sido dado efeito de reclamação ao REsp nº 1.251.331-RS?

A resposta somente pode ser negativa, visto que, não havendo possibilidade de Recurso Especial no sistema de juizados, apenas a reclamação autorizaria a suspensão de processos nos juizados. Do contrário, teríamos que o Supremo criara uma reclamação sem utilidade, pois qualquer ministro do STJ poderia dar efeito *erga omnes* em qualquer REsp de modo a atingir os processos em tramitação nos juizados sem necessidade de uma reclamação, tornando inócua sua criação por ausência de utilidade.

4.4 DAS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA PADRONIZAÇÃO DECORRENTE DO ACÓRDÃO NO RESP 1.251.331-RS, DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ

Em 24 de outubro de 2013, o REsp nº 1.251.331- RS foi finalmente posto em julgamento, resultando na tese favorável aos interesses das instituições bancárias, que inclusive aceitaram a legalidade da cobrança da TAC e TEC até 30.04.2008, e não aceitaram a invocação da legislação consumerista para caracterização da abusividade.

¹⁷⁹ REsp 1.060.210/SC, DJE 16.12.2010

Com efeito, o acórdão relatado teve a seguinte ementa¹⁸⁰:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.

(...) 3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, "a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição."

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de "realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente" (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

¹⁸⁰ Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=27138258&num_registro=201100964354&data=20131024&tipo=5&formato=HTML. Acesso em 10 jan. 2014.

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 10. Recurso especial parcialmente provido. ACÓRDÃO A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento para que sejam observados os juros remuneratórios nas taxas mensal e anual efetiva, como pactuados, e para restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), e a cobrança parcelada do IOF, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, ressalvados os posicionamentos pessoais dos Srs. Ministros Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanharam a relatora, foram fixadas as seguintes teses: 1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; 2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira; 3. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Raul Araújo Filho e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentaram oralmente, o Dr. MARCOS CAVALCANTE DE OLIVEIRA, pela RECORRENTE: AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A; o Dr. ÁTILA DO NASCIMENTO, pelo RECORRIDO: ENÉAS DA SILVA AMARAL e o Dr. ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA, pelo INTERESSADO: BANCO

CENTRAL DO BRASIL. Brasília/DF, 28 de agosto de 2013(Data do Julgamento) MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI – Relatora.

O primeiro aspecto a ser destacado no aludido acórdão é o fato da Relatora ter se contradito em relação a sua decisão liminar que havia estendido a suspensão a todos os processos e a todas as tarifas bancárias, não apenas TAC e TEC:

Providência lógica, então, que todas as ações de conhecimento em que haja discussão, **em conjunto ou individualmente, sobre a legitimidade da cobrança das tarifas administrativas para a concessão e cobrança do crédito, sob quaisquer denominações,** bem como a possibilidade de financiamento do IOF, sejam paralisadas até o final julgamento deste processo pela Segunda Seção. (Sem grifos ou destaques no original)

Com base em tal decisão não apenas os processos envolvendo pedido de restituição de TAC ou TEC foram suspensos, mas todos os demais que tivessem qualquer cobrança de tarifa incidente sobre contrato de financiamento.

De repente, não mais que de repente, por ocasião do julgamento meritório, em seu voto¹⁸¹, a Relatora se esqueceu da decisão interlocutória que havia tomado que suspendeu centenas de milhares de processo, limitando o alcance do julgamento da controvérsia repetitiva apenas aos processos envolvendo as duas retromencionadas tarifas:

As tarifas em questão nos presentes autos são apenas as que têm por objeto direto a concessão e cobrança do crédito, a saber, a tarifa para confecção de cadastro e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador) e para emissão de boleto de pagamento ou carnê (TEC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador).Igualmente, foi afetada para julgamento, segundo o rito do art. 543-C, a questão relativa ao financiamento do IOF. Apenas a controvérsia acerca dessas questões, portanto, justifica a suspensão dos processos na instância de origem. **As demais matérias tratadas nas manifestações juntadas aos autos, como valores cobrados para ressarcir serviços de terceiros e tarifas por serviços não cogitados nestes autos, não estão sujeitas a julgamento e, portanto, escapam ao objeto do recurso repetitivo, embora os fundamentos adiante expostos devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias.** (sem destaques no original)

¹⁸¹ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=32524128&num_registro=201100964354&data=20131122&tipo=41&formato=HTML . Acesso em 10.01.2014.

Ora, como se observa a decisão liminar, que atendeu o pedido da FEBRABAN, foi precipitada ao suspender processos que sequer estariam nos limites da lide repetitiva, como por exemplo os que discutiam somente o seguro obrigatório, tarifa de avaliação ou serviços de terceiro se constituindo em um impedimento ao acesso à justiça pela falta de limitação das consequências da decisão por ocasião da decisão interlocutória.

Entretanto, o objetivo do pedido da Febraban foi parar e intimidar os juízes de primeiro grau, sobretudo dos juizados que estavam julgando até com determinação de devolução das tarifas em dobro, e no momento que a Ministra proferiu uma decisão com mais argumento de autoridade, do que de razoabilidade, parando todos os processos, até os que não deveriam ser paralisados, estabeleceu-se um modelo a ser seguido pelos magistrados de primeiro grau, que já produziu efeitos por muitas turmas recursais já começaram a seguir, por timidez ou convencimento forçado, o entendimento do STJ.

Não se vislumbra, portanto, um erro material na decisão interlocutória, o objetivo de doutrinação foi claro, tanto que a extensão dos efeitos da decisão pode ser sentido pelo próprio voto de Sua Excelência o Ministro João Otávio de Noronha¹⁸²:

Sr. Presidente, um dos vetores do Direito é a segurança jurídica e de uma Corte de precedentes, muito mais. Não votei quando foram afetadas ao Superior Tribunal de Justiça as questões das tarifas, mas adiro ao voto da Ministra relatora, porque nenhum fato aconteceu entre aquele julgamento e este que pudesse importar em alteração do entendimento desta Corte; caso isso ocorresse, causaríamos uma perplexidade. Há uma ou outra taxa que eu questionaria, mas não irei fazê-lo. A razão é muito simples: a Seção, a Corte quando decidiu, pacificou a matéria, e todos nós passamos a seguir a orientação firmada. Os Tribunais começaram a aplicar o entendimento com pouca recalcitrância. Reabrir tudo isso seria jogar por terra a estabilidade da decisão do Superior Tribunal de Justiça e colocar em xeque a segurança jurídica, princípio essencial à pacificação social. Por isso, reafirmo meu voto, registrando o excelente trabalho da Ministra Isabel Gallotti, cujo voto foi percuciente, detalhado e exaustivo. Acompanho, então, a Ministra relatora. É como voto.

Ora, se o julgamento definitivo somente se referia a TAC e TEC, qual seria a “uma ou outra taxa” que o Senhor Ministro João Otávio de Noronha questionaria?

Se somente são duas, e ele questionaria uma ou outra, parece que não sobraria nenhuma outra tarifa, o que seria um argumento autofágico para quem acompanhou o voto da relatora.

¹⁸² Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31300248&num_registro=201100964354&data=20131024&tipo=2&formato=HTML. Acesso em 10.01.2014.

De fato, “uma ou outra taxa” somente pode se referir as inúmeras outras tarifas sinalizadas como de cobrança permitida pelo Superior Tribunal de Justiça em total vilipêndio às históricas conquistas dos consumidores no País.

Aliás, o medo de se reconhecer à aplicabilidade da legislação consumerista foi outra grande inconseqüência do aludido julgamento, preconceito conforme se depreende do seguinte trecho do voto da Relatora:

Quanto à Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) ou Boleto (TEB), a qual remunerava a comodidade de o cliente, a seu pedido, solver a obrigação mediante documento liquidável em qualquer banco, não mais subsiste, como visto, a partir da Resolução CMN 3.518, eficaz desde 30.4.2008. Assim, o custo da emissão do boleto foi incorporado à taxa de juros com a qual deverão arcar todos os consumidores, independentemente de sua disposição original de pagar diretamente à instituição financeira credora, sem a necessidade de emissão do boleto para a compensação bancária.

O embutimento do custo da emissão de carnês de pagamento na taxa de juros não atende ao dever de informação e transparência e nem implica necessariamente a diminuição da onerosidade do contrato. A vedação de sua cobrança em separado deve ser obrigatoriamente observada pelas instituições financeiras **não em decorrência do CDC, mas em respeito à uniformidade de tratamento dos encargos bancários ditada pela autoridade monetária, a qual, dentro de sua competência (CF, art. 192 e Lei 4.595/64, art. 4º e 9º) e com sua visão técnica e macro-econômica do sistema financeiro, impôs esta conduta, orientando assim o proceder futuro dos agentes de mercado na pactuação das cláusulas contratuais.** (sem grifos ou destaques no original)

A fundamentação do voto chega ao extremo de revogar o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatuído no art.5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estatuir que as decisões do Banco Central estariam fora do crivo do judiciário:

Por fim, tendo em conta as lúcidas ponderações do Ministro Ricardo Cueva, anoto que eventual deficiência no ambiente de concorrência inerente ao mercado, porventura observada na prática, entre instituições financeiras, justifica a atuação segura de órgãos públicos, especialmente o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, **mas não do Poder Judiciário na análise individual de alguns casos trazidos à sua apreciação. O Poder Judiciário não tem a visão de conjunto macro-econômica das autoridades monetárias. Sua atuação em casos isolados, infirmando regras contratuais compatíveis com a regulamentação do BACEN e não destoantes das práticas e valores de mercado, implicaria, data maxima vênia, ofensa aos princípios do pacta sunt servanda, da autonomia da vontade e prejuízo manifesto à segurança jurídica,** ensejando o aumento do risco e dos juros para a generalidade dos consumidores e não de sua diminuição." Reafirmo o entendimento acima exposto, no sentido da legalidade das tarifas bancárias, desde pactuadas de forma clara no contrato e atendida a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, ressalvado abuso devidamente comprovado, caso a caso, em comparação com os preços cobrados no mercado. Esse

abuso há de ser objetivamente demonstrado, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

Anoto que o Banco Central do Brasil divulga os valores mínimo, máximo, a periodicidade de cobrança, e a média das diversas tarifas cobradas pelos bancos, o que permite, a exemplo do que já ocorre com os juros remuneratórios, e em conjunto com as demais circunstâncias de cada caso concreto, notadamente o tipo de operação e o canal de contratação, aferir a eventual abusividade, em relação às práticas de mercado, das tarifas cobradas. (...) Prefiro dizer: o mercado é real e inexorável. A racionalidade do mercado muitas vezes somente é compreendida no futuro. **A autoridade monetária pode não acertar, se vista a sua opção em época posterior. Mas seguir as regras por ela ditadas em abstrato, no âmbito estrito de sua competência, é imperativo constitucional e legal.** Os agentes financeiros agem tendo por base as regras do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central. Caberá ao Judiciário, na análise de cada caso concreto, apreciar alegações de lesão de direito, seja em caso de indevida aplicação retroativa da regra editada pela autoridade monetária, de extravasamento de sua competência, do que não se cogita nos autos, de vício de transparência do contrato ou de abuso nos valores cobrados, tendo em conta os parâmetros do mercado. **A quebra do sistema, pelo Poder Judiciário, com a declaração de ilegalidade de taxas expressamente previstas na regulamentação do CMNBACEN, acarretaria insegurança jurídica e, em consequência, aumento do risco e da taxa de juros, em prejuízo do próprio consumidor.** (sem grifos ou destaques no original)

Se a mão invisível do mercado e a autoridade do Banco Central, segundo a Relatora, podem até errar, mas devem ser seguidas, não cabendo ao Poder Judiciário apreciar o abuso, não apenas no tocante ao valor, mas a própria existência da cobrança resta claro que a suspensão dos feitos no sistema de juizados é medida de controle ideológico favorável ao capital sem qualquer proteção ao consumidor.

Note-se que o argumento trazido pela Relatora, de que a abusividade da tarifa há de ser demonstrada: “por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado”, fica transferido o ônus da prova ao hipossuficiente em uma clara ofensa ao disposto no art.6º, VIII, do CDC, que permite a inversão do ônus da prova.

Parâmetros objetivos do mercado, o que seria isso? Já que a simples média é consequência, não um parâmetro, logo a tentativa de impedir a utilização de conceitos jurídicos abstratos ou convicção subjetiva do magistrado visa impedir a utilização do disposto no art.6º, da Lei nº 9099/95, pois “justiça”, “equidade”, “bem comum” e “finalidade social” sequer foram tangenciados pela Ministra Relatora que prefere a pouca concretude dos conceitos de “segurança jurídica”, “abusividade” e “autonomia da vontade”.

Melhor argumentação, sem sombra de dúvida, teve o sintético voto de Sua Excelência a Ministra Nancy Andrichi, que entendeu pela impossibilidade do STJ rever o acórdão do TJRS sem afrontar a Súmula nº 5, do próprio Tribunal Superior, que veda a interposição de REsp por questão de simples interpretação de cláusula contratual, observando que a abusividade não apenas se refere ao valor da tarifa cobrada mas a violação pela instituição financeira do dever de informação estatuído no art.4º, IV; 6º, III e 31, todos do CDC, conforme consignou :

A primeira questão que salta aos olhos na análise do processo em julgamento, com todas as vênias à i. Min. Relatora, é a de que o acórdão recorrido, analisando o contrato de financiamento que deu origem à lide, reconheceu a abusividade da cláusula contratual que estabeleceu a cobrança das Taxas de Abertura de Crédito (TAC) e de Emissão de Carnê (TEC). **Assim, ao menos em princípio, a revisão dessa parcela do acórdão esbarraria no óbice do Enunciado 5 da Súmula/STJ. O óbice sumular vem sendo contornado, nesta Corte, mediante a observação de que o reconhecimento da ilegalidade da cobrança de taxa de abertura de crédito ou de emissão de boletos bancários dependem de "demonstração cabal de sua abusividade".** Há inúmeros precedentes nesse sentido, inclusive citados no voto da i. Min. Relatora. Contudo, o fundamento pelo qual o TJRS afastou referida cobrança não foi apenas o da abusividade da cláusula, mas também o de que "o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa e/ou taxa, pois nela apenas consta o seu valor". Ou seja, o TJRS reputou que a instituição financeira inadimpliu seu dever de transparência e de informação quanto aos termos e fundamentos do contrato aqui discutido. **Esse dever tem posição de destaque no ordenamento jurídico, decorrendo não apenas das disposições do CDC (art. 4º, caput e inc. IV, 6º, III, 31, entre tantos outros),** como também das inúmeras Resoluções do Conselho Monetário Nacional indicadas no recurso especial e nos votos precedentes, o que dá a medida de sua importância. **Se o acórdão recorrido entendeu inadimplido esse dever, com base na interpretação que deu do instrumento contratual, a revisão, nesta sede, é impossível, salvo se esta Corte, reapreciando as condições de fato que permeiam a lide, contrarie a afirmação contida no acórdão recorrido e exponha os motivos pelos quais o dever de informação foi adimplido. Isso, com todas as vênias, não é possível fazer.** Mas esse não é o único fundamento do acórdão recorrido. Além da violação do direito à informação, TJRS também reputou que a cobrança das taxas seria abusiva. Neste ponto, o julgado transita na área já abordada por inúmeros precedentes desta Corte, de modo que faria sentido, em princípio, exigir que a abusividade fosse cabalmente demonstrada, mediante o cotejo com a média cobrada pelas demais instituições financeiras em operações da mesma espécie. (original sem grifos ou destaques)

Desmistificou, ainda, a Ministra dissidente o argumento de que os atos do Banco Central estariam fora do crivo do judiciário, indo mais além, para de forma inteligente destacar que se o próprio órgão regulamentador da atividade financeira reconheceu, através da Resolução BACEN nº 3693/09, que a cobrança das taxas era abusiva,

não há impedimento para o reconhecimento, pelo judiciário, de tal abusividade em relação ao período pretérito ao advento da nova disciplina normativa.

No entanto, reputo importante observar que, conquanto a jurisprudência desta Corte já tenha reputado que a transferência deste custo ao consumidor não pode, por si só, justificar a revisão da cláusula, **é intrigante o fato de que o próprio Conselho Monetário Nacional, posteriormente, veio a editar a Resolução nº 3.693/2009, do Banco Central, vedando a cobrança de taxa sobre "emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados"**. Ora, ainda que essa resolução somente tenha eficácia para vincular as instituições financeiras após 26 de março de 2009, **é inegável o fato de que a própria autoridade reguladora do mercado financeiro veio, ao final, a reconhecer a abusividade dessa cobrança.**

Se essa abusividade foi reconhecida pela própria autoridade reguladora para o período posterior à Resolução 3.693/2009, vedando-se de maneira cabal sua cobrança, por que não poderia o judiciário, analisando as normas contidas no CDC, dar a mesma interpretação também com relação à respectiva cobrança nos contratos mais antigos? Não se está, com isso, fazendo retroagir os efeitos da Resolução nova, mas apenas tomando-a como cânone interpretativo para as relações jurídicas anteriores à sua vigência. Neste ponto, **é necessário ressaltar que a norma que regula a elaboração de todos esses contratos, em última análise, não é a Resolução 3.693 do Banco Central, mas o Código de Defesa do Consumidor, com suas disposições de caráter aberto, carentes de complementos de interpretação. A Resolução, ao reconhecer a abusividade de uma taxa para contratos assinados a partir de sua vigência, apenas revela uma abusividade que, em última análise, sempre esteve presente, mesmo porque as resoluções do CMN, como ato administrativo secundário, somente podem conter o que já estaria previamente autorizado pela Lei.** Assim, não basta, novamente com todas as vênias aos ilustres Ministros que divergem deste raciocínio, dizer que "somente em 2009 (...) é que se nota um significativo avanço regulamentar e institucional por parte das autoridades monetárias em busca de maior transparência, segurança jurídica e acesso à informação no mercado de serviços bancários". Se a vedação à referida cobrança é um significativo avanço, se é uma medida que privilegia a transparência e a segurança jurídica, a medida pode e deve ser reputada como contida na previsão do art. 51, IV, do CDC, independentemente de qualquer ato administrativo posterior.

E se a taxa de emissão de carnês (TEC), é abusiva pelos motivos descritos acima, o mesmo destino deve ter a taxa de abertura de crédito (TAC), uma vez que tanto uma, como outra, consubstanciam cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida. As taxas destinam-se, em verdade, a cobrir custos da Instituição Financeira com o empréstimo. (...) Forte nessas razões, acompanho a conclusão da i. Ministra Relatora, no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, com a ressalva, porém, de meu entendimento pessoal consignado no presente voto.

Finalmente, observa-se como mais uma incongruência do aludido julgamento, a permissão expressa, contida no acórdão de cobrança da Tarifa de Abertura de Cadastro, a TAC-2, ou TC, pois se o objeto do recurso repetitivo havia sido limitado ao julgamento da

Tarifa de Abertura de Crédito - TAC e Tarifa de Emissão de Carne – TEC, como se permitir naquela decisão a autorização para a cobrança desta terceiro tipo de tarifa? Em seu voto a Relatora reconheceu que tanto a TAC como a TAC-2, possuem o mesmo fato gerador:

As tarifas em questão nos presentes autos são apenas as que têm por objeto direto a concessão e cobrança do crédito, a saber, a tarifa para confecção de cadastro e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador)(...)

Já no julgamento dos embargos de declaração¹⁸³, julgados em 13.11.2013 interpostos contra o acórdão da Segunda Seção, tentou esclarecer a ministra a inclusão da TAC-2, ou TC, como a mesma denominou:

O fato gerador de ambas as tarifas (extinta TAC e atual TC) é parcialmente coincidente, donde a necessidade de esclarecimento da questão no recurso repetitivo, dado que a diferença essencial entre a TAC e a TC consiste na circunstância de que esta última (TC) incide apenas uma vez no início do relacionamento entre a instituição financeira e o cliente.

No caso concreto, como ficou claro à fl. 854, o contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária em litígio foi celebrado em 18.7.2006, de sorte que somente podem ser cobradas as tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê efetivamente previstas, não havendo declaração em favor da instituição financeira quanto à exigibilidade da Tarifa de Cadastro. Esse encargo específico, aliás, foi abordado para permitir aos jurisdicionados o perfeito discernimento entre uma e outra tarifa, bem como a sucessão no tempo pelos normativos editados pelo Banco Central, de forma que não se cogita de julgamento *extra petita* na hipótese.

Ora, se o contrato foi firmado quando era legalmente permitida a TAC, não havia sido criada a TAC-2, não havendo razoabilidade para que a Ministra expressamente no decisum do acórdão ressaltasse a possibilidade de cobrança de uma nova tarifa extrapolando os limites da lide repetitiva.

De outro vértice, se possuem ambas as tarifas o mesmo fato gerador e uma delas vem padecer de abusividade, em face da legislação consumerista, não se pode admitir a validade da segunda tarifa, travestida de nova roupagem, albergada na simples alegação, de difícil comprovação, de que somente poderia ser cobrada uma única vez do consumidor.

¹⁸³ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=32524128&num_registro=201100964354&data=20131122&tipo=41&formato=HTML. Acesso em 14.01.2014.

O que distingue institutos jurídicos não é a simples nomenclatura utilizada pelo ato administrativo ou contrato que a fez surgir no ordenamento, mas sim, o fato gerador, devendo se recordar, por analogia, do comando contido no art. 4º, II, do CTN¹⁸⁴:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

A interpretação jurídica não pode se reduzir a uma literalidade taxonômica, como se o que seria ou não abusiva dependesse apenas da denominação que lhe foi atribuída em um ato administrativo ou em um contrato.

Logo, se a tarifa de abertura de crédito era abusiva, padece do mesmo vício sua sucessora, no caso, a tarifa de abertura de cadastro, até mesmo porque o crédito somente é liberado com a aprovação do cadastro, sendo a primeira continente em relação ao conteúdo da segunda, que não pode ter sua validade sustentada, como entendeu a Ministra Relatora, quando blindou as instituições financeiras com a construção de um entendimento *extra petita*.

Estariam, pois, os processos em que se discutem a restituição simples ou em dobro de tarifa de abertura de cadastro, que extrapolaram o estreito limite cognitivo do recurso especial aptos a vincularem os juízes das turmas recursais na forma da sistemática do art.543-C, do CPC?

Claro que não, pois nem mesmo em relação as TAC e a TEC antes de abril de 2008, estão os magistrados componentes das Turmas Recursais obrigados a seguirem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, eis que o § 8º, do aludido dispositivo, permite a manutenção da divergência, notadamente quando não há recurso especial a ter sua admissibilidade examinada como apontamos anteriormente.

Entretanto, silenciou totalmente a referida Ministra, em seu voto, quanto à impossibilidade vinculação das turmas recursais ao entendimento, qualquer que seja assumido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>>. Acesso em 14.01.2014.

CONCLUSÃO

Os juizados especiais cíveis desempenham uma importante função de legitimação para o poder judiciário estadual, não apenas pelo número de causas que lhe são submetidas, quando comparado com a justiça comum, mas também pela facilidade do acesso (ausência de custas, de advogados até 20 salários mínimos etc.), aliada aos aspectos principiológicos de oralidade e informalidade na busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Não é, assim, uma justiça menor, uma justiça fácil onde se produziria um direito de segunda categoria, do que se deduz que a pretensão do STJ em padronizar as decisões das turmas recursais de todo o Brasil, em nome de uma segurança jurídica e de uma necessidade de uniformização desse importante setor da justiça em face da jurisprudência do referido tribunal foi, no mínimo, temerária, desatendendo a boa técnica jurídica e atendendo interesses dos litigantes organizacionais privados, em prejuízo a independência e os comandos específicos da Lei nº 9099/95, notadamente o da sociabilidade da convicção judicial, estatuído no art.6º, do aludido diploma, que impõe que a sentença judicial se molde aos pré-conceitos lógicos do julgador de forma a satisfazer os vetores meta-jurídicos de equidade e a justiça, a finalidade social e o bem comum, garantindo uma maior legitimidade perante os jurisdicionados.

A aplicação, portanto, do princípio da sociabilidade da convicção judicial não é uma mera faculdade do juiz, ou simples recomendação de aplicação subsidiária de tais vetores, como nos critérios previstos na LINDB, pois mesmo na hipótese de não existir lacuna, em casos fáceis ou difíceis, havendo injustiça na aplicação pura da lei, a decisão deve ser proferida em consonância com os valores axiológicos do intérprete.

Valores estes, contudo, que não são absolutos, pois podem ser percebidos através da utilização do método abdução de Charles Sanders Peirce, em um contexto de descoberta onde os pré-conceitos do aplicador esclareceriam o fato posto, a fim de construir, no contexto de justificação da retórica do entimema judicial, os limites do seu entendimento.

De fato, o julgador está inserido em um processo histórico e social que o molda, determinando sua atuação na natureza das relações interpessoais em litígio sob sua apreciação; neste contexto, quanto mais perto de vivenciar a realidade que analisa menor a chance do resultado ser dissonante dos valores esperados pela sociedade, do que se depreende a grande dificuldade, sem mitigar o princípio da sociabilidade da convicção judicial, de se impor ao julgador das turmas recursais um entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

uniformizado a partir de precedentes que, diga-se de passagem, não se originaram, mesmo parcialmente, do referido sistema especial de justiça.

Ora, o interpretar não se confunde com o justificar nem se deve buscar uma exatidão como forma de satisfação de expectativas de resultados, pois a aplicação do Direito não se limita ao cumprimento de um argumento de autoridade. De tal modo, mostra-se de uma inconsequência prática manifesta, que o Superior Tribunal de Justiça, sem violação ao disposto nos enunciados de sua Súmula de nº 05 e 07, que vedam a simples apreciação de cláusulas contratuais e de interpretação de matéria fática em sede de REsp., possa aquilatar, em tema de tarifas bancárias discutidas no REsp. nº 1.251.331RS, a proximidade social decorrente da relação do intérprete com a tradição na busca da verdade privilegiada pela sociabilidade da convicção.

É certo, no entanto, que a definição do que é, ou não é justo, e das finalidades sociais e o interesse no bem comum não podem ser arbitrários, pois dependerão de critérios de razoabilidade no manejo dos custos e vantagens da justiça social e do bem comum, no caso concreto, que também se vinculam ao julgador, isto é, a fundamentação deve esclarecer, explicar, mais do que simplesmente elucidar um contexto de justificação.

Em face de tais peculiaridades e da vigilância dos princípios estatuídos no Código do Consumidor, constatou-se, nos últimos anos, a violação pelas instituições financeiras, através da celebração de milhares de contratos de financiamento bancário com cláusulas abusivas que inseriram tarifas leoninas e desprovidas de razoabilidade, o que levou a muitos dos magistrados dos juizados especiais, optarem por desconsiderarem o norte não vinculativo da jurisprudência do STJ para expurgá-las de modo a preservar o equilíbrio contratual e a preservação do consumidor hipossuficiente.

Logo, não havendo possibilidade de cabimento de interposição de recursos especiais contra as decisões das turmas recursais, a reclamação criada pelo STF no RE 571.572.ED, culminando com a prolação da decisão da Relatora do REsp nº 1.251.331.RS, se constituiu em um método alternativo de controle da atividade jurisdicional, incompatível com a autonomia dos JECs e com os vetores decisoriais antes mencionados, atendendo, assim, a expectativa da FEBRABAN em relação a garantia de expectativa de resultados econômicos contratuais, já aduzidos no relatório do Banco Mundial.

A reclamação trouxe, portanto, a diminuição do espectro formador dessa consciência coletiva do ideal de justo, com a restrição da produção do direito, abandonada que foi em favor do tecnicismo da standardização de valores que intensificou uma massificação e controle ideológico pelos tribunais superiores, historicamente mais influenciados por litigantes

organizacionais, públicos ou privados, que tanto acesso possuem aos estamentos que formam a cúpula do Poder Judiciário.

De tal forma, as soluções apresentadas objetivando o imediatismo, por meio da massificação da aplicação de instrumentos de técnica, por precedentes vinculantes aos estratos da magistratura que mais se influenciam com os influxos da universalidade social, apresenta um risco de controle indireto da atividade judicante pelos lobbies corporativos dos litigantes organizacionais que não se preocupam mais com a defesa em primeira instância, pois conhecem, seguramente, não a possibilidade, mas a boa probabilidade de modificar os julgados nas cortes superiores¹⁸⁵.

O mais grave é que as consequências práticas da institucionalização do controle *erga omnes* advindo com a Reclamação, e agora efetivada pela decisão da Min. Isabel Gallotti e do Acórdão, em REsp 1.251.331-RS, da Segunda Seção do STJ que lhe seguiu, possuem deficiências claras no aspecto da legislação processual civil e do próprio direito constitucional, se constituindo um verdadeiro leviatã lógico e jurídico ao forçar uma vinculação sequer prevista no § 8º, do art.543-C, do CPC.

Com efeito, especificamente em relação ao acórdão prolatado no REsp nº 1.251.331-RS, longe de ser didaticamente claro e coerente, se mostrou como pura consequência da aplicação de um argumento de autoridade fundado simplesmente na existência de Resoluções do BACEN, consideradas insindicáveis, em uma *capetis deminutio* da legislação consumerista.

Ademais, a referida decisão restringiu o alcance da liminar anteriormente deferida pela Exma. Ministra Relatora, de modo a excluir da demanda as tarifas como avaliação, seguro financeiro, serviços de terceiro etc., embora sinalizando, contraditoriamente, positivamente para a permissão de suas cobranças, desde que não houvesse onerosidade excessiva.

Por outro lado, a referida decisão extrapolou os limites da demanda em relação à admissão da tarifa de abertura de cadastro, sequer mencionada no contrato originariamente referido nos autos, e ainda, pela mitigação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou, finalmente, na violação expressa dos direitos à informação prevista na legislação consumerista.

¹⁸⁵ Tanto que o novo presidente do STF, Sua Exa. O Min. Joaquim Barbosa defendeu a limitação do acesso de advogados parentes de ministros nos tribunais superiores.

Entretanto o que parece ser mais preocupante foi a total ausência de qualquer menção de como seria feita um juízo de admissibilidade pelas turmas recursais de um recurso especial não previsto em lei.

Na verdade, o comando do § 8º, do art.543-C, não permite a vinculação pretendida pelos instituidores da reclamação, não devendo ser seguido por simples argumento de autoridade, sendo mister que o magistrado se liberte de todos os julgos, inclusive hierárquicos, sem medo de contrariar a jurisprudência consolidada nos debates dos grandes escritórios, a fim de que possa perceber como é prejudicial buscar a solução para o empilhamento de vidas contidos nos cadernos processuais, através de um tecnicismo de julgamento “em bloco” por operadores que, confiando em resumos de estagiários ou assessores, sequer lêem o processo, não se preocupando quanto à compreensão de sua decisão pelo destinatário da norma concretizada.

De tal forma, pode-se concluir que o controle pelo STJ sobre as Turmas Recursais, representa uma faceta do esclarecimento tecnicista, que deve ser superado pela dialética da consciência de modo a permitir mais e mais o atendimento dos vetores meta-legais previstos no art. 6º da Lei nº 9099/95, do juiz ser o construtor da solução exigida e adequada, libertando-o das vinculações exegéticas do código napoleônico e da hierarquia avassaladora do pensar jurídico, para refletir sobre qual será sua função social na paisagem que deveria pacificar, porque dela é parte.

A emancipação surge, assim, não da “mudança de mãos” do julgo positivista para o esclarecimento iluminista dos tribunais, mas ao se fazer com que o julgador ultrapassa o perfil imagético de um mero “conviva de pedra”, compilador de decisões de superiores, para se portar como um dissecador da realidade social que compreende mais profundamente, e melhor decide, ao enxergar que dela não pode se esquivar de fazer justiça e atender os fins sociais e o bem comum, mesmo se deparando com um caso difícil.

A falta de executoriedade e as inconsequências práticas advindas da decisão da Segunda Sessão do STJ, no tocante ao julgamento do REsp Nº 1.251.331-RS, mostra que o controle construído com o precedente no RE Nº 571.572ED, não foi suficiente para vincular os juizados criminais de forma *erga omnes* sendo necessário, caso admitida a reclamação constitucional, que tal controle se revista de forma atomizada e individual o que não atende a pretensão inicial dos litigantes organizacionais representados pela FEBRABAN, que pretendiam um método capaz de padronizar o comportamento dos juízes das turmas recursais.

A propositura de inúmeras reclamações, recentemente, no STJ representa, claramente, o reconhecimento de que a solução concebida não foi suficiente, pois embora tenham

inúmeros juízes mudado o entendimento porque não seria interessante decidir contra a forma que o STJ compreende a matéria, ou até mesmo, por não querer deixar de cumprir um ato administrativo secundário consubstanciado em uma resolução do BACEN, é preciso destacar que, vários outros, na lição do Ministro Massami Uyeda, continuam decidido com vistas a promover a efetivação do princípio da sociabilidade da convicção, adotando em cada caso a decisão que lhe parecer mais justa e equânime, atendendo os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, de modo a determinar a devolução dos valores pagos a títulos das tarifas antes mencionadas em contratos de financiamento bancário.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento** – Fragmentos Filosóficos. 1947. p. 120. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/umuarama/arquivos/File/educ_esp/fil_dialetica_esclarec.pdf, acesso em 02.09.2012.

ATIENZA, Manuel; **As razões do direito**. Teorias da Argumentação jurídica. Perelman, viehweg, Alexy, MacCormick e outros. São Paulo: Ed. Landy Livraria Editora e Distribuidora LTDA. 3ª ed. Setembro de 2003.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Organização Slavoj Zizek. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996.

BARBOSA, Claudia Maria. Poder Judiciário: reforma para quê?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=2339>. Acesso em ago 2013

BATISTA, Weber M. & FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Trad. de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002.

BACON, Francis. **Novo organun** ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Nova atlântida. Trad. Not. José Aluysio Reis de Andrade. Abril Cultural. São Paulo: 1ª ed. 1973.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 6. ed., 1995.

BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 01.12.2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2011. 103p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993 Reimp.1999.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial:** palestras proferidas na universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira; Rev. Téc. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005.

_____. **Evolução do direito.** Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Lider, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** Coleção Primeiros Passos; 13; 2ª Ed. , São Paulo: Brasiliense, 2008. 2ª Ed. 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes** Banco de dados. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio;** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEITOSA, Enoque. **A Crítica Marxista ao direito e o Problema Da Interpretação.** Disponível na internet:

http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt2/sessa_o1/Enoque_Feitosa.pdf. Acesso em 16 set 2011.

_____. **O discurso jurídico como justificação:** uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação./ Enoque Feitosa Sobreira Filho. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.

_____. **Direito e argumentação:** uma abordagem pragmática. Revista do Curso de Direito da Faculdade Mauricio de Nassau – Recife – ano 2 – n. 3

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica ontem e hoje.** Brasiliense, 3ª ed, São Paulo: 1990.

FREITAS, Lorena de Melo. **Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito.** Recife: Bargaço, 2009.

_____. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** Tese de Doutorado. Recife: 2009. 166p.

GADAMER Hans-Georg. **Verdade e método I.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012. 631p.

GASSET, José Ortega y. **Meditations on Quixote.** Trad. Evelyn Rugg e Diego Martín. Introd. e notas Julián Marías. Champaign: University of Illinois press, 2000, p.41 Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=RlfnPj3sXt0C&printsec=frontcover&dq=ortega+y+gasset&hl=pt->

[BR&sa=X&ei=C268Us69AcfMkAeNpYGwCw&ved=0CE4Q6AEwBA#v=onepage&q=circunstances&f=false](http://books.google.com.br/books?id=RlfnPj3sXt0C&printsec=frontcover&dq=ortega+y+gasset&hl=pt-). Acesso em 26.12.2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O Realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Disponível em : <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>. Acesso em 20 de Nov. de 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz; Cord, rev. Téc e introd à edição brasileira. Luiz Moreira, 2.ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2011.

HALIS, Denis de Castro. **Manuais que Informam ou Manuais que Desinformam?** O Caso da Jurisprudência Sociológica e do Realismo Norte-Americano nos Livros de Direito no Brasil. *in:* XI CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 1 A 5 SET., 2003, Campinas – SP, Brasil. 2003. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/> Acesso em 07/08/2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Trad. Alex Martins. Martin Claret. 2003.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **O Caminho do direito.** Trad. e Coment. Eduardo Oliveira Ferreira. Clube dos Autores. 2011.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KYMLICKA, Will. **Les theories de la justice.** Une introduction. Paris: La découverte, 1999.

LECHINI, Gladys (org). **Globalization and the Washington Consensus.** Buenos Aires: CLACSO, 2008.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes; 2004.

MARINONI; BECKER, Laércio A.. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 8, n. 286, 19 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5066>>. Acesso em: 25 dez. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, T.H y BOTTOMORE, Tom, **Ciudadanía y clase social**, trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Losada, 2004. 160p.

MATOS, Olgária C. F. **A escola de Frankfurt:** luzes e sombras do iluminismo. Ed. Moderna, São Paulo: 1993.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NASCIMENTO, Joelson Santos, **O entimema e o exemplo na retórica de Aristóteles.** Disponível em: <http://200.17.141.110/periodicos/prometeus/9/7.pdf> Acesso em 13.04.13.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **CONSELHO FEDERAL**. Site. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5287/busato-custas-na-pb-lembram-monarquia-derrama-e-confisco>>. Acesso em 09/08/13

PEIRCE, Charles Sander. **Ilustrações da lógica da ciência**. Trad. Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida/SP: Ideias e Letras. 2008.

_____. Trad. Juan Pablo Serra. Capítulo v. **Que la significación del pensamiento reside en su referencia al futuro**. Disponível na internet: <<http://www.unav.es/gep/SignificacionPensamiento.html>>. Acesso em 09/06/2013.

_____. **How to make our ideas clear**. Disponível em: <http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/ideas/id-frame.htm>. Disponível na internet: <<http://www.unav.es/gep/SignificacionPensamiento.html>>. Acesso em 09/06/2013.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; Rev. Trad. Eduardo Brandão, 2ª Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2005

PORTO, Giovanni Magalhães. **A hermenêutica e a compreensão do ato de julgar: o juiz, o fenômeno jurídico e as circunstâncias**. Tribunal de Justiça da Paraíba. Revista do Foro, Vol.124, ano. 2009.1.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POUND, Roscoe, **Justiça conforme a lei**; Trad. E. Jacy Monteiro. 2ª ed. Ibrasa, São Paulo: 1976.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A interpretação dos fatos no direito**. Prim@ Facie – ano 2, n.2, jan./jun.2003. Disponível na internet em <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4405>>. Acesso em 27/07/2013.

_____. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

ROBLES, Diego. El concepto de acceso a la justicia. IN: BASSIL, Sonia (org). **El acceso a la justicia**. Oñati: IISJ, 2010.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Poderes do Estado e Ordem Legal**. E. Universitária da UFPE: 1994.

RODRIGUEZ, César, **La decisión judicial. El debate Hart y Dworkin** – estudio preliminar. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores: Facultad de Derecho, universidad de los Andes, 1997.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru-SP: Edipro 2ª Ed, 2007.

SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Trad. Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, Ludovico. **Teoria y practica de la ideologia**. Colección La cultura al Pueblo. México: Nuestro tempo, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Relatório de Atividades 1999/2000**. João Pessoa: Gráfica JB.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**. V.3 N.5, Florianópolis: UFSC. Junho de 1982 - p. 48-57, ISSN 2177-7055 5, Junho de 1982 - p. 48-57.

WILLIAMS, Raymond. **Um vocabulário de cultura e sociedade**. Tradução de Sandra Gardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZIZEK, Slavoj. **Ideología: Un mapa de la cuestión**. México: FCE, 2003.