

AS INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA UTILIZAÇÃO DE CONTROLE *ERGA OMNES* CONTRA TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS EM PROCESSOS DE REPETIÇÃO DE TARIFAS BANCÁRIAS. ANÁLISE DE CASO NO REsp 1251.331-RS

THE PRACTICAL INCONSEQUENCIES OF THE USE OF *ERGA OMNES* CONTROL AGAINST STATE REMEDIAL CLASSES IN ACTIONS OF REPETITION OF BANK CHARGES. CASE ANALYSIS REsp 1251.331-RS

Giovanni Magalhaes Porto¹

RESUMO

Este artigo objetiva apontar para as inconseqüências práticas do controle *erga omnes* pelo STJ sobre as Turmas Recursais Estaduais, sendo o pragmatismo de Charles Sanders Peirce, a ferramenta crítica para análise do REsp 1.251.331-RS, cujo julgamento atingiu milhares de processos em que se discutia o direito de consumidores à repetição de taxas cobradas em financiamentos bancários de veículos, como a Tarifa de Abertura de Crédito – TAC e Tarifa de Emissão de Boleto - TEC, tendo a Segunda Seção do STJ, no julgamento final, não somente admitindo como válida a cobrança da TAC e da TEC em contratos celebrados até 30.04.2008, como sinalizou positivamente quanto à possibilidade de cobrança de todas as demais tarifas assemelhadas, independentemente de terem sido discutidas no precedente, desde criadas por Resoluções do BACEN (Banco Central), sem qualquer preocupação com a coerência de tal normatização ante os princípios da legislação consumerista, da Lei dos Juizados ou do próprio sistema recursal especial estatuído na Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: CONSUMIDOR; TARIFAS BANCÁRIAS; DECISÕES VINCULANTES NOS JUIZADOS; INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS;

ABSTRACT

This article aims to contribute to the debate about the inconsistency of *erga omnes* control practices by STJ about the State Remedial Classes, having the pragmatism of Charles Sanders Peirce, as a critical tool for analysis of REsp 1.251.331-RS, which judgement amounted to thousands of cases in which were discussed the right of consumers in relation to the repeated charges on bank vehicle financing, like the Tarifa de Abertura de Crédito – TAC and Tarifa de Emissão de Boleto - TEC, having the Second Section of STJ, on the final trial, not only accepting as valid the charging of TAC and TEC in contracts concluded by 30.04.2008, as signaled positively to the possibility of recovery of all remaining resembled rates, whether they have been discussed in the precedent, since were created by Resolutions of BACEN (Central Bank), without any concern for consistency of such regulation to the principles of consumerista legislation, Courts of Law or special appeal system laid in the Constitution itself.

KEY-WORDS: CONSUMER; BANK RATES; BINDING DECISIONS OF SMALL-CLAIMS COURTS; PRACTICAL INCONSEQUENCIES;

¹ Mestre em direito pela UFPB

1. 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 inicialmente suspensas pela decisão de Sua Excelência, a Ministra Maria Isabel Gallotti, que atendeu requerimento formulado pela FEBRABAN, como *amicus curiae*, no REsp 1.251.331-RS, aduzindo que estariam sendo prolatadas decisões contra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que considerava legal, 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 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.

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 poderão continuar inserindo nos seus contratos taxas e serviços sobre inúmeras rubricas, inclusiva a Taxa de Abertura de Cadastro (“TAC 2” ou TC), que afrontam, muitas vezes, regras claras do CDC, como a proibição de venda casada, por exemplo, no caso de serviços de terceiros e seguro.

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, processual civil ou do direito constitucional, o que já permitiria, por si só, inúmeros outros enfoques que extrapolariam os limites do presente ensaio. 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 em

comento da Exma. Relatora 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 consequências práticas à luz do pragmatismo de Charles Sanders Peirce, tomado como marco metodológico aplicado à legislação positiva.

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 (terceiro grau de clareza da máxima), 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 de resultados práticos.

Sendo assim, o caso da suspensão e extensão das decisões do STJ aos processos de tarifas bancárias, pode ser observada nesta moldura pragmática, na qual a decisão liminar se referiu a um precedente, e no julgamento final, sinalizou como um paradigma, provocando o surgimento de inconsequências práticas não visualizadas ou não admitidas pelos julgadores.

Abstraída a criação de um *leading case* como paradigma orientador de decisões para novos conflitos derivados das relações de consumo, decorrendo daí o sentido do controle pelo STJ em uma homogeneização que acarreta uma *capetis deminutio* da legislação consumerista e das regras decisórias do art.6º da Lei nº 9099/95, não há consequências práticas coerentes que possam tornar esse novo “controle” em substitutivo de Recurso Especial.

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 1169334/RS²,

²“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

quando se discutiu a possibilidade de limitação da margem máxima de empréstimos consignados em razão da dignidade humana³.

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 CDC⁴. Sobretudo no caso em que o financiamento ocorre na própria loja vendedora do bem financiado, no caso, agências de automóveis.

Nos últimos anos, visando atender a demanda de uma nova classe média emergente, houve uma maciça disponibilização de linhas de crédito pelos agentes financeiros que, aliada à redução do IPI⁵, serviu como mecanismo propulsor das vendas de veículos novos nas concessionárias, garantindo a produção no parque fabril automotivo, sem redução significativa de vagas em área tão bem representada sindicalmente.

As instituições financeiras, normalmente ligadas a montadoras de veículos, ou a grupos de concessionárias, aproveitaram o sonho do carro novo, como um 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 Boleto – TEC, Taxa de Abertura de Cadastro – TAC-2, Taxa de Avaliação, Taxa de Serviços de Terceiro, Taxa de Registro de Contrato etc., 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 2007⁶⁷, deixando de prever a possibilidade de cobrança de tarifas pelo

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)

³ Cf. AgRg no RMS 30.820/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012.

⁴ 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.

⁵ Imposto sobre produtos industrializados.

⁶ Com *vacatio legis* elástica para 30 de abril de 2008.

⁷ 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

“contrato de abertura”, mas estabelecendo, em seu art.3º, a previsão de cobrança de uma tarifa de cadastro, como serviço prioritário⁸.

A Tarifa de Abertura de Crédito - TAC se tornou, portanto, com o advento da Circular nº 3.371/2007 BACEN, uma Tarifa de Abertura de Cadastro – TAC-2, ou TC, 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 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 3.466/09, que por sua vez foi revogada pela Circular 3.512/2010, 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 repriminção, não é possível a cobrança de tarifa de renovação de cadastro.

Outra situação de irrazoabilidade pode ser encontrada na ausência de 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

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.

⁸ 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.

ou conglomerado financeiro⁹, 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 à taxa de emissão de carnê, conhecida como TEC, foi ela inicialmente cobrada em face do disposto no art.1º, Parágrafo Único¹⁰, 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 n.º 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 n.º 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 n.º 3.518, de 6 de dezembro de 2007, com redação dada pela Resolução n.º 3.693, de 26 de março de 2009.

Atualmente, está em vigor Resolução n.º 3.919, de 25 de novembro de 2010¹¹, que revogou expressamente a Resolução n.º 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, a vedação expressa da cobrança de taxa de emissão de boleto, faturas ou carnes.

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, o acórdão antes referido, sinalizou positivamente¹² para a cobrança de outras taxas como, por exemplo:

⁹ Como por exemplo, o consumidor já possuir um contrato de seguro com empresa do mesmo conglomerado financeiro.

¹⁰ Divisão de um Parágrafo Único em incisos é exemplo de uma péssima técnica legislativa.

¹¹ Com vigência, salvo exceções quanto a cartões de crédito, em 01 de março de 2011.

¹² 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, escampa ao objeto do recurso repetitivo, embora

1) **Taxa de avaliação** – custo operacional da concessionária, cuja cobrança representa 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 à cobrança de tarifa denominada de “Serviços de Terceiros” foi a mesma expressamente vedada pelo art.17, da Resolução CMN nº 3.954/2011.

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

3. Do processo escolhido como representativo da controvérsia

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, usou como fundamentação a violação a precedentes daquele tribunal, dentre os quais, o REsp nº 1.270.174 - RS (2011/0184925-9), de sua relatoria, que citou como verbete trecho da ementa de precedente de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, no REsp.1.246.622/RS, DJe de 16.11.2011, estatuinto que as cobranças das tarifas TAC e TEC seria 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”.

os fundamentos adiante expostos devem servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias”.

Da análise da decisão surge, desde logo, a seguinte indagação: Como se suspendeu mais de duas centenas de milhares de processos, se o precedente sustentado na decisão exige que se conhecesse da “demonstração cabal da vantagem exagerada”?

Logicamente, não se pode, considerar razoável suprimir, até mesmo em juízos de primeiro grau, em uma clara afronta ao disposto no art.543-C, do CPC, a liberdade do julgador 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 apontar para o problema de que o recurso escolhido como 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-C¹³, 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, ao contrário do que entendeu em relação à FEBRABAN, afirmou que ela não teria “capacidade de prestar assistência e fornecer estrutura físico-administrativa para atendimento da população na amplitude do território

¹³ § 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.

brasileiro, no meu sentir, 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”.

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 Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, 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”.

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 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.

4. A gênese do controle: A Reclamação Constitucional permitida pela decisão do STF no RE 571.572ED

Para compreender a origem do controle atribuído ao STJ, é necessário recordar que 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.

No tocante a cobrança de pulsos excedentes, o Supremo Tribunal Federal em 08 de outubro de 2008, 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 mesma de modo a prejudicar a apreciação de todos os recursos extraordinários interpostos que estavam suspensos, 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 ter suas decisões 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 syndicar 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, o que resultou, por iniciativa da Min. Ellen Gracie no acolhimento, em 26.08.2009 dos

declaratórios: “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”.

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”.

Destacou o Ministro Marco Aurélio, 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 [...].

De fato, uniformização jurisprudencial pressupõe a utilização de precedente oriundo dos órgãos judicantes que se deseja vincular, sendo assim, se não há previsão de tramitação de recursos especiais nas turmas recursais, não se pode se submeter a elas a uma uniformização da qual suas decisões não fizeram parte, não podendo ser aquilatadas ou avaliadas.

5. Das inconseqüências, 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-C¹⁴, às demandas 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

¹⁴ 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.”

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.

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, determina em seu art.1º, § 1º, que ; “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[...].”

Como se observa da leitura do dispositivo acima transcrito 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:

[...] 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 no art. 6º, da Lei nº 9099/95, quais sejam: justiça, equidade, finalidade social e bem comum.

De fato, retomando a análise à decisão liminar prolatada pela Exma. Relatora no REsp nº 1.251.331-RS, observa-se que foi invocado precedente de sua própria relatoria nos autos do REsp 1.270.174/RS, onde se decidiu que somente restando demonstrada exagero na vantagem do agente financeiro é que seria permitida a discussão da validade das referidas taxas.

Com efeito, naquele 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 tribunais brasileiros sobre TAC/TEC e assemelhados, 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 legal¹⁵.

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 à existência, ou não de “vantagem exagerada”, e prolate 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

¹⁵ § 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.

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 se exigir que tais juízos monocráticos se adaptem a decisão final do aludido processo sem poderem se valer do rito do art. 543-C, do CPC?

Infelizmente tal dificuldade não foi sequer ventilada pela 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 votou, 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 estava 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 à busca da simplicidade, informalidade, celeridade a 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.

5.1. Da divergência interna do STJ na RE 6.721-MT

No próprio Superior Tribunal de Justiça, as inconseqüências práticas advindas da criação da Reclamação Constitucional contra as decisões de turmas recursais foram visualizadas no julgamento da Rcl 6.721-MT, quando se levantou 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”.

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*, afirmando a incompetência do STJ para o conhecimento das mesmas, pois não seria possível que alguém pudesse alargar e dá extensão a um dispositivo constitucional.

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.

Da preocupação do Ministro Uyeda surge a seguinte indagação, seria de fato, o objetivo do Constituinte ao elaborar o art. 98, I, da Lei Ápice¹⁶, 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* que a redação dada ao art. 92, da Lei Ápice, não elencou os juizados especiais, dentre os órgãos 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, 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.

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 ilegítimo o *novel* controle pelo Superior Tribunal de Justiça sobre tal esfera de justiça, pelo fato do julgamento nos juizados ter “uma certa dose de política, de pacificação” que impediria o controle.

Voltando a análise do voto do Min. Uyeda, 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;

¹⁶Art. 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.

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 recursais¹⁷. 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, limitando o seu efeito entre as partes.

O segundo ponto a ser destacado diz respeito à impossibilidade da reclamação constitucional ser utilizada como sucedâneo recursal, conforme precedente do Ministro Celso de Mello no Rcl. 6.537/MA¹⁸, 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.

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 STJ¹⁹, 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

¹⁷ 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.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ 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.

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 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 [...].

5.2. Dos filtros às reclamações aceitos pelo STJ

As ponderações do Ministro Massami Uyeda trouxeram incômodo ao colegiado, tendo a Ministra Nancy Andrighi, após pedido de vistas, apresentado 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

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.

6. 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 Fux²⁰, 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 1.270.174-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.

7. Das inconseqüências 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.

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:

²⁰ REsp 1.060.210/SC, DJE 16.12.2010

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.

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 voto, 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 [...]. 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.

Ora, pela leitura do voto chega-se ao entendimento que houve precipitação no alcance da liminar, que suspendeu 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.

Entretanto, o objetivo do pedido da Febraban foi parar os processos intimidando 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 que começaram a seguir, por timidez ou convencimento forçado, o entendimento do STJ.

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

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:

[...]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 vênua, 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."

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, restando claro que a suspensão dos feitos no sistema de juizados serviu como 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 Andrighi, 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, e ao contrário da Relatora que não via a possibilidade do judiciário tangenciar atos administrativos do Conselho Monetário Nacional, foi além, ao 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 pois, segundo consignou: “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 [...]”.

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, transcrito anteriormente, a Relatora reconheceu que tanto a TAC como a TAC-2 possuem o mesmo fato gerador. Já nos embargos de declaração, julgados em 13.11.2013, a ministra tentou esclarecer 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.

Ora, se o contrato foi firmado quando era legalmente permitida a TAC, não havia sido criada a TAC-2 ou TC, 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.

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 CTN, que diz que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação sendo irrelevante a sua denominação ou características formais da 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.

8. Considerações finais

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 puro argumento de autoridade seja no desprezo da súmula nº 5, do próprio STJ, seja pela desconsideração das demais tarifas como avaliação, seguro financeiro, serviços de terceiro etc., anteriormente suspensas em sede liminar concedida pela Exma. Relatora, como também pela extrapolação dos 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.

Entretanto, o que se apresenta como mais preocupante, foi a total ausência de qualquer menção de como seria feito um juízo de admissibilidade pelas turmas recursais de um recurso especial não previsto em lei.

De fato, 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 ou sugerida, 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 que os julga “em bloco” sem perceber das especificidades e diferenças fáticas envolvidas, no caso em exame, em cada uma das negociações contratuais.

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 se prestigiar a Legislação dos Juizados, notadamente, à impossibilidade das decisões das Turmas Recursais desafiarem Recurso Especial, em face da ausência de uniformidade de julgados, ser algo próprio a um sistema tão garantidor do acesso à justiça, pela existência de vetores decisoriais previstos no art. 6º da Lei nº 9099/95, como justiça, equidade, finalidade social e bem comum que impedem a padronização de entendimentos.

Em nome da legitimação conquistada pelos Juizados, deve-se continuar a permitir que o juiz exerça um papel proativo, embora sem o descontrole “ativista”, libertando-o das amarras exegéticas do código napoleônico e da hierarquia avassaladora do pensar jurídico desejado pelo STJ, para refletir sobre qual será sua função social na paisagem que deveria pacificar em demandas pequenas, cuja resolução tanto interessa à população consumidora.

27

Bibliografia

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

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

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.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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

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. 166p.

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

PEIRCE, Charles Sander. 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.

_____. **What Pragmatism is.** Disponível na internet: <https://archive.org/stream/jstor-27899577/27899577#page/n13/mode/2up>. Acesso em 19.07.2014

_____. **How to make our ideas clear.** Disponível em: <http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/ideas/id-frame.htm>. Acesso em 09.06.2013.