

Supremo e o desafio da 'desmonocratização'

A falta de colegialidade não pode ser remediada do modo imperial como Fux agiu

JOSÉ EDUARDO FARIA

25/10/2020 07:00



Crédito: Lula Marques/FotosPúblicas

A libertação do traficante André do Rap, graças a uma liminar concedida monocraticamente pelo ministro Marco Aurélio Mello, e a posterior revogação dessa decisão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, suscitam muitas discussões.

Uma delas, que não teve o destaque merecido na mídia, envolve um tema clássico da filosofia e teoria do direito. Trata-se da interpretação das leis e de seu alcance. O traficante é um dos líderes do PCC e sua soltura e posterior fuga, o que tornou inócua a decisão de Fux, causaram uma profunda crise na principal corte do país.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

Ao justificar sua decisão, Marco Aurélio disse que se limitou a aplicar a Lei 13.964, que entrou em vigor em 2019 e, entre outras inovações, alterou alguns artigos Código de Processo Penal. Segundo um desses novos artigos, quando houver uma prisão preventiva em andamento, a Justiça deverá “revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”. Como não houve pedido de renovação da prisão, não havia outra saída a não ser soltá-lo, afirmou o ministro.

+JOTA: Tudo sobre STF

Por seu lado, Luiz Fux alegou que, ao se prender demasiadamente à letra dessa nova determinação, seu colega desprezou o fato de que o traficante, além de ser um criminoso de alta periculosidade, já contava com duas condenações em segunda instância. Por isso, Marco Aurélio deveria ter avaliado as consequências de sua decisão e os riscos dela decorrentes para a sociedade – disse o presidente do Supremo.

Esses modos de interpretação do direito positivo – e as divergências sobre as virtudes e os defeitos de cada um – são conhecidos desde o Império Romano. De

inspiração legalista e normativista, priorizando a validade lógico-formal do direito, o primeiro modo é chamado de interpretação *secundum legem*.

De inspiração mais pragmática, o segundo modo de interpretação enfatiza menos os aspectos formais e procedimentais e mais a efetividade do direito. E também envolve argumentações morais, especialmente quando o objeto da interpretação não é uma norma com textura fechada, mas um princípio jurídico. Essa é a interpretação *praeter legem* ou extensiva.

O primeiro modo de interpretação costuma ser adotado por juízes com sólida formação técnico-jurídica de cariz normativista, que veem o direito como um sistema fechado de regras e que optam pelo método lógico-dedutivo na aplicação da lei a um caso concreto.

Já o segundo modo de interpretação parte da premissa de que o direito positivo não consegue abarcar todos os conflitos sociais, motivo pelo qual os juízes devem ser mais criativos nas situações de vazio legal ou nos chamados "casos difíceis". Este modo de interpretação costuma ser adotado por juízes que combinam formação técnica com sensibilidade sociológica.

Encarando o direito como um processo em contínua recriação ou reconstrução por vias hermenêuticas, eles recorrem a métodos interpretativos que permitem a adaptação da lei às circunstâncias de cada caso. Segundo eles, no caso de direitos com forte densidade valorativa, como os relativos às garantias fundamentais, por exemplo, não é possível argumentar juridicamente sem, também, argumentar moralmente.

Esses dois modos de interpretação convivem até hoje, sob enorme tensão. Em princípio, a interpretação *secundum legem* tende a estar mais presente do que a interpretação *praeter legem* nas sociedades com alto grau de integração social, que primam pela estabilidade e pelas expectativas comuns de justiça entre seus cidadãos.

Já a interpretação *praeter legem* tende a estar mais presente do que a interpretação *secundum legem* nas sociedades com baixo grau de integração social, que têm fortes disparidades econômicas e são marcadas por sucessivas explosões de litigiosidade.

Com 56 milhões vivendo na pobreza, 13,8 milhões na miséria e um aumento de 43% no número de desempregados entre maio e setembro num ano de pandemia, o Brasil se encaixa nesse segundo perfil. Por isso, o que a crise gerada pela soltura e

fuga de um traficante perigoso está mostrando não é um problema de legislação ultrapassada.

Pelo contrário, a Lei 13.964/19 teve o mérito de fazer valer garantias constitucionais para uma população carcerária pobre, submetida a prisão provisória, aguardando o julgamento de seus delitos. O que mostra a crise institucional causada pela liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio e a posterior cassação pelo ministro Luiz Fux, na verdade, é um problema de falta de funcionalidade do STF, e que foi exponenciado pelas concepções distintas de ministros em matéria de hermenêutica jurídica.

Em princípio, a divergência em matéria de hermenêutica jurídica é saudável, caso prevalecessem na corte as decisões tomadas com base em sessões plenárias, quando o apego excessivo deste ou daquele ministro por uma interpretação *secundum legem* ou *praeter legem* pode ser contido ou limado durante os debates.

Nos julgamentos colegiados do STF, a argumentação jurídica que os fundamenta tende a transcender a pessoa de seus membros.

Nos últimos tempos, contudo, a prevalência das decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal, que é uma corte colegiada por princípio, rompeu o equilíbrio que deveria haver entre as interpretações *secundum legem* e as interpretações *praeter legem*.

Entre 2015 e 2019, 82% das decisões da Corte foram monocráticas – o auge ocorreu em 2017, com 89,8%.

Por ironia, menos de uma semana após ter solto André do Rap, o jornal *O Estado de S. Paulo* informou, em sua edição de 16 e outubro de 2020, que a polícia procurava 21 criminosos soltos por decisões de Marco Aurélio semelhantes à que tomou no caso do traficante André do Rap.

Liminares concedidas monocraticamente por magistrados com orientação excessivamente normativista, que se prendem ao rigor lógico-formal do direito e não levam em conta a “capa” dos processos nem avaliam as consequências de suas

decisões, como é o caso de Marco Aurélio, acarretam confusões, como acabamos de ver.

Claro, o mesmo risco também está presente quando ministros com orientação diametralmente oposta cometem excessos, exorbitando a interpretação *praeter legem* quando, ao tomar decisões monocráticas, tomam decisões *contra legem* ou, então, criam regras para além das palavras dos textos legais.

Ao tentar preencher o vazio legal com relação a certos conflitos sociais, com o objetivo de assegurar a efetividade do direito, o uso abusivo da interpretação *praeter legem* no limite põe em risco o equilíbrio entre os Poderes e, por consequência, a própria segurança direito.

Na verdade, o principal problema responsável pela crise vivida pelo STF decorrente da soltura e posterior fuga de André do Rap está no número excessivo de decisões monocráticas da corte. Como outras crises ocorrerão enquanto esse problema não for enfrentado, Fux, em seu primeiro mês à frente da corte, tentou equacioná-lo.

Ele procurou assumir uma função “moderadora”, tentando compensar essa grave falha da estrutura decisória do órgão de cúpula do Judiciário: a falta de colegialidade, evidenciada pela profusão de decisões monocráticas e presente até mesmo nas fundamentações idiossincráticas que cada ministro tende a proferir em seus votos tanto nas turmas quanto no plenário.

Contudo, essa falha institucional não pode ser remediada do modo imperial como Fux agiu. O voluntarismo demonstrado pelo ministro na revogação da liminar concedida por seu colega de toga tornou mais evidente a necessidade de reformar o processo decisório do STF. Só esse aperfeiçoamento pode harmonizar os diferentes modos de interpretação e estilos de argumentação adotados pelos ministros – criando consistência na orientação do tribunal, uma posição institucional com univocidade de sentido e autoridade aos olhos de seus próprios membros e dos seus jurisdicionados.

Episódio desta semana do 'Sem Precedentes', podcast sobre STF e Constituição, analisa as quase 12 horas de sabatina de Kassio Nunes. Ouça:

Sem Precedentes, ep 40: A não sabatina de Kass...



JOSÉ EDUARDO FARIA – Professor titular da Faculdade de Direito da USP. Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. Autor de *Corrupção, Moralidade e Justiça*, publicado pela Editora Perspectiva (2019). Foi um dos ganhadores do Prêmio Jabuti na área de literatura jurídica, em 2012.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.