



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DO NORTE DO PARANÁ

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

VINÍCIUS SECAFEN MINGATI

**RECLAMAÇÃO (NEO)CONSTITUCIONAL:
PRECEDENTES, SEGURANÇA JURÍDICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS**

MESTRADO EM DIREITO

JACAREZINHO

2012

VINÍCIUS SECAFEN MINGATI

RECLAMAÇÃO (NEO)CONSTITUCIONAL:
PRECEDENTES, SEGURANÇA JURÍDICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa Função Política do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi.

JACAREZINHO

2012

VINÍCIUS SECAFEN MINGATI

RECLAMAÇÃO (NEO)CONSTITUCIONAL:
PRECEDENTES, SEGURANÇA JURÍDICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa Função Política do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Prof. Dr. Marcos César Botelho
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Jacarezinho, 30 de novembro de 2012.

Em primeiro lugar, dedico o presente trabalho a Deus, por sempre abençoar e orientar a minha trajetória, protegendo-me e permitindo o atingimento de todos os meus objetivos.

À minha querida avó Nilda, pelas orações gratuitas, e pelo amor e pureza que irradia do coração.

Aos meus pais, Elena e Osmar, por serem o alicerce da minha vida profissional, e o abrigo seguro para os momentos difíceis.

À minha amada esposa Renata, cúmplice da paixão pela academia, exemplo de profissional dedicada. Por todas as valiosas sugestões e opiniões, e por suportar, sempre com uma palavra de incentivo, os percalços desta trajetória.

Por fim, dedico este estudo a três pequenos tesouros, Nicolas, Isabela e Pedro, pelo poder de me encantar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos colegas da 7ª Turma do Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, representados por Winnícius Pereira de Góes, Mário Alberton e Andreza Mantovani, que, desde antes da aprovação estiveram comigo.

Ao meu orientador, Prof. Eduardo Augusto Salomão Cambi, por despertar a paixão pelo tema, e pelo apoio nos projetos acadêmicos.

A todos os professores e funcionários do Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, nas pessoas de Vladimir Brega Filho e Maria Natalina da Costa.

Aos meus compadres, Miguel, Henrique e Rafael, pelo incentivo acadêmico constante.

A toda equipe do Escritório Medina & Guimarães, na pessoa de Rafael Veríssimo Siquerolo.

Por fim, à CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, responsável direta pela viabilização material deste trabalho.

“O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou.”

(Miguel Reale)

RESUMO

O presente estudo analisa a reclamação como instrumento do processo constitucional brasileiro, inserida em um momento jurídico neoconstitucional, de valorização do Poder Judiciário. Para compreender a evolução deste instituto processual foi necessária a análise do momento de transição de um período positivista para o constitucionalismo contemporâneo, com exaltação da força normativa constitucional, e superação do legicentrismo. De igual forma, a passagem pelas famílias jurídicas *common law* e *civil law* foi indispensável para que se compreendesse de que forma se daria a inserção do Brasil em um sistema jurídico precedentalista. A evolução de tal sistema exigiu uma forte valorização das cortes de superposição pátrias, responsáveis pela tutela do direito constitucional e federal brasileiros. Neste ambiente, trabalhou-se o nascimento da reclamação constitucional, com suas três hipóteses constitucionais de cabimento, tendentes a salvaguardar a competência e a autoridade das decisões advindas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como para dar correta aplicação aos enunciados de súmulas vinculantes. Na sequência, ressaltou-se a busca por um sistema jurídico capaz de ofertar segurança jurídica e uniformidade aos jurisdicionados, o que deu azo a uma quarta hipótese de cabimento da reclamação, e tema central do presente trabalho, como meio de uniformização do direito federal no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais. Nesta toada, não foi esquecido o Projeto Lei do Novo Código de Processo Civil, que, ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas, busca criar nova hipótese de cabimento da reclamação, tendente a tutelar as teses firmadas nos indigitados incidentes. Por fim, destaque especial foi dado ao julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, bem como à Resolução n. 12/2009, STJ, viabilizadores do cabimento da reclamação constitucional no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais. Não ficou apartada do presente trabalho a crítica ao atual posicionamento do STJ acerca da inviabilidade de se uniformizarem questões processuais advindas das Turmas Recursais Estaduais. Neste contexto, reafirmou-se o importante papel da reclamação constitucional, como meio de valorização da competência e das decisões dos tribunais brasileiros, solidificando-se em nosso sistema jurídico como meio de defesa dos precedentes judiciais.

Palavras-chaves: Reclamação Constitucional. Precedentes judiciais. Uniformização. Segurança jurídica. Juizados Especiais Estaduais

RESUMEN

Este estudio analiza la reclamación como instrumento del proceso constitucional brasileño, insertada en un momento neoconstitucional jurídico, la valoración del Poder Judicial. Para comprender la evolución de esta acción fue necesario analizar el momento de la transición de un período de positivismo para el constitucionalismo contemporáneo, con exaltación de la fuerza normativa constitucional, y la superación de legicentrismo. Del mismo modo, la pasaje por la familia jurídica del common law y civil law es indispensable para entender cómo sería la inserción de Brasil en un precedentalista sistema legal. La evolución de este sistema exigió una fuerte apreciación de los tribunales de superposición, responsables por la protección del derecho constitucional y federal brasileños. En este entorno, se trabajó hasta el nacimiento de la reclamación constitucional, con sus tres hipótesis de adecuación constitucional, tendientes a salvaguardar la competencia y la autoridad de las decisiones derivadas de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior, y aplicar correctamente las declaraciones de precedentes vinculantes. Además, se hizo hincapié en la búsqueda de un sistema jurídico capaz de ofrecer certeza y uniformidad a los ciudadanos, lo que dio origen a una cuarta hipótesis de adecuación de la reclamación, y el tema central de este trabajo, como medio de unificación de la legislación federal en los Tribunales de Estado de escasa cuantía. En este contexto, no se olvidó del Proyecto de Ley del Nuevo Código de Procedimiento Civil, que prediciendo la resolución de las demandas de incidentes repetitivos, busca crear nueva hipótesis de la reclamación, buscando proteger las tesis firmadas en nominados incidentes. Por último, se prestó especial atención a la sentencia del recurso de aclaración en el Recurso Extraordinario 571.572-8/BA, así como la Resolución no. 12/2009, STJ, responsables por la adecuación de la reclamación en los Tribunales de Estado de escasa cuantía. No se aparte de este trabajo la crítica a la situación actual del STJ, sobre la imposibilidad de estandarización de las cuestiones de procedimiento que surgen en las Cortes de los Tribunales del Estado de escasa cuantía. En este contexto, se reafirmó el papel de la reclamación constitucional como medio de valorización de la competencia y de las decisiones de los tribunales de Brasil, se consolidando en nuestro ordenamiento jurídico como instrumento de defensa de los precedentes judiciales.

Palabras-Clave: Reclamación Constitucional. Precedentes Judiciales. Estandarización. Seguridad Jurídica. Tribunales de Estado de escasa cuantía.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A TRANSIÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	13
1.1 A SUPERAÇÃO DO LEGALISMO E DO FORMALISMO POSITIVISTAS	15
1.1.1 Direito e Lei: A Desconstituição de uma Associação Direta	16
1.1.2 A Superação do Formalismo: O Surgimento de um Neoprocessualismo	18
1.2 OS PRINCÍPIOS E A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA SUBSUNÇÃO FATO-NORMA	20
1.2.1 Regras, Princípios e Valores: Coexistência, Conceitos e Diferenças Dentro da Teoria da Norma	21
1.2.2 A Origem de uma Força Normativa Constitucional. Konrad Hesse e a Superação dos Fatores Reais de Poder	27
1.3 O PODER JUDICIÁRIO EM UM SISTEMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA. O SURGIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	29
2 PRECEDENTES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA	35
2.1 CIVIL LAW. AS FONTES DO DIREITO EM UMA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA	37
2.2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NA COMMON LAW	41
2.3 A GRADUAL ABSORÇÃO DE INSTITUTOS DA COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO. UMA DINÂMICA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	44
2.4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DE UM SISTEMA JURÍDICO PRECEDENTALISTA	47
2.5 DAS SÚMULAS VINCULANTES À IDEIA DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: POR UMA ALMEJADA SEGURANÇA JURÍDICA	52
3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	57
3.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO	58
3.2 NATUREZA JURÍDICA	62
3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO	68
3.3.1 Preservação da Competência do STF e do STJ	70
3.3.2 Obediência às Decisões Proferidas pelo STF e pelo STJ	71
3.3.3 Reclamação Constitucional e o Respeito à Súmula Vinculante	73
3.4 A RECLAMAÇÃO COMO MEIO DE PRESERVAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS. A UNIFORMIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS	76
3.5 A RECLAMAÇÃO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSTRUMENTO DE GARANTIA DAS TESES FIRMADAS EM INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	79
4 A RECLAMAÇÃO COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS	86
4.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS: SURGIMENTO E PRINCÍPIOS NORTEADORES	87
4.1.1 Princípio da Oralidade	89
4.1.2 Princípios da Simplicidade e Informalidade	91
4.1.3 Princípio da Economia Processual	93

4.1.4 Princípio da Celeridade	94
4.2 O SISTEMA RECURSAL DOS JUIZADOS. “IRRECORRIBILIDADE” DAS DECISÕES QUE OFENDAM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO À RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	95
4.3 INEXISTÊNCIA DAS TURMAS DE UNIFORMIZAÇÃO NOS ESTADOS. PROJETO DE LEI APROVADO PELO SENADO FEDERAL QUE CRIA AS TURMAS ESTADUAIS DE UNIFORMIZAÇÃO	99
4.4 VÁCUO JURÍDICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.572-8/BA. COMPETÊNCIA DO STJ PARA JULGAR, VIA RECLAMAÇÃO, AS DECISÕES DE TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS EM DISSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DA INDIGITADA CORTE SUPERIOR. RESOLUÇÃO N. 12/2009 DO STJ E UMA NOVA VISÃO DA RECLAMAÇÃO	102
4.5 RECLAMAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E UNIFORMIDADE DO ORDENAMENTO. CRÍTICAS À VEDAÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DE QUESTÕES PROCESSUAIS	105
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

A reclamação constitucional é um importante instrumento do direito processual constitucional brasileiro, sendo instituto dificilmente encontrado no direito alienígena. Teve sua gênese intimamente ligada à evolução do constitucionalismo contemporâneo, seja pela ligação direta com o desenvolvimento da Corte Constitucional Brasileira, seja pela característica de meio de preservação da competência e da autoridade das decisões dos tribunais de superposição pátrios.

Como consequência direta do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, característica também marcante do denominado neoconstitucionalismo, a reclamação constitucional continuou trilhando por caminhos pós-positivistas, agregando uma função uniformizadora da jurisprudência, e de garantia dos precedentes judiciais.

Para tanto, impossível que não se traga à tona as principais evoluções que marcaram a transição de um período positivista, de extrema valorização da lei, para um momento de constitucionalismo contemporâneo, palco ideal para o surgimento desta ação constitucional de singular importância. A alteração da teoria da norma, o surgimento dos princípios e, em especial, o reconhecimento de uma Constituição dotada de força normativa própria são marcos deste momento jurídico.

Dentre as características deste chamado neoconstitucionalismo, uma tem especial importância no presente trabalho, por conta da atual forma como a jurisprudência pátria vem enxergando a reclamação constitucional, qual seja, de instrumento de preservação dos precedentes judiciais – seja por meio da “defesa” aos enunciados de súmulas vinculantes, seja como instrumento de uniformização da legislação federal no âmbito dos Juizados Especiais. Característica esta que demonstra a relevância que é dada ao Poder Judiciário, destoando por completo da forma como este era visto no período positivista.

Com essa valorização da Constituição Federal, e atuação incisiva do Poder Judiciário como defensor das normas dela advindas, é que nasce o ambiente propício para o desenvolvimento de um sistema jurídico valorizador do precedente judicial – fundamental para a evolução da reclamação constitucional –, ainda que inserido em uma tradição romano-germânica.

Nesta toada, serão traçadas, também, as principais características de duas culturas jurídicas – fundamentais para a compreensão de um sistema brasileiro de precedentes judiciais – aparentemente diversas e destoantes, mas que com o desenvolvimento jurídico atual, vêm caminhando para uma convergência: *civil law* e *common law*.

O papel da jurisprudência e, em especial, do Poder Judiciário, terá destaque especial, já que, originalmente, na *civil law*, jamais as decisões judiciais ocuparam a função de fontes do direito.

Em contrapartida, na tradição jurídica anglo-saxã o *case* sempre teve lugar de destaque, situação que culminou com uma doutrina extremamente valorizadora do precedente judicial, que passava a ter força vinculante, chamada de *stare decises*.

Essa ideia de valorização e respeito ao precedente judicial, especialmente em um período de constitucionalismo contemporâneo, caminhou sempre no intuito de agregar ao sistema características almejadas por todo e qualquer regime jurídico: uniformidade, previsibilidade e, via de consequência, segurança jurídica.

Desta forma, o direito brasileiro, de bases históricas romano-germânicas, de valorização e predominância da lei (positivismo), passa a absorver características próprias de um sistema precedentalista, criando mecanismos tendentes a fortalecer o Poder Judiciário, e as decisões dele advindas.

Nasce, então, para o presente estudo, a reclamação constitucional, inicialmente prevista como instrumento de defesa das decisões e da competência dos órgãos de superposição pátrios, e, posteriormente, como mecanismo de defesa das súmulas vinculantes e da uniformização legislativa.

Nesse ambiente, o estudo caminha para uma análise mais apurada da própria reclamação constitucional, suas origens, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, com ênfase àquelas que mais a caracterizam como ação (neo)constitucional, de prevalência da correta aplicação das súmulas vinculantes e de instrumento de uniformização legislativa.

Por conta desta última hipótese de cabimento, trabalhar-se-á, inserido na concepção deste estudo, o sistema recursal e principiológico dos Juizados Especiais, de forma que se justifique o manejo da ação constitucional em questão com o fito de alinhar a jurisprudência desse microsistema com as posições dominantes do oráculo do direito federal pátrio, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça.

A inserção do referido instrumento processual na redação do Projeto do Novo Código de Processo Civil não ficará apartada da pesquisa, já que representará nova hipótese de cabimento da ação constitucional, na defesa das teses firmadas nos incidentes de resolução das demandas repetitivas.

Assim, a nova reclamação, cabível com o fito de uniformizar a legislação federal no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, será objeto de análise detida, com especial atenção ao desenvolvimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Neste aspecto, ressaltar-se-á o prejudicial “filtro” que a referida corte superior vem criando, impedindo que se uniformizem, dentro do indigitado microssistema estadual, questões de direito processual, desprezando por completo a possibilidade real de que as divergências daí emanadas gerem instabilidade e insegurança jurídica. Reflexo este que em nada se aproxima do progresso trazido pela ação constitucional em comento.

1 A TRANSIÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A evolução da ciência do direito ao longo da humanidade passou por diversas “revoluções”, que, invariavelmente, caminharam de forma paralela, ou muitas vezes próximas, das evoluções filosóficas.

Quando se estuda o período do positivismo jurídico, sua prevalência em relação ao direito natural, e seu fervoroso embate com o constitucionalismo contemporâneo, impossível não trazer à tona o momento histórico-filosófico positivista.

O positivismo filosófico firmou-se ao propugnar por uma forma mais objetiva de conhecimento científico, que separava o sujeito do objeto e que se baseava nos métodos de experimentação das ciências exatas e naturais.

Caminhando de acordo com as bases trazidas pelo positivismo filosófico, o positivismo jurídico buscou, em contrapartida ao direito natural, criar um sistema que primasse pela objetividade, típica das ciências exatas.

Neste ambiente, firma-se o positivismo jurídico como sistema que exalta a lei, como materialização única das vontades do povo e do Estado. O direito positivado passa a ser visto como o único objeto do direito. E ao jurista caberia, tão somente, estudar o direito assim como o cientista estuda a realidade natural, sem quaisquer juízos de valor.

Tal concepção jurídica marcou de forma singular o Estado Liberal, sendo, inclusive, denominada de Constitucionalismo Moderno. A Constituição já era vista como fonte do direito, mas apenas, e tão somente, formalmente. Não se observavam subjetivismos valorativos, exaltando-se, em contrapartida, a lei como fonte primordial do direito.

Assim nascia o legicentrismo, que, nas lições Max Möller (2011, p. 75), sustentava “a ideia de lei como unificadora das vontades popular e estatal, o que contribuiu – ao menos na Europa continental – para a quase eliminação do direito baseado nos costumes ou na lei natural.” O Poder Legislativo – Parlamento – posicionava-se, assim, como a fonte central do ordenamento jurídico.

Além desta primeira característica, de total identificação do direito com a lei, os positivistas também entendiam o direito objetivo como algo completo, e que não

dependia de qualquer colmatação de lacunas ou antinomias. Essa busca por uma segurança jurídica baseada na lei impedia, por exemplo, que os juízes interpretassem valorativamente as normas, cabendo a estes, tão somente, a função mecânica de declarar a letra da lei diante do caso concreto, atuando como uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica¹.

Nesse ambiente, por óbvio, não se falava na existência e aplicação, como fonte do direito, dos princípios, que tinham função meramente subsidiária, diante das “improváveis” lacunas normativas.

O que saltava aos olhos nesse período era o formalismo exacerbado que trazia a ideia de que a validade da norma dependia apenas de seu processo de elaboração, pouco importando o seu conteúdo. Segundo Norberto Bobbio (2006, p. 131), em um sistema jurídico positivista a afirmação de validade de uma norma jurídica não levava, necessariamente, à afirmação de seu valor. Tal constatação confirma o nítido afastamento, no período positivista, do direito com a moral e a ética, aproximando, cada vez mais, os conceitos de legalidade e legitimidade.

Indigitadas características começavam a direcionar o positivismo jurídico para um caminho de retorno pouco provável: o totalitarismo.

A identificação das ideias de legalidade e legitimidade acabou por justificar condutas, ainda que “legais”, absolutamente contrárias à ética, à moral, à diversidade e à defesa dos direitos fundamentais. Os regimes absolutistas e totalitários tinham sua maior fonte de legitimação no positivismo jurídico. As atrocidades e arbitrariedades cometidas tinham o aval da “lei”, e colocavam os “déspotas” em uma condição privilegiada, já que estavam absolutamente dentro dos rigores legais.

Como afirmam Freitas e Silva (2011, p. 101), com a eclosão de um período de regimes totalitários, caracterizados pela exceção das Constituições, o direito positivado “deixou de ser meio de garantia e regularização do ser vivente – inclusive em seu caráter punitivo – para não raro apresentar-se como mero instrumento legitimador da política de exceção permanente.”

¹ Para os positivistas o direito deveria ser estudado como uma ciência, que tem por sua principal característica a avaloratividade. O que importaria para o direito seriam os juízos de fato e não os juízos de valor, baseados em uma possível distinção entre bem ou mal, justo ou injusto, certo ou errado. Segundo Norberto Bobbio, foi essa característica que motivou uma forte contraofensiva doutrinária contra o positivismo jurídico. (2006, p. 133-136).

Foi diante deste modelo arbitrário, e frente à necessidade de proteção e garantia dos direitos fundamentais do homem, que começam a brotar as sementes de um novo constitucionalismo, que não posiciona(va) a Constituição como mera fonte formal do direito, mas como elemento limitador da própria lei e das arbitrariedades dos “governantes”.

O “legicentrismo” é substituído pelas ideias de força normativa e supremacia constitucionais, irradiadoras de efeitos para todos os jurisdicionados, e que exaltam a prevalência de valores dentro de um ordenamento.

Ocorre, assim, uma releitura das funções do Poder Judiciário como fonte de Justiça, não mais como mero aplicador e reproduzidor da lei, mas como garantidor da supremacia constitucional, aproximando, cada vez mais, o direito das ideias de moral, ética e pluralismo.

Essa nova realidade, que se desenvolve de forma exponencial até os dias de hoje, e que também recebe, para muitos autores, o nome de “neoconstitucionalismo”², não obstante, os progressos visíveis em relação ao positivismo jurídico trazem consigo uma série de inovações que devem ser analisadas com total cuidado, como se fará no decorrer do presente trabalho.

1.1 A SUPERAÇÃO DO LEGALISMO E DO FORMALISMO POSITIVISTAS

Será por meio da superação das principais características do positivismo jurídico que será possível iniciar a construção de um conceito acerca do constitucionalismo contemporâneo, para que se possa, assim, entender o ambiente onde germinou a reclamação constitucional, objeto do estudo em questão.

Dentre os principais suportes da teoria positivista, talvez o maior, e mais importante deles, tenha sido aquele que identifica o direito com a lei. A codificação, que teve seu auge por meio do Código Napoleônico, buscava “ofertar”, de forma geral e abstrata, segurança jurídica ao sistema, com a regulação de todas as situações fáticas possíveis, não deixando para o arbítrio do Poder Judiciário a definição do direito aplicado ao caso concreto.

² Importante salientar, nas lições de Daniel Sarmento, que o termo “neoconstitucionalismo” não advém do debate jurídico-constitucional norte-americano ou alemão. O gérmen da expressão é encontrado, em especial, na Espanha e na Itália, tendo reverberado de forma intensa em outras realidades constitucionais, inclusive a brasileira. (SARMENTO, 2011, p. 75).

Nesse contexto de total conexão do direito com a lei escrita, exalta-se uma segunda, e igualmente fundamental, característica do período positivista, materializada por meio do formalismo jurídico³.

O procedimento de elaboração da lei era o verdadeiro responsável pelo caráter vinculante desta. De nada importava o conteúdo da norma, mas tão somente sua característica formal. Assim, ainda que despida de quaisquer valores morais ou éticos, a lei deveria ser aplicada ao caso concreto, desde que advinda de um processo de elaboração pré-definido.

Tal sistema jurídico não permitia, via de consequência, a existência de lacunas, já que a lei não abria espaços para qualquer interpretação por parte do julgador.

Assim, em um sistema rigidamente baseado na lei, valorizada tão somente por conta de seu processo de formação, não se permitiam análises valorativas ou morais, e as situações complexas, que demandavam um processo interpretativo árduo, não tinham qualquer respaldo⁴.

Como se pode notar, para que se pudesse falar em um sistema jurídico baseado em uma força normativa constitucional e na incidência direta dos princípios e da hermenêutica por parte do intérprete, em especial pelo Poder Judiciário, indispensável que se superasse o legalismo e o formalismo positivistas.

1.1.1 Direito e Lei: A Desconstituição de uma Associação Direta

Conexão imediata entre direito e lei; codificação; legicentrismo; legalismo exacerbado; ausência de interpretação valorativa pelo Judiciário. Essas são algumas das nomenclaturas e características que definem o período positivista, de identificação “grosseira” entre o direito e a lei.

O que se buscava neste momento histórico positivista era um controle efetivo e direto da atividade jurisdicional. Como estratégia política, o legalismo surtia efeitos extremamente positivos para os órgãos dominantes, já que se apoiava em leis formalmente eleitas, sob a bandeira da defesa dos interesses sociais.

³ “Este modo de definir o direito pode ser chamado de formalismo jurídico; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece” (BOBBIO, 2006, p. 145).

⁴ Não se deve esquecer que a visão positivista do aplicador do direito era a de tão só repetidor da vontade da lei, sendo vedada qualquer interpretação que se afastasse da rigidez do texto escrito.

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário restava engessada, subsumindo-se esse poder em “massa de manobra” dos fatores reais de poder da sociedade⁵.

Como não se questionava qualquer tipo de valor por detrás da regra, vedava-se qualquer controle jurisdicional tendente a evitar o arbítrio desmoderado e as condutas ofensivas às garantias fundamentais dos cidadãos.

A par das dissimulações ocorridas no desenvolvimento do regime positivista, não se quer, aqui, negar os pontos positivos deste período, que permitiu a superação do Antigo Regime, e a concessão de maior segurança jurídica às classes menos favorecidas.

A previsão em um texto legal, arquitetado por intermédio de representantes eleitos, de direitos e garantias a serem observados por toda a sociedade, ainda que de forma avaliativa, não deve passar despercebida como importante característica desse sistema jurídico.

Ocorre que, com a evolução social, e com o advento dos regimes democráticos, tornou-se insustentável a manutenção de um sistema jurídico meramente subsuntivo, que não ofertava aos hermenutas e ao Judiciário qualquer margem de interpretação, diante das situações concretas.

O surgimento das Constituições e, principalmente, a atribuição a estas de uma força normativa irradiadora de efeitos para todo ordenamento jurídico, fez com que o centro do sistema jurídico mudasse de lugar, e a supremacia da lei desse lugar à supremacia constitucional, conforme bem explicitado por Eduardo Cambi (2009, p. 85), em trecho de sua obra *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*:

As Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

Os operadores do direito passaram a notar que a norma não necessariamente se confundia com o texto. Este deveria passar por um processo hermenêutico, para que, diante do caso concreto, pudesse-se chegar à decisão mais justa.

⁵ Ferdinand Lassale (2008) lança mão da ideia de fatores reais de poder quando conceitua constituição. Para o indigitado autor, a Constituição real seria reflexo dos interesses das classes dominantes, nada mais do que os “fatores reais de poder” da sociedade. Para ele, a Constituição escrita não tinha valor, sendo, tão somente, uma mera folha de papel.

Referida interpretação, inimaginável para o legalismo positivista, deveria condizer com os ditames constitucionais, e atender, quando fosse o caso, aos princípios, conforme será melhor esmiuçado adiante.

Resta assim configurado o momento jurídico de “passagem”⁶ de um positivismo baseado na supremacia da lei formal, para um período de constitucionalismo calcado na força normativa da Constituição.

1.1.2 A Superação do Formalismo: O Surgimento de um Neoprocessualismo

Assim como no legicentrismo caracterizador do positivismo jurídico, o referido período histórico foi marcado pelo formalismo exacerbado, onde o conteúdo da norma pouco importava, sendo relevante, tão somente, o procedimento de criação da lei.

No campo processual, o formalismo jurídico construiu a ideia de decisão como sendo um silogismo judicial, ensejador de uma conduta mecânica, e que tornava a sentença a consequência de um processo absolutamente lógico, despido de interpretações valorativas.

Atualmente, o ramo do direito que mais sofre a influência desta característica intrínseca do positivismo jurídico é o direito processual. As formas, não obstante seu papel importante de regulamentação, foram exaltadas ao extremo. Da mesma maneira como ocorria no período positivista, em que a *forma* de estruturação das leis é quem atribuía legitimação a estas, o direito processual da contemporaneidade também se constrói recheado de requisitos *formais* de validade, despidos, muitas vezes, da busca por uma tutela jurisdicional efetiva.

Nesse contexto, o atual direito processual busca combater de forma ferrenha o império do rito, que gera uma burocracia desnecessária, e que afasta, cada vez mais, o cidadão do acesso a uma ordem jurídica justa. O já citado Eduardo Cambi (2009, p. 85) bem exalta as preocupações com o chamado “fetichismo das formas”, trazendo a proposta de um novo direito processual, que busque “construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional.” Para o referido autor, deve-se, portanto, “enfrentar o

⁶ Não se quer, aqui, afirmar que o momento em questão representou a derrocada do positivismo jurídico. O que se quer, é inculcar a ideia de que a aplicação pura da lei formal, sem um processo interpretativo de subsunção às particularidades de cada caso concreto, não mais se sustentaria.

fetichismo das formas”, impedindo que se construam, por meio da exaltação do rito, obstáculos à utilização do processo como meio de garantia dos direitos fundamentais.

Assim, já pode se notar que em um Estado Democrático de Direito Constitucional, o formalismo característico do período positivista perde espaço, em prol de uma nova sistemática processual, que prima pela efetividade da tutela jurisdicional, inaugurando o denominado “neoprocessualismo”, ou, para muitos, o “formalismo-valorativo”.

O processo não deve inviabilizar ou dificultar a consecução dos direitos materiais garantidos constitucionalmente. E para a garantia desse mister, deve-se pensar em um processo colaborativo, que leve em conta os princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais.

Dentro deste panorama, os Juizados Especiais, microssistemas originariamente criados para viabilizar o amplo, irrestrito e simplificado acesso à Justiça, surgem como materialização de um processo célere, simples, oral e desburocratizado, tendente à resolução das “pequenas causas”.

Assim, os Juizados Especiais, hoje, no Brasil, contam com três microssistemas especiais, quais sejam, os Juizados Especiais Estaduais, disciplinados pela Lei 9.099/95, os Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e os recém-criados Juizados Especiais da Fazenda Pública, nascidos em 2009, por intermédio da Lei 12.153.

Todavia, conforme será trabalhado de forma minuciosa no capítulo 4 da presente pesquisa, o desenvolvimento desses microssistemas vem demonstrando sinais de uma formalização incompatível com as bases fundadoras dos Juizados Especiais. É o que se verifica nos casos em que o acesso à via recursal é vedado por insuficiência de custas, sem que seja oportunizada ao litigante a possibilidade de complementação do preparo do recurso, em total discrepância com a corte responsável pela última palavra no que concerne ao direito federal pátrio, qual seja o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Destarte, embora o atual estágio de constitucionalismo contemporâneo tenha superado os pontos mais críticos do positivismo jurídico, e venha lutando para a extirpação do formalismo sem substância dentro do mundo jurídico, em especial no que tange ao direito processual, a batalha para que o amplo, irrestrito e efetivo acesso à Justiça seja garantido a todos os cidadãos ainda se faz necessária.

1.2 OS PRINCÍPIOS E A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA SUBSUNÇÃO FATO-NORMA

Ponto de extrema relevância para o presente estudo reside na teoria da norma jurídica, em especial no que tange à efetiva aplicação e força vinculante dos princípios.

O positivismo jurídico, com todas as características de formalismo, legalismo e vinculação direta da norma jurídica com o Parlamento, não admitia a existência de lacunas dentro do ordenamento, justamente para que não restasse ao julgador qualquer margem de discricionariedade que pudesse contrariar a exata letra da lei.

Assim se dava graças à impossibilidade, para os positivistas, de utilização dos princípios como instrumento orientador da aplicação da lei. Presenciou-se, então, o surgimento de legislações e códigos com infindáveis artigos, que buscavam prever todas as inúmeras situações passíveis de regulamentação legal.

Mesmo com todo o esforço empregado pelos positivistas, continuavam a emergir circunstâncias não previstas em lei, e que dificultavam o processo de subsunção. Começou-se a notar que um sistema de normas composto tão somente por regras, não seria capaz de regulamentar todas as situações jurídicas dentro de uma sociedade em constante mutação.

Não bastasse tal problemática, a objetividade extrema trazida pela utilização exclusiva das regras, aliada ao legalismo exacerbado, deu origem ao surgimento de regimes totalitários e absolutistas, que justificavam suas arbitrariedades e violações às garantias individuais dos cidadãos no império das leis.

A ideia de um Estado Constitucional que agregasse, no processo subsuntivo normativo, valores e princípios consagradores de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tomava forma.

O Estado Positivista dava lugar a um Estado Democrático de Direito Constitucional, que tinha na utilização dos *princípios* e na *força normativa constitucional* suas principais armas na consecução de um sistema jurídico mais justo.

Para tanto, tornava-se necessária uma releitura da teoria da norma jurídica, antes vista tão somente como sinônimo de regra. A adequação aos princípios e à força irradiante das normas constitucionais se fazia necessária.

1.2.1 Regras, Princípios e Valores: Coexistência, Conceitos e Diferenças Dentro da Teoria da Norma

Para que se possa melhor compreender esse rito de passagem do período de positivismo jurídico para o constitucionalismo contemporâneo, especialmente sob o viés de uma nova interpretação da teoria da norma, que não se restrinja tão somente à utilização das regras, insta diferenciar estas últimas dos princípios.

E tal diferenciação será feita levando-se em conta a classificação realizada por Robert Alexy, em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008).

Segundo a teoria elaborada pelo referido autor, o *princípio*, como espécie de norma, passa a ser conceituado como aquele que “ordena” que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2008, p. 91). É considerado um *mandamento de otimização*, uma vez que pode ser satisfeito em graus variados, e com pesos diversos, dependendo das situações fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.

Trabalhando a ideia de princípios constitucionais, Brega Filho (2002, p. 52) exalta que estes se constituem em “verdadeiras cláusulas abertas que permitem ao intérprete uma maior maleabilidade na sua aplicação, permitindo que a Constituição possa ser adequada a outros momentos, evitando que a todo o tempo tenha que ser modificada.”

A *regra*, por sua vez, é uma espécie normativa que garante direitos definitivos, devendo ser aplicada em sua totalidade (SILVA, 2009, p. 45). Como descrito por Alexy (2008, p. 91), “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Essas duas espécies de norma, como se vê, distinguem-se tanto na questão estrutural, quanto em relação à forma de aplicação. Isto porque as regras não são flexíveis, comportando o caso concreto a aplicação de uma única regra, em sua integralidade. Já os princípios podem ser aplicados em sua parcialidade, conforme exigência do momento vivenciado.

Expõe Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 149-150) que as regras e princípios distinguem-se:

a) quanto à sua estrutura *lógica* e *deontológica*, pela circunstância de as primeiras [regras] vincularem-se a fatos hipotéticos (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (“proibido”, “obrigatório”, “permitido”), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à *técnica de aplicação*, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado “sopesamento” (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com os princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. (grifo do autor).

Da breve definição realizada acima, nota-se, de pronto, que diante dos denominados *hard cases*, dificilmente as regras serão suficientes. Isso porque, como dito, na regra está-se diante da ideia do “tudo ou nada”. Os princípios, ao contrário, não são analisados sob a perspectiva do plano da validade. O simples fato de os princípios colidirem pressupõe a sua validade⁷⁻⁸.

Assim, diante de um caso concreto, pode-se perceber tanto a colisão entre princípios, como também a colisão de regras. E a solução para esses impasses também se dá de forma distinta, tendo em vista que, ao contrário do choque entre regras, diante da colisão de princípios, nenhum deles será exterminado ou declarado inválido, sendo necessária a verificação do *peso* de cada um deles sobre a situação concreta.

Esse sopesamento, ou calibragem – terminologia atualmente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) –, para a teoria dos princípios de Alexy é utilizado para verificar em que medida, e em quais condições, um princípio, no caso concreto, deverá prevalecer sobre o outro. Trata-se do estabelecimento da “relação de precedência condicionada”, em que se fixam condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

⁷ Segundo Robert Alexy, o “conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94).

⁸ No mesmo sentido da nota acima exposta, descreve Virgílio Afonso da Silva que o conflito, parcial ou total, entre regras cujas consequências jurídicas, para o mesmo ato ou fato, sejam incompatíveis, deve ser resolvido no plano da validade. Para o autor, “Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49).

E é exatamente essa possibilidade de, em se utilizando princípios, resolverem-se situações jurídicas de conflito que não seriam solucionadas pela fria aplicação das regras, que ressalta a força de um sistema jurídico que valorize os princípios contidos em cada norma jurídica.

Impossível, neste ponto do estudo, deixar de trazer a lume as lições de Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 111)⁹, que compara o sistema jurídico positivista, composto apenas por regras, a uma máquina, que por meio de processos silogísticos e subsuntivos ofertaria uma resposta para cada situação fática que lhe fosse submetida.

O constitucionalista italiano afirma que se o direito estivesse tão somente formado por regras, não seria equivocado se falar em um processo de “mecanização”, ou “maquinização” da aplicação da lei ao caso concreto, justamente por ter a regra a característica do “tudo ou nada”.

Já em um sistema jurídico formado por princípios, o processo de aplicação da norma já não se torna mais mecânico, já que, segundo Zagrebelsky (2008), a “reação” exigida do intérprete necessita de uma “tomada de posição” em relação ao caso concreto, que se faça em conformidade com os princípios jurídicos, situação que não se pode exigir de uma máquina.

Neste ponto específico da análise do processo de evolução do positivismo jurídico para o constitucionalismo contemporâneo, nota-se, de forma evidente, a mudança no papel dos operadores do direito, que passam a ser protagonistas de um processo hermenêutico de construção da norma, vista, nos moldes neoconstitucionais, não mais como reflexo frio da lei, mas inserida em um regime jurídico constitucional composto por princípios, que devem ser compatibilizados entre si.

⁹ “Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la <<maquinización>> de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y ala subsunción del supuesto de hecho concreto em el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principio. La <<aplicación>> de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una <<reacción>>, se <<tome posición>> ante ésta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de <<tomar posición>> en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.”

Os princípios, anteriormente vistos apenas como fontes subsidiárias do direito, com o advento do neoconstitucionalismo passam a ocupar papel de singular importância, atuando de forma a orientar a efetiva aplicação do direito.

Segundo Eduardo Cambi (2009, p. 81) “sua utilização se resumia à função menor e acessória de preencher eventual lacuna jurídica, caso esta antes não pudesse ser colmatada pela analogia e pelos costumes.”

A partir do momento, porém, em que a Constituição passa a ocupar o centro do ordenamento, um sistema de valores, princípios e regras, insertos nessa norma central, passa a ser de obrigatória observância no processo de construção da norma.

Tal alteração trazida pelo neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, fica evidenciada quando Luigi Ferrajoli¹⁰ anuncia que as condições de validade das leis não são mais dependentes, tão somente, do processo de produção destas, mas também de uma necessária coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais.

Assim, para Cambi (2009, p. 90), um sistema jurídico ideal, condizente com o estágio neoconstitucional do direito, deve, obrigatoriamente, buscar uma compatibilização entre regras e princípios, primando por uma interpretação que, além de preservar esse equilíbrio, “não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica.”

Esse processo hermenêutico mencionado pelo citado autor torna-se possível apenas quando se tem um sistema jurídico valorizador dos princípios constitucionais, em um sistema constitucional aberto, por meio de intérpretes que não se contentem com a propagação de puras e frias regras jurídicas, mas com uma análise substancialmente valorativa da norma posta.

Dessa forma, em um espaço jurídico constitucional, onde o pluralismo de ideias e valorações é muito presente, a mera subsunção dos fatos às normas (aqui

¹⁰ “Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea substancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.” (FERRAJOLI, 2011, p. 18).

entendidas meramente como regras), não é suficiente, sendo necessário o sopesamento de princípios, vistos estes últimos como parte do ordenamento jurídico, fundamentais quando se buscam interpretações da Constituição, e à luz da Constituição (GUERRA FILHO, 2007, p. 101).

Inevitável, então, que se passe a analisar uma nova teoria da norma, que não se restrinja ao processo de subsunção fato-regra, vista esta última como lei em sentido estrito. Os princípios constitucionais, consagradores de valores de toda a coletividade, passam a ter posição fundamental no estudo da teoria da norma, restando praticamente impossível que se mantivesse o distanciamento entre a ordem jurídica e os conceitos morais, éticos e valorativos.

A aproximação entre direito e moral era algo inadmissível no regime jurídico positivista. Isso porque o direito neste período era considerado algo neutro, e sua validade não dependia do conteúdo da norma. A validade, ao contrário, estava intimamente ligada às características formais da norma.

Ocorre que, um Estado Democrático de Direito Constitucional, garantidor de direitos fundamentais aos cidadãos não se compatibiliza com uma norma jurídica apartada, por completo, de conceitos morais. E isso porque a norma se concretiza, efetivamente, quando reflete valores morais compartilhados por toda a sociedade, por meio de consensos elaborados discursivamente.

E esses consensos acerca de questões éticas, morais e de valores de uma sociedade tornam-se mais concretos em um Estado Democrático de Direito Constitucional, que permita uma participação democrática não somente por meio das eleições, mas também, nas lições de Peter Habermas (1997), por intermédio de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais. A sociedade participa – seja por meio das audiências públicas, dos *amicus curiae* –, expõe suas opiniões, e contribui para a solidificação de seus direitos e aspirações, criando uma democracia verdadeiramente deliberativa¹¹.

¹¹ Referida ideia é verificada por Robert Alexy em sua obra “Constitucionalismo Discursivo”, onde trabalha a questão da legitimidade democrática em um regime constitucionalista, exaltando sobremaneira o “argumento”. “O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também em argumentos. Desse modo a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa.” (ALEXY, 2011, p. 163)

Nesse ambiente (neo)constitucional, portanto, os conceitos de direito e de moral se aproximam sobremaneira, aumentando, cada vez mais, as possibilidades de que o intérprete utilize-se de conceitos morais e éticos sedimentados por uma sociedade.

Mauro Barberis bem destaca a questão da proximidade entre direito e moral, e o reflexo dessa aproximação nas divergências entre o positivismo e o neoconstitucionalismo. Traz o referido autor, inclusive, a ideia de que estaríamos, atualmente, diante de dois positivismos: um mais rígido e, conseqüentemente, cada vez mais superado; e outro relativizado, chamado de *inclusivo*. Para este, de certa forma, poderia haver uma conexão entre direito e moral, desde que esta ligação se dê em um nível constitucional, por meio de princípios fundamentais¹².

O referido autor faz, ainda, uma importante ressalva no que tange ao suposto “imperialismo de la moral”, visto para Barberis como “el talón de Aquiles” (calcanhar de Aquiles) do neoconstitucionalismo, exatamente por gerar sobreposição perigosa do direito pela moral. Em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, Barberis finaliza indicando a necessidade de uma coexistência harmônica entre direito e moral, evitando tanto o *legicentrismo* como a *tiranía dos valores*¹³.

Assim, a transição do positivismo jurídico para o constitucionalismo contemporâneo caminha pela necessária alteração da teoria da norma jurídica, que passa a considerar princípios e valores no processo de interpretação e construção

¹² “El iuspositivismo inclusive tiene asumida la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo del iusnaturalismo: la negación de una conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; el Derecho positivo bien podría remitir a valores Morales, como muestra de forma paradigmática la Constitución de los Estados Unidos. Ahora bien, el neoconstitucionalismo se distingue precisamente del iuspositivismo inclusivo em cuanto hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional, y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo.” (BARBERIS, 2011, p. 263-264).

¹³ “El *imperialism de la moral* que impregna el neoconstitucionalismo, desde este último punto de vista, parece comparable a la elección de un único Dios: en este caso, un Dios muy parecido a la divindade celosa de la tradición judeo-cristiana. Una opción monoteísta, bien entendida, es perfectamente legítima, pero es siempre una opción. En nuestra vida cotidiana, de hecho, sacrificamos a muchos otros dioses, y no hay que presentar como algo indiscutible que el dios de la moral tenga, o debe tener siempre, la última palabra. Dejando a un lado la metáfora, no se gana nada – ni sobre el plano cognoscitivo ni sobre el normativo – al desconocer el politeísmo de los valores, moralizando el Derecho o juridificando la moral. Al contrario, admitir la recíproca autonomía y el posible conflicto entre valores jurídicos y Morales permite no sólo perseguir el objetivo de una relación equilibrada entre los diversos ámbitos de la práctica, sino también evitar el peligro de la tiranía de los valores.” (BARBERIS, 2011, p. 277-278, grifo do autor).

normativa, com uma nítida aproximação entre direito e moral, situação que deve se dar de forma harmônica, de modo que se respeite a “autonomia” de ambos (direito e moral).

1.2.2 A Origem de uma Força Normativa Constitucional. Konrad Hesse e a Superação dos Fatores Reais de Poder

Ao lado dos princípios, o novo sistema, que deixava para trás o positivismo jurídico, trazia consigo um novo alicerce, responsável pela sustentabilidade do direito, qual seja, a “norma constitucional”.

A partir do momento em que a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, e que os efeitos dela emanados começam a disciplinar o convívio social, o legicentrismo desaparece, dando lugar à força normativa da Constituição. Força essa responsável por condicionar as leis infraconstitucionais, garantindo o atendimento aos direitos e garantias fundamentais.

Porém, para que se possa, de forma satisfatória, compreender esse momento jurídico de exaltação da norma constitucional, fundamental que se traga à tona o embate ocorrido entre os conceitos de *constituição* de dois estudiosos que desenvolveram suas teses em períodos históricos diversos, mas que deixaram como legado uma discussão absolutamente contemporânea. De um lado, o estudioso e político Ferdinand Lassale¹⁴ e a ideia de que a Constituição era uma mera “folha de papel”. Do outro, o professor alemão Konrad Hesse¹⁵, realçando sobremaneira a “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*).

Um questionamento permeou a “discussão”: qual seria o papel do Direito Constitucional, em especial o da Constituição?

Para Lassale, a Constituição ocupava lugar meramente figurativo, não passando de reflexo dos fatores reais de poder da sociedade. Para ele, “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas” (HESSE, 1991, p. 09), o que denota sua negação ao valor do direito constitucional como ciência.

Existiriam, pois, duas Constituições: *i)* uma real, que seria aquela que representava os indigitados fatores reais de poder dominantes em um Estado; *ii)*

¹⁴ Lassale nasceu na cidade de Breslau, atualmente localizada na Polônia, local onde foi enterrado em 1864.

¹⁵ Nascido em 1919 em Kaliningrado, na Alemanha, Konrad Hesse faleceu no ano de 2005, em Freiburg im Breisgau, também na Alemanha.

outra jurídica, que seria a norma constitucional escrita, que nas lições de Lassale, seria tão somente um “pedaço de papel”. Esta só teria o poder de regular e motivar as questões sociais quando compatível com a primeira.

Em contrapartida, surge o pensamento do estudioso alemão, atribuindo à Constituição força própria, jurídica, e capaz de ordenar e motivar o desenvolvimento do Estado. Surgiu a ideia de uma força normativa constitucional.

Diferentemente das ideias de Lassale, não procurou Hesse (1991, p. 13) inviabilizar a coexistência pacífica e, porque não dizer, interdependente entre a realidade político-social do Estado e a Constituição Jurídica. Bem elucidada esta situação em trecho de sua obra “Força Normativa da Constituição”, quando afirma que “Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’” não havendo que se falar em outra possibilidade. Em contrapartida, “quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.”

Konrad Hesse buscou enfatizar a força ativa da Constituição, que adviria de uma conjugação entre a vontade de poder e a *vontade de Constituição*. Por sua vez, a *vontade de Constituição* originar-se-ia de três vertentes: *i)* a necessidade de uma ordem normativa rígida, que não sucumbia frente ao arbítrio desmedido e disforme; *ii)* a ordem constituída é mais forte que a ordem constituída pelos fatos; *iii)* a referida ordem necessita, para sua eficácia, da participação humana.

Assim, o palco que se solidificou até o fim da última Grande Guerra, quando os direitos fundamentais somente justificavam-se diante de uma previsão legal, e não consagravam, via de regra, qualquer garantia em face do arbítrio estatal e da “vontade” declarada dos fatores reais de poder, começava a sofrer alterações.

Diante desta ideia, de que as maiorias poderiam valer-se de sua “supremacia” para implementar regimes totalitários e violadores dos direitos humanos, as novas constituições “fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.” (SARMENTO, 2011b, p. 77).

Com base nas ideias do estudioso alemão, o ambiente Pós II Guerra Mundial, de positivismo exacerbado, dava lugar a um processo de constitucionalização que

se sustentava na força ativa e viva da Constituição¹⁶. Desta forma, as constituições que sucederam esse período passaram a trazer em seu bojo temas que anteriormente não eram tratados, como a questão dos direitos fundamentais¹⁷.

Com essa nova roupagem, a Constituição passou a ocupar papel de destaque no ordenamento jurídico, irradiando efeitos para todos os demais ramos do Direito¹⁸. Tanto as normas de direito material como as normas processuais passaram a sofrer forte influência do Direito Constitucional. Mais do que isso, a contrariedade ao texto constitucional passou a representar impropriedade insanável. Tal caráter de vinculação das normas constitucionais passou a ser observado, inclusive, no direito estrangeiro, com J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹.

Solidificava-se, destarte, a ideia que viria a ser, talvez, o principal alicerce do atual constitucionalismo: a força normativa da Constituição. E caminhando de forma conjunta a esta força normativa, aflorava a ideia de uma corte protetiva das normas constitucionais, o que mudou a forma e a importância do Poder Judiciário.

1.3 O PODER JUDICIÁRIO EM UM SISTEMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA. O SURGIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dentre as significativas mudanças trazidas com a transição do período de positivismo jurídico para o constitucionalismo contemporâneo, uma alterou sobremaneira as funções de um dos três poderes do Estado, definidos segundo as lições de Montesquieu. O Poder Judiciário, antes visto como mero repetidor da

¹⁶ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.” (BARROSO, 2007).

¹⁷ “O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais.” (CAMBI, 2009, p. 27).

¹⁸ “Entendemos, quanto à natureza dessas normas, que, em princípio, o legislador constitucional estabelece comandos para o legislador ordinário, para o juiz e para os demais intérpretes (como a ‘lei das leis’). Nesse sentido, as normas constitucionais definem horizontes, fixam balizas, estabelecem contornos que governarão a ordem jurídica do país como normas fundamentais e, portanto, ocupantes do ápice da pirâmide legal.” (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003, p. 21).

¹⁹ “Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais.” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 43).

vontade da lei, com a “superação” do positivismo jurídico passa a ter papel de fundamental importância para o desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Eduardo Cambi (2009, p. 83) bem demonstra os valores que eram verdadeiramente consagrados no período jurídico positivista:

Cabia aos códigos disciplinar, exaustivamente, todas as condutas humanas juridicamente relevantes e as respectivas sanções, a fim de que o trabalho do intérprete se resumisse a enquadrar o fato concreto na regra jurídica, geral, abstrata e universal. Prevalencia a superioridade do legislador frente aos juízes. A visão do princípio da separação dos poderes era simplificada pela onipotência (soberania) do legislador frente ao servilismo dos juízes.

A evolução do positivismo jurídico para um regime jurídico constitucional significou, também, a evolução de um direito legislativo para um direito valorizador da jurisprudência. Norberto Bobbio (2006, p. 212) explicita o papel que a *jurisprudência* exercia em um período jurídico baseado no império e na completude das leis:

Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, explicar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. (grifo do autor).

Referido período, que precedeu nosso atual constitucionalismo, não repudiava a interpretação jurisprudencial²⁰, mas tinha uma concepção diversa de qual interpretação poderia o Poder Judiciário realizar, “que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs a norma, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas”. (BOBBIO, 2006, p. 214).

O constitucionalismo contemporâneo, portanto, consagrou a supremacia constitucional, e o legislador, antes visto com absoluta superioridade frente aos juízes (soberania do Parlamento), perde espaço, já que fica a cargo do julgador o

²⁰ “Ao estender, em via analogical, uma certa norma a um caso por esta não previsto, o intérprete (segundo o positivismo jurídico) aplica ainda a vontade do legislador, visto que este não previu tal caso, mas se o tivesse previsto o teria regulado de tal modo. Assim, o intérprete positivista imputa sempre as normas por ele formuladas à vontade do legislador: à sua *vontade expressa*, no caso de interpretação em sentido estrito; sua *vontade presumida*, no caso de integração.” (BOBBIO, p. 219, grifo do autor).

processo interpretativo e hermenêutico de “construção” da norma, agora tendo como espécies não somente as regras, mas também os princípios.

Passa-se de um período caracterizado pela centralidade da lei e supremacia do parlamento, para um Estado de direito constitucional marcado pela centralidade da Constituição e supremacia do Judiciário, materializado pela existência de uma Corte Constitucional Suprema, encarregada da interpretação final das normas constitucionais (BARROSO, 2011, p. 227-228).

Diante deste novo panorama, nasce a expressão jurisdição constitucional, caracterizada pela existência de interpretação e aplicação de normas constitucionais por órgãos do Poder Judiciário.

Nas lições de Luís Roberto Barroso (2011, p. 228), a jurisdição constitucional constituir-se-ia em “um poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”

Neste novo panorama, de constitucionalização do ordenamento jurídico, e de presença de um tribunal responsável pela prevalência destes valores constitucionais, passa a existir a ideia de um controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, como forma de autoproteção deste sistema jurídico que passa a estar calcado em uma Constituição²¹.

Como não poderia deixar de ser, o constitucionalismo contemporâneo solidifica-se tendo como baluarte um Poder Judiciário fortalecido, em especial no que se refere à corte constitucional²².

Quanto ao direito brasileiro, a evolução da nossa Suprema Corte Constitucional terá, como será visto no capítulo 3 do presente trabalho, relação direta com o surgimento do instrumento processual objeto desta pesquisa, qual seja a reclamação constitucional. Esta, com suas hipóteses originais de cabimento, tendentes à proteção da competência e da autoridade das decisões do STF,

²¹ “Em suma, a existência de uma jurisdição constitucional pressupõe a exigência, dentro de um determinado ordenamento jurídico, de um processo de controle de constitucionalidade que não se limita ao Poder Legislativo, mas que é externo a este. É função da constituição como norma suprema de um ordenamento prever um processo de autoproteção contra a violação de seus conteúdos por parte dos poderes constituídos.” (MÖLLER, 2011, p. 33).

²² Não obstante a importância que se dá ao Supremo Tribunal Federal quando se fala em exercício de jurisdição constitucional, não se pode deixar de lado a atuação, também, dos demais tribunais e juízes, que, ao interpretarem o ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição, também estão exercendo a jurisdição constitucional.

demonstra claramente o momento (neo)constitucional de exaltação e garantia das decisões do Poder Judiciário.

O ambiente constitucional trazido por este período pós-positivista reflete a superação da “ditadura do Parlamento”, que permitia que maiorias políticas pudessem galgar caminhos alheios à Constituição, desprezando direitos fundamentais, em detrimento de minorias e setores sociais impossibilitados de se converterem em fatores reais de poder (LEAL, 2011, p. 438-439).

Referida situação, aliada a um crescimento da proteção aos direitos e garantias fundamentais, desperta no Poder Judiciário, em especial na Corte Constitucional, uma postura excessivamente pró-ativa. A todo o momento situações extremamente polêmicas e relevantes emergem do seio da sociedade, para serem decididas pela Suprema Corte (SARMENTO, 2011b, p. 79). Os respectivos ministros são alçados à condição de semideuses, cabendo a estes a decisão sobre a “vida e a morte”²³, o “respeito e o desrespeito”²⁴, enfim, sobre os rumos de toda uma nação. Os julgamentos passam a ser televisionados, e a população cria, sobre os onze julgadores, uma grande expectativa²⁵.

Tal panorama, todavia, acaba por gerar aparentes ingerências, por parte do Judiciário, na esfera de poderes do Legislativo e do Executivo. Ocorreria o que muitos autores denominam de “judicialização da política”. A Corte Constitucional passa a tomar decisões não somente jurídicas, mas, essencialmente políticas.

Exatamente neste ponto é que começam a brotar as incisivas críticas ao modelo essencialmente jurisdicional do neoconstitucionalismo, que traz como principais entraves, para os críticos, a suposta falta de legitimidade democrática, a judicialização de todas as relações sociais, e o decisionismo e subjetivismo exagerados, que levariam a uma inevitável insegurança jurídica.

Ainda que se esteja diante da possibilidade real de ultrapassar o objetivo central do presente trabalho, importante que se tenham algumas considerações acerca dos “problemas” acima mencionados.

²³ Aqui se busca fazer menção aos notórios julgamentos sobre a possibilidade de aborto do feto anencefálico e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Sobre o assunto ver artigo intitulado “The anencephalic fetus abortion and the constitutional issue” (MINGATI; GÓES; COSTA, 2012, p. 129-266).

²⁴ A referência aqui é sobre o julgado que permitiu a união de pessoas do mesmo sexo.

²⁵ Segundo Daniel Sarmento (2011b, p. 84), no neoconstitucionalismo “o juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais”, o que acaba por aumentar o temor daqueles que sustentam a possibilidade de surgimento de uma ditadura das togas.

Não se deve perder de vista o processo histórico de solidificação de um sistema jurídico calcado em uma força normativa constitucional, que superou regimes totalitários baseados no império da lei, e que permitiu a exaltação de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em especial às minorias. Assim se deu a formação do, para muitos, chamado neoconstitucionalismo.

A alteração de um sistema jurídico legislativo, para um sistema jurisdicional, com a exaltação da figura do juiz, traz, inevitavelmente, riscos e obriga o sistema a controlar eventuais excessos.

Destarte, a jurisdição constitucional, como reflexo dessa exaltação do Poder Judiciário, desenha-se como espaço onde as minorias podem buscar a tutela de seus direitos, impedindo a imposição das majorias, funcionando como espaço contramajoritário. Tal atuação deve se dar de forma constitucionalmente fundamentada, ofertando aos envolvidos a palavra na arena argumentativa²⁶, obtendo-se, assim, uma decisão legitimamente adequada a uma democracia discursiva.

Subjetivismos e decisionismo injustificáveis constitucionalmente não devem ser tolerados, por respeito aos próprios ditames constitucionais. A suposta ingerência jurisdicional nas competências legislativa e executiva só se justifica em face da constatação de inércia desses dois poderes. E mesmo que ainda reverberem críticas a uma falta de legitimidade democrática, deve-se ressaltar que o voto e a regra da maioria não constituem a única forma de representação democrática, que deve, também, aflorar por meio de um constitucionalismo discursivo²⁷.

²⁶ Neste ponto, a própria norma central do ordenamento prevê a figura do *amicus curiae*, além das audiências públicas, instrumentos constitucionais formadores de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais, como bem trabalhado por Peter Haberle (1997).

²⁷ Robert Alexy, e obra denominada "Constitucionalismo Discursivo", afirma que "a única possibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia consiste nisto, compreendê-la também como representação do povo." O autor tenta trabalhar com uma ideia de decisões judiciais apoiadas em argumentos socialmente aceitos. "Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais. Se essas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada, por que uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições, não mais é difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela."(ALEXY, 2011, p. 163 e 165).

Nas palavras de Saul Tourinho Leal (2011, p. 434), em uma democracia representativa deve-se “avançar na limitação do poder dos governantes e na concretização dos direitos dos cidadãos. A história prova que quando a luz da democracia se apaga é para a jurisdição que o povo normalmente corre.”

Assim, diante da significativa importância atribuída ao Poder Judiciário e aos juízes neste atual estágio do neoconstitucionalismo, bem como frente às críticas e discussões acerca dessa postura “excessivamente pró-ativa dos julgadores”, os debates dos operadores do direito devem continuar, sem que se perca de vista, todavia, a necessidade de compreensão do papel dos atores de nosso sistema jurídico, para que não se admitam excessos e omissões injustificáveis.

Feitas as ponderações acerca da polêmica que envolve a pró-atividade do Poder Judiciário, o que se conclui é que o constitucionalismo contemporâneo – neoconstitucionalismo – deu importante passo ao exaltar o papel de uma jurisdição constitucional, imbuindo os julgadores da nobre missão de fazer prevalecer a força normativa da Constituição, impedindo que o sistema jurídico seja utilizado como meio de submissão, por aqueles que detêm os fatores reais de poder.

Neste ambiente de exaltação do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, a decisão judicial passa a ser mais valorizada, e a sua influência como fonte do direito cresce significativamente. No caso do direito brasileiro, o sistema jurídico historicamente sedimentado na soberania da lei – *civil law* – inicia um processo de valorização jurisprudencial, absorvendo elementos da *common law*.

Desta forma, como não poderia deixar de ser, o desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira seguiu por caminhos, inevitáveis, de valorização dos precedentes judiciais, conforme se estudará a seguir.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

O rito de passagem de um sistema jurídico positivista, valorizador da lei e dos poderes do Parlamento, para um regime que exalta princípios, valores e, em especial, que inaugura a ideia de uma jurisdição constitucional, capaz de colocar o Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, não se deu de forma tranquila.

Aliás, a absorção, em especial no Brasil, país de formação jurídica romano-germânica²⁸, de instrumentos típicos da *common law*, de valorização do Poder Judiciário, e de força dos precedentes judiciais, ainda se verifica nos dias de hoje, por meio de um processo gradual e, para muitos, traumático.

A aplicação de um sistema jurídico precedentalista de forma uniforme, a par dos riscos e críticas inerentes à concepção da jurisprudência como fonte direta do direito, busca ofertar à sociedade respostas estatais iguais para situações fáticas iguais, impedindo que a livre interpretação por parte dos juízes leve a instabilidades sistêmicas.

Desta forma, a existência de um sistema jurídico que valoriza o precedente, assim entendido como o reflexo direto da atribuição de força às decisões advindas do Poder Judiciário, além de exaltar o papel do referido poder, fixa as teses defendidas neste sistema, ofertando certa previsibilidade às decisões judiciais.

Neste ambiente, o que se verifica no Brasil, nos dias de hoje, é um crescimento na utilização de precedentes judiciais, bem como de institutos originais do direito anglo-saxão. A ideia é atribuir ao chamado “direito jurisprudencial” um papel de fonte direta e imediata do direito, em especial no que concerne às decisões advindas dos órgãos de superposição pátrios, quais sejam, o Supremo Tribunal

²⁸ Insta esclarecer, de forma superficial, já que o tema será ainda abordado na presente pesquisa, a existência desses dois sistemas jurídicos, um tradicional das nações latinas e germânicas e o outro de tradição anglo-americana. Miguel Reale define o primeiro como representativo do “primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.” (grifo do autor). Em seguida Reale define o sistema anglo-saxão, no qual “o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial.” (REALE, 2003, p. 141-142).

Federal (STF), guardião da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela uniformidade do direito federal.

Para que se possa melhor compreender esse processo de mutação entre as tradições jurídicas romano-germânicas e anglo-saxãs, deve-se buscar entender a jurisprudência, seus conceitos, efeitos e de que forma ela vem se posicionando como fonte do direito brasileiro. Somente assim será possível compreender, de forma clara, as razões para o robusto crescimento da jurisdição constitucional pátria, e para a valorização dos precedentes judiciais.

As tradições jurídicas latina e romanística, que influenciaram diretamente o Direito brasileiro, tinham na lei a sua fonte direta e imediata, relegando a um patamar subsidiário outras reais formas de expressão do direito, como os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

O papel do juiz, portanto, era o de mero repetidor da vontade da lei, cabendo a este, tão somente, aplicá-la aos casos concretos. Diferentemente da tradição jurídica anglo-saxã, onde o *case law* era considerado fonte do direito, orientando os julgamentos para casos semelhantes futuros.

Essa exaltação passou a agregar à jurisprudência um caráter por vezes vinculativo. Tércio Sampaio Ferraz Junior (2008, p. 209) afirma, inclusive, que o “aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar uma doutrina acabada, conhecida como *stare decises*.”²⁹ (grifo do autor).

Neste panorama, será objeto de estudo a *jurisprudência*, inserida em um momento histórico-jurídico de nítida mistura entre as tradições jurídicas latina e anglo-saxã.

Os reflexos dessa mixagem no direito brasileiro passam, inexoravelmente, por um processo de “precedentalização”, em que se verifica o surgimento de mecanismos protetores dos entendimentos judiciais reiterados, como é o caso das súmulas vinculantes, das súmulas impeditivas de recursos, dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, e da própria reclamação constitucional,

²⁹ Como destacado por Luiz Guilherme Marinoni, não se deve confundir a tradição jurídica denominada *common law* com o *stare decises*, que consiste na atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais. O que o autor busca com o referido alerta, é frisar que a *common law* não se restringe à força dos precedentes judiciais, característica esta contemporânea desse sistema jurídico (MARINONI, 2011, p. 33-35).

recentemente alçada à função de instrumento garantidor da uniformização jurisprudencial.

Como se verá nos tópicos 2.1 a 2.5, procurar-se-á desmistificar a ideia de que um sistema jurídico formado por leis seja incompatível com a atribuição de força aos precedentes judiciais. O atual estágio de nosso direito é prova cabal de que a “precedentalização” pode, tranquilamente, conviver com um sistema de leis forte, sendo necessário, apenas, que haja um respeito mútuo entre eles, sempre tendente a alcançar o fim precípua do direito, qual seja, a pacificação social, por meio de um sistema jurídico seguro, uniforme, previsível e isonômico.

2.1 CIVIL LAW. AS FONTES DO DIREITO EM UMA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA

A tradição jurídica na qual historicamente se estruturou o direito brasileiro guarda origens em um período revolucionário da Europa continental. A Revolução Francesa, assim, representa importante marco para o desenvolvimento do denominado sistema *civil law*.

O ideal revolucionário caracterizava-se pela luta contra o poder absoluto do Rei. E a revolução perpetrada significou não somente a derrocada do Absolutismo Monárquico, mas também, a ascensão de um “Absolutismo do Parlamento”. Nesse viés, o Poder Legislativo ganha força, e a lei passa a representar o elemento central dessa tradição jurídica.

Não era conveniente, em uma realidade de nítida força parlamentar, que o Poder Judiciário atuasse de forma incisiva, interpretando a produção parlamentar, quando da subsunção fato-norma.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 25) remete-se ao período revolucionário lembrando que, apesar da ideia de “divisão” do poder em três funções distintas, o Poder Judiciário concebeu-se, por desconfiança, despido de efetivos poderes. O juiz era, tão somente, a “boca da lei”, não se devendo falar em jurisprudência.

Marinoni (2011, p. 58-60) deixa evidente o intuito de se limitar o poder judicial neste período, de modo que se vedava qualquer interpretação por parte do julgador, sob a justificativa de que a lei era completa e clara. Aliás, na dúvida, caberia ao Judiciário submeter a questão à “interpretação autorizada” do Poder Legislativo.

No período da Revolução Francesa, esse controle materializava-se por meio das Cortes de Cassação, responsáveis pela anulação das decisões judiciais que destoassem do direito criado pelo Parlamento.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 210) bem traduz a desconfiança social que recaia sobre a figura do juiz, em especial no período da Revolução Francesa, sendo que “o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz *aplica* o código e nada mais do que isso.” (grifo do autor).

Neste ambiente, indispensável que se traga à tona as impressões de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 58), quando relaciona as diferenças entre o juiz da *common law* e da *civil law* com as “histórias de poder” do período revolucionário francês:

As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos. Entretanto, há necessidade de sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juízes do *common law* e do *civil law* restaram, em boa medida, no papel e na intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei. (grifo nosso).

Portanto, o que se via, e que acabou por caracterizar historicamente a tradição jurídica romano-germânica, foi a presença de um juiz meramente figurativo, que nada mais representava do que o reflexo da vontade do legislador. Dois alicerces fundamentavam essa tradição jurídica: o respeito à lei e a proibição de decisões *contra legem*.

A certeza e segurança jurídicas almejadas por qualquer sistema, para o *civil law* seriam obtidas por meio de uma lei dotada de clareza e que abarcasse todas as situações possivelmente conflituosas. E dessa forma, a segurança jurídica residia exatamente na certeza de que o juiz iria aplicar a letra da lei.

Dessa forma, configura-se um sistema jurídico que tem como fonte primordial a lei, materializada por meio de códigos, representativos da vontade do Poder Legislativo. Outras possíveis fontes do direito, como a doutrina, os costumes e a jurisprudência, não tinham espaço, sendo utilizadas como eventuais diretrizes subsidiárias à lei.

O já citado Ferraz Jr. (2008, p. 210-211) busca, por intermédio de três características importantes, e em contraposição ao direito anglo-saxônico, definir as diretrizes do Poder Judiciário do sistema romanístico, diferenciando este último daquele:

[...] em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; em segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; em terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da *independência* da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência. (grifo do autor).

Porém, esse ideal de uma lei completa, clara, e que conseguisse regulamentar as mais diversas situações, por óbvio, não alcançou êxito. A lei, apartada de qualquer interpretação judicial, não seria capaz de resolver todos os conflitos. As lacunas eram inevitáveis, e a vedação de uma interpretação por parte do julgador gerava decisões conflitantes, em casos idênticos.

Ou seja, cada magistrado, diante de cada caso concreto, e das lacunas legais, fazia uma “interpretação” do que a norma editada pelo Parlamento buscava, decidindo, pois, de acordo com a sua consciência, situação que, inexoravelmente, dava ensejo a uma discricionariedade judicial absolutamente contrária à certeza que a *civil law* sempre almejou.

Tal situação se mostrava ainda mais frequente diante dos chamados *hard cases*, que, por óbvio, não tinham uma resposta certa dentro da legislação vigente. Nesse ambiente, a certeza e segurança jurídicas tão exaltadas pelo Parlamento romano-germânico viam-se prejudicadas. O dogma de que a lei era suficiente e de que o juiz atua apenas a vontade desta última passa a ser objeto de questionamento.

Destarte, a *civil law* não poderia mais subsistir sem que fosse realizada uma releitura das fontes do direito nessa tradição jurídica, em especial no que concerne à função do Poder Judiciário.

As leis seriam incapazes de regulamentar todas as situações. Assim, passam a surgir as normas abertas, de conteúdo vago ou indeterminado, e que possibilitam ao “intérprete” moldar a legislação às particularidades do caso concreto.

Nota-se, claramente, que aquele sistema jurídico que tinha como fonte única do direito a lei, passa a ampliar os seus horizontes. A atuação judicial, em especial com as ampliações interpretativas surgidas por intermédio das cláusulas abertas e dos princípios constitucionais, passa a ser considerada não apenas no caso concreto objeto de julgamento, mas, também, para casos semelhantes.

Configura-se, assim, a primeira grande transformação na tradição jurídica romano-germânica, vista no presente trabalho por um viés do direito brasileiro. Amplia-se o rol de “fontes do direito”³⁰. O juiz, “maquinizado” conforme destacou o já citado Zagrebelsky (2008, p. 111), deixa de atuar como repetidor da vontade da lei, e passa a observar não apenas princípios, mas também fundamentos judiciais utilizados, por outro julgador ou tribunal, em casos semelhantes ao que está em julgamento.

Assim, o sistema jurídico brasileiro, de histórica fundamentação romano-germânica, passa a notar a insuficiência de sua formação estrutural, e a importância que deveria ser dada ao Poder Judiciário, inclusive como fonte do direito, por meio de seus julgados. Julgados estes que não mais representavam, somente, a vontade da lei, mas também a interpretação do julgador, municiado que estava de uma nova teoria da norma, de cláusulas abertas e de conceitos vagos.

Neste panorama, essa visível ampliação das fontes do direito passava a se justificar com o intuito de garantir a igualdade e a segurança jurídica do ordenamento. No Brasil, o jurisdicionado passou a conviver com institutos que mais se assemelhavam a uma tradição jurídica anglo-saxã do que com o *civil law* tradicional.

Os tribunais de superposição passaram a criar súmulas, representativas de julgamentos reiterados em mesmo sentido, e que tinham o condão de orientar julgamentos futuros. E tais enunciados sumulares passaram a justificar teses jurídicas e decisões judiciais. As peças processuais passaram a não mais refletir apenas a vontade da lei e a argumentação do causídico. Este último deveria estar

³⁰ Aqui, o termo é utilizado entre parêntesis por conta de uma observação destacada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 211) em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito”, quando afirma que para o direito romanístico, a jurisprudência constituir-se-ia em fonte de interpretação da norma posta, não chegando a configurar fonte do direito. Entendemos, com a devida vênia, que no atual estágio do direito brasileiro, de tradição jurídica romano-germânica, a absorção de diversos institutos típicos da *common law*, dentre os quais, em especial, a súmula vinculante, já permite que se insira a jurisprudência, assim constituída como precedente obrigatório, como fonte do direito brasileiro.

atento às mais recentes posições jurisprudenciais sobre a questão jurídica de seu cliente. A jurisprudência passou a ocupar o papel de fonte formadora do direito.

Surge o que, para muitos, denomina-se força obrigatória dos precedentes judiciais, consistente na influência que os julgados advindos do Poder Judiciário exercem nos operadores do direito, quando da construção das decisões e teses jurídicas.

Tal situação alcançou seu clímax no ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional 45, que criou as denominadas súmulas vinculantes. O sistema jurídico brasileiro, historicamente romano-germânico, que já tinha observado a ascensão dos princípios e da jurisprudência como fontes do direito, via-se diante de um enunciado capaz de vincular outros poderes, com características de “lei”, mas advindo do poder incumbido de julgar. As decisões reiteradas dos tribunais passavam a ter não só o caráter de orientação, mas também de vinculação. Vinculação esta que nascia do Poder Judiciário, e se estendia aos demais poderes.

Diante do que até aqui foi trabalhado, pode-se notar que a *civil law*, que sempre caracterizou o sistema jurídico brasileiro, tem sofrido uma forte, e saudável, influência de institutos, para muitos, considerados do direito anglo-saxão. Influência que se justificou pela necessidade de garantir isonomia e segurança jurídica na aplicação do direito.

Destarte, os denominados precedentes judiciais passam a fazer parte da realidade jurídica brasileira, sendo objeto de críticas e de elogios, conforme será melhor trabalhado nos tópicos subsequentes (2.3 a 2.5), após a delimitação da tradição jurídica anglo-saxã (tópico 2.4), por meio do estudo da *common law*.

2.2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NA COMMON LAW

Ao contrário da tradição jurídica construída na Europa continental, que tinha como fonte primordial a lei, o *common law* constrói-se como sistema que exalta os costumes e as tradições, não havendo, como no *civil law*, uma dependência da lei, como fonte primordial do direito.

Assim, em sua origem, o *common law* pode ser definido como um direito uniforme aplicado pelos Tribunais Reais na Inglaterra. A expressão, segundo Drummond e Crocetti (2010, p. 22), advém da “característica de os casos julgados na Corte serem submetidos a um direito comum, contraposto a todos os costumes

locais, de formação judicial e estranho tanto à ideia de um texto de autoridade quanto a de um direito transmitido na Universidade.”

O direito anglo-saxão traz como característica primordial, e que o diferencia de forma mais ferrenha da tradição jurídica do *civil law*, a valorização do Poder Judiciário, e do chamado “costume jurisprudencial”.

No século XIII, no direito anglo-saxão já se fazia menção, de forma apenas informativa, aos denominados “*case law*”, consistentes nas decisões emblemáticas sobre determinada questão relevante. Não se falava em qualquer efeito vinculativo dos juízes a esses *cases*.

Com as evoluções sociais e jurídicas, já nos séculos XVII e XVIII, inicia-se um processo em que os precedentes passam a ser aceitos, inclusive em um caráter vinculante, com a propagação dos repertórios de casos, os chamados *reports*.

Esse desenvolvimento de um direito baseado na exaltação do Poder Judiciário, bem como da decisão judicial, culmina, no século XIX, com o surgimento de uma doutrina que atribuía força obrigatória aos precedentes judiciais, contemporaneamente denominada de *stare decises* (FERRAZ JR., 2008, p. 209).

De forma simples, já se pode notar a límpida diferença entre as tradições de *civil law* e de *common law*. Enquanto para aquela a figura do juiz era meramente figurativa, mecânica, e subsidiária, para o direito anglo-saxão, o magistrado, como força motriz do Poder Judiciário, tinha posição privilegiada.

Inclusive nos dias de hoje, segundo Ferraz Jr. (2008, p. 2009):

O juiz anglo-saxônico não é considerado um mero funcionário da administração estatal, não tem uma carreira funcional como ocorre entre nós, e é escolhido entre os melhores advogados do país, para os quais a designação é vista como uma honra especial.

Desta forma, fortalecendo sobremaneira o Poder Judiciário, a *common law*, que se solidificou principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se, formou seus alicerces³¹, e com a atual doutrina do *stare decises*,

³¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 209-210), traz as bases dessa tradição jurídica valorizadora do precedente judicial: “primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua

vem colocando a jurisprudência como fonte importantíssima do direito, inclusive, por mais incrível que possa parecer, em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.

É salutar que se ressalte, nas lições de Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 85), que a *common law* não se trata de uma tradição que repudia a lei, mas sim, em verdade:

[...] de sistema jurídico em que a interpretação e aplicação da lei, influenciada fortemente pelos costumes, acaba sendo evidenciada pelas decisões judiciais que fixam parâmetros hermenêuticos reveladores da correta compreensão das regras a serem observadas em casos futuros.

Diante disso, não é errônea a afirmação de que países ligados aos sistemas jurídicos de *common law* estejam sofrendo processos de codificação, como ocorreu com a edição do Código de Processo Civil Inglês (LEONEL, 2011, p. 78).

E a interpretação em sentido contrário, além de possível, mostra-se de grande relevância, já que a existência de uma infinidade de leis não deve dificultar o surgimento de um sistema jurídico de precedentes.

A título exemplificativo, para que se possa verificar a possibilidade de coexistência entre uma tradição legalista com um sistema de precedentes, citam-se as diversas alterações legislativas pelas quais passou o Código de Processo Civil Brasileiro nos últimos anos. Não somente as súmulas vinculantes, introduzidas com a Emenda Constitucional 45/2004, como as súmulas persuasivas (ainda que não vinculantes) dos tribunais de superposição pátrios (STF e STJ) passam a justificar e permitir julgamentos monocráticos de questões de direito quanto à admissibilidade e ao mérito de recursos pelos magistrados brasileiros.

É o que se nota, por exemplo, com o art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil³², com atual redação dada pela Lei n. 9.756/1998, que permite que o relator do recurso de agravo de instrumento possa dar ou negar provimento à

vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas, ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso.”

³² “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

indigitada insurgência com base em enunciado sumular ou, ainda, entendimento jurisprudencial dominante do STF, do STJ e, inclusive, do próprio tribunal julgador.

O que se conclui, assim, é que embora estejamos diante de tradições jurídicas aparentemente díspares, as evoluções sociais, políticas e jurídicas da contemporaneidade vêm aproximando cada vez mais esses sistemas, situação que parecia impossível, mas que se mostra cada vez mais necessária e salutar ao desenvolvimento de um sistema jurídico que busque ofertar uma prestação jurisdicional compatível com o princípio da legítima confiança do jurisdicionado.

2.3 A GRADUAL ABSORÇÃO DE INSTITUTOS DA COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO. UMA DINÂMICA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Assim como já trabalhado nos tópicos 2.1 e 2.2, a mutação que o direito brasileiro vem sofrendo nos últimos anos, passando a absorver institutos originários do direito anglo-saxão, mostra-se aparentemente irreversível, apesar das diversas críticas e ponderações quanto à institucionalização de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais.

São duas famílias jurídicas, com particularidades políticas e culturais absolutamente distintas³³, mas que na contemporaneidade vêm se aproximando de forma gradual, muito em função da doutrina do *stare decises*.

Muito provavelmente o ponto de aproximação entre esses dois sistemas jurídicos reside exatamente no objetivo primordial deles, qual seja, ofertar segurança jurídica ao ordenamento.

Referido objetivo, para os adeptos da *common law* não seria alcançado por meio de um sistema baseado em leis (o que, por óbvio, não exclui a possibilidade delas existirem), mas sim na atribuição de força aos denominados *cases*, criando um

³³ Marinoni bem diferencia essas famílias jurídicas: “O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.” (2011, p. 56, grifo do autor).

sistema de precedentes judiciais, e de respeito às decisões do Poder Judiciário em casos semelhantes.

Em contrapartida, toda a construção do direito continental, desde a sua gênese com a Revolução Francesa, nunca questionou o fato de que a codificação e o respeito às leis seriam capazes de atribuir certeza aos jurisdicionados, cabendo aos magistrados garantir, por um processo mecânico de aplicação das leis aos casos concretos, a certeza almejada.

Ocorre que, com o desenvolvimento mundial, em especial após as duas grandes guerras, a sociedade e, igualmente, o direito, sofreram mudanças significativas, que atingiram sobremaneira as bases, até então imutáveis, do *civil law*. Nesse ambiente, o constitucionalismo contemporâneo, marcado, em especial pela centralidade da norma constitucional (força normativa da Constituição) e pela descodificação, descortinou toda a discricionariedade judicial que cobria o direito romano-germânico.

Desta forma, tanto os ordenamentos baseados na tradição *civil law* como na *common law*, viram-se diante de um intrigante questionamento: como seria possível atribuir estabilidade à aplicação do direito, sem que casos iguais ou semelhantes pudessem ter julgamentos diversos?

Esse oásis jurídico foi descoberto, em princípio, com o advento de uma doutrina denominada de *stare decises*, que irradiou seus efeitos primeiramente para os países de tradição jurídica anglo-saxã. Assim, ressalte-se uma vez mais, não se trata o *stare decises* de uma doutrina intimamente ligada às origens do *common law*, mas sim de uma forma de se atribuir força aos precedentes que tem sua gênese no século XIX.

E será por intermédio de um dos princípios basilares da doutrina do *stare decises* que se conseguirá solucionar a problemática da denominada “jurisprudência lotérica” (CAMBI, 2001), fenômeno que, conforme Mingati e Cambi (2011, p. 301), “compromete a legitimidade do Estado-Juiz na prestação da tutela jurisdicional e instaura um ambiente de incerteza e insegurança jurídicas, posto que permite resultados diversos para situações de fato e de direito idênticas” (ou muito semelhantes).

Tal princípio ficou, assim, conhecido sob o seguinte brocardo: *treat like cases alike*, ou seja, casos semelhantes deveriam receber o mesmo tratamento, a mesma resposta jurídica. Viu-se, portanto, que a valorização das decisões advindas do

Poder Judiciário, e sua consequente utilização, seja de forma persuasiva (em um primeiro momento), seja de forma vinculante (posteriormente), poderiam atribuir a estabilidade que tanto se exigia do sistema jurídico.

Referido entendimento difundiu-se de forma rápida nas tradições jurídicas anglo-saxãs, solidificando-se, e agregando-se à referida família *common law* como uma de suas principais características.

Porém, no que se refere ao sistema jurídico seguido por países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, foi a conjunção, recente, de uma série de mutações, que culminou na necessidade de adoção de um sistema jurídico de precedentes judiciais. A evolução de nosso constitucionalismo, a centralidade da Constituição Federal como norma dotada de força normativa, o processo de descodificação, o advento das cláusulas gerais e das normas abertas, de conteúdo vago ou indeterminado e o controle de constitucionalidade³⁴, realizado pelo Poder Judiciário, agora dotado de autonomia interpretativa, refletem em que conjuntura vem se dando a evolução, no Brasil, de um sistema de precedentes.

Tais acontecimentos têm como ponto comum a impossibilidade de se conceber um sistema jurídico que despreze a atuação do juiz, seja aplicando a letra da lei, interpretando ou, ainda, criando o direito no caso concreto.

Ocorre que essa gama de possibilidades que se abria ao Poder Judiciário, trazia consigo uma questão delicada, consistente na discricionariedade interpretativa ofertada ao magistrado, permitindo que interpretações constitucionais diversas fossem construídas em casos idênticos (ou muito semelhantes).

Não obstante as vantagens e preocupações mencionadas, pode-se afirmar que um sistema jurídico precedentalista possibilita que se mitiguem os exageros de um neoconstitucionalismo decisionista e subjetivista, ao ponto em que se oferta uma maior segurança jurídica ao sistema, reduzindo a criatividade do intérprete na utilização de normas abertas e de princípios sem o devido esforço argumentativo.

Thiago Magalhães Pires (2011, p. 40), em artigo crítico aos desvios do neoconstitucionalismo para um caminho de decisionismo judicial exacerbado,

³⁴ Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 80) destaca a influência norte-americana sofrida pelo atual controle de constitucionalidade incidental ou difuso brasileiro, “pelo qual todo e qualquer órgão judicial, no curso de qualquer processo, pode apreciar, *incidenter tantum*, a alegação de inconstitucionalidade do ato normativo, cabendo a palavra final, ao menos potencialmente, ao STF, dada a possibilidade de interposição e conhecimento de recurso extraordinário em razão da existência da questão constitucional.” (grifo do autor).

ressalta os riscos que essa deturpação traz à previsibilidade e segurança jurídica do jurisdicionado:

De todo modo, e como se sabe, o emprego cada vez mais frequente de normas abertas, como é o caso dos tipos jurídicos e dos princípios, abre ao intérprete uma margem de criação consideravelmente maior, o que aumenta em grande medida o risco de decisões conflitantes. Consequência disso é que casos idênticos acabam recebendo tratamento jurídico diferenciado – o que não é admitido nem pelo direito positivo (princípio da isonomia), nem pela mais elementar noção de justiça. Mais do que isso, erodem-se o caráter sistemático, a coerência e a previsibilidade do direito.

Nesse contexto, a falta de legitimidade política do Poder Judiciário para a tomada de decisões, em tese, de competência do titular do poder – o povo – torna ainda mais cauteloso o ingresso em um sistema de valorização dos precedentes judiciais. Porém, um sistema não apenas constitucional, mas legal, de valorização dos precedentes deve estar sedimentado em uma atuação judicial construída discursivamente, por meio da participação direta dos jurisdicionados³⁵.

Vê-se, portanto, que será neste ambiente de constitucionalismo contemporâneo, com forte atuação do Poder Judiciário, que se dará a formação de um sistema jurídico precedentalista no Brasil. As críticas e eventuais impropriedades deste sistema, assim como os elogios advindos de uma sistemática de valorização das decisões judiciais serão objeto dos próximos dois tópicos do presente estudo.

2.4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DE UM SISTEMA JURÍDICO PRECEDENTALISTA

Como exaustivamente trabalhado nos tópicos anteriores, a realidade jurídica brasileira está se solidificando de forma a consagrar uma sistemática de valorização dos precedentes judiciais. Não obstante as vantagens deste mecanismo, diversas

³⁵ Aqui não seria possível deixar de mencionar a “sociedade aberta de intérpretes constitucionais”, trazida por Peter Haberle e que, no Brasil, materializa-se, por exemplo, por meio das audiências públicas e da atuação do *amicus curiae* no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O referido autor afirma, com propriedade, que “‘povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” (1997, p. 37).

críticas surgiram, e continuam a ecoar, acerca desta denominada “precedentalização” do direito brasileiro.

Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios” (2011) aponta determinadas críticas que recaem sobre esta “força obrigatória” dos precedentes, dentre as quais se elencarão algumas, trazendo à tona, concomitantemente, o contraponto respectivo.

Em uma sistemática que exalta o precedente judicial, surge, de forma inexorável, uma estabilização das teses que, não obstante a indiscutível segurança ofertada ao ordenamento jurídico, pode trazer, em uma interpretação rápida, a ideia de “engessamento”. É o que poderíamos chamar de “trava” ao desenvolvimento do direito e da adequação deste às novas tendências e mutações sociais.

Os críticos de um sistema valorizador dos precedentes judiciais valem-se da aterrorizante afirmação de que estaríamos constituindo uma “ditadura das togas” ao permitir que se atribua força obrigatória às decisões judiciais reiteradas advindas dos tribunais, o que traria, por consequência, um enorme fortalecimento da figura do juiz.

Partindo-se deste pressuposto, como se daria a evolução da doutrina? De que forma as transformações sociais seriam absorvidas por um “direito petrificado” pela jurisprudência?

Não se deve perder de vista que a “obediência” aos precedentes judiciais não significa dizer que estes são imutáveis, inalteráveis, intocáveis. Imaginar que isso ocorra é contrariar a própria evolução do direito anglo-saxão e brasileiro. Na toada das influências absorvidas da *common law*, o direito pátrio passou a se valer – ainda que de forma primitiva – de mecanismos de superação das teses judiciais firmadas por intermédio de precedentes – *overruling*³⁶ –, técnica que sepulta qualquer ideia de que o sistema em questão engessaria o direito.

Nesta mesma senda, não deve prevalecer a tese de que o sistema precedentalista ofenda a isonomia, aplicando o mesmo precedente para situações aparentemente semelhantes, mas substancialmente diferentes. Para tais hipóteses surge outro mecanismo, denominado de *distinguishing*³⁷, e que consiste na

³⁶ “O *overruling* é a revogação total de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico.” (PORTES, 2010, p. 117, grifo do autor).

³⁷ “Entende-se por *distinguishing* a recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes – *material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor ao caso atual.” (PORTES, 2010, p. 115, grifo do autor).

possibilidade de se justificar a diferença da questão colocada em jogo daquela alvo do precedente. Impede-se, assim, que se aplique um determinado precedente para uma situação fática evidentemente não abarcada por este.

Nas lições de Marinoni (2011, p. 195), “respeitar precedentes não redundam – nem jamais redundou – numa obrigação de aplica-los de forma irrefletida”, mas sim em um dever de, analisadas as circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto levado ao Poder Judiciário, aplicar o precedente substancialmente destinado à sua solução.

Portanto, o próprio sistema denominado de precedentalista se autocontrola, impedindo que se perpetuem teses jurídicas à revelia das evoluções e mutações sociais e jurídicas. Lembre-se, uma vez mais, que o objetivo primordial de um direito que valoriza as decisões do Poder Judiciário é atribuir estabilidade e segurança jurídica ao sistema, intento que não se compatibiliza com a ideia de precedentes imutáveis, ou aplicados de forma indiscriminada e irresponsável.

Exatamente neste sentido leciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 13), quando esclarece que “uniformidade não significa uniformidade de um certo e determinado entendimento, para sempre; e que estabilidade não significa imutabilidade. A uniformidade deve acontecer depois de um período de saudável desuniformidade, e gerar estabilidade.”

Além disso, o magistrado, que interpreta e aplica o direito ao caso concreto levado ao Poder Judiciário, ao respeitar precedentes não se desobriga de seu dever de motivação, a que está constitucionalmente vinculado. Muito pelo contrário, deve justificar de forma detida as semelhanças que indicam a necessidade de utilização do precedente ao caso sob análise, ou que diferenciam este último daquele³⁸.

Nesta toada, indispensável que se tragam à tona as lições de Mauro Cappelletti (1993, p. 23-27), quando ressalta que aceitar a criatividade do intérprete não significa confirmar uma total liberdade deste. Não se deve confundir

³⁸ Luiz Henrique Volpe Camargo (2012, p. 565) bem elucida a necessidade de que tanto a parte que litiga com base em precedente, como o magistrado que o aplica (ou não), tracem os fatores que aproximam e/ou que afastam o caso em análise de determinado precedente. Para o mencionado autor, ao se deparar com “um novo caso, é preciso identificar o *ponto efetivamente nuclear* do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas. Esse juízo de valor será sempre feito pela parte no ato de postular com base em precedente ou no ato do juiz de decidir com base em antecedente judiciário.” (grifo do autor).

discricionariedade judicial com arbitrariedade ou irresponsabilidade. Nos dizeres do referido autor (CAPPELLETTI, 1993, p. 24):

[...] o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

Exatamente neste ponto do trabalho é que surgem mais críticas ao sistema precedentalista, por supostamente violar a independência dos juízes. A necessária vinculação às decisões e interpretações dos tribunais superiores enfraqueceria a autonomia e independência dos juízos singulares e inferiores. Porém, essa suposta permissão de se decidir “conforme sua própria consciência”, na contramão de representar garantia do Poder Judiciário, consiste em um salvo-conduto para a disseminação da jurisprudência lotérica (CAMBI, 2001), permissora da coexistência de decisões conflitantes sobre situações semelhantes.

Desta forma, admitir-se que dentro de um mesmo Poder Judiciário, e sobre questões jurídicas idênticas, se decida de forma diametralmente oposta, sob a justificativa de um suposto “livre convencimento”³⁹, é o mesmo que admitir pacificamente a perda da segurança e da confiança do jurisdicionado no Estado-Juiz. A jurisdição não estará se prestando mais aos seus objetivos constitucionais precípuos.

Marinoni (2011, p. 206) ressalta a necessidade de unidade dentro de um Poder Judiciário inserido em Estado de Direito Democrático:

O juiz e os órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em

³⁹ “É difícil saber o que está por detrás deste grau de instabilidade e conseqüente falta de uniformidade. Além das causas 'normais', antes referidas, existe talvez no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam 'menos' juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção, mesmo, sendo o caso, se tivessem que desrespeitar entendimento já pacificado em tribunal superior.” (WAMBIER, 2012, p. 38).

contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço.

Não se pode perder de vista o fim precípua do processo e da própria justiça, de prestação de uma tutela jurisdicional baseada nos ditames constitucionais, e que traga um sentimento de “legítima confiança” aos verdadeiros consumidores desse serviço. Abandonar referida pedra de toque do direito processual constitucional em prol de uma suposta independência dos juízes beira a anarquia.

Violaria, então, um sistema que respeita os precedentes judiciais, o direito fundamental do acesso à justiça, já que impediria o ingresso judicial de pretensões destoantes do que previamente foi vinculado pelos precedentes?

Com a devida vênia, igualmente sem fundamento a mencionada ideia. Como já abordado no presente trabalho, o respeito às decisões já proferidas em casos semelhantes não representa um “salvo-conduto” para que o juiz não fundamente suas decisões, ou para que não faça o cotejo do caso concreto com o eventual precedente. Nem tampouco significa, como já trabalhado, a impossibilidade de superação de um precedente (*overruling*).

Assim, um sistema precedentalista contribui para o crescimento qualitativo do acesso à justiça, na medida em que fornece previsibilidade e estabilidade ao sistema, diminuindo a litigiosidade, e permitindo que discussões de maior relevo sejam solucionadas pelo Poder Judiciário⁴⁰.

Diante do exposto, em um ambiente de críticas à força obrigatória dos precedentes judiciais, o que se buscou ressaltar foram as características primordiais que este sistema agrega ao ordenamento jurídico: *segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade*. *Segurança jurídica* ao permitir que casos iguais não recebam do Poder Judiciário decisões diversas. *Previsibilidade*, que “elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a soluções díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário” (MARINONI, 2011, p. 211). E *estabilidade*, ao fortalecer a confiança dos cidadãos em um Poder Judiciário uniforme e coerente com suas próprias decisões.

⁴⁰ “A redução da carga de trabalho repetitivo do magistrado, mediante a observância dos precedentes, permite o estudo mais aprofundado das teses jurídicas dos casos individuais, denominados de hard cases. Assim, o ideal é que tendo mais tempo em função da redução do trabalho repetitivo, os juízes possam produzir decisões mais bem elaboradas, mais detalhadas, e, por assim dizer, mais suscetíveis de gerar o conformismo do vencido.” (CAMARGO, 2012, p. 579, grifo do autor).

Características estas que, se verificadas, promoverão um sistema jurídico estável, sem incertezas, inculcando na mente do jurisdicionado uma sensação de confiança no direito.

2.5 DAS SÚMULAS VINCULANTES À IDEIA DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: POR UMA ALMEJADA SEGURANÇA JURÍDICA

O direito brasileiro, de tradição jurídica romano-germânica, e de exaltação da lei, como exaustivamente trabalhado nos tópicos antecedentes, passou a verificar uma alteração substancial em suas bases, passando a absorver mecanismos típicos de um sistema de valorização dos precedentes judiciais.

A discricionariedade judicial advinda da livre aplicação da lei pelos juízes, bem como a falta de estabilidade e previsibilidade do Poder Judiciário, passaram a retirar a credibilidade desta função essencial a um Estado Democrático de Direito Constitucional.

Influenciado pelo direito anglo-saxão e, em especial, pela doutrina do *stare decises*, o sistema jurídico pátrio viu-se obrigado a criar instrumentos capazes de fortalecer as decisões proferidas pelos tribunais de superposição pátrios, influenciando e, por vezes, vinculando tanto os organismos judiciais inferiores (*stare decises* vertical⁴¹), como a própria corte formadora do precedente (*stare decises* horizontal⁴²).

Inicialmente, e com um mero intuito de orientação, surgiram os enunciados sumulares dos tribunais superiores brasileiros (STF e STJ). Como mencionado, tais súmulas não tinham efeito vinculante, mas passaram a representar importante instrumento de fundamentação das decisões judiciais, iniciando uma cultura de respeito aos julgados dos tribunais superiores.

Já com o advento da emenda constitucional n. 45/2004, chamada de reforma do Poder Judiciário, relevante evolução adveio, com a criação das denominadas súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com poderes claros

⁴¹ Assim compreendido como a necessidade de respeito, pelos julgadores inferiores, às decisões proferidas pelos tribunais superiores, em casos idênticos.

⁴² Ideia que orienta os magistrados no sentido de que observem as decisões por eles mesmos (ou ainda por seus tribunais) tomadas em casos idênticos anteriores – respeito à sua própria jurisprudência (seja do juiz, seja do tribunal).

de vincular todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

Assim, os enunciados sumulares vinculantes representaram importante evolução no direito brasileiro, demonstrando claramente o intuito de se buscar uma maior previsibilidade e estabilidade jurisprudencial, ideias originalmente não concebidas pela tradição jurídica da *civil law*.

A par das críticas e elogios acerca do poder vinculante das súmulas previstas no art. 103-A⁴³, da Constituição Federal, que ainda dividem os doutrinadores brasileiros⁴⁴, o que se verificou, após a emenda constitucional n 45/2004, foi o ingresso do direito brasileiro em um momento de extrema valorização das decisões advindas dos tribunais superiores do Poder Judiciário.

Tal evolução jurídica estendeu-se também para o direito processual, com uma série de alterações legislativas sofridas pelo Código de Processo Civil, sempre tendentes a ofertar força aos precedentes judiciais. Surgiu, assim, em 1998, a possibilidade de julgamento monocrático de recursos destinados às cortes nacionais, desde que as teses alegadas estivessem em (des)acordo com súmulas dos tribunais de superposição pátrios e com a jurisprudência pacífica da corte julgadora (art. 557, *caput*, e § 1º-A, CPC).

Já em 2006, por intermédio das leis 11.277 e 11.276, duas outras relevantes transformações se deram no diploma processual civil brasileiro, tornando mais ágil a entrega da prestação jurisdicional (CAMARGO, 2012, p. 577). Por meio do art. 285-A, CPC, permitiu-se que o juiz da causa, ao receber a petição inicial, em se tratando de questão de direito, e já existindo no juízo sentença de total improcedência em casos idênticos, dispensasse a citação do réu, e proferisse decisão de mesmo teor da anteriormente prolatada. O art. 518, § 1º, por sua vez, possibilitou que o juiz não recebesse o recurso de apelação que impugnasse sentença que estivesse em conformidade com súmula (de caráter apenas persuasivo) do STJ e do STF.

⁴³ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

⁴⁴ “A súmula vinculante é um 'mal necessário'. *Mal*, porque, de certa forma, cerceia a liberdade de pensamento do juiz. *Necessário*, para combater a plethora de casos iguais, que inflacionam o Judiciário brasileiro. Mas só o tempo dirá o acerto, ou desacerto, de sua previsão constitucional.” (BULOS, 2009, p. 1050, grifo do autor).

Das alterações infraconstitucionais mencionadas⁴⁵, percebeu-se que o sistema processual civil brasileiro começou a privilegiar uma atuação jurisdicional que prima pela previsibilidade, pelo desestímulo à litigância desordenada, pela razoável duração do processo e pela uniformidade.

Tais desideratos, em sua maioria, são representados por uma política de valorização das decisões advindas dos órgãos de superposição pátrios, com o intuito claro de atribuir segurança jurídica ao jurisdicionado, por meio de um direito uniformizado.

Nesta senda, inadmissível a coexistência de decisões díspares acerca de mesmas questões fáticas. A uniformização da jurisprudência passa a ser medida indispensável para a evolução do direito como instrumento de garantia de justiça aos cidadãos.

Destarte, as decisões da Suprema Corte pátria (STF), em um âmbito constitucional, passam a disciplinar julgamentos futuros com base nas mesmas interpretações da Constituição Federal. De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça fica responsável pela uniformização das normas do direito federal brasileiro.

O respeito aos pronunciamentos destas cortes, e principalmente às interpretações obtidas por elas acerca da norma constitucional, bem como da norma federal infraconstitucional, tem como reflexo imediato a atribuição de segurança jurídica ao jurisdicionado, aumentando sobremaneira a crença e a confiança no Poder Judiciário.

É exatamente neste ponto que nasce o objeto principal do presente estudo, qual seja a reclamação constitucional, ação que tem como função original a defesa da autoridade e da competência das decisões dos tribunais de superposição pátrios, como será visto de forma detida no capítulo 3 deste estudo.

Referido instrumento do processo constitucional brasileiro tem íntima relação com a evolução de nosso constitucionalismo, de fortalecimento do Poder Judiciário e de expansão da jurisdição constitucional. Não obstante a ideia de garantia da autoridade e da competência das decisões dos tribunais superiores brasileiros, com

⁴⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 81) trata as referidas normas como sendo critérios que promovem a uniformização do sistema jurídico, mas desde que seja por identidade absoluta, ou seja, desde que os casos envolvidos (o precedente e o caso em julgamento) girem em torno de questões jurídicas idênticas.

o advento das súmulas vinculantes coube à reclamação constitucional (art. 103-A, § 3º, CF⁴⁶) a tutela sobre os enunciados sumulares vinculantes.

Vê-se, pois, que a reclamação constitucional passou a atuar na defesa de um importante mecanismo de valorização dos precedentes, qual seja, a súmula vinculante.

Não bastassem as mencionadas hipóteses constitucionais de cabimento, mais recentemente, e por meio de uma atuação absolutamente proativa do Supremo Tribunal Federal, agregou-se à reclamação constitucional uma função de uniformização da legislação federal, no que concerne às decisões advindas dos Juizados Especiais Estaduais.

Referido microssistema, diferentemente dos seus coirmãos mais novos (Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública) não possui corte de uniformização de sua legislação, fato que, acrescido à impossibilidade de se manejar recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, ressalta os riscos de uma total falta de uniformidade e segurança jurídica neste microssistema.

Inadmissível, assim, que o sistema jurídico comportasse que situações fáticas semelhantes recebessem respostas jurídicas diversas das que professa o oráculo do direito federal brasileiro, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça. Surge, então, uma quarta hipótese de cabimento da reclamação, agora com o fito de uniformizar as decisões proferidas no microssistema dos Juizados Especiais Estaduais.

Assim, das decisões advindas das Turmas Recursais Estaduais, que se mostrassem contrárias a entendimento pacífico do STJ em questão idêntica, caberia à mencionada Corte Superior o julgamento da reclamação tendente a concretizar a uniformização do direito federal.

A evolução da reclamação constitucional superou a hipótese constitucional de defesa dos enunciados sumulares vinculantes, estabelecendo-se definitivamente como instrumento de uniformização.

Destarte, é nítida a vinculação da reclamação constitucional com o atual estágio de evolução de nosso constitucionalismo, em que se busca o fortalecimento de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais, com fortalecimento do

⁴⁶ “Art. 103-A, §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Poder Judiciário e, conseqüentemente, garantindo ao jurisdicionado a segurança jurídica e a estabilidade tão almejadas.

3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A ação judicial objeto do presente estudo, ao longo de sua história, pouco interesse gerou nos estudiosos do direito, em especial no Brasil. Não causa estranheza, porém, que nos últimos anos, um número maior de estudos tenha surgido, com o aprofundamento técnico e dogmático que a reclamação constitucional exige.

Insta fazer especial destaque a 3 (três) autores, que desenvolveram estudos razoavelmente recentes, inaugurados por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000). Indigitado estudioso, em sua “Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro”, esmiuçou os aspectos fundamentais da ação, trabalhando delicadas discussões terminológicas, direito comparado, natureza jurídica e hipóteses de cabimento, que, à época restringiam-se à defesa da autoridade e competência das decisões das cortes de superposição pátrias.

Logo em seguida, com ênfase à terceira hipótese constitucional de cabimento da reclamação, Leonardo L. Morato (2007), em “Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante”, lança ao mundo jurídico a reclamação como meio de preservação de precedente materializado em súmula com efeitos vinculantes.

Por fim, sendo a mais recente das três obras, Ricardo de Barros Leonel (2011) insere, de uma vez por todas, a “Reclamação Constitucional” como mecanismo de obtenção de segurança jurídica e garantia da estabilidade de um sistema de precedentes.

O desenvolvimento doutrinário se deu de forma concomitante à evolução do sistema jurídico pátrio, bem como da força atuante do Poder Judiciário. E a reclamação, como ação genuinamente ligada à evolução e defesa da competência e da autoridade das decisões dos tribunais, não ficou de fora.

A inserção, no direito brasileiro, de institutos do direito norte-americano, e o crescimento da força dos precedentes judiciais, fizeram da reclamação constitucional um importante instrumento de garantia da estabilidade deste novo Estado Democrático de Direito Constitucional, desenhado em moldes pós-positivistas.

O estudo que aqui será realizado deste singular instrumento do direito processual constitucional brasileiro passará por questões fundamentais, como a

origem histórica, a natureza jurídica e as hipóteses de cabimento da reclamação, enfatizando-se sua característica especial de meio de garantia da estabilidade da jurisprudência das cortes superiores.

A relevância da reclamação constitucional é notada, inclusive, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, ao se prever expressamente o seu cabimento para tutelar as teses firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Vê-se, portanto, que a reclamação constitucional, em um ambiente de constitucionalismo contemporâneo, torna-se, cada vez mais, indispensável à estabilidade e segurança jurídica do direito brasileiro.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO

A reclamação é instituto do processo constitucional, tendo sua gênese ligada à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Pelo próprio dinamismo que cerca as decisões de nossos tribunais superiores, sofre a reclamação, até os dias de hoje, intensas modificações, sempre tendentes a assegurar uma prestação jurisdicional equitativa e eficaz.

Acerca do referido instituto processual muito pouco se escreveu, não existindo no direito alienígena instrumento sequer semelhante à nossa reclamação constitucional.

Assim, para uma melhor compreensão da indigitada ação, passar-se-á a uma breve análise dos momentos históricos que a marcaram. Conforme trazido por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 45), e corroborado por Leonardo L. Morato (2007, p. 31-36), a evolução da reclamação pode ser dividida, inicialmente, em 5 fases, que serão brevemente lembradas.

Em um momento imediatamente posterior, realizar-se-á o acréscimo de outras (3) três fases, mais contemporâneas, e que se toma a liberdade de acrescentar aos estudos dos autores supra indicados.

A 1ª fase inicia-se em um momento de desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal, sendo aceitas as primeiras reclamações constitucionais, ainda na década

de 40, como construção da jurisprudência da referida corte, fundamentada na teoria dos poderes implícitos do direito norte-americano (GÓES, 2009, p. 555)⁴⁷.

Segundo referida teoria, que muito contribuiu para o desenvolvimento de um constitucionalismo norte-americano, e para a valorização da força normativa constitucional, quando da definição dos poderes e competências da União, “não devem ser excluídos aqueles que são implicitamente necessários para o alcance dos fins estabelecidos no plano de ordem constitucional instituída.” (LEONEL, 2011, p. 113).

A partir de então, fixa-se, no Brasil, a possibilidade de o STF fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos judiciais, diante das decisões das instâncias inferiores. Tal momento ficou marcado pelo julgamento da Reclamação 141⁴⁸, de 25.01.1952, cuja ementa ora se transcreve:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. - Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fôra possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. - A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. - Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. - É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Atuou, como se pode notar da ementa acima, a reclamação como mecanismo capaz de tutelar a desobediência, por instância inferior, de decisão advinda do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, pois, que já em sua primeira fase, a reclamação era aceita como instrumento capaz de garantir a força e o cumprimento das decisões da mais alta corte do país sem, ao menos, existir previsão legal ou regimental neste sentido.

⁴⁷ “O instituto da reclamação constitucional tem sua origem na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A baliza de fundamentação se assenta na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), cuja sede está na doutrina norte-americana.” (grifo do autor).

⁴⁸ STF, Rcl 141, Rel. Min. ROCHA LAGOA, Tribunal Pleno, julgado em 25/01/1952, DJ 17-04-1952.

A 2ª fase começa com a inserção da ação constitucional no Regimento Interno do STF⁴⁹, legitimando a utilização da reclamação para fins de proteção da extensão e dos efeitos das decisões proferidas pela indigitada corte superior.

Já se podia observar nitidamente a evolução do instituto que, de criação jurisprudencial, passou a ocupar o papel de norma regimental da mais alta corte do país.

Foi por meio da previsão do art. 115, III, da Constituição Federal de 1967 que se iniciou a 3ª fase, atribuindo-se ao STF, por meio de seu regimento interno, competência para definir o processamento do referido instrumento jurisdicional⁵⁰.

Neste ambiente, conforme bem pontuado por Dantas (2000, p. 209), “deu-se ao STF poder de legislar, em seu Regimento Interno, sobre os processos de sua competência”, sepultando quaisquer dúvidas acerca da (in)constitucionalidade da reclamação.

A 4ª fase talvez tenha sido o momento de maior afirmação da reclamação, já que neste período a indigitada ação constitucional superou um poderoso obstáculo, surgido com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 7/77, instituidora da chamada “avocatória”⁵¹.

Tal instrumento, apesar de suas finalidades genéricas, foi instituído com o intuito de fazer prevalecer a competência da Suprema Corte, o que poderia, em tese, diminuir a utilização e as razões de ser da reclamação (DANTAS, 2000, p. 223).

Mas assim não ocorreu. Pelos próprios delineamentos genéricos da avocatória, esta não teve sua utilização disseminada na corte, diversamente do

⁴⁹ Como bem observa Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 191), “a reclamação, no regimento do STF, nascera ainda sob forte influxo da reclamação correicional, e esse estigma a marcaria ainda por muito tempo, dificultando o tracejamento mais preciso de seu verdadeiro perfil.”

⁵⁰ Art. 115. Compete aos Tribunais: [...] III – elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas; (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2001, p. 141, grifo do autor).

⁵¹ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: [...] o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977) [...]. (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2001, p. 142-143, grifo do autor).

ocorrido com a reclamação constitucional, que se manteve bastante utilizada no citado período⁵².

A 5ª fase representa o momento de definitiva constitucionalização da reclamação, regida pelas estipulações da Constituição Federal de 1988, que previu a competência para o julgamento do indigitado instrumento tanto para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I, CF), como para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f, CF). Em suas competências originariamente traçadas, a reclamação foi prevista para garantir a competência e a autoridade das decisões advindas das indigitadas cortes superiores.

Das citadas finalidades da reclamação, trazidas pelo constituinte de 1988, outra foi agregada, por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com redação dada pelo art. 103-A, §3º. Com a criação das súmulas vinculantes, previu-se também um meio de impugnação para as situações em que estas viessem a ser contrariadas, dando azo ao surgimento de mais uma hipótese de cabimento da reclamação, tendente a tutelar a indevida aplicação dos enunciados sumulares vinculantes. Toma-se, aqui, pelas próprias peculiaridades do art. 103-A, § 3º, CF, a liberdade de mencioná-lo como responsável por inaugurar uma 6ª fase na evolução da reclamação constitucional.

Não bastasse a novidade trazida pelo citado artigo, erigido para o âmbito constitucional juntamente com a inovadora súmula vinculante, vem-se descortinando, recentemente, mais uma importante função da reclamação, como instrumento capaz de garantir segurança ao sistema jurídico federal, impedindo a coexistência de decisões conflitantes em casos práticos idênticos (MINGATI; MESQUITA, 2011). Tal inovação vem exercendo um importante papel de supressão de um vácuo jurídico estabelecido no sistema dos Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95), que ainda não possuem corte de uniformização de sua legislação. Essa nova finalidade tornou-se possível por meio da Resolução n. 12/2009 do STJ que, juntamente com essa recém-criada hipótese de cabimento, será tratada, de forma detida, no capítulo 4, inaugurando, assim, uma 7ª fase da reclamação.

⁵² Acerca deste embate entre advocatária e reclamação, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 223) pontua que “apesar de dispor de uma advocatária genérica, o STF praticamente não a pôs em uso, desprezando a reclamação; antes pelo contrário, nessa época fortaleceu definitivamente a reclamatória, como que a indicar seu desejo de somente proceder à avocação quando o feito a ser avocado estivesse sendo processado em invasão a sua competência. Realmente, a reclamação, durante tal época, foi bastante utilizada, e nela teve seu momento de maior afirmação jurisprudencial”.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar a iminência de uma 8ª fase da reclamação constitucional, que está prestes a surgir com as disposições do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, após alterações sofridas pelo Projeto junto ao Congresso Nacional. Referida ação vem consagrada na proposta do legislador ordinária como meio tendente a preservar as teses firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, tema que será objeto de nossa análise quando da abordagem específica das hipóteses de cabimento da reclamação (tópico 3.5).

Esse mesmo projeto, inclusive, se aprovado na forma como tramita, hoje, junto à Câmara dos Deputados, estenderá o cabimento da reclamação não somente para tutelar as decisões e a competência de STF e STJ, mas também dos demais tribunais do sistema jurídico brasileiro. Tema que também será abordado no tópico 3.5.

Não há como ignorar que a evolução do próprio sistema jurídico brasileiro trouxe consigo o aprimoramento da reclamação constitucional. Em especial no que concerne às suas três últimas fases, o desenvolvimento se deu de forma a agregar, no direito pátrio, elementos característicos do *common law*, de atribuição de força aos precedentes judiciais.

Portanto, a reclamação constitucional evolui em um ambiente absolutamente propício para tanto, graças a uma conjunção de fatores – neoconstitucionalismo, força normativa da Constituição, fortalecimento das cortes de superposição, precedentalização – que permitem que ela esteja inserida em um momento jurídico contemporâneo de busca de integridade, uniformidade e, acima de tudo, segurança jurídica.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Ponto de incansáveis discussões doutrinárias, ainda não pacificadas, reside na definição da natureza jurídica da reclamação. A mutação constante vivenciada pela jurisprudência de nossas cortes superiores auxilia, e muito, nessa dissonância. Igualmente, a proximidade de sua nomenclatura com outros instrumentos existentes (caso da chamada reclamação correcional ou correição parcial)⁵³, causa certa confusão.

⁵³ A reclamação que ora se estuda tem sede constitucional e não deve ser confundida com a correição parcial, como bem alertado por Leonel (2011, p. 143), segundo o qual aquela “tem

Assim, o objeto da presente pesquisa residirá na diversidade de opiniões no que tange à natureza jurídica da reclamação constitucional, instrumento do processo constitucional responsável pela tutela da competência e da autoridade das decisões advindas das cortes de superposição pátrias, bem como pela escorreita aplicação das súmulas vinculantes, e pela uniformização da legislação federal.

Diante desse quadro, buscar-se-á visitar os principais posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional, inclusive em suas novas hipóteses de cabimento. Como bem alertado por Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 130), a presente discussão se mostra fundamental, já que permite que se defina “quem pode legislar a respeito do tema, se é viável a criação de remédios análogos endereçáveis a outros tribunais que não o STF e o STJ”, além de viabilizar que se disciplinem as “novas reclamações”, contemporaneamente surgidas, de índole não constitucional.

Inicialmente, insta destacar a certa concordância dos doutrinadores pátrios no que concerne a natureza jurisdicional, e não administrativa, da reclamação. Nesse sentido é o posicionamento de José Miguel Garcia Medina (2008, p. 256), ao pontuar que referido instrumento processual “tem natureza jurisdicional e não administrativa, sendo, segundo nosso entendimento, ‘ação’, e não recurso – mesmo porque pode ser utilizada também contra atos administrativos.”

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2008, p. 430-431) esmiúçam a característica jurisdicional da reclamação, pontuando não se tratar de jurisdição voluntária, mas sim de contenciosa, já que “não se destina à administração de interesses particulares, não constituindo meio necessário para a realização de atos jurídicos, nem servindo para autorização, homologação ou constituição.”

Posição esta comungada por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, 445) ao afirmar que:

[...] a reclamação não é medida de jurisdição voluntária, nem para quem entenda que tal jurisdição é ontologicamente administrativa, nem para quem a reconheça efetivamente jurisdicional, porque existe, claramente, uma lide jurídica na reclamatória.

natureza, âmbito de cabimento, e finalidade essencialmente distintos, sendo inconfundível com a correição parcial ou reclamação correicional.”

Há interesses subjetivos do reclamante em jogo, buscando, ora, a preservação da autoridade de decisão das cortes de superposição, eventualmente violada por acórdão de tribunal inferior, ora que se dê a correta aplicação a enunciado sumular vinculante, desrespeitado por magistrado ou autoridade administrativa. Instaure-se uma lide, em que o contraditório será devidamente ofertado à autoridade imputada como coatora ou usurpadora.

Destarte, não há como sustentar que a reclamação constitucional constitua meio de exercício de uma jurisdição voluntária.

No presente tópico do trabalho, ainda, buscar-se-á trazer quatro posições mais discutidas, adotadas por doutrinadores pátrios, no que tange à natureza jurídica da reclamação: (a) reclamação como incidente processual; (b) reclamação como recurso/sucedâneo recursal; (c) reclamação como remédio processual e; (d) reclamação como exercício do direito de ação.

Na visão de Nelson Nery Júnior (1996, p. 77) a reclamação constitucional deve ser vista como incidente processual, não a enquadrando o referido autor nem como recurso e nem como sucedâneo:

Ao lado dos recursos e sucedâneos, existem outras medidas que não são nem uma coisa nem outra. São os incidentes de uniformização da jurisprudência, de declaração de inconstitucionalidade, de avocação de causas e de reclamação perante o STF.

Com o devido respeito, não nos parece que a conformação da reclamação constitucional a coloque em uma posição de incidente processual, assim visto como sendo a controvérsia acerca de determinada questão do processo que exija solução para o seu regular prosseguimento. Até porque, em muitas situações, como no caso de reclamação constitucional em face de indevida aplicação de enunciado vinculante, poderá nem existir processo judicial principal, mas mera decisão de autoridade administrativa.

Para José Frederico Marques (1997, p. 230) e Alcides de Mendonça Lima (1989), o indigitado instituto classificava-se ora como recurso, ora como sucedâneo recursal. *Data maxima venia*, as previsões constitucionais da reclamação não dão a ela uma roupagem de recurso ou sucedâneo recursal.

Além de não haver previsão expressa em lei da reclamação como recurso⁵⁴ (pelo princípio da taxatividade, só é recurso aquilo que está previsto em lei como tal, em rol taxativo), não se observa nas hipóteses legais de utilização do instituto a existência (ou exigência) de sucumbência, gravame ou prejuízo, característicos do recurso. Isso porque a reclamação, da maneira como foi tratada em nossa CF, não necessita de um resultado negativo para o seu manejo. Inclusive, pode a reclamação constitucional ser utilizada sem que exista decisão judicial, como nos casos de usurpação de competência do STF e do STJ, em razão da simples instauração de um processo (judicial ou administrativo).

Insta alertar, já nesse momento, que nos moldes em que foi regulamentada pela Resolução n. 12/2009, do STJ, para dirimir conflitos existentes entre decisões advindas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais e a jurisprudência pacífica do STJ, a reclamação constitucional pode aparentar características de um recurso especial. Meio recursal este que é de impossível manejo na disciplina dos Juizados Especiais. Para muitos, portanto, nessa nova roupagem poder-se-ia atribuir à reclamação uma natureza jurídica de sucedâneo recursal. Porém, ainda que incipientes as discussões acerca dessa “nova reclamação”, entendemos que não se enquadraria como sucedâneo de recurso especial, mas sim como ação de índole constitucional tendente a fortalecer o papel do STJ como corte responsável pela uniformização do direito federal brasileiro.

Cândido Rangel Dinamarco (2002), Humberto Theodoro Júnior⁵⁵ (2010, p. 680) e Gisele Santos Fernandes Góes (2009) comungam da opinião de que se trataria a reclamação de remédio processual.

Esta última, assim expressa a sua opinião sobre a questão, com uma ressalva terminológica:

⁵⁴ “O dado fundamental, em última análise, é mesmo o do direito positivo, e em seu contexto a taxatividade recursal: só é recurso aquilo que a lei (em sentido amplo: o CPC, a Constituição da República, e as leis processuais extravagantes) assim define; e, no processo civil brasileiro, o recurso sempre dá continuação à relação processual já instaurada, diversamente do que ocorre na ação impugnativa autônoma. Nesse quadro, não é possível definir a reclamação constitucional como recurso.” (LEONEL, 2011, p. 149).

⁵⁵ “Em face da relevante função que toca ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, de tutelar a unidade e autoridade da Constituição e das leis federais, a Carta Magna prevê um remédio processual específico, sob o nome de ‘reclamação’ (arts. 102, I, I e 105, I, f.), cujo objetivo é fornecer aos interessados um instrumento para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade das suas decisões.” (grifo do autor).

A nomenclatura de remédio processual constitucional expressa bem o fenômeno em análise, contudo, prefere-se concluir que é uma garantia constitucional processual, posto que, não basta enunciar o direito, devendo-se ter meios eficientes de assegurá-lo perante qualquer forma de abuso, seja 'in casu' pelo descumprimento de decisão ou Súmula vinculante ou invasão de competência. (2009, p. 560).

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 100) concentra seus esforços em uma negação do instituto da reclamação como recurso, enquadrando-a em categoria mais genérica, de atos processuais, exatamente os remédios processuais:

A reclamação enquadra-se comodamente na categoria dos remédios processuais, que é muito ampla e abriga em si todas as medidas mediante as quais, de algum modo, se afasta a eficácia de um ato judicial viciado, se retifica o ato ou se produz sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça (Carnelutti). As medidas qualificadas como remédios produzem, conforme o caso, a retificação, a convalidação ou a cassação do ato. Com toda essa extensão, a categoria dos remédios processuais contém em si a dos 'recursos', que é menos ampla e figura, portanto, como espécie integrada naquele gênero próximo. [...].

Sendo um remédio processual, com toda segurança a reclamação consagrada no texto constitucional não é, todavia, um recurso, seja porque não consta entre as modalidades recursais tipificadas em lei (argumento secundário), seja porque não se destina a desempenhar a missão que os recursos têm.

Já os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Leonardo L. Morato, Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha defendem que: "a reclamação constitucional consiste, a bem da verdade, numa 'ação', ajuizada originariamente no tribunal superior, com vista a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados" (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2008, p. 431-432).

Morato (2007, p. 111-112) afirma se tratar a reclamação constitucional de lide autônoma, que pode advir da violação a uma súmula vinculante, do descumprimento de decisão de tribunais superiores ou de usurpação de competência destes:

É a reclamação uma ação de conhecimento, com escopo de alcançar uma decisão de mérito, que julgue a lide existente entre o reclamante, o qual alega ter sofrido uma lesão a direito seu, e a autoridade reclamada, à qual se imputa a prática de desacato ou de usurpação. E essa decisão de mérito que vier a ser alcançada revestir-se-á da autoridade da coisa julgada, sendo rescindível, apenas, por ação rescisória.

Em consonância com a opinião dos últimos doutrinadores, conclui-se que a reclamação, em relação às três previsões constitucionais de cabimento, teria natureza jurídica de ação constitucional. Seja porque faz nascer uma relação processual independente, porque obedece a regra da inércia judicial, porque sua resposta está sujeita aos efeitos da coisa julgada (e substitui a vontade das partes) ou, ainda, pela necessária observância, no seu trâmite, dos princípios e garantias constitucionais do processo.

Leonel (2011, p. 179), inclusive, afirma, quanto à reclamação, que tanto a Constituição como “a lei federal que estabelece seu regime geral (Lei 8.038, de 1990), dão a ela as características que a qualificam como hipótese em que se configura, com sua propositura, o exercício do direito de ação.”

Igualmente, no que tange à forma como foi regulamentada pela Resolução n. 12/2009, do STJ, a reclamação contra as decisões advindas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais, contrárias a entendimento sólido do STJ, reveste-se de características próprias de ação.

Embora o referido regramento da Corte Superior traga regulamentações específicas que possam representar obstáculos à qualificação desta reclamação como exercício do direito de ação (é o caso, por exemplo, da estipulação de prazo para o seu ajuizamento, situação que contraria, inclusive, as disposições da lei 8.038/90), a “nova reclamação” reveste-se de uma natureza jurídica de ação, assim como determinado pelo constituinte no art. 105, I, “f”, CF (embora imbuída de uma função específica de meio de uniformização da legislação federal).

Assim, muito embora incipientes as discussões acerca da natureza jurídica dessa contemporânea hipótese de cabimento da reclamação, trazida pela Res. 12/2009 do STJ, as linhas centrais do presente estudo levam a um enquadramento desta “ação” constitucional como demanda.

Portanto, resta caracterizada, em suas diferentes nuances, e respeitados os posicionamentos doutrinários em sentidos diversos, tanto no que concerne às suas hipóteses constitucionais, quanto no que tange à reclamação utilizada como meio de uniformização da legislação federal no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, a natureza jurídica de ação da reclamação constitucional.

3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

As previsões constitucionais que determinam a utilização da reclamação constitucional trazem em seu bojo uma competência originária atribuída ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do referido instrumento processual em 3 (três) situações específicas, que serão minudenciadas.

Demonstrou o constituinte originário uma preocupação com o que podemos chamar de órgãos de superposição. O STJ e o STF não se enquadram como órgãos das justiças comum e especial, mas sim como tribunais superiores, imbuídos de uma competência específica.

Cabe ao STF a guarda de nossa CF, norma central do sistema jurídico, que irradia poderes para todo o ordenamento pátrio, e nas lições de Konrad Hesse⁵⁶, como força ativa, orienta as condutas de acordo com uma *vontade de constituição*.

Já o STJ figura como guardião de toda legislação federal, sendo órgão de uniformização, garantidor de um sistema infraconstitucional que normatiza de forma uniforme situações jurídicas idênticas.

Imbuídos de funções tão relevantes, tais tribunais receberam do constituinte a competência para julgar, via ação de reclamação, situações que colocassem em risco tanto a competência e força normativa da constituição, como a defesa do direito federal infraconstitucional.

O art. 102, I, “I”⁵⁷, da CF/88 previu ser competência originária do STF julgar as reclamações destinadas a dirimir conflitos que pudessem ofender a competência e a autoridade de suas decisões. Já o art. 105, I, “f”⁵⁸, da CF/88 previu, para as mesmas situações, também em sede de reclamação, a competência originária do STJ.

⁵⁶ “A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”. (HESSE, 1991, p. 5).

⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...].

⁵⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...].

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, restou constitucionalizado o instituto da súmula vinculante, introduzido na ordem constitucional no afã de ofertar maior segurança jurídica ao ordenamento, bem como de evitar a multiplicação de processos que versem sobre idênticas questões⁵⁹.

Em meio às discussões que permearam a utilidade e verdadeira finalidade da súmula vinculante, viu-se o constituinte na necessidade de criar um instrumento apto a combater as infrações contra orientações expressamente previstas nelas. E foi por meio do §3º do art. 103-A⁶⁰, da CF/88 que nasceu uma nova função para a reclamação constitucional: controlar os atos administrativos e decisões judiciais que contrariassem ou aplicassem indevidamente previsões de súmulas vinculantes.

Restam, assim, plenamente configuradas as hipóteses *constitucionais* de cabimento da reclamação, onde, ao menos em tese, não se enquadra a recente atribuição dada ao referido instituto pela Resolução n. 12/2009 do STJ, por orientação advinda do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, já que se trata de norma regulamentar e não legal ou constitucional⁶¹. Tal hipótese de cabimento da reclamação será devidamente minudenciada no capítulo 4, após a caracterização das situações expressamente previstas em nosso texto constitucional.

Não ficarão excluídas da pesquisa as alterações propostas pelo Projeto de Lei que busca instituir o Novo Código de Processo Civil, em especial no que tange à normatização do incidente de resolução de demandas repetitivas. As teses firmadas

⁵⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...].

⁶⁰ [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁶¹ Indispensável que se faça, aqui, importante ressalva acerca do caráter constitucional (ou infraconstitucional), desta “nova reclamação”. Apesar de não se assemelhar, em suas particularidades, com as previsões constitucionais de cabimento das demais reclamações, a Min. Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 571.572-8/BA, deu interpretação ao art. 105, I, “f”, CF, que estendia seu cabimento às decisões advindas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais que contrariassem posicionamento pacífico do STJ. Portanto, para muitos, esta “nova reclamação” também teria fundamento constitucional para o seu manejo.

por intermédio do referido incidente, em não sendo observadas, poderão ser defendidas via reclamação, situação que, se aprovada nas casas legislativas e sancionada pela chefia do Poder Executivo Federal, trará à tona uma quinta hipótese de cabimento da reclamação.

3.3.1 Preservação da Competência do STF e do STJ

A primeira situação que possibilita a utilização da reclamação constitucional, seja endereçada ao STF, seja ao STJ, é aquela em que reste configurada uma ofensa à competência, constitucionalmente estabelecida, destas cortes superiores.

Assim, indispensável que se compreenda a função atribuída pelo constituinte de 1988 às indigitadas Cortes Superiores. STF e STJ ocupam, dentro de nosso ordenamento jurídico, posição privilegiada, responsáveis que são por ofertar a “última palavra” no que se refere ao direito constitucional e federal, respectivamente.

A reclamação constitucional, neste viés, ao tutelar eventual usurpação das competências delineadas constitucionalmente aos tribunais de superposição, atua com uma função dúplice⁶²: garantir o direito daquele diretamente interessado no respeito à competência usurpada, e fortalecer a atribuição constitucional do STF e do STJ, o que expõe uma função muito mais ampla, e que ultrapassa o interesse da parte envolvida. Atua, assim, ao exaltar o papel das cortes de superposição, como instrumento que visa garantir uma prestação jurisdicional uniforme, e atenta ao princípio da legítima confiança do jurisdicionado.

Leonardo L. Morato (2007, p. 26-27) demonstra a necessidade de se respeitarem as atribuições desses órgãos de superposição:

Na qualidade de órgãos de cúpula do Poder Judiciário, responsáveis pelo desempenho de funções tão especiais desse Poder, não pode haver dúvida acerca da imperiosa necessidade de ser preservada a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e de se impor, de maneira bastante eficaz, o cumprimento das decisões dessas Cortes Superiores, de modo a aumentar a sua autoridade e o potencial de eficácia decisória dos seus julgados.

⁶² Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 144) destaca essa função dúplice quando define a reclamação constitucional como uma “figura bifronte ou bivalente, na qual a iniciativa do impugnante encontra-se, de certa forma, a serviço de um interesse maior, de ordem pública e social, no sentido da maior eficácia quanto ao exercício do papel constitucionalmente atribuído ao STF e ao STJ.”

O não atendimento às orientações expressas em nossa CF, e que determinam a competência do STF e do STJ, representa, em verdade, ofensa à própria “vontade de constituição”, tão exaltada e valorizada pelo estudioso alemão Konrad Hesse (1991, p. 24)⁶³ em sua obra “A força normativa da Constituição”, traduzida para o português pelo Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes.

A existência, em um Estado Democrático de Direito Constitucional, de duas cortes de superposição, responsáveis pela uniformização do direito (constitucional e federal), pressupõe a necessidade de não se usurparem suas competências previstas constitucionalmente, como forma de garantir a confiança nesses tribunais.

Entendimento em sentido contrário não se compatibilizaria com o atual momento de nosso constitucionalismo, em que se busca uma maior atribuição de força aos precedentes judiciais, em especial àqueles advindos dos tribunais de superposição. Assim, admitir que se usurpe a competência destas cortes é o mesmo que ir de encontro à indigitada tendência neoconstitucional de garantia dos precedentes advindos do Poder Judiciário.

Destarte, em situações em que não se respeite a competência de nossas cortes superiores, perfeitamente cabível a ação de reclamação, seja para o STF, seja para o STJ, com o fito de fazer prevalecer o papel a elas atribuído de guardiãs do direito constitucional e do direito federal.

3.3.2 Obediência às Decisões Proferidas pelo STF e pelo STJ

A desobediência de decisão proferida por nossos tribunais superiores, assim como a ofensa à competência dos mesmos, gera no sistema jurídico pátrio instabilidade e insegurança jurídica que deve ser tutelada, por determinação de nossa CF/88, por meio da ação de reclamação constitucional.

O já citado Leonardo L. Morato (2007, p. 29) explicita a importância em se acatarem as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ:

⁶³ “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).”

Permitir-se a usurpação da competência do STF e do STJ, ou admitir-se o desacato a suas decisões, é o mesmo que abrir as portas para o descrédito dessas Cortes e, com isso, dar ensejo ao enfraquecimento do Poder Judiciário, acarretando a insubsistência do Estado Democrático de Direito, ou mesmo a ineficácia da Constituição, ou, ainda, a ignorância dos direitos e das garantias fundamentais.

Direitos e garantias fundamentais que, como observado por Eduardo Cambi (2010, p. 58)⁶⁴, formam o epicentro axiológico do sistema jurídico, com eficácia irradiante para todo ordenamento, de onde se denota a importância de se fortalecerem as cortes de superposição pátrias, responsáveis que são pela criação de um ambiente propício para a preservação dos direitos fundamentais.

Exemplos não faltam para demonstrar a constância com que as decisões de nossos tribunais superiores são violadas: descumprimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade⁶⁵, bem como a situação em que um tribunal pratica, retarda ou omite a prática de determinado ato advindo de decisão dos tribunais de superposição⁶⁶, são típicos casos que podem ser elencados.

Assim como trabalhado no tópico precedente, não é crível que se admita um sistema jurídico que coloque no ápice do Poder Judiciário órgãos de superposição como STF e STJ, e que permita a desobediência das decisões advindas dessas cortes.

A arquitetura de nossa Constituição Federal foi pensada exatamente para fortalecer esses tribunais superiores, a medida que incumbiu a reclamação constitucional prevista nos arts. 102, I, “I” e 105, I, “f”, da responsabilidade pela preservação da autoridade de suas decisões.

Referida dinâmica também reflete, de acordo com as lições de Ricardo de Barros Leonel (2011), uma função bifronte da reclamação constitucional, ao permitir a solução, ao interessado, da situação jurídica reflexo da desobediência à decisão do STF/STJ, e, concomitantemente, fortalecer a imagem e confiabilidade das indigitadas cortes, por meio do respeito às suas decisões.

⁶⁴ “Os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais).”

⁶⁵ STF, Rcl 1652, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2003, DJ 22-08-2003 PP-00021 EMENT VOL-02120-01 PP-00016.

STF, Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284.

⁶⁶ STJ, Rcl 1.398/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2003, DJ 15/12/2003 p. 176.*

Discussão salutar acerca do presente tema diz respeito ao cabimento da reclamação constitucional para garantia da autoridade de julgados proferidos via controle concentrado de constitucionalidade, ou, ainda, em julgamentos liminares nesses processos objetivos.

Inicialmente, mostrava-se inviável o manejo da reclamação constitucional no processo objetivo, sob a justificativa da ausência de elementos da lide, mas tão somente de uma controvérsia normativa, o que afastava o interesse de agir de terceiros interessados para a propositura da reclamação constitucional.

Porém, por meio da evolução da Suprema Corte Nacional, além do desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade com o surgimento de novas ações e a expansão dos legitimados à sua propositura, descortinou-se a possibilidade de manejo da reclamação para garantir a autoridade de decisões proferidas em processos objetivos.

Neste contexto, portanto, o STF reconheceu a legitimidade “para que qualquer destinatário da decisão proferida em sede de ação direta, ação declaratória de constitucionalidade, ou mesmo arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizasse a reclamação contra atos do poder público” (LEONEL, 2011, p. 196), preservando, de forma eficaz, as decisões proferidas em controle concentrado.

Não seria admissível que diante dessa evolução, fossem desconsideradas as decisões liminares proferidas nestes processos objetivos. Referidos julgados de caráter provisório, portanto, quando descumpridos, passaram a justificar o manejo da reclamação constitucional para a sua preservação.

Destarte, compreende-se essa segunda hipótese de cabimento da reclamação constitucional como sendo aquela responsável por tutelar a autoridade das decisões proferidas por nossas cortes de superposição, STF e STJ, ainda que se esteja diante de processos objetivos, ou de liminares proferidas nessas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

3.3.3 Reclamação Constitucional e o Respeito à Súmula Vinculante

Outra hipótese de cabimento da reclamação, trazida para o ordenamento constitucional com a EC 45/04 é aquela prevista no art. 103-A, §3º, e que permite o

manejo do referido instituto em situações que representem ofensa ao enunciado das súmulas vinculantes.

Morato (2007, p. 225) bem define as finalidades e o cabimento do instituto:

A súmula de que cuida o art. 103-A da Constituição Federal é adjetivada de ‘vinculante’, porque tem “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Significa dizer que, uma vez aprovada e em vigor uma súmula vinculante, todas as autoridades judiciais e administrativas estão vinculadas a decidir de acordo com essa súmula.

Sem adentrar na (in)constitucionalidade dos enunciados vinculantes, procurar-se-á, durante o presente trabalho, analisar principalmente os aspectos constitucionais e processuais da reclamação, como instrumento de defesa destas súmulas.

Vê-se, mais uma vez, que a missão de órgão defensor da ordem constitucional, atribuída ao STF, imbuíu o referido tribunal da competência para, além de instituir as súmulas vinculantes, tutelar as situações de ausência ou má aplicação destas⁶⁷.

No julgamento da reclamação do §3º do art. 103-A da CF/88, trazido pela EC 45/04, poderá o STF, julgando procedente a mesma, anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida, com ou sem a observância da súmula, a depender da situação concreta.

A regulamentação para a escorreita aplicação dos enunciados sumulares vinculantes veio através da lei 11.417/2006. Ao permitir que seja utilizada a reclamação constitucional contra autoridade judicial ou administrativa que indevidamente aplique a súmula vinculante, restou clara a natureza jurídica de ação desta nova hipótese de cabimento da reclamação.⁶⁸

⁶⁷ “Quando a Administração ou o Judiciário desrespeitar súmula vinculante, caberá reclamação para o STF (art. 102, I, I, e art. 103-A, §3º, da CF/1988). Isso pode ocorrer quando não for aplicada no caso em que teria de ser respeitada; quando for aplicada a um caso concreto que não se identifica com aquele em função do qual a súmula foi editada; quando for distorcido o sentido e o alcance da súmula etc.” (MEDINA, 2012, p. 444)

⁶⁸ A respeito da indubitável caracterização da reclamação constitucional trazida pela EC 45/2004 como exercício do direito de ação, leciona Ricardo de Barros Leonel (2012, p. 200-201): “E a razão para tal conclusão é objetiva e singela: a partir de então, eliminou-se qualquer motivo eventualmente subsistente para não se admitir a afirmação de que a reclamação constitucional pode ser movida em face de autoridade administrativa, e independentemente da existência de processo judicial, o que caracteriza o exercício de direito de ação de forma absolutamente autônoma e independente, em situação, aliás, muito parecida com o que ocorre com a impetração do mandado de segurança contra ato de autoridade. Além disso, a Lei 11.417, de 19.12.2006, em

A título de ilustração, salutar colacionar a ementa de importante julgado do STF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, onde se pode notar o êxito de reclamação constitucional que buscava cassar ato decisório contrário à súmula vinculante n. 13 da Corte Constitucional:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL, DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. [...] (STF, Rcl 6702 MC-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009, grifo nosso).

Vê-se, pois, que com ainda mais eficácia do que as outras hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, salta aos olhos a função dúplice desta, que busca ofertar a melhor aplicação possível aos enunciados de súmulas vinculantes. A um, porque serve de remédio para aquele diretamente interessado na sua correta utilização. E a dois, porque destaca, com muito vigor, o objetivo fundamental de se atribuir, por meio de decisões reiteradas de nossa corte constitucional, estabilidade, integridade e coerência ao sistema jurídico brasileiro.

Insta salientar, por fim, que até o presente momento, nosso sistema jurídico apenas prevê essas 3 (três) hipóteses, *constitucionais*, de cabimento da reclamação: para coibir desobediência às decisões do STF ou STJ; para preservar a competência destas cortes; e para combater a ausência ou deficitária aplicação de súmula vinculante, neste caso, com cabimento apenas para o STF.

Corroborando com o já mencionado Leonardo L. Morato, “a reclamação continua não tendo cabimento para impor o cumprimento de jurisprudência, ainda que se trate de jurisprudência dominante, nem mesmo para impor o respeito de súmula ‘sem’ efeito vinculante.”

Não obstante a afirmação acima, o advento da Resolução n. 12/2009 do STJ, influenciada pelo Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, trouxe uma nova possibilidade de manejo da reclamação, com o intuito de dirimir divergência entre

seu art. 7º, *caput*, previu expressamente que a reclamação constitucional é cabível independentemente da possibilidade de utilização de recursos e meios autônomos de impugnação, tal como ocorre com o mandado de segurança, bem como com as ações anulatórias, o que reforça a conclusão no sentido da autonomia do instrumento analisado, sua configuração jurisdicional, e sua caracterização como veículo do direito de ação.”

decisões advindas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais e a jurisprudência dominante do STJ, situação que será tratada no tópico 3.4, bem como retomada no capítulo 4.

Outra discussão que, por coerência, será tratada dentro das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional consiste na mais nova proposta de manejo deste instrumento processual, trazida pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil que, iniciado no Senado Federal, tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados.

Segundo o projeto, que regulamenta o incidente de resolução de demandas repetitivas, a defesa das teses firmadas via indigitado incidente realizar-se-á por meio da reclamação constitucional.

Assim, o cabimento deste instrumento do processo constitucional, nestes dois novos e relevantes vieses, será alvo de detida análise.

3.4 A RECLAMAÇÃO COMO MEIO DE PRESERVAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS. A UNIFORMIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Como já demonstrado, nossos tribunais superiores ocupam funções de extrema importância para a manutenção da segurança jurídica e da correta prestação jurisdicional. O STF, como guardião da CF, e o STJ, como órgão de uniformização da legislação federal, são indispensáveis para manutenção de um sistema jurídico que atenda a todos os anseios dos jurisdicionados.

Diante da importância destes órgãos de superposição, e das funções atribuídas ao instituto da reclamação constitucional, ressoa a ideia de se utilizar a reclamação como instrumento capaz de dar eficácia aos precedentes advindos do STF e do STJ. Seria uma forma de compatibilizar as decisões das instâncias ordinárias aos entendimentos já consolidados em nossos tribunais superiores.

Tiago Asfor Rocha Lima e Beatriz Fonteles Gomes Pinheiro (2009, p. 115) destacam bem esse novo viés da reclamação:

Primeiramente, procurar-se-á saber se é possível (e de que maneira) a utilização de Reclamação como meio processual para resguardar a eficácia dos precedentes dos tribunais, procurando-se ainda **demonstrar as vantagens para o sistema e para o jurisdicionado quando existe um efetivo alinhamento das decisões judiciais das instâncias ordinárias com o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores.** (grifo nosso)

Insta alertar que um sistema de preservação pura dos precedentes dos tribunais (como o da *common law*) não se compatibiliza exatamente ao sistema jurídico historicamente adotado pelo Brasil, de raízes na *civil law*. Deste fato emerge a conclusão de que inexiste em nosso ordenamento previsão legal ou constitucional que autorize o manejo da reclamação como forma de preservar orientação de tribunal, ainda que pacífica. Mesmo quando reiterados os entendimentos sobre mesmo assunto, com a conseqüente edição de súmulas (exceto nos casos das vinculantes), tal posição continua mantendo caráter apenas persuasivo.

É exatamente a viabilidade desse modelo que se passa a questionar, trazendo à tona as vantagens de um método que dê eficácia às decisões dos tribunais superiores, impedindo o advento de decisões totalmente imprevisíveis e em total desacordo a entendimento pacífico da jurisprudência, em casos similares.

E esta preocupação de preservação das decisões de nossos tribunais, aliada a uma ânsia social de se ter um sistema jurídico previsível e uniforme, já deu origem a uma série de normas infraconstitucionais, exatamente com esse condão, casos dos arts. 285-A, 481, parágrafo único, 557 e 741, II e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, não se questiona a possibilidade de utilização da reclamação (por qualquer interessado), como já trabalhado em tópico precedente, como meio capaz de fazer prevalecer determinado entendimento, com reflexos para todos os jurisdicionados. A questão central reside exatamente na impossibilidade de ampla utilização da reclamação a partir de decisões de controle concreto, impedindo pessoas em situações idênticas, de ver prevalecer posição já consolidada nos tribunais superiores em processos subjetivos dos quais não participaram.

Novamente, insta trazer á baila a disciplina de Tiago Asfor Rocha Lima e Beatriz Fonteles Gomes Pinheiro (2009, p. 119):

Chega a ser impensável, por exemplo, que um interessado tenha de aguardar cinco anos, quando não mais, para fazer prevalecer, no seu caso, uma decisão que desde o ajuizamento da demanda o STJ já possuía entendimento sumulado sobre assunto. E isso se dá só, e tão-só, pela possibilidade de os juízos singulares e os tribunais de segundo grau decidirem de maneira diametralmente oposta ao entendimento consolidado do Tribunal Superior, sem que exista um instrumento de controle efetivo e apropriado à preservação de suas decisões.

Em tais hipóteses, resta ao jurisdicionado aguardar a oportunidade para o manejo das vias recursais, mesmo estando ciente de que as instâncias ordinárias estão decidindo em manifesto confronto com enunciados que integram a Súmula do STJ.

Vê-se, pois, que a reclamação, implantada como meio de preservação dos precedentes, em um sistema que efetivamente os prestigie, teria o condão de trazer maior segurança aos jurisdicionados, que seriam consumidores de uma prestação jurisdicional mais célere, e sem surpresas.

Trata-se de uma concepção que vai ao encontro da ideia atual de nosso constitucionalismo, de ofertar força aos precedentes judiciais, permitindo-se o desenvolvimento de um sistema jurídico que preze pela estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica, afastando-se cada vez mais dos efeitos nefastos do fenômeno da jurisprudência lotérica.

O que se busca, em verdade, é um Poder Judiciário que seja uniforme, e que se desenvolva com base no respeito às decisões das cortes superiores (*stare decises* vertical). Tal desiderato deve ser observado, inicialmente, no que se refere ao respeito, pelos juízes singulares, às decisões dos seus tribunais respectivos (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais). A falta de uniformidade nesta órbita gera instabilidade, e descrença para com as decisões dos juízos de primeiro grau, que nada mais representariam do que um gatilho para se manejar recursos à instância superior.

Da mesma maneira deve ser vista a missão de nossos tribunais de superposição, no intuito de defender e uniformizar o direito constitucional e federal. Nesse viés, as interpretações ocorridas nessas cortes devem ser respeitadas pelas instâncias inferiores⁶⁹.

Foi exatamente neste ambiente, e com os propósitos aqui lançados, que emergiu do sistema jurídico pátrio uma “nova reclamação”, com objetivos claros de levar uniformidade ao direito federal nacional, especificamente no que tange às decisões advindas dos Juizados Especiais Estaduais.

⁶⁹ Conforme afirma Lucas Cavalcanti da Silva (2010, p. 150), conferir ao “Superior Tribunal de Justiça o papel de unificar a jurisprudência pátria no que diz com a aplicação da legislação federal (art. 105, III, c, CF/88), e ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição, inclusive com efeito vinculante (art. 102, III e §2º da CF/88), revela que o sistema judiciário imaginado pela Constituição foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem.”

Faz-se referência, aqui, tão somente a este microsistema, porque diversamente dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), não previu a Lei 9.099/95 a criação das turmas de uniformização de sua legislação. Estes últimos, diversamente, possuem mecanismos específicos, inclusive, para tutelar eventual descompasso do entendimento destas turmas de uniformização com os posicionamentos pacíficos do STJ, ofertando, pois, integridade ao sistema federal.

Portanto, nessa nova roupagem, e colmatando lacuna prejudicial da Lei 9.099/95, a reclamação constitucional busca compatibilizar as interpretações e julgamentos proferidos no âmbito deste microsistema, com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, responsável exatamente pela uniformização do direito federal.

Todo o processo de construção dessa “nova” hipótese de cabimento será objeto de espaço próprio neste estudo (capítulo 4), importando para o presente momento visualizar com nitidez a evolução da reclamação dentro de um constitucionalismo preocupado com a estabilidade das decisões advindas do Poder Judiciário.

Destarte, uma visão coerente da reclamação, inserida em um sistema jurídico que prima pela segura e efetiva prestação jurisdicional, deve passar por uma atribuição de proteção aos precedentes dos nossos Tribunais Superiores (STF e STJ), de forma a viabilizar um tratamento isonômico àqueles jurisdicionados que se encontram em situações jurídicas semelhantes.

3.5 A RECLAMAÇÃO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSTRUMENTO DE GARANTIA DAS TESES FIRMADAS EM INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Trabalhadas as três hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação, e lançadas as bases de uma nova função deste instrumento do processo constitucional, trazido ao mundo jurídico pela Resolução n. 12/2009, do STJ, após julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, não poderiam ficar de fora da presente pesquisa as inovações que estão

sendo discutidas no Projeto de Novo Código de Processo Civil⁷⁰, em especial no que tange ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Referido projeto de lei ordinária nasceu após a criação, pela Presidência do Senado Federal, de uma Comissão de Juristas incumbida de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil⁷¹.

Como consequência dos esforços da indigitada comissão de notáveis, surgiu o Projeto de Lei n. 166/2010, do Senado Federal. Após a realização dos devidos apontamentos realizados por Comissão Especial formada no Senado Federal, com a aprovação de um respectivo Substitutivo, o texto foi enviado à Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei n. 8.046/2010.

Serão as estipulações inseridas no indigitado projeto, após sua aprovação – com alterações – na casa do povo, que serão objeto de análise no presente estudo, com destaque especial ao mecanismo responsável pela garantia de aplicação das teses firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, qual seja, a reclamação constitucional.

Antes, porém, de adentrar nessa nova função da qual foi incumbida a reclamação pelo legislador ordinário, indispensável que sejam trabalhados os pontos fulcrais do incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma como se encontra previsto atualmente⁷².

Define-se tal incidente como sendo um mecanismo por meio do qual, a partir de uma controvérsia potencialmente capaz de se reproduzir gerando demandas idênticas e repetitivas, busca-se uma resposta única, homogênea e uniforme, por um tribunal estadual ou regional (art. 997, §1º do Projeto de Lei do NCPC⁷³).

O resultado alcançado por meio do indigitado mecanismo terá o condão de vincular os casos que versem sobre idêntica questão de direito, no âmbito dos

⁷⁰ As referências aqui realizadas serão baseadas no texto legal que acompanha o relatório apresentado pela Câmara dos Deputados, onde o Projeto de Lei 8.046 de 2010 tramita atualmente, e precedidas da sigla NCPC, representativa de Novo Código de Processo Civil.

⁷¹ A comissão foi instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379 de 30.09.2009, publicado no DOU de 02.10.2009, seção 2, p. 46. Projeto de Lei 8.046 de 2010.

⁷² Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 178), o ideal do legislador ordinário é louvável, principalmente “na medida em que visa promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada.”

⁷³ “NCPC. Art. 997, §1º. O incidente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.”

respectivos tribunais nos quais o incidente foi julgado, impedindo-se, pois, que situações fáticas idênticas recebam tratamento jurídico diverso⁷⁴.

Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 290), por meio da análise deste caso paradigmático, escolhido como modelo, “chega-se a uma definição da questão comum aos casos repetitivos, que deverá valer para todas as demandas análogas, que venham tramitando na esfera de competência do tribunal que foi provocado e emitiu.”

Vê-se, portanto, que o ideal do legislador ordinário, ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas (atualmente no art. 997⁷⁵ do Projeto de Lei do NCPC), foi o de salvaguardar princípios basilares de nosso sistema jurídico, quais sejam a segurança jurídica, a isonomia e a razoável duração do processo.

Trata-se, em verdade, de mecanismo inerente ao processo coletivo, e que identificando uma infinidade de casos idênticos, permite, por meio do julgamento de um caso-modelo, que se alcance um resultado jurídico único, com uma relevante redução de atividade jurisdicional.

Para muitos estudiosos essa drástica diminuição de atividade por parte do Poder Judiciário, em especial pelo tribunal responsável pelo julgamento do incidente, culminaria em uma patente inconstitucionalidade, por infração aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Embora não seja o foco do presente estudo, referida discussão, pela relevância, merece algumas considerações. Em uma breve análise das disposições trazidas pela última versão do projeto, recentemente aprovada na Câmara dos Deputados, percebe-se que a participação dos interessados (por exemplo, aqueles que tiveram seus processos identificados como “pendentes”, tendo-se, via de consequência, sido suspensos – art. 999, §1º, I, NCPC⁷⁶), dar-se-á de maneira ampla, conforme determina o atual art. 1001:

⁷⁴ Situação esta que gera uma série de malefícios ao exercício da jurisdição. Conforme trabalhado por Lucas Cavalcanti da Silva (2010, p. 149), ao “reservar para si o papel de dizer e aplicar o Direito, o Estado não pode fazê-lo de maneira contraditória, de modo que os veículos pelos quais ele se manifesta devem se mostrar coerentes e harmônicos. Desse modo, a despeito de suas ramificações, o Poder Judiciário pressupõe funcionamento e estrutura concebidos a partir de uma lógica que lhe garanta coesão, já que sua unidade é corolário da unidade do poder estatal.”

⁷⁵ “NCPC. Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.”

⁷⁶ Segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 258), a previsão de suspensão dos processos que tenham identidade com o caso-modelo “mostra-se medida apta a assegurar a

NCPC, Art. 1001. O relator ouvirá as parte se os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Além da possibilidade de manifestação escrita, o legislador ordinário ainda prevê, no parágrafo único do art. 1001, a possibilidade de o relator “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.” Não se esquecendo da permissão, dada pelo art. 1003, § 2º⁷⁷, de manifestação oral dos interessados na sessão do julgamento (sustentação oral).

Ainda que se compreenda a preocupação com a proteção de princípios basilares de nosso Estado Democrático de Direito Constitucional, quais sejam, ampla defesa e contraditório, entende-se que houve cuidado por parte do legislador, ao permitir a efetiva participação dos diretamente interessados na resolução do incidente. Participação esta que, aliada à necessidade de ampla divulgação e publicidade da instauração e julgamento do incidente, “se mostra indispensável à legitimação desse mecanismo, na perspectiva das garantias constitucionais do processo democrático.” (LEONEL, 2011, p. 295).

No que se refere à eficácia do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, a tese firmada “será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”, além de surtir efeitos para os casos futuros que trouxerem a

aplicação oportuna da tese que vier a ser consagrada pelo tribunal e não acarreta, aparentemente, maiores inconvenientes, ante a previsão de um prazo máximo para o julgamento do incidente.” É o que se pode notar da atual redação do art. 999: “NCPC. Art. 999. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao juízo de admissibilidade do incidente, levando em consideração a presença dos pressupostos do art. 997. § 1º Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso;” Quanto à fixação de prazo para o julgamento do incidente, prevê o art. 1004 do Projeto do NCPC que este “será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.” (grifo do autor).

⁷⁷ “NCPC. Art. 1003. O incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo. § 1º Feita a exposição do objeto do incidente pela relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões. Levando em consideração o número de inscitos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para essa sustentação oral. § 2º Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador.”

juízo, pelo tribunal, a mesma tese firmada no incidente, enquanto não houver revisão desta (art. 1004, NCPC).⁷⁸

Vislumbra-se, de maneira evidente, a força que será atribuída à tese firmada por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, em uma clara manifestação precedentalista.

O sistema jurídico brasileiro, como trazido no decorrer de todo o presente trabalho, caminha, inexoravelmente, para um destino que prevê a necessária atribuição de força aos precedentes advindos do Poder Judiciário. E é exatamente neste ambiente que se fortalece a reclamação constitucional, como instrumento de defesa das teses jurídicas firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Segundo o art. 1004, § 4º do Projeto de Lei do NCPC, será cabível, da decisão que fixar a tese no incidente, em sendo o caso, recurso especial ou extraordinário. Porém, o mecanismo utilizado pelo legislador ordinário para salvaguardar e garantir a correta aplicação da tese adotada no incidente será a reclamação constitucional (arts. 1009 e 1010, IV, NCPC⁷⁹).

Mais uma vez se descortina o papel que a reclamação constitucional ocupa dentro de nosso sistema jurídico. Em se concretizando as proposições provenientes da Câmara dos Deputados, o legislador ordinário criará uma nova hipótese de cabimento da reclamação, totalmente imbuída de um espírito neoconstitucional de valorização das decisões judiciais, e estabilidade do sistema jurídico.

Tanto quanto nas outras hipóteses de cabimento da reclamação, aqui também se vislumbra sua função dúplice, de solução da controvérsia daquele diretamente interessado, bem como de fortalecimento das decisões advindas dos tribunais brasileiros.

As inovações do Projeto de Lei que busca dar vazão ao Novo Código de Processo Civil não param por aqui. Nos artigos 1010 e seguintes existe a previsão e regulamentação da reclamação, em várias hipóteses de cabimento, destinando-se,

⁷⁸ “NCPC. Art. 1004. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. § 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.”

⁷⁹ “NCPC, Art. 1009. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.” “NCPC, Art. 1010. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] IV - garantir a observância da tese firmada em julgamento de casos repetitivos.”

nestes casos, não somente para os nossos tribunais de superposição. Ou seja, em se concretizando as alterações dispostas no indigitado projeto de lei, a reclamação restará regulamentada pelo legislador ordinário com cabimento para todo e qualquer tribunal, como se vê do referido art. 1010:

NCPC, Art. 1010. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de súmula vinculante; IV – garantir a observância da tese firmada em julgamento de casos repetitivos; V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência.

Nota-se, claramente, o intuito em se estender o cabimento da reclamação, antes destinada tão somente (nas situações de usurpação de competência e descumprimento de decisão) para o STF e para o STJ, a todos os tribunais (regionais e estaduais).

Portanto, além da preservação das decisões proferidas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas (mencionada no art. 1010, IV, como “julgamento de casos repetitivos”⁸⁰), a reclamação também tutelar a competência e a autoridade de decisões advindas de tribunais brasileiros (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais).

Tal medida, inserta no Projeto do Novo Código e Processo Civil, merece elogios, já que impede que ocorram regulamentações diferentes deste mecanismo caso o mesmo fosse disposto, particularmente, em cada regimento interno de tribunal brasileiro.

Vê-se, diante do exposto, que o caminho está traçado. A necessidade de adoção de uma cultura jurídica de valorização dos precedentes judiciais é mais do que presente em nosso direito. A reclamação, instrumento de valorização de nossos tribunais de superposição, no que se refere à competência e autoridade das decisões destes advindas, agora passa a salvaguardar, também os demais tribunais brasileiros.

A convivência de decisões divergentes acerca de casos jurídicos idênticos não deve ser tolerada, e as teses firmadas e sedimentadas em nossos tribunais

⁸⁰ Por previsão do art. 510, do Projeto do NCPC, serão considerados “casos repetitivos” tanto as teses firmadas nos recursos especiais e extraordinários repetitivos quanto aquelas obtidas por meio dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

contribuirão para essa almejada estabilidade, ofertando segurança jurídica ao sistema, e gerando confiabilidade no Poder Judiciário.

Afinal, conforme mencionado por Luiz Henrique Volpe Camargo (2012, p. 574), respeitar precedentes é conduta que se compara às funções de uma bússola, que orienta os caminhos percorridos pelo jurisdicionado. A sua inobservância, via de consequência, pode desorientar, por completo, a trajetória processual.

4 A RECLAMAÇÃO COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Lançadas as bases iniciais do tema central do presente trabalho, materializado na figura da reclamação constitucional como instrumento de uniformização do direito federal no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, passar-se-á ao estudo detido de como se desenvolveu tal inovação, em que ambiente processual, e de que forma foi concebida a decisão proativa do STF no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA.

Nesta toada, singular importância deve ser dada ao microsistema dos Juizados Especiais, com atenção ímpar àquele normatizado por meio da Lei 9.099/95. A impossibilidade de se manejar recurso especial em face das decisões advindas das Turmas Recursais destes Juizados Estaduais constitui uma das pedras de toque do presente estudo, complementada pela inexistência de Cortes de Uniformização neste microsistema.

Com essa conformação, resta inviável qualquer esforço tendente a uniformizar os entendimentos dos Juizados Estaduais com os da corte superior responsável pela última palavra no que tange ao direito federal pátrio.

Diante desta incongruência do sistema jurídico nacional é que surgirá a reclamação como instrumento responsável por compatibilizar as decisões advindas das Turmas Recursais Estaduais, com o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça.

À conjunção de fatores responsáveis pelo surgimento desta “nova reclamação” (impossibilidade de utilização de recurso especial nos Juizados e inexistência de turmas de uniformização na Lei 9.099/95), acrescenta-se o momento neoconstitucional vivido pelo direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais advindos das cortes de superposição (STF e STJ), e de busca por segurança jurídica e estabilidade.

Para que se tenha, porém, a real dimensão dos efeitos e finalidades da reclamação regulamentada pela Resolução 12/2009 do STJ, deve-se fazer um breve passeio no microsistema dos Juizados Especiais, melhor compreendendo os ideais que permearam a sua criação, seus princípios norteadores, e em especial, o vácuo

jurídico deixado pelo legislador ordinário quando da edição da Lei 9.099/95, ao não prever, além de um mecanismo de uniformização das decisões proferidas neste sistema, uma forma de compatibilização destas decisões com a jurisprudência do oráculo do direito federal pátrio (STJ).

4.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS: SURGIMENTO E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os Juizados Especiais tiveram sua gênese com a Constituição Federal de 1988, que previu em seu art. 98, I – norma constitucional de eficácia limitada (de princípio institutivo) –, a criação desse microssistema⁸¹. A competência legislativa para dispor acerca do processo a ser seguido nos Juizados ficou a cargo da União (art. 24, X, CF)⁸².

A efetiva instituição dos Juizados Especiais deu-se apenas em 1995, por meio da Lei 9.099, que procedimentalizou a atuação desse importante meio de acesso a uma ordem jurídica justa e equitativa, no âmbito das justiças dos Estados e do Distrito Federal.

Importante salientar que:

[...] o Juizado Especial é órgão da jurisdição estatal, constituindo verdadeira estrutura vinculada ao Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional. Por isso, os agentes que ali atuam exercem jurisdição e são dotados de atribuição jurisdicional, podendo suas decisões gerar coisa julgada material. (MARINONI, 2007, p. 690).

Os ideais que nortearam a criação do microssistema dos Juizados Especiais fundam-se na necessidade de se atribuir aos jurisdicionados, em especial àqueles menos abastados, uma prestação jurisdicional mais célere, simples, segura e capaz de atender aos conflitos de menor complexidade de acordo com essa particularidade.

⁸¹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

⁸² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...]

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; [...]

É o que, também, se depreende da afirmação de Pedro Roberto Decomain (2010, p. 70-71):

Os Juizados devem servir como instrumentos facilitadores do acesso ao Judiciário, para que também causas cíveis legalmente havidas como de menor complexidade (e que, antes deles, ficam mesmo muita vez à margem de solução jurisdicional, por inadequação do ordenamento processual decorrente das várias circunstâncias) possam ser solucionadas pela jurisdição, como dever ser.

A evolução do microsistema previsto pelo constituinte de 1988 não restou estagnada no âmbito estadual, tendo surgido, posteriormente à Lei 9.099/95, os Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009).

Da mesma maneira que o microsistema estadual, os Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública traçaram como objetivo primordial a ideia de facilitação do acesso à justiça, possibilitando, como instrumento à disposição do cidadão, o ajuizamento de demandas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, em face da União, bem como contra os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, fundações e empresas públicas⁸³.

Os avanços foram visivelmente consideráveis, uma vez que situações antes extremamente custosas ao jurisdicionado, na busca de uma resposta do Poder Judiciário, em especial por ter do outro lado, como “adversário”, o Poder Público, passaram a ter um procedimento mais célere e simplificado.

Concomitantemente à evolução destes microsistemas idealizados pelo constituinte de 1988, desenvolveram-se, também, os princípios fundamentais dos Juizados Especiais, sempre tendentes a efetivar uma prestação jurisdicional de maneira mais simples, menos custosa, mais ágil, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Neste ambiente, o art. 2º da Lei 9.099/95 ficou encarregado da definição dos princípios basilares dos Juizados Especiais Estaduais, *in verbis*:

⁸³ Nestes ambientes, tanto o cidadão comum, como as pequenas e microempresas, podem reclamar judicialmente contra instituições municipais e estaduais, por exemplo, por danos morais ou materiais, por falta de medicamentos, vagas em escolas, hospitais ou creches. O questionamento de multas de trânsito, lançamentos tributários, violação de posturas administrativas, ressarcimento por danos nos automóveis causados por problemas nas ruas, também constituem exemplos da dinâmica seguida por esses microsistemas.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da **ORALIDADE, SIMPLICIDADE, INFORMALIDADE, ECONOMIA PROCESSUAL e CELERIDADE**, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (grifo nosso).

Pontuar-se-á, no presente trabalho, cada um dos ditos “critérios” orientadores do processo dos Juizados Especiais, analisados, aqui, como princípios regentes do microsistema ora estudado.

Antes, porém, que se adentre nas principais características dos indigitados princípios, importante destacar a ideia de que a busca pela concretização destes não pode salvaguardar condutas arbitrárias, que desrespeitem garantias processuais constitucionalizadas, ou que prejudiquem a uniformização da legislação federal.

Nesse sentido a orientação de Humberto Theodoro Júnior (2010b, p. 422):

O juiz é livre para dar ao feito o procedimento que se revelar mais adequado à rápida e justa composição da lide. Claro, é, contudo, que não poderá afastar-se das garantias fundamentais do devido processo legal, cabendo-lhe orientar-se, com liberdade, mas com respeito às necessidades de segurança das partes, sua igualdade e amplas possibilidades de participação em contraditório.

Assim, nas lições de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2009, p. 446), que bem resume o pensamento que rege os Juizados, os princípios insculpidos no art. 2º da Lei 9.099/95 “indicam a necessidade de uma nova mentalidade, na qual se abandone o formalismo dos procedimentos judiciais, sem abrir mão das garantias fundamentais.”

Por meio do estudo dos princípios norteadores dos Juizados Especiais será possível compreender a dimensão deste microsistema, sua interação com o sistema jurídico nacional, bem como a necessidade de que essa relação passe, necessariamente, por uma uniformização das decisões judiciais, com especial respeito à corte responsável pela estabilidade do direito federal brasileiro.

4.1.1 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade denota muito bem o ideal trazido pela Lei 9.099/95, de oferecer uma prestação jurisdicional mais acelerada e de maneira mais concentrada. Nos Juizados os processos tendem a se desenvolver oralmente, com a

concentração dos atos processuais em audiência, reduzindo-se sobremaneira as peças escritas⁸⁴.

A oralidade é característica fundamental deste microsistema, estando presente desde a fase postulatória do processo, já que tanto a interposição da ação quanto a resposta do réu podem se dar de forma oral (arts. 14 e 30 da Lei 9.099/95).

Seguir uma orientação no sentido de se prestigiar a concretização dos atos processuais de forma oral desburocratiza o procedimento, indo ao encontro da *mens legis* inserta na Lei dos Juizados.

Importante destacar, também, que decorrerão diretamente do princípio da oralidade, os princípios da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração dos atos e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Pelo princípio da imediatidade almeja-se o contato imediato entre o juiz e a colheita de todas as provas, devendo o mesmo dialogar com as partes, expor as questões controvertidas e propor conciliação, de modo a facilitar a composição da lide.

Já no que se refere ao princípio da concentração dos atos, busca-se que os atos processuais sejam concentrados em audiência, de preferência naquela denominada de una – que englobaria as já conhecidas audiências de conciliação e instrução e julgamento. Não sendo isso possível, as audiências devem ser realizadas em intervalos de tempo próximos, de maneira a preservar a utilidade do contato imediato entre o juiz e as provas colhidas oralmente, bem como assegurar a celeridade do processo.

O princípio da imutabilidade ou da identidade física do juiz preceitua que o juiz responsável pela colheita das provas deve também proferir a sentença. Tal preceito é expresso, pela Lei n. 9.099/95, ao estabelecer que a sentença seja proferida na própria audiência de instrução e julgamento.

O escopo da norma instrumental é bastante claro na medida em que reconhece como estando mais habilitado para proferir a sentença o magistrado que, efetivamente, participou da instrução e colheu pessoalmente a prova oral, salvo os casos em que esta providência se torne impossível ou represente atraso (não desejado) na prestação da tutela jurisdicional.

⁸⁴ Não se quer aqui afirmar que o processo escrito esteja dispensado, mas tão somente ressaltar a preferência do legislador ordinário por um processo oral.

Quanto ao princípio da irrecorribilidade das decisões, cumpre consignar que, nos termos desta diretriz, não é cabível recurso contra decisão interlocutória, no âmbito dos Juizados Especiais. Aliás, o sistema recursal dos Juizados (que será alvo do tópico 4.2) processa-se de maneira muito mais enxuta, quando comparado, por exemplo, com o sistema recursal previsto no Código de Processo Civil.

Destarte, é corriqueira a utilização do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias suscetíveis de causar gravame à parte, pela própria ausência de previsão de recurso cabível, no caso o agravo de instrumento, bem como quando se estiver diante de decisão teratológica.

Mostra-se, portanto, o princípio da oralidade, como importante critério procedimental para a consecução dos objetivos constitucionalmente traçados para os Juizados Especiais.

4.1.2 Princípios da Simplicidade e Informalidade

Não há dúvidas de que uma lei que se dispõe a servir de instrumento de concretização do acesso à justiça, com especial destinação àqueles menos abastados, deve ter por critério basilar a simplificação de seu procedimento. E assim efetivamente ocorre – ou, ao menos, deveria ocorrer – com a Lei 9.099/95.

O referido diploma fincou seus alicerces de maneira a eliminar uma série de mecanismos, presentes no procedimento comum, que acabam aumentando a “vida útil” do processo, tornando a prestação jurisdicional mais demorada. São os casos da reconvenção, da ação declaratória incidental, de processos que demandem robusta dilação probatória (perícia, por exemplo), que não são admitidos pela Lei dos Juizados.

Neste aspecto, a instrumentalidade das formas é expressamente prevista no art. 13 da Lei n. 9.099/95, que reza que “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para os quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.”.

Com efeito, ainda que a legislação estabeleça determinada forma para a perfectibilização de um ato e este for realizado de outro modo, tal ato será válido, desde que alcançada a finalidade pretendida.

Marcus Vinícius Rio Gonçalves (2009, p. 447) demonstra as consequências da adoção de um processo simplificado:

O procedimento no Juizado é bastante simplificado. Há uma redução substancial da utilização de termos escritos, em especial pelo uso de mecanismos alternativos, como gravações magnéticas, ou de vídeo, e o uso de equipamentos de informática. Há simplificações na apresentação da inicial, na citação, na oferta da resposta, na colheita de provas, no julgamento e na apresentação dos recursos. A dispensa de participação do advogado, nas causas de valor inferior a vinte salários mínimos, colabora para a simplificação e deformalização do processo (no Juizado Federal, a presença do advogado é sempre facultativa, mesmo que o valor da causa ultrapasse aquele limite).

Tem-se, portanto, o princípio da simplicidade como importante meio de aproximação do cidadão – de todas as classes sociais – com o Poder Judiciário, contribuindo sobremaneira para um maior acesso à Justiça, e eliminando, nas lições de Marinoni (2007, p. 692-693), a por ele chamada “litigiosidade contida”, constrangimento sentido pelo indivíduo que o leva, muitas vezes, a abdicar de seus direitos.

Sem se desvincular dos demais princípios regentes do microssistema dos Juizados, o critério da informalidade busca tornar o processo menos burocrático e mais acessível, mantendo-se hígdas as garantias constitucionais dos jurisdicionados.

No que tange ao princípio da informalidade, importante consignar as lições de Humberto Theodoro Júnior (2010b, p. 422), ao definir a atuação do princípio em tela:

O procedimento, na verdade, haverá de desembaraçar-se de toda a complexidade habitual do contencioso, cabendo ao seu condutor zelar para que tudo transcorra de maneira singela, transparente, livre de formas desnecessárias e inconvenientes, tudo dentro do menor tempo possível e com o mínimo de gasto para as partes.

Como exemplo prático que reflete a ideia de informalidade, importante destacar conduta muito utilizada em muitos Juizados do Brasil, consistente na não consignação, na ata da audiência de conciliação, das propostas de acordo, confissões ou quaisquer outras informações que possam prejudicar as partes. Tal ideal tem o condão de deixar os envolvidos à vontade para se chegar ao objetivo maior dos Juizados, qual seja, a obtenção de uma composição.

Nesta toada, não obstante a importância e relevância do combate ao formalismo exacerbado dentro dos balcões dos Juizados Especiais, por meio dos

princípios ora tratados, em determinadas situações os jurisdicionados que se valem deste “simplificado” procedimento se deparam com construções regimentais absolutamente restritivas e que premiam o “império da forma”.

Exemplo típico se verifica no que se refere à discrepância existente quanto à possibilidade de complementação de preparo recursal. Diversamente do que disciplina o art. 511, §2º do CPC – que permite a complementação do preparo realizado a menor –, nos Juizados Especiais Estaduais, apesar de omissa a Lei 9.099/95 neste ponto, seguem-se normas regimentais das Turmas Recursais que preveem a pena de deserção inclusive para o preparo insuficiente.

Ainda que evidenciado o intuito da parte em recorrer, materializado pelo recolhimento “quase integral” das referidas custas, insistem os Juizados em decretar a deserção de recursos inominados que, pela aplicação dos princípios norteadores dos Juizados, estariam perfeitamente aptos a serem julgados, mediante mera complementação do preparo recursal.

Infelizmente, mencionada violação aos princípios da informalidade e da simplicidade impede que se alcance uma uniformização da legislação federal no que se refere à possibilidade de complementação das custas recursais, situação que, inexoravelmente, traz insegurança jurídica ao sistema.

Dessarte, muito embora estejamos diante de um microssistema que busca a facilitação do acesso do jurisdicionado à resolução dos conflitos, por meio de uma atuação simples e informal, o microssistema dos Juizados Especiais ainda sofre com máculas de um processo tecnicista.

4.1.3 Princípio da Economia Processual

Como forma de concretizar um amplo acesso das vias dos Juizados a toda coletividade, não deixou de lado o legislador a ideia de ofertar um sistema que exija o menor gasto de dinheiro possível. Como consequência dessa redução, necessária se mostrou a minimização dos atos processuais, que passaram a se tornar mais concentrados.

O princípio em questão deve, pois, ser compreendido como sendo o responsável pelo uso racional dos instrumentos e formas processuais, com o fito de que sejam alcançados os objetivos do processo com o mínimo gasto de tempo e energia (CÂMARA, 2012, p. 18).

Exemplo clássico reside na necessidade de prova pericial que, nos Juizados, adota nuances diferenciadas, como é o caso do previsto no parágrafo único do art. 35, da Lei 9.099/95, que dispõe acerca de inspeção a ser realizada diretamente pelo magistrado, se assim este entender necessário.

Na busca, portanto, por uma atuação judicial pautada na economia processual, almeja-se, nas lições de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2009, p. 447), “atingir o resultado com o menor esforço possível, evitando-se incidentes que entrem o andamento do processo.”

Destarte, a adoção do critério da economia processual auxilia na prestação de uma resposta estatal mais eficaz, do ponto de vista temporal e econômico, contribuindo sobremaneira para o almejado, e pleno, acesso à Justiça.

4.1.4 Princípio da Celeridade

É fácil notar que a consequência lógica da adoção dos princípios acima mencionados é, também, a obtenção de uma prestação jurisdicional mais célere e que oferte uma resposta estatal ao litígio que minimize os efeitos deletérios do tempo.

Neste exato sentido seguem as lições dos já citados Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2001, p. 657):

Os efeitos do tempo no processo podem ser altamente perniciosos, cabendo ainda considerar que não são sentidos com a mesma intensidade por pessoas mais pobres em comparação com aquelas de maior poder econômico. Com efeito, ‘ninguém pode negar que, para uma pessoa pobre, a demora em receber certa soma em dinheiro pode comprometer sua própria subsistência, ao passo que dificilmente essa mesma consequência poderia advir para pessoas de mais elevada condição econômica.

Vê-se, pois, que o princípio da celeridade, com todas as cautelas que sua denominação exige⁸⁵, apresenta-se como o reitor da sistemática do microsistema dos Juizados Especiais, tendo por escopo uma duração minimamente razoável do processo (CÂMARA, 2012, p. 18), capaz de resultar em um julgamento justo.

⁸⁵Não se deve buscar a celeridade da prestação jurisdicional desvinculada de princípios constitucionais reitores do processo, em especial no que tange à garantia do devido processo legal. O que se quer, em verdade, é uma duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII, CF.

É o que se verifica do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, ao prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, a celeridade processual, como ideia de um tempo razoável de tramitação do processo⁸⁶, é imprescindível para se aferir a efetividade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

4.2 O SISTEMA RECURSAL DOS JUIZADOS. “IRRECORRIBILIDADE” DAS DECISÕES QUE OFENDAM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO À RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

O sistema recursal do Código de Processo Civil consolidou-se levantando a bandeira da proteção de uma ampla defesa e de um processo que priorizasse a segurança na prestação da tutela jurisdicional estatal. Tais ideais solidificaram-se com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o direito fundamental da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que impede que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º. XXXV, CF⁸⁷). Tais garantias eram – e são – defendidas na maior medida possível, o que levava, muitas vezes, à não observância de elemento essencial na prestação da tutela jurisdicional: o tempo.

A Carta Magna, por meio dos arts. 24, X e 98, I, nesse ambiente de ampliação do acesso à prestação jurisdicional justa e eficaz, deu azo à criação dos Juizados Especiais, efetivamente instituídos, no âmbito estadual, pela Lei 9.099/95. Nascia, neste momento, um microssistema normativo que relativizava os ideais esposados no Código de Processo Civil, trazendo uma prestação jurisdicional mais simples, célere, informal, e que primava pela resolução de conflitos de menor monta, atendendo classes sociais que antes não costumavam frequentar os salões da Justiça.

⁸⁶ Não se deve confundir prestação jurisdicional em tempo razoável com um processo apressado. Daí a necessidade de aplicação com cautela do princípio em questão, para que não se deturpe a sua verdadeira função incentivadora do acesso à justiça.

⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

E tal preocupação com o tempo do processo, já inserta na Lei 9.099/95, passou a figurar também no corpo de nossa Constituição Federal, por meio do art. 5º, LXXVIII⁸⁸, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/04, que alçou ao patamar de direito fundamental a razoável duração do processo.

Assim, de um lado é possível identificar uma norma processual federal que há décadas vem ofertando aos litigantes meios que possibilitam uma exaustiva defesa no processo, e de outro uma legislação recente, voltada a simplificar o procedimento da primeira, primando pela celeridade e tornando reduzidas as possibilidades recursais, tão bem delimitadas pelo Código de Processo Civil.

Não havia, portanto, uma equiparação total das normas e princípios regentes desse novo microssistema, com as regras balizadoras de nosso Código de Processo Civil. Assim definiu Francisco Glauber Pessoa Alves (2003, p. 259) ao situar os Juizados Especiais “dentro de um microssistema normativo com preceitos e princípios próprios.” Diz o indigitado autor que “só por analogia, na falta de uma norma própria, e, desde que não afrontando seus princípios, é possível a utilização de outros diplomas, notadamente o Código de Processo Civil.”

O mesmo autor acima citado (ALVES, 2003, p. 260) definiu bem a necessidade de a Lei dos Juizados seguir um sistema recursal próprio, que não incorresse nas mesmas e supostas falhas do processo civil clássico:

Se os Juizados surgiram como resposta aos anseios de justiça célere, é patente que não podiam incorrer nos mesmos erros ou trilhar idênticos caminhos que o processo civil clássico. Parâmetros, definições e estereótipos devem ser redesenhados e reinterpretados. Foi justamente o caso dos recursos. Expressamente, a Lei 9.099/95 só admite dois (arts. 41 e 48): (1) o inominado e (2) os embargos de declaratórios.

Foi nesse ambiente que se estabeleceu o sistema recursal dos Juizados Especiais Estaduais, sem que se ofertassem às partes instrumentos recursais diversos, capazes de atravancar uma marcha processual pré-formatada para ser exígua. Daí a estipulação prévia de apenas dois recursos, o inominado e os embargos de declaração.

⁸⁸ Art. 5º [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].

No que tange ao recurso de agravo de instrumento, em regra impossível de ser manejado nos Juizados, posições há, porém, no sentido de seu cabimento. Joel Dias Figueira Júnior (2006, p. 277) destaca essa possibilidade excepcional:

Se e quando a interlocutória versar sobre o mérito, em casos de tutela de urgência (concessiva ou denegatória), e a decisão puder causar gravame ao interessado em decorrência da impiedosa incidência do 'tempo' no processo ou se a hipótese versar a respeito de óbice a processamento de recurso ou meio de impugnação.

Levar à risca a ideia de irrecorribilidade das interlocutórias nos Juizados Especiais, em respeito aos seus princípios regentes, como o da oralidade e simplicidade, é desprezar princípios constitucionais como o do contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição. Portanto, entender o microsistema dos Juizados Especiais apartado das orientações constitucionais e também do Código de Processo Civil, é tarefa que pode colocar em risco a manutenção desse meio de ampliação do acesso à Justiça. “Em outras palavras, deve-se indagar até que ponto se pode, em benefício da celeridade e da efetividade, descurar-se de outras garantias processuais, que igualmente compõem o modelo constitucional de processo justo.” (MIRANDA NETTO, 2008, p. 186).

Outra questão recursal que leva os hermeneutas a acirradas discussões é a do recurso especial, incompatível com a sistemática dos Juizados, sendo vedado, inclusive, pela súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça, não sendo este cabível “contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.”

A previsão constitucional de cabimento do recurso especial determina sua utilização em face de decisões de última ou única instância, advindas de tribunal, situação não compatível com a característica das Turmas Recursais dos Juizados. Ronaldo Frigini (2000, p. 273-274) retrata a ideia e a justificativa para o não cabimento do recurso especial dentro dos juizados especiais:

41.7 – Do recurso especial – No que diz respeito ao recurso especial, a solução é diversa. A propósito, o art. 105, III, da Carta Magna, estabelece competir ao Superior Tribunal de Justiça ‘julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios’. Disso resulta que não sendo o Colégio Recursal um órgão genuinamente de segunda instância, é descabido o recurso especial, a despeito da menção do art. 28 do Provimento n. 511/94.

A matéria, atualmente está sedimentada na Súmula 203 do STJ, no sentido que não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

Quanto à outra espécie de recurso excepcional, o extraordinário, essa é perfeitamente admitida no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, já que sua previsão constitucional (art. 102, III, CF) não exige que o mesmo combata decisão advinda exclusivamente de tribunal. Destarte, e nos termos da súmula 640 do STF, temos como “cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal.”

Da breve análise do sistema recursal adotado nos Juizados Especiais Estaduais, alguns questionamentos intensificam-se: haveria alguma forma de se uniformizar as decisões das Turmas Recursais Estaduais? Como pode o jurisdicionado combater a insegurança jurídica advinda de decisões divergentes entre as turmas recursais dos Estados? As decisões contrárias a entendimentos solidificados, e muitas vezes sumulados, pelo Superior Tribunal de Justiça, podem ser combatidas?

As respostas às primeiras indagações serão trazidas à tona no tópico imediatamente seguinte, devendo-se frisar que a sistemática originariamente estabelecida para esse microsistema impossibilitava a utilização de decisões do STJ como parâmetro para os julgamentos no âmbito das Turmas Recursais. Justamente o recurso especial teria o condão de dar cabo a este desafio, de se ter legislações federais compatíveis, capazes de ofertar aos jurisdicionados a segurança jurídica almejada. Não é, todavia, o que se verifica, a se notar o teor da súmula 203 do STJ.

Vê-se, assim, que muito embora possa o STF, como protetor da força normativa constitucional, corrigir desvios que ofendam a norma fundamental, não poderá o STJ, como guardião da legislação federal da República Federativa do Brasil, sanar as situações que levem a injustiças e, principalmente, insegurança jurídica, advindas de julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais.

Referida situação não se verifica, porém, e como já trazido na presente pesquisa, no âmbito dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, que

possuem disciplina “recursal” própria, tendente a uniformizar seus julgamentos, possibilitando, inclusive, o manejo de incidente de uniformização ao STJ.

A ausência de previsão das Turmas de Uniformização na Lei 9.099/95, aliada à vedação na utilização do recurso especial, foram responsáveis pelo aparecimento de situações incompatíveis dentro de um Poder Judiciário que prima pela segurança jurídica. Situações semelhantes passaram a ter soluções diversas, legalmente previstas. E a missão do STJ, de órgão de defesa da legislação federal, restava cada vez mais prejudicada.

4.3 INEXISTÊNCIA DAS TURMAS DE UNIFORMIZAÇÃO NOS ESTADOS. PROJETO DE LEI APROVADO PELO SENADO FEDERAL QUE CRIA AS TURMAS ESTADUAIS DE UNIFORMIZAÇÃO

Diferentemente do diploma precursor do microsistema dos Juizados, as leis 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) e 12.153/2009 (Juizados da Fazenda Pública) trouxeram em seu bojo a atuação de uma turma de uniformização, com a missão de levar segurança jurídica aos jurisdicionados, evitando decisões incongruentes dentro destes referidos sistemas.

Ocorre que o legislador infraconstitucional andou mal ao silenciar quanto à criação das turmas de uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95). Tal “corte” busca impedir a existência de decisões divergentes versando acerca de fatos semelhantes. A ausência desta uniformização leva a situações práticas totalmente aberrantes, já que, uma determinada Turma Recursal, de um determinado Estado do Brasil, pode entender, com relação à idêntica questão, exatamente ao contrário do que outra Turma Recursal, de outro Estado do Brasil. E tais entendimentos ainda podem contrariar a posição do órgão responsável pela defesa da legislação federal pátria, qual seja, o STJ.

Muito embora tal situação ainda seja vivenciada, a insegurança advinda desta lacuna legislativa está prestes a acabar, já que por meio do Projeto de Lei n. 4.723/2004, recentemente aprovado no Senado Federal, sofrerá importante alteração a Lei 9.099/95, que passará a conter em seu bojo a previsão da existência das turmas recursais de uniformização.

Por meio do acréscimo da letra A ao art. 50 da Lei dos Juizados, será permitido o manejo de pedido de uniformização, *in verbis*:

Art. 50-A. Caberá, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão, pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver, entre Turmas Recursais de competência cível do mesmo Estado ou do Distrito Federal, divergência sobre questão de direito material ou processual.

§1º O recurso será dirigido ao presidente da Turma Estadual de Uniformização, e não dependerá do pagamento de custas.

§2º O pedido será instruído com prova da divergência, mediante cópia do julgado ou reprodução de sua versão disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando as circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

§3º Ao recorrido é facultada a apresentação de contrarrazões no prazo de 10 (dez) dias.

O processamento e julgamento desse pedido, tratado na lei como recurso, é esmiuçado no art. 50-B:

Art. 50-B. O julgamento do pedido de uniformização de jurisprudência competirá à Turma Estadual de Uniformização, que será formada pelos 5 (cinco) juízes titulares com maior tempo em exercício nas Turmas Recursais do respectivo Estado ou do Distrito Federal.

§1º Funcionará como presidente, entre seus membros, o juiz mais antigo na carreira da magistratura ou, havendo empate, o de maior idade.

§2º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita de forma eletrônica, por meio de videoconferência.

§3º A decisão da Turma Estadual de Uniformização respeitará súmula dos tribunais superiores e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça originada de julgamento de recurso especial processado na forma do art. 543-C (recurso especial repetitivo) da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Vê-se, claramente, que com a referida alteração, decisões e entendimentos solidificados no âmbito do STJ deverão servir de parâmetro para as decisões das turmas recursais de uniformização da jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais.

A referida alteração legislativa vai mais além, já que prevê a possibilidade de manejo de reclamação ao STJ, quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização contrariar jurisprudência desta corte em recurso especial repetitivo:

Art. 50-C. Quanto à orientação acolhida pela Turma Estadual de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência originada do julgamento de recurso especial repetitivo, a parte sucumbente poderá, no prazo de 10 (dez) dias, **RECLAMAR AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. (grifo nosso)

§1º Eventuais reclamações posteriores ou pedidos de uniformização fundados em questões idênticas ficarão sobrestados, aguardando pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§2º O relator, conforme dispuser o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, admitirá a manifestação de partes, pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, no prazo de 10 (dez) dias.

§3º Após o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, os processos sobrestados:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada; ou

II – serão novamente examinados pela Turma Recursal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação firmada.

Em sendo exitoso o mencionado projeto de lei, e passando tais alterações a compor efetivamente a Lei 9.099/95, situação inédita será criada, qual seja a possibilidade de controle das decisões advindas dos Juizados Especiais Estaduais pelo Superior Tribunal de Justiça. Resta evidente, pois, pela parte final do art. 50-C, *caput*, a legalização da reclamação constitucional, agora, em um novo viés, apenas antes previsto na Resolução n. 12/2009 do STJ.

Tal alteração legislativa vem ao encontro do que vem se explicitando exaustivamente no presente trabalho. Não se pode impedir que o órgão responsável pela proteção do direito federal controle decisões advindas dos Juizados Especiais Estaduais que estejam totalmente em dissonância com as orientações desta corte de superposição.

Não obstante o trâmite de projetos de lei ordinária já com esse condão, recentemente, por iniciativa do atual presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Felix Fischer, foi criada uma comissão de juristas responsáveis pela confecção de outro projeto de lei objetivando a criação das turmas de uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais (sítio do STJ, acesso em 16.10.2012).

O que se nota é que a comunidade jurídica passou a se preocupar muito mais com a questão da uniformidade do direito, e as alterações legislativas seguem por caminhos tendentes a implementar esse sistema jurídico uniforme.

Diante do alegado, é inegável a segurança jurídica que será agregada ao direito pátrio, em havendo um instrumento capaz de compatibilizar as decisões no que tange ao direito federal brasileiro, preservando-se e incentivando-se um ideal de pacificação social e confiança no Sistema Judiciário.

4.4 VÁCUO JURÍDICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.572-8/BA. COMPETÊNCIA DO STJ PARA JULGAR, VIA RECLAMAÇÃO, AS DECISÕES DE TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS EM DISSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DA INDIGITADA CORTE SUPERIOR. RESOLUÇÃO N. 12/2009 DO STJ E UMA NOVA VISÃO DA RECLAMAÇÃO

A ausência de turmas de uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, aliada à impossibilidade de se levar a cabo recurso especial dentro desse microsistema passaram a formar um perigoso vácuo jurídico no direito pátrio. O jurisdicionado que se via diante de decisão de turma recursal que contrarie norma federal, entendimento pacífico do STJ ou até posição adotada por outra turma recursal, não tem qualquer chance de se insurgir na defesa de seus interesses.

Em situações semelhantes, os profissionais do direito passaram a lançar mão de recurso extraordinário – este sim possível dentro do microsistema –, porém, tal estratégia já nascia fadada ao fracasso, já que na grande maioria das vezes, a alegada ofensa à Constituição Federal era tão somente reflexa, sendo esta, expressamente vedada⁸⁹ pela Corte Máxima do Brasil.

Formado estava um grande vácuo jurídico⁹⁰, que impedia o acesso aos tribunais superiores, nas situações explicitadas. Não havia possibilidade de se submeter a decisão de uma turma recursal dos Juizados Especiais Estaduais ao julgamento por um *tribunal* (exceção feita ao recurso extraordinário endereçado ao STF).

Foi exatamente neste ambiente que eclodiu do Pleno do STF decisão de extrema sensibilidade e sensatez, responsável pela colmatação desta prejudicial lacuna existente no sistema jurídico brasileiro. A ex-Ministra Ellen Gracie, em voto proferido no julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário n.

⁸⁹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AGRAVO IMPROVIDO. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. (RE 597580 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010).

⁹⁰ Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 205) trabalha os prejuízos que esse vácuo jurídico gera ao ordenamento: “Essa lacuna debilita de modo considerável o exercício integral, pelo STJ, de sua competência constitucional de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal. Em outras palavras, ainda que o STJ pacifique seu entendimento a respeito da legislação federal, seja por força do julgamento de recursos especiais repetitivos, seja ainda por meio da edição de súmulas, nos Juizados Especiais da Lei 9.099, de 1995, essas posições consolidadas poderiam pura e simplesmente ser desconsideradas sem que houvesse qualquer mecanismo para fins de reparo.”

571.572-8⁹¹, da Bahia, firmou a orientação de que, enquanto não criado órgão capaz de “estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ”, “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”.

Diante da decisão advinda do Pleno da Suprema Corte Constitucional Pátria (RE n. 571.572-8/BA), e do elevado número de reclamações endereçadas ao STJ, foi necessária a regulamentação do referido instrumento processual, nessa especificidade. Por meio da Resolução n. 12, de 14 de dezembro de 2009, o STJ dispôs sobre o processamento “das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”.

Destarte, depreende-se, tanto da previsão trazida no voto acima mencionado, como da disciplina trazida pela Resolução n. 12/2009 do STJ, que havendo decisão judicial, no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, que ofenda a jurisprudência do STJ, plenamente cabível será o manejo da ação constitucional prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal.

Joel Dias Figueira Junior e Fernando da Costa Tourinho Neto (2009, p. 310-311) demonstram essa evolução que culminou com o julgado da Suprema Corte:

Contudo, um ano e cinco meses após, em data de 26 de agosto de 2009, o Supremo Tribunal Federal acolheu, por maioria de votos, Embargos de Declaração interposto em Recurso Extraordinário de decisão Plenária (RE 571.572 QO-ED/BA), em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie, em sentido oposto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cancelando no aludido acórdão da lavra do Ministro Teori Zavascki.

Nessa linha, decidiu a Corte Constitucional no sentido de que, até a criação da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência e com o escopo de evitar que se perpetuem julgados conflitantes com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de interpretação da legislação infraconstitucional, caberá à referida Corte afastar a divergência, conhecendo da matéria em recurso de Reclamação, previsto no art. 105, inciso I, alínea f da Lei Maior. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, com o fundamento em fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica, da devida prestação jurisdicional e da lógica da organização do sistema judiciário nacional.

Com a edição da Resolução 12/2009 do STJ, regulamentou-se uma nova hipótese de cabimento da reclamação constitucional, diversa daquelas previstas no

⁹¹ Conforme o Informativo 557, do Supremo Tribunal Federal.

texto constitucional. Muitas foram, e vem sendo, as críticas a essa posição, adotada primeiramente no julgamento do RE 571.572-8/BA e posteriormente pela indigitada resolução do STJ. A nosso ver, vêm andando corretamente os tribunais de superposição pátrios. A manutenção de um microssistema, como o dos Juizados Especiais Estaduais, apartado dos entendimentos sustentados pelo STJ - tribunal responsável pela defesa do direito federal brasileiro – é um risco imenso à segurança jurídica.

Tal entendimento, favorável à posição adotada pelo Pleno do STF e complementada pela regulamentação do STJ, é comungado por Humberto Theodoro Júnior (2010a, p. 681-682):

Enquanto não for criado um mecanismo recursal para permitir ao Superior Tribunal de Justiça realizar a necessária uniformização da Lei Federal, com relação aos julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais dos Estados, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o problema seja enfrentado por via da reclamação constitucional (CF, art. 105, I, f). **O que não se pode tolerar é que as Turmas Recursais, por não caber o recurso especial, decidam, sem remédio, em afronta a orientação já firmada na jurisprudência do STJ.** (grifo nosso)

Diante do exposto, vê-se que não se devem admitir processos de subsunção “fato-norma” diversos quando os fatos são idênticos, ainda que se justifique tal situação nas particularidades inerentes ao microssistema dos Juizados Especiais. Como parte do direito federal brasileiro, a Lei 9.099/95 não pode caminhar em descompasso ao guardião da legislação infraconstitucional federal, qual seja o STJ.

A trajetória que vem sendo traçada não deve, porém, terminar. A criação das Turmas de Uniformização nos Juizados dos Estados e do Distrito Federal é medida que se impõe, para que se possa ofertar ao jurisdicionado uma prestação uniforme, tanto dentro do microssistema em questão, como para com os entendimentos do STJ.

Para efeitos de conclusão, deve-se refletir acerca do atual momento vivenciado pelo direito brasileiro, de busca por integridade, isonomia, uniformidade e segurança jurídica. Para tanto, a aceitação de um sistema jurídico que salvasse os precedentes advindos das cortes de superposição pátrias, valorizando-as e impedindo o desacato às suas decisões, bem como a usurpação de suas

respectivas competências, vem se mostrando inevitável. Neste contexto, o papel da reclamação constitucional tem e terá importância ímpar.

4.5 RECLAMAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E UNIFORMIDADE DO ORDENAMENTO. CRÍTICAS À VEDAÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DE QUESTÕES PROCESSUAIS

Não foram necessários muitos dias, desde a vigência da resolução n. 12/2009, do STJ, para que a referida corte passasse a receber diversos processos tendentes a impugnar decisões advindas de turmas recursais dos Juizados Especiais Estaduais.

Algumas matérias, tratadas nos Juizados de forma totalmente diversa de entendimentos pacificados no STJ, passaram a vislumbrar a possibilidade de uma uniformização.

A primeira reclamação constitucional manejada, já com fundamento na Resolução n. 12/2009 do STJ, buscou discutir a aplicação, ou não, do §2º do art. 511 do Código de Processo Civil, aos processos em trâmite nos Juizados. Segundo a referida norma, a insuficiência de preparo enseja a manifestação do juiz no intuito de que a parte complemente, em assim querendo, os valores recolhidos a menor quando da preparação do recurso.

No âmbito dos Juizados não existe norma expressa que verse acerca da insuficiência de preparo, mas tão somente acerca da ausência deste. Sob o manto da simplicidade e celeridade, típicas do indigitado microsistema, surgiu o art. 21, §1º da Res. 01/2005 do CSJE (Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Paraná), que prevê a pena de deserção inclusive para o preparo feito à menor.

Esse é o entendimento recente das Turmas Recursais dos Tribunais de Justiça do Paraná e de São Paulo:

RECURSO INOMINADO. PREPARO INCOMPLETO DAS CUSTAS RECURSAIS. INSUFICIÊNCIA DA TAXA JUDICIÁRIA. DESERÇÃO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO. [...] 2. **O preparo é um dos requisitos objetivos de admissibilidade do recurso. Estando ausente ou incompleto, a peça recursal não deve ser conhecida.** [...] Por sua vez, o artigo 21, da mesma resolução, alterado pela de nº 02/2006, estabelece: “Art.21 - Os recursos, excetuados os embargos de declaração e os beneficiários de assistência judiciária gratuita, estão sujeitos a preparo,

independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção. “§ 1º - O Recurso nominado será julgado deserto quando não houver o recolhimento integral do preparo, e a sua respectiva comprovação pela parte, não admitida à complementação fora do prazo do parágrafo 1º, do artigo 42, da Lei 9.099/95. “§ 2º - a responsabilidade pelo recolhimento integral do preparo, bem como pela sua respectiva comprovação, incumbe exclusivamente à parte recorrente.”[...] (TRU/PR, RI 2010.0003241-5, Juíza Relatora Ana Paula Kaled Accioly, julgado em 24.06.2010) (grifo nosso)

PREPARO - Insuficiência - Deserção - Na hipótese de não se proceder ao recolhimento integral do preparo recursal no prazo do artigo 42 da lei n. 9.099/95, o recurso será considerado deserto, sendo inaplicável o artigo 511 do código de processo civil - ENUNCIADO n. 12 - Recurso não conhecido. (TJSP, 9ª Turma Cível, Recurso Inominado 989090073274, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 03.02.2010)⁹²

Tal situação passou a gerar uma grande insegurança jurídica no direito brasileiro, já que, ao contrário do normatizado pelo CPC, vinham os Juizados Especiais Estaduais decretando a deserção de recursos nos quais havia a ausência de centavos de real para se chegar à completude dos valores do preparo⁹³.

Ronaldo Frigini (2000, p. 494-495), em obra acerca da Lei dos Juizados, já alertava acerca da necessidade de bom senso e razoabilidade na aplicação da indigitada penalidade:

Essa providência, todavia, não pode ser levada às últimas consequências, pois a orientação da jurisprudência é no sentido que ‘o preparo insuficiente, com falta de recolhimento de quantia insignificante, não acarreta a deserção do recurso’. O juiz, portanto, deve estar atento aos princípios norteadores dos Juizados Especiais, bem como à possibilidade de ter ocorrido justo motivo a ser convenientemente analisado. A propósito, diz o art. 519 do CPC: ‘provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo’ e essa decisão ‘será irrecorrível, cabendo ao Tribunal apreciar-lhe a legitimidade’.

⁹² Em recente julgado, porém, o TJSP já vem dando mostras da alteração de entendimento, passando a aceitar a aplicação analógica do art. 511, §2º do CPC às situações de preparo insuficiente: "Preparo - Valor insuficiente Possibilidade de complementação do preparo, por aplicação analógica do art. 511, § 2o, do CPC, conforme entendimento pacificado no STJ - Superação do enunciado 12 deste E. Colégio e do enunciado 80 do FONAJE - Necessidade de uniformização da jurisprudência - Entendimento desta turma modificado - Deserção afastada - Agravo provido". (TJSP, 1º Grupo de Direito Privado, AgInst 989100074251, Rel. Carlos Eduardo Borges Fantacini, julgado em 02.08.2010).

⁹³ É o que se observa de trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro do STJ, Honildo Amaral de Mello Castro, na reclamação 4278/RJ: “Destarte, de acordo com o alegado na petição inicial, o recurso interposto pela reclamante restou deserto pelo não recolhimento da diferença de R\$ 0,02 (dois centavos de real) no valor do preparo, **quantia essa que pela sua insignificância e pela lógica do razoável opõe-se à essência da deserção.**” (grifo nosso)

O que se pode concluir é que após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, pelo Pleno do STF, a controlabilidade das decisões advindas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais sofreu robusta alteração. O Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal, regulamentou a possibilidade de manejo de uma nova faceta da reclamação constitucional, não prevista na CF/88, mas que permitiu a solução de situações extremamente conflitantes, e que prejudicavam a uniformização do direito federal e, conseqüentemente, a segurança jurídica do sistema.

Tal progresso ainda não terminou, já que a indigitada reclamação, nos moldes em que foi regulamentada pela Resolução 12/2009 do STJ, está prestes a ser incluída na Lei 9.099/95, em alteração proposta pelo Projeto de Lei n. 4.723/2004, já com aprovação no Senado Federal.

Trata-se, em conclusão, de importante progresso legislativo, fortemente influenciado pela posição pró-ativa de nossos tribunais superiores, que caminharam, neste particular, no sentido de ofertar a mesma resposta jurídica para fatos idênticos, independentemente da aplicação do diploma legislativo, seja o Código de Processo Civil, seja a Lei 9.099/95.

A questão do preparo, como se pode notar, trouxe a tona outra discussão jurídica que, de certa forma, impede que a reclamação constitucional possa uniformizar questões de direito processual. As leis que regulamentam os Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública assim disciplinam a matéria, deixando expressa a possibilidade de provocação do STJ para uniformizar o entendimento do microsistema, desde que se trate de questões de direito material. Acompanhando tal entendimento, a jurisprudência do STJ assim vem entendendo, também, no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais.

Com o devido respeito à referida Corte Superior, tal entendimento não se coaduna com o atual estágio de constitucionalismo contemporâneo, que prima pela garantia de uma prestação jurisdicional uniforme, e sem surpresas. Impedir que questões de direito processual sejam uniformizadas é admitir que a existência de diversos regramentos processuais para o mesmo direito material não são capazes de gerar insegurança jurídica ao sistema.

Destarte, para que se possa alcançar uma segurança jurídica plena, sem que questões idênticas tenham tratamento jurídico diverso, e sem que o processo

transmude-se em instrumento de exclusão e de entrave ao acesso à justiça, mister que se reveja referido posicionamento legal e jurisprudencial, para se caminhar, ainda mais, em busca de um sistema “uniformemente” justo.

CONCLUSÃO

O atual estágio do sistema jurídico brasileiro vem passando por uma série de evoluções, todas elas tendentes a torna-lo uniforme, e buscando ofertar uma tutela jurisdicional segura e previsível, tendente a alcançar a confiança dos cidadãos.

A reclamação, como mecanismo do processo constitucional, insere-se exatamente neste momento neoconstitucional.

Momento este de suma importância para a exata compreensão da evolução da reclamação constitucional, assim vista como instrumento de valorização do Poder Judiciário, seja por meio da garantia da competência e da autoridade das decisões advindas das cortes de superposição pátrias, pela salvaguarda dos enunciados sumulares vinculantes, ou, ainda, pela uniformização do direito federal no que se refere aos Juizados Especiais Estaduais.

Nesta senda, a transposição de um sistema jurídico positivista, de plena e irrestrita identidade entre direito e lei, para um momento neoconstitucional de valorização da Constituição e de sua força normativa, foi fundamental para que se iniciasse um processo de fortalecimento do Poder Judiciário, como palco de implementação de direitos e garantias dos jurisdicionados. Era o surgimento de uma jurisdição constitucional.

Da mesma forma, a absorção, por nossa cultura jurídica, de histórica vinculação com o direito romano-germânico, de institutos típicos do *common law*, contribuiu sobremaneira para que se iniciasse a formação de um sistema brasileiro de precedentes. Para tanto, a doutrina denominada de *stare decises* foi fundamental, auxiliando sobremaneira na busca por um sistema jurídico que, guardadas suas devidas peculiaridades, almejava ofertar segurança jurídica, previsibilidade e integridade ao sistema.

É nesse ambiente que se deve inserir a reclamação constitucional, em todas as suas hipóteses de cabimento, inclusive naquelas inseridas no Projeto do Novo Código de Processo Civil, reverberando a sua função dúplice, seja como garantia daqueles diretamente envolvidos no seu processo, seja como instrumento de fortalecimento das decisões advindas do Poder Judiciário, auxiliando sobremaneira na busca por um sistema jurídico confiável e uniforme.

No que tange ao objeto central do trabalho, a reclamação inserida no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, criada pela Res. 12/2009, STJ, segue pelos mesmos caminhos neoconstitucionais, de valorização das decisões da corte responsável pela defesa do direito federal. Admitir a lacuna trazida pela ausência de Cortes de Uniformização dentro desse microsistema pré-formatado para ser simples, célere e informal é ir de encontro aos ideais de uniformização jurisprudencial tão destacados durante o presente estudo.

Assim, por meio desta “nova reclamação”, prejudicial lacuna de nosso ordenamento jurídico vem sendo colmatada, impedindo a manutenção de situações de total insegurança jurídica, em que se tinha de conviver com decisões de turmas recursais totalmente contrárias ao ordenamento federal e até mesmo às próprias decisões de outras turmas recursais de outros estados da federação.

Por mais que tenha que se enxergar o microsistema dos Juizados Especiais de acordo com suas particularidades, não podem estas justificar comportamentos desarrazoados e até mesmo contrários à essência da Lei 9.099/95. Foi por esse motivo que o sistema jurídico nacional se movimentou, seja por meio de nossos tribunais superiores, seja por meio de nossos legisladores. O amplo e irrestrito acesso a uma ordem jurídica justa deve ser buscado de forma incessante pelos hermeneutas, em especial por aqueles que estão nas mais altas cortes do Brasil, de modo a ofertar aos jurisdicionados situações coerentes e que sejam condizentes com um Estado Democrático de Direito Constitucional.

Destarte, deve-se comemorar a existência de um mecanismo capaz de viabilizar a instituição de um sistema seguro de precedentes, calcado na integridade da jurisprudência, na uniformidade de entendimentos e no oferecimento de previsibilidade ao jurisdicionado. É esta segurança jurídica que se busca por meio da presente reclamação (neo)constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Org./Trad. de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Inaplicabilidade do sistema recursal do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de La Moral. In: CARBONELL, Miguel (edición). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 259-278.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 227-228.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RDCI n. 58, jan./mar. 2007.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2. ed. da obra *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Nº 8.046/2010*. Revoga a Lei Nº 5.869, de 1973. Autor: José Sarney. Apresentação em 22/12/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. _____. *Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. _____. *Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. _____. *Lei Nº 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. _____. *Lei Nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. _____. Subchefia de assuntos parlamentares. *Projeto de Lei*. Inclui Seção ao Capítulo II da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, relativa à uniformização de jurisprudência. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2004/msg864-041215.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução N. 12, de 14 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Diário da Justiça Eletrônico [do] Superior Tribunal de Justiça, 16 dez. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26389/Res%20_12_2009_PRE.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 571572 ED*. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 26/08/2009. DJe 223. Divulgado em 26/11/2009. Publicado em 27/11/2009.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRIDA, Nério Andrade de. *Reclamação Constitucional*. Instrumento garantidor da Eficácia das Decisões em Controle de Constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Campo Grande: Contemplar, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública em uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. v. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porta Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967*. Brasília: Senadora Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/09). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 84, mar. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (edición). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 13-29.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; NETO, Fernando da Costa Tourinho. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. Comentários à Lei 9.099/1995. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza; SILVA, Lucas Soares e. A condição jurídica do humano contemporâneo e a tutela internacional dos direitos humanos. In: VINCENZI DE AGOSTINHO, Luis Otávio; HERRARA, Luiz Henrique Martim (Orgs.). *Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito*. Birigui: Boreal, 2011.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

GOMES DE FILIPPO, Thiago Baldani. *Neoconstitucionalismo e Súmulas Vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

_____. *Derecho constitucional e derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1955.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. *A nova face da jurisdição constitucional brasileira*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 431-458.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Direito de Família. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Alcides de Mendonça. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LIMA, Tiago Asfor Rocha; PINHEIRO, Beatriz Fonteles Gomes. *Reclamação: instrumento de preservação dos precedentes judiciais e da competência para a*

apreciação das tutelas recursais provisórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 81, dez. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. Fundamentos de Direito. 2. ed. rev. Trad. Bruno Miragem. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. *Manual do Processo de Conhecimento*. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 3. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Constituição Federal Comentada: Com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*. v. 896, jun. 2010. p. 35.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINGATI, Vinícius Secafen; CAMBI, Eduardo. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 196, ano 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011.

_____; MESQUITA, Renata Paccola. Reclamação Constitucional: Hipóteses de Cabimento e as Discussões sobre a 'nova reclamação' como instrumento jurisdicional de uniformização da legislação federal. In: XX Encontro Nacional do Conpedi, 2011, Belo Horizonte. *Anais do XX Encontro Nacional do Conpedi*, 2011.

_____; Góes, Winnicius Pereira de; COSTA, Ilton Garcia da. *The anencephalic fetus abortion and the constitutional issue*. Journal of Human Growth and Development, v. 22, p. 129-266, 2012.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo. *Revista de Processo*, v. 165, ano 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2008.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 29-72.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. ajust. ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STJ. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coord.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle Difuso de Constitucionalidade e o Respeito aos Precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e política públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Alves, Fernando de Brito. *Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal, 2011.

STJ vai propor criação de turma nacional de uniformização para juizados estaduais. *Portal do Superior Tribunal de Justiça*. Sala de Notícias. 15 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107335>. Acesso em: 16 out. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 206, ano 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008.