Senso Incomum: Leis que aborrecem devem ser inquinadas de inconstitucionais!

Spacca

Nos últimos anos, vem crescendo a busca de "efetividades quantitativas" em *terrae brasilis*. Não se fala de outra coisa. Passamos a abstratalizar os casos, transformando-os em teses. Esquecemo-nos que a Constituição estabelece que, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça julgará "causas" e não enunciados ou teses, como bem vem alertando o Professor mineiro Alexandre Bahia.

Além disso, nos Tribunais, o juízo monocrático passou a ser a regra. Sob pretexto de descomplexizar o sistema, tornamo-lo mais complexo ainda, porque essa "descomplexização" gerou um efeito perverso, uma vez que passamos a condição de reféns de estatísticas. Na verdade, o juiz, para cumprir as "metas", passou a – grosso modo – "livrar-se do processo". Vou dar um exemplo de um caso que me relataram recentemente: alguém entra com uma ação cível qualquer; despacho: emende a inicial (plin! – uma decisão, pois é assim que, para efeitos estatísticos, alguns a contam); só que esse despacho não diz(ia) qual o ponto a ser emendado, fazendo com que a parte entre com embargos declaratórios; o juiz responde, dizendo "nada há a esclarecer" (plin! – mais uma decisão), fazendo com que a parte ingresse com um agravo (plin! – já são dois "processos" para efeitos estatísticos); no juízo de retratação, ele não se retrata (plin! – mais uma decisão); o agravo vai ao Tribunal, que o rejeita monocraticamente, dizendo que o agravo é incabível, por alguma razão (plin! – três decisões); isso gera um novo agravo para a para a Câmara ou grupo (plin! – mais um "processo")… Pergunto: não teria sido melhor que o juiz examinasse com vagar e rigor a petição inicial, determinando ponto a ser emendado e evitando essa sucessão de "pequenos monstros"? Estatisticamente, esse juiz (hipotético) trabalhou mais do que aquele que examinou com vagar a causa… Bem, se a questão se resume à estatística, posso dizer que, se tenho um pé nas brasas e outro no gelo, em média minha temperatura é ideal… só que perderei os dois pés. Ou, ainda: se atiro em um pato e erro o alvo em um metro à esquerda e, em seguida, disparo mais uma vez e erro, agora um metro à direita, na média devo ter acertado o pato, pois não? Ficções da realidade… realidade das ficções!

Outro modo de complexização do "sistema: o STJ admite, por exemplo, a "judicialização do amor", concedendo indenização para o filho(a) por desamor do pai (sem entrar em detalhes, é mais ou menos isso o que ocorreu). Resultado disso? Milhares e milhares de processos desse tipo pipocarão no sistema. E, por que? Porque o STJ, em vez de julgar a causa de acordo com o direito — e, isso, seria descomplexizar o sistema —, julgou-a partir de um pan-principiologismo (valores "escondidos" debaixo da Constituição?), gerando mais complexidade… E assim a coisa vai.

Atualmente, um novo fenômeno se forma no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de "passar por cima" de vários dispositivos legais, como, por exemplo, o art. 5º da Lei 9.296/96, que estabelece o prazo máximo de 30 dias para escutas (15 mais 15), sendo que o Tribunal, sem qualquer argumentação constitucional, negou validade a um dispositivo legal votado democraticamente pelo legislador. Já em 2008 – sob o pretexto de buscar "efetividades quantitativas", em julgamento por afetação ao Plenário

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

dos RESP nºs· 1058114 e 1063343, o STJ negou validade ao art. 501 do CPC, sem que a comunidade jurídica protestasse. Ou seja, nenhum movimento por parte da doutrina, visando a buscar demonstrar ao Tribunal que ele não pode "legislar". Não é tarefa do Judiciário "fazer leis". Cada Poder faz a sua "tarefa" na democracia.

Examinemos aquela decisão e verão o que quero dizer. Com efeito, na ocasião, o STJ, por seu Órgão Especial, por maioria de votos, decidiu (em 2008) "*que as partes não podem desistir do recurso especial depois de ele ter sido afetado para julgamento por meio da Lei de Recursos Repetitivos*" (art. 543-C do CPC), "*instruído e colocado na pauta do tribunal*." .

Há poucos dias, repetiu-se o fenômeno. A Terceira Turma rejeitou pedido de desistência de recurso e decidiu julgar um recurso mesmo contra a vontade das partes. Como foi isso? Em decisão unânime e inédita em questão de ordem, a Terceira Turma do STJ rejeitou pedido de desistência de um recurso especial que já estava pautado para ser julgado. Na véspera do julgamento, as partes fizeram acordo e protocolaram a desistência. Pois a Relatora, ministra Nancy Andrighi, ressaltou que o recurso especial de uma grande empresa[1] trata de questão de interesse coletivo em razão do número de usuários que utilizam os serviços da empresa, da difusão das redes sociais virtuais no Brasil e no mundo e de sua crescente utilização em atividades ilegais. Por isso, a ministra sugeriu à Turma que o julgamento fosse realizado.

A ministra manifestou profundo aborrecimento com a desistência de processos depois que eles já foram analisados e estão prontos para ir a julgamento, tendo em vista a sobrecarga de trabalho dos magistrados. "Isso tem sido constante aqui. A gente estuda o processo de alta complexidade, termina de fazer o voto e aí vem o pedido de desistência", lamentou.

OK, ministra. A senhora pode ter razão. Mas não deve ficar aborrecida. Como a senhora mesmo reconheceu, o pedido tinha amparo no artigo 501 do CPC, que simplesmente estabelece que " *O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso*." Embora o claro teor da lei (falo aqui do que chamo de "limites semânticos" ou o sentido minimamente entificável), para a ministra Andrighi "*infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos*". Digo eu: na democracia é assim: o parlamento faz as leis e o Judiciário as faz cumprir… Como mostrarei na sequência, só há seis hipóteses em que o Judiciário pode deixar de cumprir a lei… Fora destas, só resta aos membros do Judiciário se candidatarem ao parlamento! E digo isso com todo o respeito e carinho.

Mas, vamos à discussão da *quaestio*. Já sabemos o que diz o art. 501, do CPC. Também sabemos parte dos argumentos da ministra Andrighi. De agregar que, no julgamento de 2008, *mutatis, mutandis*, a argumentação foi a mesma. Para essa parcela de ministros do STF, se o processo estiver pautado, não pode haver desistência, sendo que tal interpretação estaria em consonância com os "princípios" (as *comillas* são por minha conta) da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, o interesse particular não pode preponderar sobre o interesse público (sic).

Vamos, então, aos pontos de minha discordância para com a posição do STJ:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

1. Desde logo, penso que a decisão do STJ nitidamente descaracteriza o instituto do recurso especial, ou seja, como forma de impugnação de decisões, dando prolongamento ao processo, por disposição dos diretamente interessados, as partes, transformando-o, a partir da sua interposição, em um processo quase objetivo, no que diz respeito não apenas àquele processo, mas aos efeitos nos outros. Ora, as partes não têm legitimidade para discutir algo como "a aplicação da lei em tese", ou seja, acerca de quais seriam as aplicações que, em princípio, uma lei teria para além do caso. Aliás, nem é função das partes, pois não? Veja-se: as partes no recurso não representam nem substituem a sociedade; estão ali na defesa dos seus direitos, elas não foram eleitas por ninguém… E se aquela decisão pode vir a afetar outros processos em razão de uma suposta eficácia *erga omnes*, o que ocorre é a violação do devido processo, do contraditório, da ampla defesa em relação aos demais.

2. Em outras palavras, o que fica claro nessa decisão do STJ é que o Recurso Especial, agora, mais do que nunca, não "pertence" às partes; não "serve" às mesmas, mas apenas (ou quase tão somente) ao "interesse público", que, convenhamos, não passa de uma expressão que sofre de intensa "anemia significativa", nela "cabendo qualquer coisa", mormente se for a partir do "princípio" da razoabilidade (sic), álibi para a prática de todo e qualquer pragmati(ci)smo.

3. Os "princípios" da razoabilidade e da proporcionalidade não constituem bons argumentos. Nem um pouquinho. Neles também cabe qualquer coisa. O que é razoável? E o que (des)proporcional? É razoável Michel Teló vender mais discos que Vanessa da Matta? É razoável o Código Penal impedir pena aquém do mínimo em um caso de réu menor e primário, quando comete crime em companhia de um maior e reincidente? É proporcional a pena de furto em relação à sonegação de tributos? Homicídio culposo no trânsito tem pena menor que a falsificação de chassi de automóvel… Isso é razoável? É proporcional? Ora, posso dizer (e provar) qualquer coisa com esses enunciados performativos. Como venho referindo de há muito, o argumento da proporcionalidade só tem sentido, atualmente, se for para "fincar as bases" da isonomia e da igualdade ou, melhor dizendo, com apoio em Dworkin, estabelecer a equaninimidade (*fairness*). Fora disso, o "princípio" (?) da razoabilidade é tão "importante" quanto o da felicidade, o da afetividade, o da ausência eventual do plenário, o da rotatividade… Façamos um teste: substituamos os aludidos "princípios" pela palavra *canglingon*[2] ou qualquer outra sem sentido… Se nada mudar na discussão, é porque o tal "princípio" não passou de um argumento retórico, sem qualquer normatividade-deontologicidade.

4. Sendo mais claro: assim decidindo, o STJ quis transmitir-nos o seguinte recado: se o recurso não serve às partes, mas a um interesse "maior", "transcendente", nada mais "natural" (*sic*) que o recorrente não possa dele desistir, já que (seu recurso) está sendo utilizado para um "bem maior" (mais uma vez, aqui, as velhas "razões de Estado"…, sem que se saiba o que isso quer dizer!). Em linha divergente, penso que o Tribunal se equivoca, pois, se considerarmos que, com a figura da reunião de recursos "idênticos", o que se tem é um "litisconsórcio por afinidade" (a expressão é de Fredie Didier Jr.), o que temos aí é mais um argumento para mostrar que a decisão fere, também por esse viés, o art. 501 do CPC.

5. Reitere-se: a desistência do recurso, nos moldes do art. 501, CPC, constitui ato unilateral do recorrente que, na dicção do CPC, independe da anuência da parte contrária ou do juízo. Se a parte desistir, não há

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

recurso. Simples, pois. É nesse ponto que reside a autonomia que as partes possuem na relação processual, como bem aponta Dierle Nunes. Parece não restar dúvida de que a Constituição garante a "dispositividade" de recursos que tratam de relações que só as partes dizem respeito. E não se diga que tudo "acaba sendo público", ou que "tudo é interesse público"…!

6. Isso quer dizer que a "coisa" não é tão simples assim. Continua a haver uma nítida diferença entre processo civil e processo penal. Frise-se: aquilo que sempre se denominou de "autonomia privada" – e que, mesmo com redefinições à luz do Estado Democrático de Direito, continua tendo um forte caráter de "autonomia privada" – cada vez mais vem sendo erodida por atitudes pragmati(ci)stas do Poder Judiciário, sendo que, em determinados casos, essa fragilização advém do próprio legislador, valendo referir o art. 461, § 4º, do CPC, que faculta ao juiz o estabelecimento de uma multa por descumprimento de uma obrigação de fazer, "independentemente de pedido do autor".

7. Não podemos esquecer que a técnica de "abdução de processos" (art. 543-C do CPC) não permite uma participação efetiva dos interessados, eis que os "recursos representativos da controvérsia" serão escolhidos (separados) pelo Poder Judiciário à jusante e à vazante, sem que se levem em conta as especificidades/peculiaridades das causas. Isto é, as mais diferentes argumentações – consistentes ou não – esgrimidas pelas partes acabam sendo colocadas em um mesmo patamar. E o resultado dessa "abdução" acabará por atingir esse disperso e complexo universo de interesses jurídicos. A parte, na verdade, perde a sua "qualidade de parte", porque deixa de poder influir no resultado final. Em outras palavras: a partir dessa técnica de "abdução", os Tribunais Superiores já não julgam todos os recursos (quer dizer, causas); na verdade, examinam a pertinência de "temas", uma vez que as causas são transformadas em "conceitos". E, pior, "conceitos sem coisas", porque buscam uma universalidade (metafísica).

8. Numa palavra: a decisão do STJ, negando validade ao art. 501, acaba fragilizando um instituto que constitui um dos baluartes do processo no Estado Democrático (veja-se o perigo de uma "estatização processual"). Para utilizar um dos argumentos do STJ, não parece razoável utilizar a tese da "prevalência do interesse público" para alterar o instituto da desistência. Cria-se uma exceção interpretativa, uma ficção jurídica, além de se aumentar o grau de complexidade normativa na utilização da sistemática processual, para se resolver um problema pragmático do Tribunal Superior na utilização da técnica. Trata-se de discutir, fundamentalmente, qual é o papel das partes no processo em tempos de Estado Democrático de Direito e qual é o papel do Poder Judiciário. Processos servem para discutir a interpretação da lei para o restante da sociedade? Está o Judiciário autorizado a praticar ativismos a ponto de se substituir ao legislador? O que a doutrina tem a dizer sobre isso?

9. Tudo isso nos leva a outro ponto que não pode deixar de ser assinalado, sob pena de esquecermos o valor da Constituição. Explico: em nenhum momento, a questão da jurisdição constitucional foi trazida à discussão no aludido julgamento. Sim, porque para que, *in casu*, o art. 501 do CPC não fosse aplicado, haveria (e há) apenas uma solução: a sua nulificação, ou seja, a retirada de sua validade (*no todo ou em parte*), o que *só* pode ser feito por intermédio de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF (despiciendo lembrar que também o STJ faz controle difuso de constitucionalidade, devendo seguir as regras do art. 97, como qualquer outro Tribunal da República). É só assim que, em uma democracia, um Tribunal pode deixar de aplicar uma lei.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

10. Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. Explicitando isso de outra maneira, quero dizer que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses, que delineio em *Verdade e Consenso*, e que faz parte da Teoria da Decisão que venho construindo (p. 327-416 – Cap. 11):

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

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

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre "texto e norma");

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (idem, a distinção "texto-norma"). Assim, enquanto na Interpretação Conforme a Constituição há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido, na fórmula "esse dispositivo é inconstitucional se entendido no sentido de…";

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

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de insignificância"). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares *exigirão* – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e a coerência.

11. Portanto, deve haver um cuidado com o manejo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. Olhando para a decisão do STJ antes referida, é de se pensar em que momento o direito legislado deve

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ser obedecido e quais as razões pelas quais fica tão fácil afastá-lo… Fora das seis hipóteses acima elencadas, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Assim, para negar validade a um dispositivo do CPC – e, reconheçamos, foi o que, efetivamente, tanto a 3ª Turma como o Órgão Especial do STJ fizeram –, o Poder Judiciário deve fundamentar essa nulificação constitucionalmente (afinal, quantos preceitos/princípios constitucionais foram afetados por essa decisão?).

12. Agora, por fim, um argumento a favor do STJ, com o que homenageio o meu estimado Professor José Miguel Medina, que escreveu sobre esse assunto recentemente aqui no ConJur.

Explico: creio que estamos todos (ou pelo menos um grupo que cabe em dois ônibus), de acordo com a premissa de que, na democracia, ou a lei vale ou não vale, no todo em parte. Também estamos de acordo com a premissa de que a lei só vale no (novo) sentido que lhe é dado em conformidade com a Constituição. Lei incompatível com a Constituição não é lei no sentido deontológico. E isso pode ocorrer por intermédio de um *maius* ou um *minus* de sentido. Como se dá isso? Por exemplo, no caso do art. 501, cujo teor, no que tange aos seus limites semânticos, tanto aborrece os ministros do STJ, poderiam os magistrados dizer, fundamentadamente, que o dispositivo do art. 501 do CPC só é constitucional se entendido no sentido de, nos casos de recursos afetados ao plenário, em determinadas circunstâncias "que tais", a desistência implicará violação dos seguintes dispositivos constitucionais (e elencariam os artigos e incisos atinentes à espécie); ou, quem sabe, "o art. 501 do CPC será inconstitucional se a sua aplicação der azo ao locupletamento das partes…" (neste caso, estar-se-ia em face de uma nulidade parcial sem redução de texto), e teria que ficar estabelecido amiúde, nessa fundamentação, que o dispositivo, lido desse modo, viola a Constituição (ou "que essa leitura entra em choque com a Lei dos Recursos Repetitivos…" – lembremos, sempre, das seis hipóteses…).[3] Trabalho árduo esse. Muito árduo. Árduo mesmo. Mas uma coisa parece evidente: não é simplesmente dizendo que o art. 501 não se mostra razoável (sic) é que, na democracia, será possível negar validade a um dispositivo legal. Por exemplo, poderia ser feito um intenso trabalho de fundamentação no sentido de buscar a compatibilização da dicção do art. 501 com a "Lei dos Recursos Repetitivos". Desses textos sairia uma nova norma, com fulcro em uma leitura constitucionalmente adequada. Ou isso, ou teremos que admitir que a) o Judiciário constrói leis; *b)* a elas se sobrepõe e *c)* revoga-as.

Despiciendo lembrar que não estou aqui a fazer uma ode formalista em favor de uma lei (no caso, o CPC). A questão é bem mais complexa – e isso já deve ter ficado bem claro – porque diz respeito ao debate contemporâneo entre democracia e constitucionalismo e ao dilema que dele se extrai*:* de que forma podemos controlar o poder de quem decide, para, com isso, evitar que o Judiciário atropele as decisões da vontade geral. Isso significa dizer que não é apenas a lei que "segura" o direito de as partes desistirem do recurso; é o papel do processo civil (e das partes) no Estado Democrático de Direito que aponta na direção dessa autonomia de desistir a qualquer momento. Ou seja, mesmo que se faça uma lei "incorporando" a nova decisão do STJ, ainda assim será difícil compatibilizá-la com a Constituição. "Legalidade" significa, assim, nesse caso, "constitucionalidade".

Numa palavra: por certo que motivações teleológicas (e pragmati[ci]stas) surgirão para justificar a decisão sob comento. Talvez até se diga que houve "mutação legal" (*sic*) ou que o STJ está certo ao dizer que "não é razoável" que as partes "disponham" do recurso (que elas interpuseram…). Talvez haja bons argumentos, mas que necessitam do manto jurídico-constitucional. Sem ele, a decisão do STJ fica

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

desvestida. Em outras palavras, o que não se pode fazer é solapar a lei mediante a utilização de argumentos que, nem de longe, aproximam-se daquilo que Dworkin denomina de “argumentos de princípio”. E é por tais razões que a posição assumida pelo STJ, negando validade e/ou fazendo um “atalho interpretativo” no art. 501 do CPC, deve ser epitetada de incorreta ou constitucionalmente inadequada (mesmo que uma das partes seja o poderoso e antipático Google).

Para encerrar mesmo: para além de tudo o que foi dito, penso que a decisão em tela assume ainda maior relevância em face de seu conteúdo simbólico (no sentido de Castoriadis e Lacan). A pergunta que fica é: quais são os limites da interpretação do direito? E quais são os limites dos “princípios” (?) da razoabilidade e da proporcionalidade? Seriam tais “princípios” álibis para o exercício de arbitrariedades hermenêuticas? Ou seriam apenas mantras retóricos ou enunciados performativos? Na verdade, mesmo que uma lei nos cause aborrecimento, se não tivermos argumentos constitucionais para ultrapassá-la, teremos que aplicá-la. Mesmo contra a nossa vontade.

[1] A empresa era o Google. Registro: na hermenêutica é assim. Mesmo que eu, pessoalmente considere que não é justo que ocorra essa desistência, não posso levar isso em conta. E mesmo que, *in casu*, seja o Google, empresa antipática que se nega terminantemente a fornecer o IP de caluniadores e proxenetas da fofoca. Mas um hermeneuta tem de suspender os seus pré-juízos. A lei não está à minha disposição.

[2] Essa palavra não existe (nem no Google). Menciono-a em homenagem a Luis Alberto Warat, que a utilizava para brincar com a questão da linguagem e a não existência de essências…

[3] Despiciendo referir que a inconstitucionalidade não é a única justificativa para que o STJ deixasse de aplicar o 501 do CPC, já que poderíamos estar diante de uma regra derrogada face a uma outra mais nova e específica. Mas, no exemplo em discussão, não é o caso de revogação por outra lei e tampouco se está diante de lei especial com esse condão.

Date Created
07/06/2012

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.