

Resposta ao Ofício n. 256/2022-PCO

Origem: Despacho de JOSÉ ALBERTO SIMONETTI, Presidente do Conselho Federal da OAB, e MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais.

Assunto: Solicitação de parecer – Recurso Extraordinário no Recurso Especial n. 1.644.077/PR – Matéria Infraconstitucional.

PARECER

– I –

Da questão suscitada

1. No dia 16 de março de 2022, finalizou-se o julgamento dos Recursos Especiais 1.850.512, 1.877.883, 1.906.623 e 1.906.618, afetados para julgamento repetitivo pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Tema 1.076 e, por maioria, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam que “i) *A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.*”
2. A matéria em discussão está regulamentada no Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 85 e parágrafos, que versam sobre os parâmetros de fixação e a metodologia de aplicação dos honorários de sucumbência.

3. Imediatamente após o julgamento dos recursos representativos da controvérsia, a tese assentada no Tema 1.076 foi aplicada ao caso relativo ao REsp 1746072/PR. Nesse contexto e nos termos do acórdão: *“Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.”*
4. Em 02 de agosto de 2022, insatisfeita com a decisão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional interpôs Recurso Extraordinário em face do Recurso Especial Repetitivo n. 1.644.077/PR — no qual, como dito, reafirmou-se o entendimento que proibiu a fixação de honorários por equidade em causas de grande valor econômico. Notadamente, o Tema 1.076.
5. Numa breve síntese, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional declarou não se opor ao reconhecimento da tese fixada em sede de recurso representativo da controvérsia — destacando, porém, que sua “aplicação indistinta” revelaria uma afronta direta aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e moralidade, bem como às diretrizes do Estado Democrático de Direito. Na leitura da Fazenda Nacional, a “aplicação indiscriminada” da “literalidade” do que delimita o § 3º do art. 85 do CPC quanto à fixação dos honorários advocatícios violaria os arts. 2º, 3º, I e IV, 5º, *caput* e XXXIV e XXXV, 37, *caput*, e 66, § 1º, da CF.
6. Nesse contexto insere-se este parecer. O ponto fundamental está em verificar o que uma resposta adequada à Constituição — o que o *raciocínio jurídico que conduz a busca por uma resposta adequada à Constituição* — aponta em relação ao Tema 1.076.
7. Mais do que uma discussão sobre uma tese abstrata, trata-se de um assunto de repercussão prática de impacto e relevância autoevidentes. Mais do que exercício de erudição, esta é uma consulta que deve ser abordada com os olhares do direito processual, do direito constitucional e, fundamentalmente, da teoria do direito.

Estatutos epistemológicos do direito: da parametricidade constitucional

8. O primeiro ponto a ser analisado na discussão está em seu contexto imediato: a admissão, por parte do STJ, de um recurso extraordinário — de um recurso que coloca em questão, portanto, a *constitucionalidade* do Tema 1.076.
9. O que destaco já de início é que essa discussão de constitucionalidade aparece articulada de maneira ambígua em razões recursais. Veja-se: : as razões apresentadas no presente Recurso Extraordinário não pretendem, por via direta, uma declaração de inconstitucionalidade do Tema 1.076 do STJ. Tanto esse é o caso que há expressa referência a uma concordância com a tese proposta pelo STJ, pelo procedimento do art. 1.036 do CPC. O recurso está voltado a questionar, sim, aquilo que chama de “aplicação indistinta” do precedente vinculante — reconhecido como tal — e *da própria legislação*.
10. Isso porque — e veremos isso em detalhe com mais vagar no item subsequente — o STJ tão somente reafirmou os termos da legislação processual civil. Assim, o que acaba se colocando em discussão pela parte recorrente é *a própria constitucionalidade dos critérios fixados pelo art. 85 do CPC*. Porque, afinal, o Tema 1.076 foi claro no sentido de reafirmar *esses critérios mesmos*, afastando a apreciação equitativa no momento de arbitramento dos honorários advocatícios quando o valor da condenação, da causa ou do proveito econômico da demanda forem elevados, obrigando a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC — permitindo o arbitramento de honorários por equidade apenas e exclusivamente nos casos dispostos pelo § 8º do art. 85 do diploma processual.
11. Ao não discutir diretamente um artigo de lei infraconstitucional, e ao concordar expressamente com uma tese articulada pelo Superior Tribunal de Justiça — uma tese que vai no sentido de apenas reafirmar os critérios do dispositivo legal em questão —, o Recurso Extraordinário tem seu caso concreto específico como objeto direto e como centro de gravidade de suas razões recursais.

12. De início, começo por observar que há, nesse sentido, um ônus argumentativo que parece não suficientemente enfrentado, em razões recursais, para **demonstrar a ultrapassagem do interesse subjetivo** do processo. Há uma lei reconhecidamente constitucional e um precedente que a reafirma aplicados a um caso. E uma irresignação com essa aplicação. Simplesmente postular princípios constitucionais em abstrato não basta para demonstrar o elo que conduz a uma discussão sobre a (in)constitucionalidade da “aplicação irrestrita” de uma lei reconhecidamente constitucional. Esse é um primeiro ponto que não pode ser esquecido.
13. Mas os problemas não param aí. Essa é também uma questão *substantiva*, que diz respeito àquilo que chamo de densidade semântica e normativa dos princípios constitucionais. Há um ônus argumentativo a ser enfrentado porque a questão está ainda para além da mera alegação — indireta — de inconstitucionalidade da “aplicação irrestrita” de uma tese do Superior Tribunal de Justiça.
14. A aplicação desses critérios legais seria inconstitucional, afinal?
15. Vejamos — revejamos — alguns pontos. A Fazenda, recorrente, sustenta violação a normas constitucionais previstas nas seguintes disposições constitucionais, quais sejam: os arts. 2º, 3º, I e IV, 5º, caput e XXXIV e XXXV, 37, caput, e 66, § 1º, da CF.
16. Na essência, trata-se de argumentos sobre suposta violação à separação de poderes, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), o caput do art. 5º e os direitos fundamentais de petição e não exclusão da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito e ao princípio da Administração Pública e ao veto presidencial. Todavia, **não se verifica, no presente caso, violação direta a qualquer uma dessas normas constitucionais.**
17. Retomemos aqui a lição do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Para o cabimento do controle concentrado de constitucionalidade, a ameaça

ou lesão à norma de direito constitucional deve ser real e direta, “**não bastando mera invocação de uma violação reflexa**”.¹

18. *Nenhuma* das dimensões trazidas e alegadas restou violada no presente caso. Com efeito, entende-se que decidir sobre **interpretação** de lei federal está **albergado pela competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça**. Voltarei a isso em momento oportuno. Neste ponto da discussão, porém, já é importante insistir que o que se verifica, nessa perspectiva, é nada mais que um *inconformismo* com a decisão sobre interpretação de texto de lei — não sendo isso suficiente para interposição de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.
19. Essa minha leitura, inclusive, caminha em argumentos doutrinários do Min. ALEXANDRE DE MORAES² — que, enquanto ministro, captura bem a jurisprudência da corte. Veja-se:

O recurso extraordinário será cabível sempre que a ofensa existente nos autos for direta e frontal à Constituição Federal, inadmitindo-o, pois, nas hipóteses de ofensas reflexas. A via reflexa caracteriza-se quando a apuração da ofensa à norma constitucional depender do reexame das normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto; ou ainda, quando para atingir a violação do preceito constitucional, houver necessidade de interpretação do sentido da legislação infraconstitucional. Dessa forma, entende o Supremo Tribunal Federal que, se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para o não cabimento do recurso extraordinário em face das restrições regimentais. (RTJ 107/661 e 604 RTJ 105/704)

20. É nesta linha a jurisprudência da Corte Constitucional. O tema, colocado de forma sucinta e direta pelo Min. MOREIRA ALVES, **constrange** o recurso da fazenda. Lembra-se: “**Alegação de ofensa indireta à CF não dá margem ao cabimento do recurso**”

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

² DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 410.

extraordinário” (STF, 1.a T., AgRgAg 210550-7-MG, rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. 24.4.1998, DJU 26.6.1998, p. 5).

21. Nesse sentido, segue estável a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cita-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. 1.Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão do recurso extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente. 2. Agravo Interno a que se nega provimento” (RE nº 1.169.266/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 13/2/19).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. II – Majorada a verba honorária fixada anteriormente, nos termos do art. 85, § 8º e § 11, do CPC. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa” (ARE nº 1.161.422/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6/12/18).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR. APOSENTADORIA. REVISÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É inadmissível o recurso extraordinário quando a matéria constitucional suscitada não tiver sido apreciada pelo acórdão recorrido, em decorrência da ausência do requisito processual do prequestionamento. Súmula 282 do STF. 2. É inviável o processamento do apelo extremo quando a ofensa a dispositivo constitucional se dá de maneira reflexa e indireta, pois requer o exame prévio da orientação firmada sobre tese infraconstitucional pela instância ordinária. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE nº 939.243/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 7/4/16).

22. O que quero dizer é que *não se verifica a **parametricidade constitucional*** que sustenta as razões recursais. Quero dizer, afinal, que *não podemos cair numa espécie de pan-inconstitucionalismo*. Fazer jurisdição constitucional com responsabilidade — respeitar a força normativa da própria Constituição — significa também entender que ***nem tudo é inconstitucional***.
23. Há que se respeitar aqui aquilo que, com OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JR., podemos chamar de ***estatutos epistemológicos*** próprios de cada ramo do direito.³ É mesmo uma questão de (in)constitucionalidade discutir a aplicação de uma lei democraticamente aprovada? *A Constituição exige diretamente que essa lei não seja aplicada a depender do caso?*
24. Respeitar aquilo que a Constituição diz passa por respeitar aquilo que ela *não* diz. Quando *tudo e qualquer coisa* passa a ser projetado na Carta Magna, temos aquilo que Lon Fuller bem observava como ***um obstáculo à fidelidade ao direito***.⁴ Não é por acaso que o *justice* Antonin Scalia brincava que seria muito útil ao direito um carimbo a ser colocado em cada gabinete de cada tribunal: ‘não gosto, mas é constitucional’. A Fazenda pode bem discordar dos critérios fixados pelo Parlamento. Mas simplesmente *aplicar a lei* não pode ser inconstitucional.
25. Respeitar a autonomia do direito significa respeitar a autonomia de cada um de seus ramos. Significa respeitar a autonomia do direito processual civil e, no limite, significa respeitar *a autonomia do Superior Tribunal de Justiça e, afinal, do próprio Parlamento*. É isso que discuto a seguir.

³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2022.

⁴ FULLER, Lon. “Positivism and Fidelity to Law: A reply to Professor Hart”. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 04 (fev., 1958), p. 643.

A gramática dos princípios e o mínimo semântico: dos alcances e limites da interpretação

26. Como já vimos, a pretensão de discussão aqui recai sobre aquilo que se chama de “aplicação irrestrita” de lei e precedentes reconhecidamente constitucionais. Assim, a discussão passa — como muitas vezes é mesmo o caso — pela seguinte questão: o que significa *interpretar uma lei*. É por isso, entre tantas outras razões, que insisto na importância da teoria do direito: discutir um caso concreto significa, o tempo todo, discutir *o significado da própria ideia de legalidade*. Como se deve interpretar? Quais são os limites de um intérprete?
27. Sempre insisti, pensando nessa importância da teoria do direito, na ideia de que à doutrina cabe o papel de doutrinar. É papel da doutrina, enquanto parte fundamental de uma comunidade jurídica, participar da *construção de critérios* para a interpretação. *Criteriologia*: essa é uma palavra fundamental.
28. Já se sabe de há muito que não há aplicação mecânica de leis que seja possível. O juiz *bouche de la loi*, superado pela realidade mesma, foi deixado no século XIX: foi ultrapassado por séculos de epistemologia, rejeitado pela própria superação do paradigma filosófico em que se inseria. Eis que voltamos à pergunta fundamental, sobre como se interpreta.
29. O direito, *institucionalização da linguagem pública* — numa democracia, é *o direito* que unifica nossos juízos normativos de modo a responder com autoridade e normatividade às questões de coordenação social —, é um fenômeno intersubjetivo por excelência. Daí por que os critérios de decisão e de interpretação devem ser critérios *públicos*.
30. Unindo esses raciocínios, explico por que, afinal, construí uma teoria da decisão. Em meu *Verdade e Consenso*, explico as seis hipóteses nas quais um juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei.⁵

⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 633-636.

31. São elas: (i) quando a lei for inconstitucional; (ii) quando estiver em face de critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio.
32. Neste caso sob exame, já se viu que sequer a Fazenda Nacional sinaliza uma inconstitucionalidade direta (já discuti a parametricidade da própria alegação indireta), mas reivindica princípios constitucionais para rejeitar aquilo que chama de uma “aplicação irrestrita” de um artigo de lei democraticamente aprovado no Parlamento — reivindicando, inclusive, paradoxalmente, a própria separação de poderes.
33. *Não se verifica aqui nenhuma das seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar uma lei.* Ou recairíamos no paninconstitucionalismo já por mim mencionado nesta opinião jurídica, ou recairíamos numa espécie de panprincipiologismo (ou *panprincipialismo*, como o próprio Supremo Tribunal já rejeitou em uma série de ocasiões). Como se coubesse *tudo* em princípios como isonomia, interesse público, *moralidade* e *até mesmo* a separação de poderes (ultrapassando os limites de uma esfera que pertence ao Parlamento).
34. Princípios jurídicos não são abstrações que incidem ou não, que se ligam ou desligam a depender do caso concreto. Princípios são *standards*, são *padrões normativos*, *deontológicos*, que têm sempre sua dimensão de peso; são *o pano de fundo* e *o fio condutor* que sustentam um arcabouço institucional. Por trás de toda e qualquer lei há um princípio a sustentá-la como lei. Isso é certo.
35. Por que menciono isso? Porque princípios jurídicos, afinal, não *abrem* a interpretação. Ao contrário: *fecham*. Conduzem a interpretação em um caso difícil, os chamados *hard cases* — casos que tanto a dogmática quanto teorias analíticas do direito assim classificam por não terem uma resposta jurídica direta e claramente aplicável.

36. *Não é o que se observa. Pelo contrário: há uma resposta jurídica claramente aplicável, e essa resposta jurídica veio justamente para afastar o arbítrio de juízos discricionários em direito, amparados em uma ideia difusa de “equidade”. Uma questão de princípio, assim, verdadeiramente de princípio, demanda a **observância dos requisitos democraticamente aprovados e estabelecidos pelo Parlamento no Código de Processo Civil**. Precisamente pelo significado, pela própria gramática dos princípios, pelo papel que estes representam num ordenamento jurídico.*
37. Explico. Existe, no direito, um elemento a ser considerado — e isso ganha ainda e cada vez mais relevância em uma democracia — que o jusfilósofo Jeremy Waldron chama de *dignidade da legislação*.⁶ Isso tem eco no Brasil, justamente naquilo que já trouxe aqui, com OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR e uma atenção ao *estatuto epistemológico* que têm os ramos do direito.
38. Ora, aplicar a “letra da lei” é em si uma questão principiológica. E este é um desses casos porque o Parlamento, depois de *amplos e conhecidos debates em suas duas casas*, construiu *critérios objetivos* para a determinação e fixação de honorários (verba de natureza alimentar, diga-se).
39. Flexibilizar critérios dispostos em dispositivos legais nos quais *não há inconstitucionalidade* é o oposto de uma questão de princípio(s), *sobretudo quando lembramos que estes têm o papel de fechar, de conduzir a interpretação*. Afastar a “literalidade”, sem uma sólida justificativa constitucional que ampare o afastamento de critérios construídos democraticamente pelo Parlamento, significa ir na contramão de uma objetividade possível, recolocando um juízo discricionário de forma desnecessária e absolutamente problemática na província do direito. De forma desnecessária porque *o Parlamento já resolveu a questão*. Problemática porque *um juízo discricionário é a antítese de uma decisão por princípio*.
40. Ora, é certo que princípios constitucionais sempre operam como pano de fundo de um ordenamento. *Toda lei é sempre interpretada à luz*

⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

desses princípios. O ponto é que desprezar a aplicação de normas específicas, democraticamente aprovadas e promulgadas pelo Parlamento, em nome de princípios (abstratos) será *contrário à própria ideia de princípio* se a solução for *contrária ao que a norma democraticamente legítima diz*. **Princípios abstratos não podem ser reivindicados para evitar, caso a caso, uma escolha legítima tomada pelo legislador.**

41. Numa palavra, princípios resolvem *hard cases*. Não podem servir para transformar um *easy case* num *hard case*.
42. Recorro novamente a OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR. Diz OTÁVIO que

[a] existência de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na Constituição, o que é esperável dada sua natureza normativa específica, é campo fértil para a ação dos interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial.⁷
43. Panprincípioalismo não é apenas criar princípios que não existem: é também *atribuir livremente os significados de princípios constitucionais*. É também fazê-lo, *sem uma criteriologia adequada, substituindo um juízo legítimo que é do Parlamento*.
44. Há mais. Esse juízo legítimo do Parlamento foi **confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça enquanto guardião da coerência e da integridade das normas infraconstitucionais**. A discussão sobre “aplicação irrestrita” passa por uma má compreensão sobre o significado de aplicar uma lei. Digo de há muito que “cumprir a letra [sic] da lei” significa, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável.⁸ E o STJ confirmou isso, respeitando o **mínimo semântico** de uma lei aprovada pelo Parlamento.
45. Argumentos que buscam flexibilizar esse mínimo semântico não têm a ver com rejeitar a subsunção, não são uma questão de postura filosófica.

⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios”. *Meritum*, v. 05, n. 02, jul./dez. 2010, p. 13-52.

⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?” *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 01, p. 158-173, 2010. p. 158-173. Disponível em <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>>.

É certo que aplicar a lei não é algo ‘reprodutivo’. Evidentemente, nos termos da chamada viragem hermenêutica, a dimensão semântica presente nas ontologias clássicas cede espaço para uma dimensão de historicidade, de composição de contextos narrativos, que não se deixam apreender em estruturas semânticas. Todavia, não se pode ignorar que a linguagem possui uma espécie de núcleo duro de significação que nos permite compartilhar significados e atribuir sentido às coisas. **Não há grau zero de sentido.**

46. Afirmar que “devemos levar o texto a sério” ou que devemos deixar “que o texto nos diga algo” não quer significar, por exemplo, uma adesão ao *slogan* pós-moderno de Derrida de que ‘*Il n’y a pas de hors-texte*’ (“não há nada fora do texto”). Textos são eventos. Textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não dizem respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do Direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto. Mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido, nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa).
47. O texto não é tudo. **Mas o texto é algo.** É sempre o ponto de partida: e somente juízos *consequencialistas* — portanto, *ad hoc* e *ex post* — querem *rejeitar* aquele que é o ponto de partida legal numa democracia.
48. Ora, decisões judiciais — para que sejam *jurídicas* — devem ter **fundamentos jurídicos**. Eis que decisões judiciais, portanto, devem estar baseadas em argumentos de princípio, não de política. A política cabe ao Parlamento. Exatamente como foi o caso. O juízo consequencialista pragmático não cabe em direito.
49. Há, é certo, posições e sinalizações laterais — frise-se, que não estão presentes em qualquer decisão com força normativa e vinculante de precedente — no sentido de que eventuais despesas e ônus processuais da Fazenda poderiam vir a impactar negativamente o andamento e a condução de projetos e políticas públicas. Gostaria de tecer algumas reflexões sobre isso.

50. Não nego que um intérprete-juiz responsável leva em conta as consequências de suas decisões. Isso faz parte da responsabilidade inerente à função e, seja como for, todo intérprete-juiz está inserido em um contexto institucional intersubjetivo. Esse sempre foi o grande ponto de minha teoria. Eu *não poderia* negar que juízes tenham as consequências em seu horizonte decisório.
51. Mas há uma nuance nisso — e a chave está sempre nas nuances. Abertura e consideração das consequências de uma decisão judicial não significa (i) *dominar* ou mesmo *substituir* o juízo jurídico — que tem ainda como sua pedra fundamental o ordenamento jurídico em seu todo coerente — ou (ii) abandonar a aplicação de uma lei aprovada democraticamente *com base em consequências disputáveis, sem qualquer evidência ou comprovação, que não passam por uma condição hermenêutica de sentido.*
52. **Não há prognose** na afirmação de que a observância dos critérios do art. 85 do CPC, em casos eventuais ou imagináveis ou hipotéticos (que ainda nem existem, pois), traga obstáculos impossibilitando o planejamento ou a execução de políticas públicas eventuais ou imagináveis ou hipotéticas ou existentes.
53. De mais a mais, não é só disso que se trata. Não pode ser responsabilidade *do advogado, que tem a seu lado uma lei que fixa esses critérios*, arcar com eventuais ônus que tenha a administração pública *em processos nos quais foi derrotada.*
54. Levar em conta as consequências e impactos decisórios, repito e insisto, não significa substituir os juízos deontológicos próprios do direito pelo pragmatismo de argumentos de política. Ao mesmo tempo, se essa consciência significa algo, significa levar em conta as consequências *amplamente.*
55. O que quero dizer com isso? Ora, quais são as consequências a mais longo prazo — e *incluo* consequências *econômicas* aqui — de um juízo (que seria *ad hoc*, diga-se, dado que não há inconstitucionalidade no art. 85 do CPC) que desonere a fazenda com base em juízos *sem critérios públicos de verificação* ou *accountability*, de “equidade”?

56. Há uma ideia mais ampla de desoneração: uma desoneração da própria responsabilidade que tem a administração de planejar seus recursos, seus planos, seus projetos. Mais, e na mesma linha: há o que análises econômicas poderiam chamar aqui de incentivo à litigiosidade. Há toda uma carga a mais em um Poder Judiciário *já sobrecarregado*.
57. Ademais — e para além de o planejamento de e para políticas públicas ser responsabilidade da administração, *não do causídico* —, se é disso que se trata, *já há* uma criteriologia equitativa para a redução da verba honorária disposta pelos §§ 3º, 4º e 5º do art. 85, para além da aplicação dos critérios do § 8º — uma criteriologia superior porque *objetiva*, pois. O CPC prevê essa redução de percentual da verba honorária e sua relação com o valor da causa. Portanto, não há que se falar que o legislador não previu critérios para a redução do patamar mínimo definido pelo § 2º, especialmente em detrimento aos eventualmente suportados pela Fazenda Pública (*com amparo em uma decisão judicial*, diga-se). Já há, portanto, uma espécie de preocupação equitativa em favor das partes fazendárias, previstas pelo legislador. Estender o já diferenciado tratamento à Fazenda Pública, como se pretende, é correr o risco de que prerrogativas se transformem em privilégios.⁹
58. Decidir é decidir por princípio. E se a responsabilidade funcional de um intérprete-juiz envolve consideração das consequências decisórias, essas consequências devem ser (i) *epistemologicamente demonstráveis* e (ii) *consideradas em seu todo*.
59. Discutir consequências significa discutir os amplos impactos de flexibilizarmos critérios legítimos fixados pelo Parlamento e confirmados pelo STJ. Quais seriam as consequências do afastamento de um precedente que repete a legislação simplesmente com base em uma inconstitucionalidade reflexa alegada em recurso extraordinário? ***Queremos mesmo levar a sério um sistema de precedentes?*** Se é isso que desejamos, para além de discutirmos a sério no plano doutrinário o significado teórico do que é um precedente, *qual seria a*

⁹ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 29.

*razão para se afastar a observação de um precedente que, repito e insisto, **confirma os termos da legislação?***

60. Decidir em direito é decidir por princípio. E se reconhecemos o avanço filosófico de que aplicar a lei não é algo meramente reprodutivo, devemos ir até o fim e reconhecer também que a própria discussão sobre “aplicação restrita” ou “irrestrita” *já parte* de um paradigma filosófico superado. Porque coloca como se o texto fosse *nada* ou o texto fosse *tudo*.
61. Quais são as *consequências*, então, se é esse o ponto, de admitirmos que critérios objetivos sejam afastados? É como se a Constituição autorizasse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). É como se qualquer tribunal ou a própria doutrina pudessem “construir”, de caso para caso, diferentes significados e alcances a princípios abstratos, derrotando o texto legal. A consequência? Um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito.
62. O único ‘consequencialismo’ admitido em direito já é deontológico, se me permitem a ironia. Esse é o grande ponto. Daí por que, para encerrar, friso aquela que é a conclusão comum à qual apontam todas as teses levantadas neste parecer. Na mesma tônica em que tantas vezes eu mesmo já fiz ao longo de toda minha obra, fico com o que disse o Ministro GILMAR MENDES por ocasião do julgamento da ADI nº 4874: **“hoje, no Brasil, ser revolucionário é defender o princípio da legalidade, fazer cumprir a lei. Ser progressista é defender a lei”**.

– III –

Síntese conclusiva

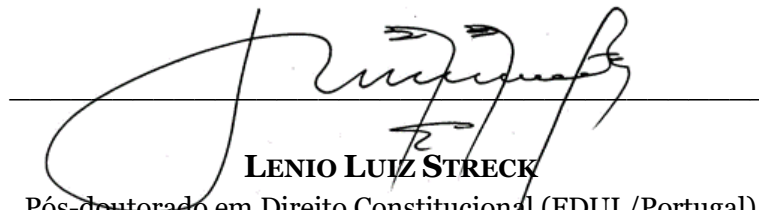
63. O que exsurge de minhas reflexões, afinal, é o que segue: *(i)* não se verifica, no presente caso, violação direta a qualquer uma das normas constitucionais trazidas à discussão; *(ii)* mera invocação de violação reflexa e abstrata não basta para um recurso extraordinário, menos ainda para o afastamento dos critérios de uma tese do Superior

Tribunal de Justiça que vem a confirmar critérios objetivos democraticamente aprovados e estabelecidos pelo Parlamento; **(iii)** aplicar a lei e um precedente que a reafirma é uma questão de respeito à dignidade da legislação e aos estatutos epistemológicos de cada ramo do direito; **(iv)** argumentos jurídicos são argumentos de princípio, não de política; **(v)** trazer de volta juízos discricionários superados pelo Parlamento é o oposto da lógica principiológica da Constituição Federal; **(vi)** se queremos levar as consequências a sério, devemos considerar também as consequências dos incentivos à litigiosidade num Judiciário já sobrecarregado, da falta de consolidação de uma cultura séria de respeito a precedentes, da desconsideração da autonomia do Parlamento e do STJ enquanto intérprete da legislação infraconstitucional.

64. Diante do exposto, submeto este Parecer na condição de membro efetivo da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, atendendo um convite à participação do debate da comunidade jurídica.

É o parecer que submeto ao Conselho Federal da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

De Porto Alegre para Brasília, 30 de novembro de 2022.



LENIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA

Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)

Professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)
Advogado – OAB/RS 14.439