

AS CONCEPÇÕES DE JURISDIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA (RE)DEFINIÇÃO DA (IN)EFETIVIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE CONCEPTS OF ADJUDICATION BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN THE (RE)DEFINITION OF THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

Juraci Mourão Lopes Filho

Doutor (UNIFOR) e Mestre (UFC) em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFC). Professor do PPGD - Unichristus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado. E-mail: juracimourao@gmail.com

José Hercy Ponte de Alencar

Mestrando em Direito pelo programa de mestrado do Centro Universitário Christus-UNICHRISTUS. Especialista em Direito Público pela ESMEC/UFC. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Ex-Promotor de Justiça (MPRN), Juiz de Direito(TJCE). E-mail: hercyalencar@hotmail.com

Recebido em: 10/06/2022

Aprovado em: 11/08/2022

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo examinar cinco decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as prescrições do Código de Processo Civil que contrariam sua literalidade e a intenção do legislador identificada no processo legislativo. Será buscado identificar qual a concepção de jurisdição essas decisões pressupõem, a fim de analisar sua adequação e valor perante do Direito brasileiro. Para tanto, será utilizado como referencial teórico as ideias de Ronald Dworkin e suas quatro fases para construção de uma Teoria Geral do Direito necessária para o conceito doutrinário de Direito. Também será examinada o caso *Pepper v. Hart* do Reino Unido, que prestigiou a intenção do legislador. Como conclusão, será observado desacordos teóricos entre os vários precedentes e mesmo erro fático em um deles, que reduzem sua força enquanto precedentes.

Palavras-chave: Concepções de jurisdição. Código de Processo Civil. Intenção do legislador. Desacordos teóricos.

ABSTRACT: This paper aims to examine five decisions of the Superior Court of Justice regarding the Civil Procedural Code that contradict its literality and the intention of the legislator identified in the legislative process. It will be sought to identify what conception of jurisdiction these decisions presuppose, in order to analyze their fit and value in Brazilian legal system. The ideas of Ronald Dworkin will be used as a theoretical framework for the construction of a General Theory of Law, in its four stages, necessary for the doctrinal concept of Law. It will be also analyzed the case *Pepper v. Hart* of the United Kingdom, which emphasized the intention of the legislator before

the judicial adjudication. As a conclusion, theoretical disagreements were identified between these precedents and even a factual error in one of them, which reduce its strength as precedents.

Keywords: Conceptions of jurisdictional adjudication. Civil Procedure Code. Legislator's intention. Theoretical disagreements.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As fases de uma necessária Teoria Geral do Direito até uma teoria da decisão judicial. 2 A intenção do legislador e o caso *Pepper v. Hart* do Reino Unido. 3 As recentes decisões emblemáticas do STJ na interpretação de artigos do CPC/15. 3.1 Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 3.2 A fundamentação das decisões judiciais. 3.3 O princípio da colegialidade e os poderes do relator. 3.4 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. 3.5. Limite da multa por embargos de declaração protelatórios. 4 A concepção de jurisdição que emerge dos precedentes do STJ e a vontade do legislador: Sua adequação e valor perante o constitucionalismo brasileiro. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Várias disposições do Código de Processo Civil receberam interpretações do Superior Tribunal de Justiça que vão de encontro a sua literalidade, à intenção anunciada durante processo legislativo e no seu preâmbulo ou mesmo contrária à sua confessa finalidade de superar precedentes dessa corte superior. É possível afirmar que algumas disposições simplesmente não são aplicadas pelo tribunal, restando quase que plenamente ineficazes ou inteiramente substituídas por normas jurídicas erigidas jurisdicionalmente.

Não se trata de invalidar uma norma legal por vício de inconstitucionalidade, mas de exercício hermenêutico em que relativiza aquilo que se identifica como sendo a solução hermenêutica do legislador corporificada no texto legal.

Para exemplificar isso, escolheram cinco julgamentos em que é mais evidente o desacordo entre a intenção legislativa e o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça: a) REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520 em que se fixou a taxatividade mitigada das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, quando o texto do art. 1.015 e o histórico legislativo da tramitação do projeto de código indicam uma taxatividade estrita; b) EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, em que se manteve o genérico entendimento firmado sob o código anterior, no sentido de que uma decisão é adequadamente fundamentada mesmo quando não enfrenta todos os argumentos das partes, quando o art. 489, §1º, claramente buscou superar essa jurisprudência; c) Súmula nº 568 onde se reestabeleceu a possibilidade do relator do recurso, monocraticamente, dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema, ocasionando uma repriminção do art. 557 do CPC/73, já que o art. 932, V, do CPC/15, restringiu esse poder do relator para matérias que se encontrem fixadas em súmula ou julgamento repetitivo; d) REsp 1.760.966 ao assentar que, no tocante à tutela antecipada, sua “estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária” e não apenas se estritamente impugnada por agravo de instrumento, conforme consta na literalidade do art. 304, e) EDcl no AgInt no AREsp 1.268.706, que firmou a possibilidade de fixar multa por embargos de declaração protelatórios superior ao teto de 2% (dois por cento) do valor da causa estatuído no art. 1.026, §2º, caso o montante resultante da aplicação do índice seja irrisório.

Esses precedentes têm por base velada e silenciosa um papel que coloca a jurisdição em uma posição de revisão e correção da legislação, o que leva à indagação de qual é a função do Superior Tribunal de Justiça diante do Legislativo nacional, cujo produto (a legislação) deveria proteger contra decisões de tribunais ordinários que lhes negue vigência. Em muitos desses casos, foi o próprio tribunal superior que esvaziou a prescrição legislativa para dar-lhe outra de sua preferência.

Tem sido muito repetido na dogmática brasileira e reverberado nas cortes do país que o juiz não é mais a boca da lei, e que seus poderes hermenêuticos não podem ser atados ou amordaçados por esse objeto da interpretação. Há, realmente, uma impossibilidade ontológica de um texto aprisionar o intérprete ou encapsular todos os elementos necessários para sua compreensão e a aplicação, mesmo que esse texto seja um dispositivo de lei votada por legislador democrático e o intérprete seja um juiz.

No entanto, os casos a serem aqui estudados podem apontar para direção visivelmente oposta, a de que o Legislativo pouco influencia no modo como um tribunal decide, pois mudanças que claramente se queria implementar pela via legislativa foram esvaziadas ou alteradas. É preciso, então, atenção para o que está ocorrendo. Há muito mais em questão do que a simples interpretação de dispositivos codificados na área do direito processual civil.

Ronald Dworkin muito bem indica que toda sentença tem um capítulo silencioso e não escrito de Teoria Geral do Direito. De fato, as premissas teóricas de como o julgador entende qual é sua função diante da lei e da Constituição, quais os limites de seus poderes hermenêuticos e o grau de deferência a outras fontes jurídicas raramente são apresentados de maneira expressa em um julgamento, o que não significa que não existam nem que não possam ser identificados, sobretudo porque impactam diretamente na definição do próprio poder decisório.

O presente artigo tem precisamente o objetivo de identificar qual o tipo de teoria da jurisdição emerge das entrelinhas desses julgados paradigmáticos em face do Código de Processo Civil. Trazidas tais premissas à luz, será analisada sua adequação e valor perante o Direito brasileiro, ou seja, se elas se conformam com os princípios de moralidade política consagrados na forma de princípios em nossa ordem jurídica, sobretudo pela Constituição Federal, e efetivada por outras instâncias que definem o Direito, como o próprio Legislativo, a doutrina e os precedentes de outros tribunais.

Para buscar esse objetivo serão tomadas como referência as ideias de Ronald Dworkin, ao propor ser um *conceito doutrinário de Direito* que responde pela verdade e falsidade de uma proposição jurídica, o que, por sua vez, demanda a construção de uma Teoria Geral do Direito em quatro níveis: semântico, teórico, doutrinário e da decisão judicial.

Como se vê, identificar o modo que os juízes julgam decorre do posicionamento em três etapas antecedentes, sendo isso o reflexo prático imediato do exercício teórico, que não é mero academicismo, mas atividade fundamental em um Estado Democrático de Direito, que queira se pautar pelas leis e não pela vontade dos homens que ocupam posição de prestígio. Com essa estratégia teórica, será identificado o que subjaz nas decisões do Superior Tribunal de Justiça analisadas para, em seguida, investigar sua validade.

1 AS FASES DE UMA NECESSÁRIA TEORIA GERAL DO DIREITO ATÉ UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Denomina-se proposição jurídica a afirmação sobre alguém possuir um direito, uma obrigação, uma faculdade ou outra posição jurídica subjetiva, como ônus, faculdade ou dever, no caso do processo judicial. Para responder, então, se uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, é preciso definir, antes, o que seja o Direito, e como ele distribui essas posições subjetivas.

Decidir, por exemplo, se o autor de uma ação de indenização tem o direito subjetivo de receber do réu uma certa quantia por danos morais (ou seja, se seu pedido é procedente ou improcedente) equivale a verificar se é verdadeira ou falsa perante o Direito a proposição de que esse autor tem o direito a que o réu lhe pague essa determinada quantia em dinheiro, ou, correlatamente, que o réu tem a obrigação de pagar a quantia.

Ronald Dworkin entende que definir se uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa é tarefa realizada em função do *conceito doutrinário de Direito*. Assim, por exemplo, se o *conceito doutrinário do Direito* for legalista e formalista, a afirmação de que o autor tem o direito à

indenização paga pelo réu dependerá da existência de lei, aprovada segundo as regras de processo legislativo, que expresse por sua literalidade essa consequência para os fatos narrados pelo autor e provados em juízo. Se não houver previsão literal em lei, não há, segundo esse mesmo conceito doutrinário, o direito subjetivo demandado em juízo, de nada servindo a possibilidade de o juiz vislumbrar princípios morais ou de justiça substancial para considerar verdadeira a proposição. Em outras palavras, o juiz pode até considerar que deve haver o pagamento indenizatório por razões morais ou de justiça, mas como o conceito doutrinário do Direito que ele deve aplicar é legalista e formalista, excluindo juízos substanciais de moralidade ou justiça, a proposição é falsa, ou, em outros termos, o pedido deve ser julgado improcedente.

O vocabulário dworkiniano em torno de “proposição”, “conceito doutrinário”, “verdade” e “falsidade” pode soar estranho na prática brasileira, que não costuma tratar os casos jurídicos mediante essa terminologia, sobretudo porque é bem difundida a divisão de Kelsen¹ entre proposição e norma jurídica, que trabalha em uma perspectiva um pouco distinta.

Normalmente, se fala em o pedido ser procedente, se as alegações das partes são válidas ou inválidas. O que normalmente se denomina de lide por uma questão de direito (não por uma questão de fato), como uma pretensão resistida, pode ser traduzido nos termos do *desacordo teórico* acima indicado entre partes em torno da concepção de Direito que cada um apresenta a partir do conceito doutrinário de Direito, pois cada um dos contendores formula uma proposição que se apresenta verdadeira à luz da concepção que constrói acerca do que seja o Direito aplicável à espécie. O juiz, quando julga, também realiza tarefa similar para justificar sua conclusão no dispositivo da sentença. Também pode uma lide girar em torno de questões de fato (por exemplo se houve ou não o dano alegado), nesse caso os *desacordos* (na terminologia de Dworkin) são *de fato* e não *de direito*².

Essa diferença de vocabulário demonstra que a dogmática brasileira já tem em seu senso comum internalizada uma série de pressupostos velados (absorvidos nos bancos universitários, exercitados e desenvolvidos na prática profissional), que substituem essa terminologia puramente abstrata e teórica de Dworkin. Nossa cultura jurídica molda a forma de juristas, juízes, advogados e outros profissionais do sistema de justiça lidarem com o fenômeno jurídico: colocam as normas como a expressão única do Direito. É por isso que para definir se uma conduta é devida ou indevida se faz cotejando com uma norma. Em vez de falar de falsidade ou veracidade de uma proposição, fala-se, nessa específica perspectiva construída ao longo de várias camadas teóricas, em validade ou invalidade, procedência ou improcedência, pois, diante de normas, algo não é verdadeiro nem falso, mas válido ou inválido, procedente ou improcedente.

As expressões de Dworkin seriam, por assim dizer, doutrinárias e “brutas”, e as que são corriqueiras na prática nacionais são “lapidadas” por decisões teóricas importantes desde a formação do estudante de Direito nos bancos universitários e incorporadas em fontes jurídicas formais como a legislação, jurisprudência e atos regulamentares, além, claro, dos livros e textos de ensino jurídico.

Diante disso, qual foi o caminho traçado no Brasil para se chegar ao *conceito doutrinário de Direito*, que define se uma proposição é verdadeira ou falsa, ou se um pedido é procedente ou improcedente? Qual é esse caminho de um modo geral nas diversas comunidades jurídicas em outras nações?

¹ “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional e internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre o objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com seu sentido, mandamento e, como tais, comandos imperativos”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p. 80-81).

² Os desacordos de Direito podem também ser empíricos, ou seja, a respeito da existência ou não de um fato social que sirva de fonte jurídica para solução da questão. A discussão, por exemplo, a respeito da vigência ou não de uma lei é uma questão de direito do tipo empírica.

Responder a essas indagações é importante porque tem o efeito muito prático de definir quem irá ganhar ou perder um processo judicial. Um juiz precisa ter esse *conceito doutrinário de Direito* para poder julgar. Ele o formou ao longo de anos, e será ele que vai utilizado no julgamento, ainda que não esteja expresso na fundamentação ou no dispositivo do julgado.

Dworkin traça um roteiro para identificá-lo. O *conceito doutrinário de Direito* depende, como dito, da construção de uma Teoria Geral do Direito em quatro fases: semântica, teórica, dogmática e da decisão judicial.

Em cada uma dessas fases ou estágios sucessivos, são realizadas escolhas epistemológicas, interpretativas e teóricas, que se refletem na etapa seguinte. A última delas, a da decisão judicial, que tem estreita relação com o conceito de jurisdição em uma dada ordem jurídica, é, dessa forma, fruto de escolhas prévias, em camadas mais profundas e abstratas. Caso a escolha de uma fase posterior não guarde coerência com a escolha feita na anterior, se terá uma má teoria do Direito, e um problema de racionalidade na definição de quem tem direitos e obrigações naquela localidade. Quando um juiz ou tribunal exerce, pois, sua atividade diária, quando julga e despacha casos das mais diversas naturezas, ele está refletindo nas entrelinhas de cada sentença, despacho ou interlocutória, essas decisões mais profundas acumuladas desde os bancos universitários. Esse é o capítulo silencioso de que se falou linhas atrás. Trazer à luz essas premissas diz muito sobre a decisão – ou mesmo despacho – e a conseqüente distribuição de direitos, obrigações, ônus e faculdades.

O primeiro estágio da empreitada teórica de desvelamento do capítulo silencioso, segundo Dworkin, é o semântico. Ele é um estágio metodológico ou mais precisamente epistemológico, pois diz respeito a como se entende possível erigir racionalmente o conceito doutrinário. Nas palavras do autor, nesse instante, “a questão fundamental é: quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar ou divergir acerca da sua aplicação?”³. Em outras palavras: quais são as ferramentas de conhecimento a serem utilizadas para elaborar o *conceito doutrinário de Direito*.

Existem três opções. O conceito doutrinário pode ser tido como um conceito *(a) criterial* (“as pessoas compartilham alguns conceitos somente quando concordam com uma definição – aproximada ou precisa – que estabelece os critérios para aplicação correta do termo ou frase associados”⁴); *(b) um conceito de espécies naturais* (“as pessoas compartilham alguns conceitos cujos exemplos têm uma estrutura física ou biológica natural – metais e animais, por exemplo –, ainda que não concordem quanto à natureza essencial dos conceitos ou quanto aos critérios que utilizam para identificar tais exemplos”⁵), em que são elementos dados e observados na natureza, que definem aquilo que se quer identificar; por fim o conceito doutrinário pode ser concebido como *(c) um conceito interpretativo* (que nos estimula “a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos”⁶) em que depende de uma interpretação sobre a melhor maneira de explicar as práticas que definem o Direito.

Embora possa ter sido defendido no passado, não há mais nenhuma corrente teórica mais difundida na atualidade que opte pelo conceito de Direito como um conceito de espécie natural. A disputa se dá entre o conceito criterial e interpretativo.

O positivismo jurídico, que ainda é a doutrina dominante no mundo ocidental, toma o Direito como um conceito criterial, cujos critérios são identificados por uma observação daquilo que as pessoas normalmente entendem quando utilizam o termo Direito. Essa, por exemplo, é a sociologia descritiva de Herbert Hart para definir Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. É assim porque é esse conjunto de normas que as pessoas têm por referência quando

³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 15.

⁴ Id. Ibid. p.16

⁵ Id. Ibd. P.17

⁶ Id. ibid. p.19

pensam ou se referem ao Direito. Quando as pessoas divergem, quando elas estão de boa fé em um litígio, uma delas está fazendo a descrição correta do Direito objetivo que define os direitos subjetivos e obrigações, enquanto a outra parte está fazendo uma descrição equivocada, causando-lhe a ilusão de ter um direito subjetivo que, mais precisamente, não possui. Caberá, desse modo, ao juiz identificar o conceito correto de Direito, valendo-se dos *critérios* necessários para essa definição, a fim de, em seguida, julgar quem está correto ou equivocado em sua pretensão.

Teorias não positivistas, como a de Dworkin, encaram o conceito doutrinário de Direito com um conceito interpretativo, pois não é possível descrever algo que esteja posto e apto a ser apreendido, mas sim que depende de uma atitude ativa do intérprete que constrói uma narrativa (interpretação) de todas as práticas existentes e que explica o que seja o Direito em determinada comunidade. Essa narrativa não é arbitrária, mas como ele não está subordinada a nenhum fato empírico absoluto é possível as pessoas divergirem sobre essa interpretação, daí por que os desacordos fazem parte do Direito, porque não pode ser tratado como uma descrição certa ou errada – no nível semântico – do que seja o Direito, mas a melhor ou pior para conceber o que seja o Direito.

Portanto, mesmo que alguém parta da mesma premissa epistemológica de que se define o Direito interpretativamente – e não por uma descrição de seus critérios –, ainda é possível encontrar desacordos teóricos em função das escolhas a serem realizadas nos demais estágios. “No estágio seguinte da *teoria jurídica*, que podemos chamar de estágio teórico, um teórico deve elaborar o tipo de teoria do direito que seja apropriada, tendo em vista a resposta por ele dada no estágio semântico, à pergunta sobre o tipo de conceito é o doutrinário”.

Nesse estágio é definida a teoria do valor do Direito. Ele defende que se deve buscar esse valor no *conceito aspiracional* de Direito, já que entende que o conceito doutrinário é interpretativo. Em outras palavras: ele interpreta as práticas, conforme exigido pelo conceito doutrinário interpretativo, segundo os valores que definem o conceito ideal e aspirado (daí porque *conceito aspiracional*) de Direito, o que permite lhe dar a melhor luz. “Nesse estágio, portanto, a moral está inevitavelmente presente, pois qualquer teoria sobre a melhor maneira de entender um valor explicitamente político como o valor aspiracional de Direito deve ser um exercício de moralidade política”⁷. Por tal perspectiva, repita-se, Dworkin defende que não é possível afastar princípios de moralidade política, porque sempre será uma construção que, ao emprestar a melhor luz à prática, se liga a um conceito aspiracional de Direito (ou seja, a uma noção de como o Direito deve ser). Por isso, é possível haver desacordos teóricos que levam a um desacordo sobre a veracidade ou falsidade de uma proposição jurídica.

É aqui que ele escolhe a integridade, uma convergência principiológica, “isto é, ao princípio de que o Estado deve tentar, na medida do possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos os cidadãos”⁸.

No entanto, há autores que, mesmo sendo interpretativistas, podem escolher, nesse mesmo estágio teórico, outros valores, como a eficiência, escolhida pelos *pragmatistas*.

O pragmatismo postula uma teoria na qual a distribuição de direitos e obrigações deve se dar de modo que mais eficiência empreste a um determinado fim. É exemplo disso a análise econômica do Direito, que entende que o conceito doutrinário do Direito gira em torno de uma maior eficiência econômica. A solução de desacordos (ou seja, definir quem tem ou não direitos e obrigações) deve se dar pela escolha da interpretação que melhor eficiência econômica ocasione.

Também é possível eleger, nessa fase teórica, em vez da integridade e da eficiência, a segurança e previsibilidade como valores determinantes, sendo essa a opção dos *convencionalistas*, que orientam o conceito doutrinário em torno da possibilidade de convenções no passado que pudessem ser de antemão consideradas pelas pessoas para saberem quais são seus direitos subjetivos e obrigações.

⁷ Id. *ibid.* p. 21.

⁸ Id. *ibid.* p. 21

Feita essa escolha de valor, entre integridade, eficiência ou previsibilidade, passa-se, em seguida, ao *estágio doutrinário*. É neste estágio que se definem as condições para determinar a validade de uma proposição jurídica à luz dos valores identificados no estágio teórico. Para Dworkin, uma proposição jurídica será verdadeira se decorrer de princípios de moralidade política. Portanto, para ele, a moral está envolvida tanto no estágio teórico quanto doutrinário. É aqui em que ele fala que toda proposta tem que passar por duas dimensões, de ajuste e de valor, que representam aspectos diferentes da mesma avaliação geral da moralidade política.

Assim, a dimensão de ajuste não é apenas uma dimensão mecânica de coerência. Uma interpretação jurídica de caráter geral é complexa no sentido de buscar princípios que justifiquem as reivindicações substantivas sobre direitos e deveres jurídicos e tudo o mais que uma prática jurídica específica reconhece e aplica, mas também deve justificar o grande contingente de práticas constitucionais e procedimentais nas quais se inserem essas reivindicações substantivas. Qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar especial de destaque aos princípios de moralidade política.

A interpretação proposta deve passar, nessa linha de entendimento, por análise de adequação e valor para se viabilizar ou se mostrar melhor do que outra. É assim que se mostraria, por exemplo, um mal *conceito doutrinário de Direito* nos EUA a tática interpretativa de entendê-lo segundo os valores e premissas teóricas do comunismo. Não será adequada à prática dos operadores do direito nem reflete os valores de moralidade política encontrados nas diversas decisões político-jurídicas norte-americanas, sejam na constituição, nas leis, nos precedentes judiciais ou em outras instâncias sociais.

Por fim, há o estágio da decisão judicial, que tem o efeito prático mais perceptível. Nesse nível, se coloca a questão de como a autoridade encarregada de aplicar o Direito deve fazer em cada caso. Sobre esse nível, Dworkin afirma tratar-se, “sem dúvida, de uma questão política e, conseqüentemente, também de uma questão moral. Não de uma questão sobre o modo como a moral figura na identidade do Direito, mas sim de uma questão sobre quando, se é que alguma vez, a moral exige que os juizes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem”⁹. Logicamente, esse estágio é condicionado pelo que foi firmado nos estágios anteriores. É por isso que normalmente se diz que Dworkin equiparou o trabalho do juiz ao de um jurista, pois, para ele julgar seus casos, ele deve percorrer o mesmo percurso teórico a fim de definir o conceito doutrinário do Direito importante para o julgamento.

Concebendo-se, por exemplo, o conceito doutrinário de Direito como um da espécie criterial, no estágio semântico e, em seguida, no estágio teórico eleger a previsibilidade como o valor determinante da teoria criada para, daí, no estágio doutrinário fixar a necessidade de haver um fato social prévio ao julgamento servindo como fonte do Direito e, pois, parâmetro para verificação da validade ou falsidade do proposição de Direito. Diante disso, o coerente é conceber na etapa da decisão judicial como sendo padrão de julgamento o juiz buscar alguma convenção do passado que oferte a norma a ser aplicada no caso sob julgamento, e que era ou deveria ser de conhecimento prévio das partes em litígio e que lhe serviram para orientar com antecedência suas condutas.

Não havendo essa convenção normativa prévia, o Direito exaure-se, cabendo ao juiz decidir com uma discricionariedade forte, em que não há constrição por parte do Direito, valendo-se dos parâmetros que achar por bem. Esse é o roteiro descritivo do positivismo jurídico exclusivo.

Já no Direito como integridade, o conceito interpretativo do nível semântico leva a escolha da integridade como o valor fulcral do nível teórico, havendo um conjunto de princípios identificados no nível doutrinário que parametriza a verdade ou falsidade de uma proposição. Desse modo, a teoria da decisão judicial indica, em sendo coerente a essas premissas, que o juiz deve

⁹ Ob.cit.p. 28

julgar buscando a solução correta à luz dos princípios incidentes no caso, mesmo que não se encontre convenções do passado apontando um parâmetro estritamente aplicável.

Considerando que o presente estudo visa a investigar a postura do Superior Tribunal de Justiça diante de disposições expressas do Código de Processo Civil que parecem ter sido plenamente esvaziadas, tal estágio lhe é extremamente relevante, mas, como se percebe, decorre de uma série de decisões nos estágios anteriores, inclusive em torno de princípios de moralidade política, que estabelecem qual a postura de um juiz ou ministro de tribunal superior diante da lei votada e aprovada pelo Legislativo.

Postas essas premissas, é necessário investigar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, a fim revelar as escolhas realizadas de maneira pressuposta pelos Ministros em todas essas fases, a fim de investigar sua adequação e valor ao ordenamento jurídico brasileiro. Também é possível investigar a coerência das decisões entre os vários estágios.

Antes disso, contudo, é preciso investigar qual o papel da intenção do legislador nesse labor teórico. Faz-se esse destaque porque as decisões analisadas parecem, à primeira vista, contrariar a vontade do legislador, o que leva à tentação de levar esse argumento ao centro da análise, contrapondo simplesmente essa vontade à do magistrado.

Não é uma proposta teórica tola ou ilusória, que possa restar apenas nos livros de velhas escolas jurídicas, pois, por exemplo, no Reino Unido¹⁰, a partir do caso *Pepper v. Hart*, em 1992, sua última instância judicial passou a buscar nos debates legislativos a solução para a interpretação de uma lei a ser tida como válida. Em se mostrando viável no Brasil essa perspectiva, muito do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça não precisaria passar pelo escrutínio teórico mais complexo, vai bastar apontar a incongruência com a intenção do legislador, identificada por uma busca empírica nos registros da tramitação legislativa, para mostrar o abuso do poder decisório do tribunal superior. É certo, no entanto, que adotar ou rejeitar essa possibilidade também é uma decisão de teoria do Direito. Passe-se, pois, ao exemplo britânico para se ter pleno conhecimento dele, a fim de verificar sua adequação e valor ao Brasil.

2 A INTENÇÃO DO LEGISLADOR E O CASO *PEPPER V. HART* DO REINO UNIDO

Em 1992, a *Law Lord*, braço judicial da *House of Lords* (Câmara Alta do parlamento) e então a mais alta corte britânica, modificou linha de entendimento jurisprudencial que contava mais de duzentos anos, no sentido da proibição de o Judiciário buscar em registros legislativos orientação para interpretar o enunciado legal.

Segundo singular entendimento acerca da separação dos poderes, entendia-se, até então, não ser válida essa busca do histórico legislativo, porque a interpretação da lei seria atividade típica do Judiciário, razão pela qual não poderia haver submissão a qualquer outro elemento legislativo que não o próprio estatuto promulgado e publicado. Indicava-se como motivo adicional a imunidade parlamentar: para assegurar que o Parlamento e seus membros não fossem responsabilizados ou de alguma maneira prejudicados por aquilo que realizavam em sua atividade típica, proibia-se, então, o acesso externo ao que era discutido e deliberado dentro do Parlamento, cabendo apenas o conhecimento do produto final publicado.

Somava-se a essas duas razões teóricas outra bem pragmática: os registros legislativos não eram completos nem fiéis, tendo cabido, no passado, a um particular tal tarefa (a família Hansard de editores, desde 1774), dando origem a publicação dos *Hansard's Parliamentary Debates*, que nem sempre eram muito úteis ou sistematizados. Mesmo depois do fim dessa concessão privada, tais registros permaneceram com a denominação de *Hansard*.

¹⁰ Sobre a utilidade e validade do uso de precedentes estrangeiros, conferir LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, p. 219-273, 2018.

Esse era o quadro jurídico até o julgamento do caso *Pepper v. Hart* em 1992, decisão que, segundo James Brudney, em trabalho dedicado à análise desse precedente paradigmático, “was a bombshell in the British legal Community”¹¹. Nele, não só foi superado o entendimento de proibição de acesso aos documentos *Hansard*, mas como teve por vinculante ao Judiciário a interpretação que os debates legislativos indicavam como sendo a devida. Caberia, então, ao juiz apenas adotar a compreensão descoberta nessa investigação empírica e histórica.

Como acrescenta ainda Brudney, o precedente firmado foi amplamente criticado não só pela doutrina, como também pelo Judiciário, mas, ainda assim, se manteve ao longo dos anos, sendo estritamente aplicado.

O caso se referiu à interpretação de uma lei tributária editada em 1976 que versou sobre a incidência de imposto sobre os descontos que professores de colégios recebiam ao matricular seus filhos na mesma escola. A concessão desse tipo de benefício era uma política de atração e fidelização de professores amplamente adotada por várias escolas britânicas. A alteração legislativa em questão passou a tomar esse tipo de desconto como benefício equivalente a dinheiro pago pelo empregador, integrando a remuneração do professor a ser ofertada à tributação.

O montante a ser inserido na base de cálculo do tributo deveria corresponder ao “custo do benefício”. Essa expressão fez surgir a dúvida se esse custo equivaleria à diferença entre o que o pai-professor pagava com seu desconto e o valor da mensalidade cheia, ou se seria o custo correspondente ao que a escola gastava com o respectivo aluno. Naturalmente, a primeira opção implicava uma base de cálculo bem maior.

Um professor, Derek John Pepper, foi autuado pelo auditor de tributos John Thornton Hart justamente por essa diferença, tomando para tributação a diferença entre o valor pago com desconto e o valor integral da mensalidade paga pelos demais pais de alunos. Isso importou a exigência de uma fabulosa quantia, o que levou o contribuinte a impugnar a exação em juízo. O caso ganhou notoriedade, pois firmaria o precedente em torno da nova lei, com repercussão sobre várias outras pessoas.

Após o trâmite pelas instâncias ordinárias, em que houve mobilização de associações de professores, o caso chega à *Law Lord* em 1991, tendo como principal questão de Direito a interpretação do que seria o “custo do benefício” aludido na lei. Inicialmente, por órgão fracionário de cinco julgadores, o tribunal julgou favoravelmente ao Fisco, declarando que o “custo do benefício” corresponderia à diferença para o preço cheio da mensalidade. Contudo, antes do final do julgamento, conforme ainda relata Brudney, um dos julgadores, Lord Griffiths, teve acesso aos documentos *Hansard* sobre a tramitação da lei, em que foi expressamente discutido o alcance da expressão. Isso levou à extensão do julgamento para um colegiado de sete julgadores.

Nele, foi observado que om empecilho pragmático acerca da incompletude e imprecisão dos documentos legislativos não mais se justificava, havendo, então, meios de acesso seguro e sistematizado àquilo que foi efetivamente considerado ao longo da tramitação legislativa¹². Com relação ao argumento da separação dos poderes, Lord Browne-Wilkinson “observed that although statutory words are indeed the law, courts rely on a range of extrinsic sources — including White

¹¹ BRUDNEY, James Jules. The Story of Pepper v. Hart: examining legislative history across the pond. **Ohio State Public Law Working Paper** No. 124 (May 6, 2010). Disponível <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1601291> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1601291>> em 25 de maio de 2020.

¹² Lord Griffiths: “I cannot agree with the view that consulting Hansard will add so greatly to the cost of litigation, that on this ground alone we should refuse to do so. Modern technology greatly facilitates the recall and display of material held centrally. I have to confess that on many occasions I have had recourse to Hansard, of course only to check if my interpretation had conflicted with an express Parliamentary intention, but I can say that it does not take long to recall and assemble the relevant passages in which the particular section was dealt with in Parliament, nor does it take long to see if anything relevant was said. Furthermore if the search resolves the ambiguity it will in future save all the expense that would otherwise be incurred in fighting the rival interpretations through the courts. We have heard no suggestion that recourse to Parliamentary history has significantly increased the cost of litigation in Australia or New Zealand and I do not believe that it will do so in this country”.

Papers and official government reports — as aids to construction of those words. The courts' occasional reliance on parliamentary materials as a further interpretive aid raised no new constitutional question". Portanto, foi constatado que as cortes lidavam com uma ampla gama de fontes materiais para conhecer e aplicar o Direito, como documentos do governo e mesmo a fontes parlamentares para enfrentar novas questões constitucionais, valendo lembrar que a constituição britânica não é escrita.

Também se afastou o alcance da imunidade parlamentar como barreira ao acesso aos registros *Hansard*, observando-se o que normalmente se considerava quando se aludia à imunidade do parlamento.

Afastados os obstáculos e realizada a busca, foi encontrado registro do Ministro que apresentou no Legislativo o projeto de lei, afirmando perante os parlamentares que o "custo do benefício", então contido da projeto que apresentava, corresponderia ao custo marginal da escola que concedia o benefício e não à diferença para o que deixou de ser pago pelo beneficiário, ou seja, rigorosamente a interpretação defendida por Pepper. A *Law Lord* tomou esse fato social com suficiente para definir a interpretação devida e julgar procedente a pretensão do contribuinte.

Vale destacar que a corte não tornou irrestrito o uso da interpretação genealógica e a busca da tramitação legislativa, mas submeteu seu uso a algumas condicionantes, sobretudo quando o Estado sustenta nos tribunais uma interpretação diferente da que sustentou nos debates parlamentares, e em situações em que o texto legislativo traz efetivamente uma dúvida razoável ou uma ambiguidade de suas expressões¹³. Como dito, o julgamento recebeu inúmeras críticas, mas se firmou como precedente, seguido e observado nos anos seguintes.

Perceba-se que a estratégia teórica utilizada pela corte britânica supera a simplória busca da *intenção do legislador*, como algo abstrato apurável por cogitações interpretativas, mesmo porque não é possível definir que intenção seria essa em um corpo coletivo e heterogêneo como são os parlamentos democráticos. Trata-se da busca empírica, de um fato social verificável que sirva de fonte para solução de uma controvérsia jurídica.

Diante desse caso estrangeiro, é possível indagar: há alguma lição possível de ser importada para a jurisdição brasileira?

Aqui não há nenhuma proibição histórica, teórica ou estritamente jurídica vedando a investigação dos debates legislativos ou dos documentos apresentados ao longo da tramitação do projeto. Não se tem, em nossa ordem jurídica, entendimento acerca da separação dos poderes ou das imunidades parlamentares que representem uma barreira a essa busca. Também não há qualquer obstáculo pragmático ou material, pois a atividade do Congresso Nacional é atualmente bem registrada e documentada, inclusive com disponibilização da rede mundial de computadores.

Portanto, a pergunta pode ser reformulada nos seguintes termos: é uma boa teoria do Direito aquela que constrói um *conceito doutrinário do Direito* de tal modo que o juiz fique confortavelmente vinculado ao que foi possível identificar como critério do legislador para determinar a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica? Essa teoria passaria pelo teste de adequação e valor no Direito brasileiro?

Inicialmente, cumpre dissecar o caso *Pepper v. Hart* pelos estágios propostos por Dworkin.

¹³ Nas palavras de Lord Browne-Wilkinson: "My Lords, I have come to the conclusion that, as a matter of law, there are sound reasons for making a limited modification to the existing rule (subject to strict safeguards) unless there are constitutional or practical reasons which outweigh them. In my judgment, subject to the questions of the privileges of the House of Commons, reference to Parliamentary material should be permitted as an aid to the construction of legislation which is ambiguous or obscure or the literal meaning of which leads to an absurdity. Even in such cases references in court to Parliamentary material should only be permitted where such material clearly discloses the mischief aimed at or the legislative intention lying behind the ambiguous or obscure words. In the case of statements made in Parliament, as at present advised I cannot foresee that any statement other than the statement of the Minister or other promoter of the Bill is likely to meet these criteria".

Fica claro, no nível semântico, que a *Law Lord* considera como sendo *criterial* o conceito doutrinário de direito, pois busca identificar os critérios, especialmente em sua tradição e precedentes, daquilo que os órgãos de aplicação do Direito normalmente entendem como sendo o Direito. Percebe-se muito mais uma preocupação descritiva do que seja o Direito do que uma preocupação interpretativa em face de um conceito aspiracional do que o Direito deve ser.

Coerentemente, no nível da teoria do Direito, percebe-se a busca por segurança e previsibilidade, e não uma preocupação e comprometimento com resultados futuros. A todo o momento os *Lords* se ocuparam em tentar identificar fatos sociais pretéritos que operassem a função de distribuir direitos e obrigações com antecedência, olhavam retrospectivamente e não prospectivamente ou principiologicamente. Isso resta claro nas fundamentações apresentadas, que sempre apontam para o fato social, algum precedente, ato normativo ou outro que sirva de fonte e que já pudesse ser de antemão conhecido por todos.

No nível doutrinário, elegeram a teoria das fontes formais para definir quem tinha razão no caso, sendo, ainda, tomada a primazia da fonte legislativa e sua literalidade, tanto que indica uma busca como fonte subsidiária aquilo que o legislativo entendeu que foi aprovado em seu processo próprio. Tem-se, mais uma vez, uma investigação empírica em busca de um fato social que sirva de fonte do direito e que autorize uma determinada interpretação.

Por fim, no nível da teoria da decisão, *Pepper v. Hart* indica que o juiz deve buscar definir os critérios definidores do conceito doutrinário do Direito para verificar se eles estão presentes no caso em julgamento para, então, dizer quem tem razão, quem apresentou a proposição verdadeira ou falsa.

Do caso *Pepper v. Hart* emerge, então, uma teoria positivista que indica a jurisdição como uma função eminentemente aplicadora de algo previamente estabelecido pelas fontes jurídicas. Ainda que essas fontes jurídicas demandem interpretação, não fazem que a própria teoria e a jurisdição sejam interpretativas, pois a relevância ainda é a busca de um fato social que sirva de fonte e valide a interpretação proposta. A interpretação tem uma função menos fundamental, justamente porque relevante apenas no último estágio da decisão judicial.

Posto isso, indaga-se: é uma teoria dessas que emerge das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça em torno do Código de Processo Civil? Não parece. Então, continua-se perguntando: essa teoria positivista tem valor e adequação para o Brasil, inclusive para criticar a que subjaz nos precedentes do STJ? À primeira vista, é uma proposta teórica tentadora, pois mostra que o STJ, ao impor interpretações que parecem contrariar o texto do Código e aquilo que se verificou na tramitação do CPC no Congresso Nacional, caberia denunciar a extrapolação realizada, conclamando para se restringir a essa confortável operação, similarmente ao que se deu em *Pepper v. Hart*.

Passa-se a analisar, então, qual teoria emerge dos julgamentos do STJ em análise, se ela é adequada e coerente com os valores consagrados na ordem jurídica. Se não for, vamos observar se a teoria positivista de *Pepper v. Hart* seria uma alternativa melhor, e se não, qual seria.

3 AS RECENTES DECISÕES EMBLEMÁTICAS DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DE ARTIGOS DO CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15) foi aprovado pelo Congresso Nacional após ter havido, na fase de discussão, grande participação de vários setores sociais, merecendo destaque a participação da advocacia por meio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. É o primeiro código brasileiro desse ramo jurídico aprovado em regime democrático, já que os dois anteriores remontam ao Estado Novo e ao período do Regime Militar. Os ares democráticos levaram ao novo diploma consideráveis avanços principiológicos, com reais mudanças na sistemática processual civil, trazendo, inclusive, inédito capítulo para normas fundamentais.

Não obstante, era esperado – e mesmo inevitável – que chegassem ao Superior Tribunal de Justiça desacordos oriundos dos vários tribunais ordinários do país, já que, por expressa dicção constitucional, compete a essa corte superior, mediante recurso especial, solucionar contrariedade e negativa de vigência a lei federal, bem como solucionar divergência jurisprudencial.

Não serão analisadas aqui todas as decisões desse tribunal em torno das normas do mais recente código, pois seria impossível em um artigo científico. Buscaram-se as cinco decisões consideradas por juristas¹⁴ como paradigmáticas e as mais controvertidas e que, em vez de assegurar a vigência e preservação da lei federal, parecem esvaziar-lhe o sentido ou, ao menos, substituir a prescrição intencionada pelo legislador por outra que o Judiciário entendeu por bem, segundo algum motivo particular. É o que se passa a expor.

3.1 Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento

Diante do elevado número de agravos de instrumento nos tribunais nacionais, cabíveis contra qualquer decisão interlocutória, o legislador buscou reduzir seu alcance, estabelecendo em seu art. 1.015 a solução, outrora adotada pelo Código de 1939, da enumeração taxativa das decisões em processo de conhecimento que seriam recorríveis por esse meio¹⁵. Foi uma medida extrema, pois reformas realizadas no regime codificado anterior – como o cabimento preferencial de agravo retido e apenas subsidiariamente a modalidade de instrumento – não haviam conseguido conter a proliferação de recursos dessa espécie.

A doutrina fez fortes críticas a essa opção, mostrando tanto a insuficiência do rol (que não trazia a recorribilidade de decisão sobre incompetência do juízo, por exemplo), como a possibilidade de se retomar o improvisado uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Havia estudiosos que, mesmo criticando a opção legal, entendiam que ela era inequívoca e deveria ser cumprida estritamente, sendo as imperfeições passíveis de solução apenas por meio de alteração legislativa.

De um modo geral, no entanto, não havia dúvida fundada de que o rol taxativo havia sido a opção do legislador, fosse em razão de seu texto iniludível, fosse por exposto relato na exposição de motivos ou, ainda, pelos registros de discussões durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional. Na exposição de motivos, resta claro o que se delineou acerca do agravo de instrumento:

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito *dos quais houver previsão legal expressa*.

Ainda assim, houve partes querendo ampliar interpretativamente esse rol, sobretudo em função da criticável ausência de cabimento de recurso em algumas hipóteses. A questão chegou ao

¹⁴ Vale destacar trabalho de Luiz Dellore na mídia especializada. DELLORE, Luiz. O novo CPC “não pegou”: casos em que o STJ simplesmente não aplica o código – Superior Tribunal de Justiça está reescrevendo o novo CPC? In <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-novo-cpc-nao-pegou-casos-em-que-o-stj-simplesmente-nao-aplica-o-codigo-21012019>.

¹⁵ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - Tutelas provisórias; II - Mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - Exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio ;IX - Admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - Concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Superior Tribunal de Justiça pelos REsp 1.696.396¹⁶ e 1.704.520¹⁷, julgados sob o regime dos recursos repetitivos.

Os casos versavam sobre a recorribilidade, via agravo de instrumento, de decisão pela improcedência de incidente de impugnação do valor da causa e sobre a discussão da competência do juízo, ambas sem previsão expressa no rol codificado.

Em seu voto, a relatora, Ministra Nancy Andrigli, fez o histórico do agravo de instrumento ao longo dos vários códigos, bem como levantou dados da tramitação do projeto de lei do atual, aludindo à exposição de motivos e mesmo a recuperação dos trabalhos legislativos levados ao caso pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IDBP. Restou inequívoco por esse levantamento que havia, sim, o desiderato de restringir o cabimento do recurso por meio de enumeração das únicas hipóteses de cabimento. Inexistia, pois, dúvida do teor da prescrição legislativa. A divergência emergiu contra as consequências imperfeitas dessa prescrição inequívoca.

De fato, quem sustentava ser o rol meramente exemplificativo não duvidava da escolha do legislador, apenas não se conformava com ela nem com o fato de que a correção caberia a nova lei, mantendo-se o Judiciário inerte. Esses autores exortavam a possibilidade e mesmo o dever de ser contornar o problema por via interpretativa, alegando razões principiológicas. É a proposta teórica de Rogério Cruz e Tucci citada no julgamento¹⁸.

A questão posta, então, poderia ser traduzida nos seguintes termos: diante de uma escolha legislativa inequívoca, mas considerada ruim em termos processuais (segundo determinada invocação de princípios), o que cabe ao Judiciário fazer, respeitar e aplicar a escolha do Legislador ou ignorá-la em prol de uma opção que julgar mais adequada?

A solução encontrada pela maioria dos ministros foi uma intermediária entre os dois extremos doutrinários: uma taxatividade mitigada, admitindo o cabimento mesmo em hipóteses não enumeradas, mas apenas “quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Foi rejeitada a hipótese de taxatividade estrita, ainda que inequivocamente reconhecida como a opção do legislador, porque “insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC”.

Também não se acolheu a tese do rol exemplificativo porque “resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo”.

A divergência vencida pode ser sumariada com passagens do voto na Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

A conclusão a que se chega é que o legislador poderia ter disposto de forma diferente sobre o cabimento do recurso de agravo. E parece haver consenso na doutrina que sua opção, tal como exposta na Exposição de Motivos de forma bem explícita, não tem se revelado, na prática, a melhor escolha. Porém, a

¹⁶ REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJE 19/12/2018

¹⁷ REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJE 19/12/2018.

¹⁸ “Na mesma linha de raciocínio, leciona José Rogério Cruz e Tucci que há situações que, a despeito de não catalogadas no rol do art. 1.015 do CPC/15, necessitam obrigatoriamente ser examinadas de imediato, especialmente as questões de ordem pública, as nulidades absolutas e aquelas que conduzem à extinção do processo, sob pena de ofensa ao princípio da razoável duração do processo e ao devido processo legal. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento in Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017. Acesso realizado em 07/06/2018)”.

possibilidade desta Corte agir no lugar do legislador para tentar corrigir eventual equívoco não me parece razoável, pois penso que trará muita insegurança jurídica.

Em seu voto, ela contrapôs os alegados princípios do devido processo legal, duração razoável do processo e mesmo da efetividade da tutela jurisdicional ao princípio da segurança, ameaçado por tal postura do Judiciário de querer alterar eventuais escolhas inequívocas, ainda que ruins, do legislador. Mesmo em relação ao critério de urgência contido no entendimento da maioria a Ministra aponta para os riscos à segurança jurídica: “como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto? Se for assim, qual a razão, então, de ser da atuação do STJ na fixação da tese, que em princípio, deve servir para todos os casos indistintamente?” Mesmo de uma perspectiva das consequências para o devido processo legal e duração razoável, a ministra pondera que “poderá causar um efeito perverso, qual seja, a de que os advogados tenham, a partir de agora, de interpor, sempre, agravo de instrumento de todas as interlocutórias, a pretexto de que se trata de situação urgente, agora, sim, sob pena de preclusão (que foi tratada de forma diferente na lei processual em vigor). E cada tribunal decidirá conforme sua convicção”.

Na proposição vencedora, no entanto, a vontade do legislador foi suficiente para afastar uma das teses (a do rol exemplificativo), mas insuficiente para assegurar a outra (do rol taxativo com interpretação restritiva). Diante disso, qual teoria do direito subjaz nesse julgamento? Façamos o percurso dworkiniano, tanto do voto vencedor quanto da divergência vencida.

No estágio semântico, não buscam um conceito criterial, mas claramente um interpretativo, pois não se ocupam em identificar critérios pela descrição dos usos jurídicos. Em vez disso, ambas as ministras buscam construir uma interpretação que melhor conforme os princípios tidos por pertinentes, de um lado o devido processo legal, do outro a segurança jurídica.

No nível teórico, não há uma submissão a convenções prévias (caso contrário, ter-se-ia prestigiado plenamente a escolha legislativa), tampouco se voltavam para realização de uma determinada finalidade, cabendo, no entanto, ressaltar que a questão se controverteu, como dito, não em razão de uma omissão legislativa, mas em razão das consequências indesejadas de sua aplicação, mas eram indesejadas em função de princípios, e não de metas empíricas a serem buscadas. É possível defender que, nesse estágio, o Superior Tribunal de Justiça, tanto no voto vencedor quanto no divergente, escolheu a integridade.

No nível dogmático, não se apegou apenas às fortes formais do Direito para definir o parâmetro de veracidade das proposições jurídicas, tentando conformá-la com princípios de moralidade política constitucionalizados como garantias fundamentais (como o devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional e segurança jurídica). Não foi ignorada a intenção do legislador, mas ela foi admitida apenas na medida em que não anulasse os princípios invocados.

Por fim, a divergência entre os julgadores ocorreu apenas no nível da teoria da decisão judicial, a proposição vencedora considerou que o Judiciário não pode restar descomprometido com os efeitos das consequências jurídicas da aplicação das normas legislativas; por outro lado, o voto vencido defendia o contrário, sob pena de comprometer a segurança jurídica e mesmo subverter o sistema de preclusões previstas em outras disposições do código.

A adequação e o valor desse capítulo silencioso da decisão do Superior Tribunal de Justiça, e mesmo sua coerência e integridade com o que foi encontrado nas outras decisões, será examinado mais à frente em tópico próprio.

3.2 A fundamentação das decisões judiciais

O segundo precedente a ser analisado é sobre a fundamentação das decisões judiciais, assunto profundamente alterado pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, §1º¹⁹. O texto do dispositivo é analítico e detalha claramente as hipóteses em que a decisão é tida por não fundamentada, merecendo atenção o inciso IV, que exige a apreciação de todos os argumentos das partes.

A relação de uma fundamentação adequada com o devido processo e o contraditório é evidente: de que adianta assegurar a manifestação das partes se o julgador não for obrigado a apreciar seus argumentos, bastando utilizar um próprio que sustente sua conclusão sem mostrar porque é melhor que qualquer outro? A importância dessa exigência é tão elevada que tem previsão expressa no art. 93, IX, da Constituição Federal. Na doutrina, o tema sempre foi elevado à importância fundamental para todo o direito processual.

Além de concretizar as disposições constitucionais, a nova prescrição, que não encontra paralelo no código anterior, teve por objetivo declarado superar entendimento jurisprudencial enunciado sobretudo em julgamentos de embargos de declaração no sentido de que o tribunal ou juiz não são obrigados a enfrentar todos os argumentos das partes. Esse desiderato ficou claro na tramitação do projeto do código no Congresso Nacional. É o que indica José Emilio Medauar Ommati ao defender que “o projeto de Código de Processo Civil significa avanço na realização do direito constitucional à fundamentação das decisões estatais, podendo ser elemento de superação dessa jurisprudência equivocada e inconstitucional”²⁰.

Tem-se, então, disposição nítida, bem alinhada com princípios constitucionais, convergente com a melhor doutrina e cujo desiderato indubitável foi superar corrente jurisprudencial que minimizava o princípio da fundamentação. A justa expectativa, portanto, era o abandono do entendimento pretoriano.

Surpreendentemente, porém, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a nova disposição constitucional consagrava, em verdade, a sua linha jurisprudencial. É o que se observa no voto da Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª região) no voto vencedor dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315²¹:

¹⁹ “art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

²⁰ OMMATI, José Emilio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do novo código de processo civil. in DIDIER JR, Fredie (Org.) **Novas tendências do Processo Civil** – Estudos sobre o projeto do novo Código Civil. Salvador: Juspodiv. 2014. p. 119.

²¹ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude,

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

Tal precedente foi referenciado em mais de 130 julgados posteriores, como revela uma simples pesquisa no site do tribunal. É difícil mesmo se investigar a teoria do Direito utilizada nessa decisão, pois não há mais nada além desse parágrafo transcrito sobre o tema. A julgadora simplesmente não demonstra como concilia o texto, os princípios e o histórico legislativo do Código com a conclusão de que se adequa à jurisprudência que menciona. Há quase que um erro de fato nessa afirmação, pois parece se referir a outro substrato fático, a outro conjunto de palavras impresso na publicação da lei que disciplina do Código de Processo Civil. Referido erro esvazia a prescrição normativa sem qualquer motivação devida.

Não se trata, aqui, de submeter a interpretação obtida após uma construção teórica ao teste de adequação e valor, mas simplesmente indicar um erro intrínseco do raciocínio desenvolvido, pois nada, absolutamente nada no texto parece indicar de maneira tão direta a conclusão de que o novo dispositivo codificado ratificou a linha de entendimento a que é claramente contrário.

Portanto, tem-se nulidade simples, averiguada em um superficial plano dogmático.

3.3 O princípio da colegialidade e os poderes do relator

Em 17 de março de 2016, quando já vigorava o novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 568, dispondo que “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Como a base para esse enunciado foram indicados julgamentos que remontavam a 2004, sendo o mais recente do ano de 2015, quando o atual código ainda estava em *vacatio legis*. A legislação de referência para emissão da súmula foi, portanto, o CPC/73, mais precisamente seu art. 543-C.

Considerando essa questão temporal, a edição dessa súmula não traria maiores dificuldades, pois seria lícito imaginar sua aplicação apenas a atos praticados sob o regime anterior. Isso porque sua literalidade e prescrição não encontra literal acolhida no art. 932, V, do atual diploma, que confere esse poder ao relator apenas nas hipóteses que enumera, excluindo da relação o “entendimento dominante”, substituindo pelo específico rol de precedentes qualificados que indica. Em substituição a essa expressão vaga, julgamentos proferidos em procedimentos especificamente voltados para produzir padrões decisórios. Nesse quadro os poderes do relator só existem diante de um parâmetro mais objetivo e delineado do que um genérico “entendimento dominante”.

Com efeito, o atual sistema prestigiou um conjunto de padrões decisórios aos quais outorgou um regime jurídico diferenciado para fomentar e assegurar sua observância. Um desses meios de fomento é justamente a outorga de poderes diferenciados ao relator, excepcionalizando o princípio do julgamento colegiado em grau recursal.

Considerando, então, que a base normativa da Súmula nº 568 é uma legislação revogada que não encontra parâmetro na atual, era de se esperar não haver maiores dificuldades para restrição

tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum.⁵ Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)”.⁵

de seu uso, como dito, ao julgamento de atos praticados sob a lei anterior, implicando restrição dos poderes do relator para os demais processos.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, passou a aplicar o entendimento sumulado a todos os processos, mesmo em recurso ajuizados sob o novo código. Na prática manteve essa possibilidade de julgamento monocrático a despeito da nova lei dispor diferentemente. É o que se verifica na seguinte ementa:

[...]1. Segundo a jurisprudência do STJ, "a legislação processual (932 do CPC/15, c/c a Súmula 568 do STJ) permite ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível ou, ainda, aplica a jurisprudência consolidada deste Tribunal. Ademais, a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado afasta qualquer alegação de ofensa ao princípio da colegialidade" (AgInt no AREsp n.1.389.200/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe de 29/03/2019).[...]²²

Como se observa, o tribunal propõe uma aplicação combinada da súmula com a nova legislação e ressalva qualquer nulidade em razão da possibilidade de recurso ao colegiado.

Ao se buscar o inteiro teor desses precedentes, percebe-se uma insuficiência de fundamentação, mas é possível identificar a lógica teórica subjacente: deve ser realizada a harmonização entre legislação e jurisprudência, sobretudo quando não parece evidente a contradição entre o que estatui uma nova lei e a jurisprudência anterior, e ambas podem realizar, sem maiores restrições mútuas, princípios fundamentais do processo.

O entendimento sumulado indica uma economia processual em prol da duração razoável do processo, enquanto o atual código busca o mesmo com os precedentes qualificados, razão pela qual acrescentar por meio de interpretação uma hipótese não expressa não implica contraposição de princípios. Se há uma maior indefinição do que seja "entendimento dominante", isso é compensado pela decantação jurisprudencial que há muito trabalha com esse conceito, além de evidenciar que todo precedente vincula, e não somente aqueles descritos no art. 927 ou no art. 932 do Código de Processo Civil.

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça mantém um conceito interpretativo no estágio semântico, busca uma convergência principiológica característica da integridade, na fase de teoria do Direito, e, no estágio doutrinário, trabalha com uma compreensão holística das várias fontes jurídicas, indicando no nível da teoria da decisão judicial que é deferido ao juiz o poder de harmonizar essas fontes, mesmo quando o precedente foi formado sob regime legal anterior.

Mais uma vez, a adequação e valor dessa proposta será examinada em tópico próprio.

3.4 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

Uma das grandes inovações do atual Código de Processo Civil foi a previsão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, inspirada em similar francês (*référé*), que autoriza, no art. 303, que a parte autora requeira pedido de tutela antecipada sem necessariamente desencadear um processo que se desenvolva até um provimento final posterior, dando oportunidade para que as partes se satisfaçam apenas com essa medida.

De fato, a vida forense é pródiga em situações nas quais as partes, tanto autor quanto réu, não têm interesse no prosseguimento de uma demanda após a concessão da medida antecipatória. O desenvolvimento do processo fica, portanto, dependente, na hipótese de deferimento da medida inicial, da oposição do réu, indicando o art. 304 o agravo de instrumento como o meio processual para tanto. Não havendo interposição do recurso, a lei prescreve que a tutela resta estabilizada e o

²² AgInt no AREsp 1310826/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2020, DJe 21/05/2020.

processo arquivado, podendo as partes reabrirem a discussão somente por ação própria no prazo de até dois anos.

Desde sua promulgação, parte da doutrina já sustentava, no entanto, que o agravo de instrumento não seria a única maneira de impedir essa estabilização e encerramento do feito. Como a premissa adotada é a não oposição do réu, caso ele a demonstre inequivocamente ainda que por meio diverso do agravo, como mediante a antecipação da contestação, o processo deverá seguir e se desenvolver, obedecendo às demais complementações exigidas pelo código. Essa é a respeitável opinião de Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael Oliveira²³.

A questão chegou exatamente nesses termos perante o Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 1.760.966²⁴. A parte ré deixou de apresentar agravo de instrumento, tendo, no entanto, antecipado sua defesa, levando o juiz de primeiro grau a revogar, por esse motivo, a tutela antecipada antes deferida. Foi alegada a ofensa ao art. 304, sob o entendimento de que o código não previa nenhuma outra forma de evitar a preclusão da matéria e a consequente estabilização da demanda com arquivamento do feito.

O relator do recurso, Ministro Marco Aurélio Bellizze, lançou seu voto vencedor apresentando dois fundamentos centrais: a) interpretação sistemática e teleológica do instituto, que indicaria a estabilização apenas ante a evidente falta de interesse no prosseguimento do feito; b) a análise consequencialista de que entendimento contrário levaria ao elevado ajuizamento de agravos de instrumento, abarrotando o segundo grau de jurisdição.

Quanto a primeiro aspecto, escreve o julgador que a “ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material”. Por via de consequência, quanto ao art. 304 do código, entendeu que “o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada”.

Quanto ao argumento consequencialista, o Ministro ressalta que “admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada”.

É possível perceber, pois, que foi inserida, por via interpretativa, outro meio de evitar a estabilização da tutela antecipada concedida, a despeito de não haver tão previsão na lei. A ementa do julgamento bem resume o entendimento:

[...] 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. [...]

²³ DIDIER JR, Fredie, Braga, Paula S., e OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2016. p. 690.

²⁴ REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018.

Mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça revela um conceito interpretativo no estágio semântico, pois em vez de indicar uma busca de critérios em comportamentos de outros, busca construir o melhor sentido que compatibilize todos os princípios envolvidos. No estágio teórico, no entanto, mostra um argumento típico do pragmatismo, qual seja, o prestígio à finalidade material e palpável de contenção do número de recursos no segundo grau. Não há estritamente integridade, mas a busca de uma eficiência administrativa na gestão de processos e recursos a orientar o conceito do Direito. Paralelamente, no mesmo estágio, é possível identificar resquícios de uma perspectiva de congruência principiológica própria da integridade, no argumento referente ao contraditório, ampla defesa e economia processual, mas também algo voltado à consequência práticas, pois, conquanto se alegue uma interpretação teleológica e sistemática, não se pode olvidar o elemento pragmático de que a extinção do processo nessas circunstâncias seria imediatamente acompanhada do ajuizamento de uma nova ação, conforme permitido pelo art. 304, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. É certo que isso pode ser considerado respeito ao princípio da economia processual.

No estágio doutrinário, mais uma vez é invocados parâmetros principiológicos ao lado de fontes formais, e no estágio da teoria da decisão judicial indica a possibilidade de o Judiciário complementar o labor legislativo ou mesmo suprir omissões decorrentes de uma leitura mais estrita dos enunciados do Código, se os resultados se apresentarem insuficientes. A descrição dworkiniana de um juiz pragmatista se amolda como uma luva aqui: “não pode haver quaisquer outras restrições menos instrumentais acerca do que os juízes podem fazer, de modo que, quando a eficiência ou algum outro objetivo da comunidade for, de fato, mais bem atendido ao se ignorarem ou reescreverem manifestações do passado, é que devem os juízes pragmatistas fazerem”²⁵.

Como se vê, também nesse precedente, a questão teórica se mostra um pouco mais complexa do que a simples contraposição entre a vontade do legislador e os poderes do juiz aplicador, conforme será desenvolvido mais adiante.

3.5 Limite da multa por embargos de declaração protelatórios

O art. 1.026, §2º, do Código de Processo Civil, trouxe um limite de 2% do valor para a multa aplicada pelo julgador em face de embargos de declaração protelatórios. Não raras vezes, porém, isso importa montantes insignificantes, porque diminuto o valor atribuído à causa, esvaziando qualquer efeito punitivo da medida.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, e no julgamento do EDcl no AgInt no AREsp 1268706/MG, de relatoria do Min. Gurgel de Faria, o tribunal entendeu que, se o valor da causa for de baixo valor, pode o juiz fixar multa em patamar superior ao limite legal de 2% (dois por cento) do valor da causa, a fim de evitar o esvaziamento prático da medida. Contudo, não há qualquer desenvolvimento mais detido na fundamentação desse julgamento que não a simples afirmação da necessidade de se extrapolar o limite da lei. É o que se lê: “Na hipótese, considerando que o valor da causa foi fixado em um mil reais (e-STJ fl. 21), o percentual a incidir sobre esse *quantum* não atingirá o escopo pretendido no preceito sancionador, pelo que entendo cabível a fixação daquela sanção em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)”.

Não houve, portanto, qualquer justificativa adicional que autorizasse o claro descumprimento da lei. O voto condutor não se deu o trabalho de explicar quais princípios autorizavam tal atitude com tamanha simplicidade.

Conquanto seja difícil uma investigação mais detida da teoria subjacente, em razão da escarça fundamentação, é possível perceber, mais uma vez, um conceito interpretativo seguido de uma visão pragmática de busca de resultado prático de eficácia, no caso, satisfação do efeito punitivo. No estágio dogmático, pouca ou nenhuma importância foi dada para a fonte formal da lei, autorizando, no nível da teoria da decisão, uma postura de simples desprezo da lei para

²⁵ DWOKIN, Ronald. Id. *ibid.* p. 33.

satisfação de uma eficácia, mesmo em se tratando de medida punitiva, campo em que a formalidade de apego à literalidade da lei é uma garantia.

4 A CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO QUE EMERGE DOS PRECEDENTES DO STJ E A VONTADE DO LEGISLADOR: SUA ADEQUAÇÃO E VALOR PERANTE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Conforme exposto nos itens anteriores, é possível identificar nos cinco precedentes considerados dois conceitos doutrinários ligados à integridade (rol de cabimento do agravo de instrumento e poderes do relator diante do “entendimento dominante” do tribunal), um erro judicial empírico (caso da fundamentação das decisões) e dois outros conceitos doutrinários pragmatistas (limite da multa por embargos de declaração protelatórios e estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente). Aos conceitos interpretativos, é possível contrapor o conceito criterial identificado no caso britânico *Pepper v. Hart*, que indica um positivismo político-democrático de prevalência da escolha do Legislativo.

Retirando o erro judicial identificado no julgamento no caso da fundamentação das decisões judiciais (que merece ser corrigido o quanto antes), qual dessas três concepções passa no teste de adequação e valor no Direito brasileiro? Em outras palavras, qual dessas concepções de jurisdição estão de acordo com o constitucionalismo brasileiro (já que é a Constituição que delimita a função jurisdicional)?

Antes de responder a essas questões, vale destacar já um problema, consistente na variação teórica encontrada, que oscila entre integridade e pragmatismo. Isso já revela uma falta de consistência teórica da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, traduzindo mesmo uma divergência jurisprudencial entre esses julgados nesses níveis mais profundos das premissas. A isso pode ser somado o fato de que, por não se haver identificado nesses cinco julgamentos um positivismo similar ao de *Pepper v. Hart*, não implica que esse referencial teórico positivista não possa ter sido adotado – como efetivamente o foi²⁶ – em outros casos. Portanto, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça parte ora de um positivismo, ora de um pragmatismo e, em outros momentos, do Direito como integridade, estes últimos referenciais não positivistas. A *jurisprudência lotérica* que tanto já se mencionou ganha com essa constatação nível mais profundo.

Com efeito, é muito comum se apontar e criticar a variação jurisprudencial na solução de questões jurídicas de direito positivo bem delimitadas, como, por exemplo, em torno de algum requisito específico de admissibilidade de um recurso, a interpretação de um determinado artigo de lei ou a respeito da natureza jurídica de algum instituto. Foi mesmo esse comportamento errático que fez emergir instrumentos próprios para estabilização e vinculação de precedentes. Contudo, pouca atenção se dá ao tipo de divergência teórica aqui denunciada, pois ela é menos evidente, justamente por se referir ao capítulo silencioso e menos ostensivo de todo julgamento. É preciso, pois, tratar mais abertamente sobre ela, sendo esse um papel da doutrina.

Assim, a primeira exigência é que o Superior Tribunal de Justiça se decida, por seus vários julgados, se sua jurisdição trabalha com uma concepção positivista, pragmatista ou de Direito como

²⁶ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS. EMBARGOS À MONITÓRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA ASSEMBLEIA DO CONDOMÍNIO. AMPLITUDE DA MATÉRIA DE DEFESA. 1. O procedimento dos embargos ao mandado monitorio segue o rito ordinário (art. 1.102-C, § 2º, do CPC), o que aponta inequivocamente para a vontade do legislador de conferir-lhe contraditório pleno e cognição exauriente, de modo que, diversamente do processo executivo, não apresenta restrições quanto à matéria de defesa, sendo admissível a formulação de alegação de natureza adjetiva ou substantiva, desde que se destine a comprovar a improcedência do pedido veiculado na inicial. 2. No caso, em embargos à monitoria onde havia cobrança de taxas condominiais ordinárias e extraordinárias em atraso, pode o condômino arguir a invalidade das cotas extras, sustentando nulidade da assembleia que as fixou. Precedentes. 3. Recurso especial provido”. (REsp 1172448/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)

integridade. Enquanto não houver uma opção consistente nesse nível, os instrumentos de vinculação e estabilização da jurisprudencial serão meramente superficiais, deixando intocado esse desacordo profundo, que possui consequências práticas palpáveis.

Não se propõe, aqui, a imposição de um modelo, de modo a impedir constantes discussões em torno dos outros, pois tal sufocamento teórico vai de encontro à própria constatação de que o Direito possui inesoravelmente esse tipo de desacordos. No entanto, é preciso fazer emergir essas opções, que não devem ser pressupostas e veladas apenas, para submetê-las ao teste de adequação e valor.

Posto isso, inicie-se pela análise do positivismo político de *Pepper v. Hart*. Esse referencial teórico prestigia em grande medida a segurança jurídica garantida por abordagem formalista, pois diante de uma opção hermenêutica legislativa, não há mais o que se falar de busca de realização de princípios pelo juiz. Não pode o juiz, a todo momento, refazer juízos de princípio para elidir os juízos de mesma natureza realizadas pelo legislador e inserida na lei. Pressupõe-se, desse modo, a prevalência do Legislativo. No devido processo legal é dada relevância ao que ele tem de “legal”, entendido como lei em sentido formal e material.

Nos julgamentos aqui tratados, sob essa perspectiva, ter-se-iam apenas *easy cases*, pois plenamente disciplinados em lei os poderes, ônus e faculdades processuais. E mesmo diante de qualquer ambiguidade a investigação da tramitação legislativa deixa inequívoca que o sentido literal do código foi realmente o que expressa aquilo que se quis aprovar no parlamento, proibindo qualquer inserção não expressa.

Essa perspectiva teórica não passa, no entanto, no teste de valor ou adequação. Inicialmente, porque tanto a doutrina quanto a jurisdição, e mesmo uma concepção geral de nosso constitucionalismo, não reduzem mais a ideia de devido processo legal ao que a lei discipline. Não se exalta a posição do legislador como único conformador de princípios, sobretudo diante de dificuldades hermenêuticas surgidas na aplicação da lei. Indica-se a dimensão constitucional do princípio, no sentido de realizar os vários princípios de moralidade política da comunidade a respeito das garantias processuais, especialmente as constantes na Constituição Federal, e não apenas o princípio formal de obediência ao legislador. Não significa, é certo, que as escolhas legislativas não tenham relevância, certamente elas têm. A proposta é que essas escolhas sejam submetidas a uma análise principiológica, se não em todos os casos – que implicaria por esvaziara prescrição – ao menos nos *hard cases*, definidos na forma a seguir.

Além disso, a opção positivista faz emergir o problema de como lidar com os desacordos que são naturais e inevitáveis para o Direito. Com efeito, se o positivismo jurídico se sofisticou com a incorporação dos princípios em sua modalidade inclusiva (solucionando a primeira crítica de Dworkin a essa teoria), não explica bem o que realmente as pessoas fazem quando compreendem o Direito. Ele não se baseia em critérios, mas em concepções interpretativas que disputam entre si a prevalência. Adotar, pois, o positivismo é ignorar os problemas dos desacordos teóricos do Direito, o que implica deixar de desenvolver instrumental teórico para enfrentá-los.

Por esses motivos, a solução de *Pepper v. Hart* não é adequada nem se inspira nos valores do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Decisões que o pressupõe estão em desalinho com a Constituição Federal. O conceito doutrinário do Direito, portanto, é interpretativo. Deve ser buscada, então, qual a melhor opção valorativa no plano teórico e dogmático, se a integridade ou a eficiência pragmática.

Inicialmente, analise-se o pragmatismo em torno de uma eficiência da prestação jurisdicional no exercício da jurisdição, que trabalha no plano teórico com a centralidade da eficiência e não da integridade. Especificamente sobre a eficiência no direito processual, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron recorrem às lições de Michele Taruffo sobre o assunto:

Segundo Taruffo, há dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência “quantitativa” se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior a eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas equânimes e, complementaríamos, democráticas para aplicação do Direito²⁷.

É possível afirmar que a primeira concepção de eficiência (quantitativa) é a própria do pragmatismo, pois prestigia fins práticos e verificados empiricamente, sendo esse o vetor interpretativo dos enunciados legislativos. Por sua vez, a segunda concepção (qualitativa) é a mais condizente com o Direito como integridade, justamente por sobrelevar a dimensão substancial dos princípios.

Mas isso não significa, diga-se mais uma vez, que o juiz sempre deva simplesmente ignorar a opção do legislador. Também não significa que, como consequência necessária, a solução dada será boa do ponto de vista dos mesmos princípios que deve aplicar.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, dois autores que podem ser apontados como pragmáticos, abordando a questão das capacidades institucionais, defendem que as instituições, ao serem inicialmente criadas passam por um *design institucional* onde são imaginados certos papéis especializados para cada uma delas. O Poder Judiciário, nesse *design*, identifica vácuos de poder e os ocupa, fugindo de suas funções típicas. Daí a indagação: ele pode fazer isto? Trazendo para o objeto de estudo, pode-se inferir que nas decisões prolatadas pelo STJ não houve inércia legislativa, e num segundo ponto o Judiciário não teria capacidade institucional para interpretar contrariamente à disposição expressa de lei? Propõe-se aqui que não.

Além dessa falha interna dentro mesmo de uma perspectiva pragmatista, propõe-se que, em verdade, o pragmatismo como um todo falha enquanto Teoria Geral do Direito.

Por isso, é possível postular que o modelo adequado de jurisdição é o que trabalha com o Direito como integridade, o que afasta a proposta de *Pepper v. Hart* e mesmo o pragmatismo de dois precedentes analisados, e isso se deve principalmente porque o Direito como integridade melhor explica o que seja o Direito, bem como coloca o Judiciário em uma posição estratégia entre a simples deferência às escolhas legislativas e o caos de escolhas arbitrárias ou segundo fins pragmáticos, pois bem equaliza os princípios de moralidade política que são constitucionalizados e servem de normas fundamentais do processo. O Direito como integridade acolhe a possibilidade de concepções diversas de Direito, e as coloca sob a melhor luz, a fim de serem solucionados os desacordos que lhe são naturais.

A jurisdição, nesse âmbito, é o foro de princípios em que o juiz deve construir a melhor resposta, a única resposta, cabível no caso concreto, partindo no estágio semântico de um conceito interpretativo de Direito, no estágio teórico indicando a integridade, no estágio dogmático fazer incluir princípios como critérios de validade e, no nível da decisão judicial, colocar o dever de um juiz convergir todos esses princípios em prol da resposta correta, lendo-os todos sob a melhor luz.

Esse modelo não ignora os desacordos teóricos, porque é possível considerar de maneira diversa os princípios incidentes, mas isso não deve ser submetido a particular compreensão do julgador, mas considerando as diversas instâncias de decisões política, entre elas o Legislativo, cuja escolha hermenêutica deve, aprioristicamente, ser respeitada pelo Judiciário, só cabendo a atuação diretamente por princípios em casos difíceis, caracterizados estes quando não há solução

²⁷ NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo** – com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 209.

legislativa ou, em havendo, as consequências da aplicação dessa solução se apresenta reprovável em função dos mesmos princípios que deveria consagrar.

Portanto, mesmo diante da convergência em torno da integridade, isso não implica necessariamente o acerto das conclusões obtidas ou a impossibilidade de erro. Apenas indica que, nesses julgamentos, partiu-se do conceito doutrinário adequado e não que foi realizada a adequada composição entre os princípios incidentes no caso, inclusive o princípio do devido processo *legal*, que confere inegável importância ao dado de que é a lei, em termos gerais e abstratos, e não o Judiciário, caso a caso, que deve definir os vários poderes, ônus e demais posições subjetivas no processo. É um erro simplesmente enunciar o devido processo legal como um princípio a justificar a desconsideração de uma escolha legislativa inequívoca, pois pode importar falta de integridade, equivalendo, então, a um juízo equivocado.

Dworkin defende que os juízes exercem o sentido fraco de discricionariedade, em casos difíceis, no sentido de que eles têm discricionariedade de que eles têm a palavra final em um caso particular e que realizam os princípios no caso concreto. Porém, nega aos juízes a possibilidade de uma discricionariedade forte, já que reconhecendo a existência dos princípios jurídicos, é evidente que os juízes estão vinculados às normas legais mesmo em casos difíceis.

No caso do rol taxativo do agravo de instrumento, é possível se falar de um *hard case* não em termos de lacuna legislativa, mas de consequência prejudicial a alguns princípios processuais que asseguram a efetividade qualitativa do processo. Com efeito, várias situações prejudiciais para uma das partes ficariam sem qualquer meio processual de tutela no tempo devido. Mesmo uma eficiência no sentido quantitativo resta prejudicado ao se permitir o prosseguimento de um processo por todas as suas fases até, em instância recursal, a questão possa ser revista.

Em relação aos poderes do relator, não é possível se falar que tenha havido uma afronta a uma escolha inequívoca do legislador. Foi a excepcionalização do princípio da colegialidade em prol da estabilização, coerência e integridade entre os precedentes, partindo do correto entendimento de que todos os precedentes importam, e não apenas alguns específicos que o Código tenha dado expressamente algum tipo de instrumento processual de proteção ou promoção.

Os outros dois casos (excepciona-se o erro no julgamento da fundamentação das decisões judiciais) que foram tratados sob uma concepção pragmatista devem ser submetidos a uma análise do Direito como integridade, mesmo para que se perceba que a solução dada pode ser ratificada por esse modelo teórico em um desses casos e no outro não.

No tocante à estabilização da tutela provisória, não há razões principiológicas que autorizem a desconsideração da escolha do legislador. Diante da possibilidade de discutir a questão em até dois anos por processo próprio é meio adequado de se realizar o contraditório e a ampla defesa, ante a falta de ajuizamento do agravo de instrumento pela parte. Portanto, sequer se pode falar de um *hard case*. A decisão do Superior Tribunal de Justiça não só apresentou referencial teórico desalinhado ao exigido pelo Direito brasileiro, como também implicou resultado que não se sustenta se tomado a concepção adequada de Direito.

Por fim, o caso da multa, limitada a 2% do valor da causa na hipótese de embargos de declaração, tem-se um *hard case* no sentido de esvaziamento da própria prescrição legislativa e dos princípios que a sanção busca preservar na hipótese. Conquanto se tenha tratado em termos de resultados econômicos na fundamentação da decisão, um discurso em torno dos princípios levaria ao mesmo resultado.

Portanto, dos cinco julgamentos, entende-se que dois partiram da adequada concepção de uma jurisdição ligada ao Direito como integridade, entregando solução adequada e justa, uma importou erro de fato, e das duas que foram pragmatistas, apenas uma tem resultado adequado e justo ao ser reconsiderada sob a melhor luz da integridade, sendo equivocada a solução em torno da estabilização da tutela de urgência requerida em caráter antecedente.

CONCLUSÕES

É possível apresentar como conclusão desta investigação que o Superior Tribunal de Justiça adota uma postura errática em torno da premissa do que seja a jurisdição que exerce, variado de visões pragmatistas que confere pouca relevância ao que a lei prescreve, caso o fim que entende deva ser realizado seja ameaçado, até uma posição adequada e de valor, que parte do Direito como integridade, passando por visão positivista em outros julgamentos aqui não explorados.

Ademais, identifica-se que há uma tendência de desconsideração da opção do legislador mediante uma visão pragmatista ao se colocar em risco uma *eficiência quantitativa*, no sentido de importar o aumento do número de processos, sobretudo em instâncias superiores.

Contudo, ainda assim, decisões que relevam a opção do legislador são justificadas por razões principiológicas, mesmo que acarrete o aumento do número de recursos, como no caso do rol do agravo de instrumento.

Por fim, tem-se que não só a existência desses desacordos como principalmente as premissas diversas do Direito como integridade reduzem a força hermenêutica desses precedentes, justamente por pressuporem concepção de jurisdição que não passa no teste de adequação e valor com o constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUDNEY, James Jules. The Story of Pepper v. Hart: examining legislative history across the pond. Ohio State Public Law Working Paper No. 124 (May 6, 2010). Disponível <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1601291> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1601291>> em 25 de maio de 2020.

DELLORE, Luiz. O novo CPC “não pegou”: casos em que o STJ simplesmente não aplica o código – Superior Tribunal de Justiça está reescrevendo o novo CPC? In <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-novo-cpc-nao-pegou-casos-em-que-o-stj-simplesmente-nao-aplica-o-codigo-21012019>.

DIDIER JR, Fredie, Braga, Paula S., e OLIVEIRA, Rafael A. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2016.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2010. FELLET, A. L. F.; DE PAULA, D. G.; NOVELINO, Marcelo(org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a de- claração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 117, p. 219-273, 2018.

NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Teoria Geral do Processo – com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm. 2020.

OMMATI, José Emilio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do novo código de processo civil. *in* DIDIER JR, Fredie (Org.) *Novas tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código Civil*. Salvador: Juspodiv. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.