

Carlos Eduardo da Costa Silva: STJ e teses abertas

09/10/2023

Desde que superado o rígido modelo de separação dos poderes, tal como adotado inicialmente na França pós-revolução, tem-se observado, nos países de tradição *civil law*, a delegação cada vez mais acentuada da função típica do Poder Legislativo (a de legislar, claro). No Brasil, não é diferente. Hoje, no país, há, em maior ou em menor escala, delegação legislativa em ao menos três contextos: na positivação de princípios e de normas com conceitos indeterminados, no direito regulatório e, mais recentemente, na instituição do sistema de precedentes.



É na Revolução Francesa de 1789, fundada no

racionalismo iluminista, que repousa a ideia de que a melhor forma de compor interesses antagônicos numa sociedade é por meio da edição de uma lei, formulada por instituição representativa do povo e que, se necessário, será aplicada (*enforcement*) por um juiz imparcial. A instituição desse modelo certamente simbolizou enorme salto civilizatório [1], pois, anteriormente, os conflitos sociais eram resolvidos de acordo com a vontade de uma ou de poucas pessoas detentoras do poder. Mas o aumento da complexidade das sociedades impôs algumas mudanças.

Por algum tempo, acreditou-se que uma só instituição poderia, por meio de um procedimento formal, antever todos as variáveis de um conflito social, editando uma fórmula para a solução ideal das divergências. Para isso, porém, "*o legislador tinha que ter a ciência da terra e a claridade do céu e sentir bem nítido o alvo incerto para que marchamos, na bruma do futuro fugidio*" (BARRETO, 2021, p. 49) — algo, pois, impossível para o ser humano, não importando quantas fórmulas sejam editadas.

O legislador, portanto, precisa reconhecer-se limitado, afastando-se do ideário de Napoleão, que acreditava ter outorgado aos franceses uma norma imune a qualquer acréscimo ou correção, o Código Civil de 1804. Reconhecendo sua limitação, então, o legislador, além de trabalhar mais, por meio da constante atualização das leis do país, opta por delegar parte da sua atividade ao Executivo (direito regulatório e medidas provisórias) e ao Judiciário, por meio

da positivação de princípios, de normas pouco significativas (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) e, mais recentemente, por meio da instituição do sistema de precedentes.

Delegada a função legislativa ao Executivo, institui-se o Direito Regulatório. Não se considera, nesse aspecto, haver delegação legislativa na edição de simples decretos pelo presidente da República, porque esses atos reconhecidamente não inovam no ordenamento normativo. É diferente do direito regulatório, um universo de normas *novas*, que sequer foram cogitadas pelo legislador, cuja função, nesse âmbito, circunscreve-se à fixação da política regulatória, dos padrões mais abstratos possíveis.

Delegada a função ao Judiciário, por sua vez, temos a especificação, no caso concreto, de leis pouco significativas. Explica-se o que se quer dizer.

Não é novidade para o estudante de Direito afirmar que as leis são gerais (dirigem-se a todos, indistintamente) e abstratas (aplicam-se aos fatos descritos, indistintamente). Mas e o que seriam "*leis pouco significativas*"? "*Significar*" consiste em dar sinais, apontar algo, exprimir algo. Quando uma norma diz "*é dever de todo contratante agir com boa-fé*", ela deu poucos sinais do que realmente quer dizer. É o Judiciário que, diante do caso concreto, aponta o *significado* da norma. Por exemplo, interpretando a norma relativa à boa-fé contratual ao contrato de seguro de vida, o STJ fixa: "*a seguradora não pode rescindir o contrato de seguro de vida que vem sendo renovado por longo período, sob a alegação de aumento do índice de sinistros do grupo do segurado*".

Acredita-se que o uso da expressão "norma (ou lei) pouco significativa" exprime melhor o conjunto de normas que reclama especificação pelo aplicador. A doutrina brasileira inteira utiliza, nesse tópico de estudo, as expressões *conceito jurídico indeterminado* e *cláusula aberta* (e mais recentemente a de *postulado normativo*). Discorda-se. Além de ser pouco útil a diferenciação dos institutos, pois ambos expressam a mesma ideia, a locução *cláusula aberta* é autocontraditória. Derivada do Latim, a palavra *cláusula* indica algo fechado, cerrado, concluído (daí a expressão *clausura*). Rigorosamente, portanto, *inexiste cláusula aberta*.

Dito isso, a pergunta que se mostra pertinente a essa investigação é: para que servem as normas pouco significativas? Qual é a utilidade de se adotar, em determinado ordenamento jurídico, normas com alto grau de indeterminação, que dão poucos sinais do significado e do referente?

A utilidade é incalculável. Em muitos contextos, no Direito (e na vida), é impossível prever todas as situações (referentes) possíveis de serem abrangidas pelo conceito empregado na norma. Imagine se o legislador fosse obrigado a dizer, exatamente, em quais situações o indivíduo descumpra o dever de boa-fé objetiva. Haveria, certamente, uma lista enorme de comportamentos previamente catalogados e, ainda sim, insuficiente.

O emprego prudente das normas pouco significativas no ordenamento jurídico confere flexibilidade ao sistema normativo, permite que o juiz implemente justiça no caso concreto, evita a positivação de leis muito específicas, a ponto de demandar constantes alterações e, o mais importante, indica os valores da sociedade.

Tendo isso em vista, voltemos os olhos para o Superior Tribunal de Justiça. Por ocasião do julgamento do EREsp 1886929/SP (definição da natureza do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar), muito se criticou a Corte. Alguns disseram que a tese firmada, depois de muita discussão, não disse nada. Em termos objetivos, o Tribunal, no citado precedente, afirmou que o Rol da ANS é taxativo, mas pode ser flexibilizado, a depender do caso concreto.

De fato, a tese causa certa perplexidade e esse tipo de "indefinição" tem se repetido no STJ em outros casos. Mas há contextos tão embaraçosos sob a jurisdição do Tribunal, que é impossível — ou ao menos imprudente — fixar uma tese cerrada, sem permitir às instâncias ordinárias a adaptação adequada. No EREsp 1886929/SP, por exemplo, a Corte Superior estava diante de difícil ponderação. Precisava garantir às operadoras de plano de saúde o máximo de previsibilidade no cálculo dos seus custos, sem, de outro lado, inviabilizar o tratamento médico de usuários, cuja situação não havia sido prevista ou havia sido mal prevista pela ANS.

Mas sejamos francos. Por mais que a *previsibilidade* dos custos seja valor caro, na regulação dos planos de saúde, a própria ideia de rol taxativo é muito presunçosa. Dadas todas as variáveis presentes num tratamento de saúde, sobretudo diante do avanço constante da ciência médica e da resposta particular de cada indivíduo à terapêutica escolhida, é difícil imaginar que um grupo pequeno de técnicos da ANS possa prever a correspondência exata entre doença e tratamento médico para todo e qualquer caso.

Assim como ocorreu no julgamento do EREsp 1886929/SP, em muitos outros, o STJ vê-se compelido a criar uma *norma pouco significativa*, ao decidir casos repetitivos, delegando às instâncias ordinárias o ajuste adequado entre a hipótese abstrata do julgado e o caso concreto.

É claro que isso tem um enorme contraponto. Como o sistema de precedentes foi criado para a racionalização da litigância de massa, concedendo ao STJ e ao STF a possibilidade de julgar um ou alguns poucos casos, com repercussão em todos os demais casos repetidos, é autoevidente que a fixação de teses abertas, sem apontar uma definição cerrada para a lide, pouco contribui para a racionalização do julgamento dos milhões de processos no país. É por isso que, segundo se crê, a positivação de *normas pouco significativas*, na definição de precedentes, deve ser muito excepcional, sob pena de desvirtuar o Sistema criado no CPC/73, mas consolidado no CPC/15.

De todo modo, a criação de *normas pouco significativas*, no Sistema de Precedentes, confere flexibilidade no manejo das teses, permite ao juiz decidir o caso concreto com certa equidade, procurando a aplicação efetiva da justiça, evita a constante revisão do julgado pela Corte Superior e indica, precisamente, a tendência da jurisprudência que sedimenta a interpretação da legislação federal no Brasil.

Referências

BARRETO, Lima. Recordações do Escrivão Isaías Caminha. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.



COELHO, Fabio Ulhoa. *Biografia Não Autorizada do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição.

[1] A ideia de *salto civilizatório*, aqui, é inspirada no livro *Biografia não Autorizada do Direito*, do Professor Fábio Ulhôa Coelho.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-09/carlos-eduardo-costa-silva-stj-teses-abertas/>