

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA VISÃO PROCESSUAL CIVIL

DENIS DONOSO¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. O que se entende por “discricionariedade judicial”? 3. Análise da discricionariedade judicial, suas virtudes e seus defeitos. 4. Discricionariedade judicial “sob controle”: meios processuais disponíveis para mitigar ou anular seus defeitos. 4.1 Motivação. 4.2 Recorribilidade. 4.3 Estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

A tratativa da chamada discricionariedade judicial é um dos temas que desperta mais interesse no meio acadêmico. Isso se deve — sem espaço para dúvidas — não apenas pelos perturbadores desafios teóricos que o estudo do tema apresenta, mas igualmente porque proporciona situações que, de uma forma ou de outra, atingem todos que de alguma maneira participam do cenário forense, embora forçoso reconhecer que o juiz seja o protagonista de sua ocorrência. Não raramente o julgador faz uso da discricionariedade para, por exemplo, promover a eficácia de direitos fundamentais. Eis, então, as principais razões que me levaram, ainda que com alguma recalitrância, a expor o tema.

A proposta deste texto é, de início, apresentar um conceito para discricionariedade judicial. Em seguida, pretende-se demonstrar que — goste-se ou não —, efetivamente existem não raras hipóteses de exercício judicial com elevada carga de subjetividade, fato que tem seus aspectos positivos e negativos (embora estes últimos sejam os que realmente chamem mais a atenção). Finalmente, partindo da premissa de que poderá haver situações de atuação judicial discricionária, serão apresentados meios colocados à disposição pela ciência processual para mitigar ou anular os seus eventuais defeitos.

O desenvolvimento do tema é, realmente, um desafio (sem exageros), pois exige, já na fase propedêutica, a incursão em temas altamente complexos da Teoria Geral do Direito, notadamente a polêmica sobre o papel do julgador ao colmatar lacunas sistêmicas (visando, claro, promover eficácia aos direitos fundamentais). E as conclusões daí tiradas é que conduzirão ao desenvolvimento dos tópicos seguintes, mais ligados ao Direito Processual Civil.

Importante frisar, desde já, que este artigo é um *estudo de Processo Civil*, e não de Teoria Geral do Processo. Mais especificamente, toma de empréstimo uma situação da Teoria Geral do Direito e propõe-lhe um determinado tratamento à luz daquilo que o Direito Processual Civil fornece como ferramenta (que, afinal de contas, é instrumental).

¹ Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Membro do corpo docente da Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESA/SP). Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados em Processo (CEAPRO) e da Comissão dos Direitos Infantojuvenis da OAB/SP. Advogado e consultor jurídico.

2. O que se entende por “discricionariedade judicial”?

Todo e qualquer trabalho que pretenda receber o rótulo de *científico* — e este não foge à regra — deve estabelecer, antes de mais nada, os conceitos com os quais trabalhará e a partir dos quais formará suas premissas até atingir tal ou qual conclusão, sem o que não pode existir um eficiente canal de comunicação entre o emissor e o receptor das ideias transmitidas².

É dizer, em termos bastante singelos, que se os conceitos básicos não forem muito bem fixados, não há comunicação científica adequada, um problema que parece se repetir em inúmeras discussões jurídicas.

Vem bem a calhar uma clássica afirmação atribuída ao saudoso Prof. BARBOSA MOREIRA, segundo a qual “Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia — a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas — digamos com franqueza — tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar.”³

Pois bem. A relevante questão se repete quando o tema enfrentado é a discricionariedade judicial. As fontes pesquisadas se agarram com excelentes argumentos às suas posições — ora defendendo a existência da discricionariedade, ora rechaçando-a — mas, o que se vê, muitas vezes, são opiniões que tratam de conceitos absolutamente distintos, o que evidentemente inviabiliza conclusões convergentes (ou verdadeiramente divergentes).

O primeiro passo, portanto — e quiçá o mais importante de todos —, é fixar o exato conceito de discricionariedade judicial.

Ressalvo, de antemão, que nunca foi minha pretensão colocar uma pedra sobre a própria questão conceitual, tão conturbada quanto o próprio desenvolvimento do tema. Ao contrário, a fixação de uma definição é mero antecedente lógico de um encadeamento de ideias, jamais isento de críticas, para que se possa, a partir de então, desenvolver o tema.

Assim, *discricionário* é um adjetivo que significa *livre de condições* ou *não limitado*⁴. Traz em seu bojo, pois, a ideia de *liberdade para a tomada de uma determinada decisão*, independentemente da sua natureza.

Ao abordar o assunto, ALESSANDRO RASELLI assim se manifesta: *il potere discrezionale consiste nella facoltà degli organi dello Stato di determinare la propria linea de condotta nell'attività esterna, in mancanza di norme imperative particolari che la regolino, secondo valutazioni di opportunità rivolte a determinare, in rapporto allo scopo della funzione, che cosa importi, nel singolo*

² Cf., na doutrina jurídica pátria: PUGLIESE, Márcio. *Por uma teoria do Direito*. p. 209 e seguintes.

³ O preclaro professor, na oportunidade, tratava da chamada “exceção de pré-executividade”, nomenclatura consagrada na prática do foro, mas há tempos reconhecida inadequada pela literatura processual, por inúmeras razões (que aqui, em razão do enfoque do estudo, não vêm ao caso). BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Exceção de Pré-Executividade: Uma denominação Infeliz. In Temas de Direito Processual - Sétima Série*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

⁴ CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. p. 1534.

*caso concreto, il precetto giuridico generale, posto per gli organi dello Stato: “adempi nel modo piu opportuno la funzione pubblica che ti è demandata”.*⁵ (grifo nosso)

A discricionariedade é um termo de larga utilização no campo do Direito Administrativo, referindo-se aos atos praticados pela Administração resultantes de uma opção feita pelo administrador e permitida pela lei.

Enquanto o exercício da discricionariedade administrativa se encontra nos limites que a própria lei impõe, a respectiva decisão por uma ou por outra opção é *irrecorrível*.

É de se ter em conta, neste diapasão, que a função administrativa se caracteriza pela emanção de atos de produção jurídica complementares, aplicando concretamente a lei (ato primário resultante da função legislativa)⁶.

No campo do Direito Administrativo, pois, a discricionariedade resulta da ausência de objetividade absoluta do comando legal, seja porque não descreve antecipadamente a situação, seja porque a situação é descrita com conceitos vagos (ex: conduta *indecorosa*), ou, por fim, porque a própria norma confere uma liberdade decisória diante de um exame de *conveniência e oportunidade* do agente estatal. Além disso, a análise do caso concreto pode revelar a ausência de discricionariedade do administrador, especialmente nas situações de conceitos vagos, já que todos — apesar de vagos — têm uma *zona de certeza* circundado por uma auréola marginal imprecisa.⁷

Voltando aos caminhos que me propus trilhar — é dizer, a busca de um conceito de discricionariedade *judicial* — apressada e incorretamente — poder-se-ia considerá-la, diante do que expus acima (no trato da administrativa), como a atividade do juiz, no exercício de sua função típica, que, diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal, tem liberdade sobre qual decisão tomar, contra a qual não poderão as partes se insurgir por meio de recursos, porque o ato discricionário, quando respeitados os limites de atuação de quem o aplica, é conceitualmente irrecorrível.

Salta aos olhos, destarte, que *a discricionariedade judicial é distinta da discricionariedade administrativa*, em que pese o fato de que ambas são funções provenientes de um mesmo e único Poder. É que, ao contrário dos atos administrativos, os atos jurisdicionais, especialmente aqueles com conteúdo decisório, em regra quase absoluta, estarão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, ou seja, são *recorríveis*, em conclusão que resulta da leitura do inciso LV do art. 5º da Constituição.⁸

⁵ RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. p. 263. Tradução livre: o poder discricionário consiste na faculdade dos órgãos do Estado de determinar a própria linha de conduta na atividade externa, na falta de normas imperativas particulares que a regulem, segundo valorações de oportunidade dirigidas a determinar, em relação ao objetivo da função, o que comporta, em cada caso concreto, o preceito jurídico geral, posto para os órgãos do Estado: *“Cumpra do modo mais oportuno a função pública que te é requerida”*.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 55.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 386-390.

⁸ Nada obstante, observa ALESSANDRO RASELLI que a unidade fundamental do poder discricionário não se desfaz diante das diferenças de limites e critérios informadores entre a discricionariedade judicial e administrativa, porque se tratam de funções resultantes de um mesmo Poder e com escopos diferentes (*op. cit.*, p. 271).

Que fique clara, portanto, uma sinopse parcial deste estudo: *a discricionariedade judicial não é conceitualmente o mesmo que discricionariedade administrativa, pois tais funções, embora emanadas de um mesmo e único Poder têm escopos diversos. A discricionariedade judicial ocorre quando o juiz, no exercício de sua função típica e diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal, tem liberdade sobre qual decisão tomar no caso concreto, ressalvado, à luz do devido processo legal, o direito da parte de recorrer da decisão. Desta forma, difere da discricionariedade administrativa, pois nesta última a decisão tomada é irrecorrível.*

É preciso repetir — porque tal reflexão nunca será demasiada — que o conceito que acabo de propor não tem a pretensão de ser certo ou errado, tampouco isento de críticas. É pura e simplesmente uma *convenção* que construí e proponho ao meu prezado leitor, com quem quero ter um mínimo de comunicação científica.

3. Análise da discricionariedade judicial, suas virtudes e seus defeitos

Posto o conceito de discricionariedade judicial — ou, pelo menos, convencionado o que ela significará aqui —, resta perguntar: existem situações em que o magistrado tem liberdade decisória, podendo escolher um entre dois ou mais caminhos a seguir?

A meu ver, a resposta a tal questão pode passar por outra pergunta: existe, sempre, uma única resposta jurídica correta?

É evidente que em boa parte dos casos postos à apreciação judicial não existem questões complexas a serem dirimidas, mas meros exercícios silogísticos de subsunção de fatos a normas, quando muito com a apreciação de determinadas provas ⁹ produzidas pelas partes, sem que isso represente qualquer campo de escolha ao julgador.

Nas situações acima não se deverá cogitar da discricionariedade judicial. O juiz aplica a lei ao caso concreto, pura e simplesmente (a rigor, quase que mecanicamente, sem minimizar a importância da atividade desempenhada).

Um exemplo simples facilitará o leitor a visualizar o que acabo de concluir: A (locador) e B (locatário) firmaram um contrato escrito de locação de um determinado bem imóvel, mediante pagamento de aluguel mensal. Passado algum tempo do contrato, B (locatário) deixa de pagar um mês de aluguel, razão pela qual A (locador) move a respectiva ação de execução porque o crédito documentalmente comprovado decorrente do aluguel de imóvel é título executivo extrajudicial (com fundamento no art. 784, VIII, do CPC). Neste caso, não há espaço de liberdade ao julgador, especialmente em se tratando de uma ação de execução, em que existe *objetivamente* certeza jurídica. Os fatos, como postos, sugerem inexistir qualquer discricionariedade judicial. O devedor terá de pagar a quantia e isso não se discute.

⁹ A discricionariedade judicial na apreciação da prova em si, ato com evidente carga subjetiva, é outro assunto que impõe as mais profundas reflexões, sobre o que não trato neste momento, em razão dos escopos deste estudo.

Há, porém, situações que admitem reflexões mais profundas, para as quais podemos dizer que não existe uma única resposta jurídica correta, sem prejuízo da melhor possível e sem negar que existem outras francamente incorretas^{10,11}.

Não esqueça que o nosso sistema jurídico é *aberto*, de tal sorte que a participação recriadora do intérprete é decisiva, certo que a lógica do tudo ou nada não se aplica a ferro e fogo nem mesmo quando estamos diante de regras. Admitir a única resposta jurídica correta equivaleria a suprimir o pluralismo inerente às tensões características dos sistemas democráticos, em que são inadmissíveis princípios e direitos excludentes.

Consequentemente, nosso ordenamento é repleto das chamadas *cláusulas abertas* e *conceitos indeterminados*, cuja completude incumbe ao julgador no caso concreto, numa salutar opção legislativa para aquelas situações em que a objetividade seca da lei não daria soluções adequadas a todas as situações. Importa asseverar, desde logo, que a atividade judicial em casos assim, não representa, a rigor, qualquer agressão ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição), pois, como bem já se observou, “[...] ao se valer deste poder discricionário, o juiz não o faz como um legislador, pois se trata, em realidade, de uma atividade destinada ao suprimento de lacunas, que importa necessariamente o reconhecimento de que o poder discricionário é limitado pelo direito preexistente.”¹²

Adicione-se a todas estas constatações uma Constituição prolixa, aberta e nitidamente pós-positivista. Acima de tudo, entretanto, uma Carta Magna que prevê direitos fundamentais e que recusa qualquer opção que não lhes dê eficácia.

Pois bem, se admito a pluralidade de respostas jurídicas a determinados casos, devo, por coerência, assumir que existe discricionariedade judicial, ao menos dentro do conceito que propus logo acima (liberdade do juiz sobre qual decisão tomar, no exercício da função típica e diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e aplicável comando legal).

Exemplo fácil para ilustrar o que acabo de escrever pode ser refletido na concessão de tutela provisória de urgência, nos termos do art. 300 do CPC. O que é *probabilidade do direito*? O que é um *perigo de dano* ou *risco ao resultado útil do processo*? Um paciente à beira da morte cujo plano de saúde se nega a pagar a cirurgia porque entende que a doença é preexistente tem que trazer aos autos *elementos que evidenciem a probabilidade de que não existe a tal doença preexistente*?

¹⁰ Adoto, aqui, as reflexões de JUAREZ FREITAS. Cf. FREITAS, Juarez. *Existe a única resposta jurídica correta?* In Revista Del Rey Jurídica, ano 7, n.º 15, Belo Horizonte, 2005, p. 18-19.

¹¹ É preciso reconhecer, de todo modo, que a própria identificação de um caso como *difícil* é um problema conceitual preliminar. Muitas vezes a dificuldade pode ser meramente subjetiva, hipótese que de modo algum se encaixa no conceito aqui tratado. Sobre o tema, interessante consultar o trabalho de JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O problema da discricionariedade judicial. Existe uma única resposta correta para os casos difíceis?* Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582>>. Acesso em: 13 jan. 2015).

¹² PAULINI, Umberto. *Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin*. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961>. Acesso em 14 jan. 2014.

Do mesmo modo, o que é *repercussão geral*? Refiro-me, neste momento, ao requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, previsto na Constituição (art. 102, § 3º), regulamentado no art. 1.035 do CPC. Algum voluntário se apressaria em responder que haverá repercussão geral quando existirem “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, em harmonia com o que prevê o § 1º do art. 1.035 do CPC. Mas, no afã de ajudar, deixou de notar o quanto são vagos os critérios legais, isto é, como representam os valores que inspiram o julgador no momento de apreciar a questão. Afinal de contas, o que seria uma questão relevante do ponto de vista social?

Pode-se arriscar que perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo são aquilo que assim pareça aos olhos do julgador¹³; e cada julgador pode enxergar uma mesma situação de forma diversa. Da mesma maneira, repercussão geral é aquela matéria que os ministros STF entendem plausível ser julgada em um dado momento histórico. A mera mudança de composição da Corte pode significar uma alteração sobre a existência ou não de determinada matéria.

Para sair um pouco do campo exclusivamente processual, proponho outra questão: o que é *dano moral*? Inegavelmente, ele pode existir, especialmente porque previsto no âmbito constitucional (art. 5º, V e X, da Constituição) e legal (art. 186 do Código Civil), embora conceituá-lo seja atividade ingrata. Aproveitando a carona, outra indagação: o *nascituro* pode sofrer *dano moral*? As incontáveis concepções sobre o conceito e extensão do dano moral, multiplicadas pelas inúmeras teorias acerca do nascituro perante o ordenamento jurídico representam, neste singelo exemplo, quantas respostas aceitáveis existem a uma mesma indagação. E qual delas prevaleceria no caso concreto?

Em qualquer caso, as arestas criadas pela norma são lapidadas no árduo e contínuo cotidiano forense, com arrazoados das partes e decisões judiciais que se multiplicam, muitas vezes dando soluções diversas a situações rigorosamente idênticas (situação indesejável da qual me ocupo adiante), fugindo do necessário alinhamento que deve ter ao efetivar os ditos direitos fundamentais.

Como se vê, porém, não é em todas as situações que o juiz age discricionariamente, mas é forçoso reconhecer que tais situações estão longe de ser raras. As hipóteses que ventilei aqui — que não esgotam todas as possíveis — comprovam suficientemente o que afirmo.

Por isso é que não me agrada a opinião de ALESSANDRO RASELLI¹⁴ particularmente quando afirma que o juiz exerce em *todas* as suas atividades um poder discricionário que, como aquele exercido nas outras funções do Estado, é caracterizado pela necessária avaliação de conveniência e oportunidade, dirigida a

¹³ Por tal motivo, com todo respeito, nunca me agradou o debate travado por alguns processualistas sobre simplesmente o juiz *poder* ou *dever* deferir tutela provisória de urgência, *se presentes os respectivos requisitos*. Ora, se os requisitos da medida são fruto de conceitos vagos, a discussão perde conteúdo. Parece-me evidente, sob este viés, que o juiz tem o *dever* de conceder a medida se constatar os seus requisitos, *à luz de suas impressões no caso concreto*. Com efeito, seria inimaginável uma decisão judicial afirmar que “embora presentes os pressupostos da medida antecipatória, deixo de concedê-la”; ou “embora ausentes os pressupostos da medida antecipatória, concedo-a.”

¹⁴ *op. cit.*, p. 278.

determinar o que comporta, em cada caso concreto, o preceito jurídico geral disposto para os órgãos do Estado. Isto porque generaliza incorretamente a atividade discricionária do magistrado.

Por fim, mas nem de perto imaginando ter esgotado o assunto, lembro que o fenômeno da multiplicidade de respostas corretas a uma mesma situação jurídica traz, ao mesmo tempo, virtudes e defeitos. Virtudes, porque revela um Judiciário aberto à solução democrática dos conflitos, bem como proporciona um sistema prospectivo, isto é, mais adaptável às inevitáveis mudanças do tempo, fato que inegavelmente contribui para dar eficácia a direitos fundamentais; defeitos, na medida em que desprestigia a isonomia, gera insegurança e, no final das contas, verdadeira injustiça.¹⁵ Isso sem contar na crítica, sempre presente na literatura processual, de um excessivo poder aos juizes. De mais a mais, acaba judicializando conflitos, diante da mera possibilidade de uma decisão favorável, certo que soa contraproducente o Judiciário debruçar-se sobre uma mesma questão quando ela já tenha sido suficientemente debatida e respondida com a finalidade de solucionar conflitos concretos de interesse (pois esta é sua função primordial).

Sem espaço para dúvidas, equacionar tais questões é um desafio. Procuro propor algumas soluções, no âmbito processual, no item seguinte.

4. Discricionariedade judicial “sob controle”: meios processuais disponíveis para mitigar ou anular seus defeitos

Até o momento, este texto deu dois delicadíssimos passos. Em primeiro lugar, procurou convencionar o que é discricionariedade judicial (extremando-a da administrativa); em segundo lugar, analisou-a, demonstrando de forma empírica que existem situações nas quais ela efetivamente acontece, pois reconhece-se o fenômeno da multiplicidade de respostas jurídicas corretas (sem prejuízo da melhor possível e sem negar que existem outras francamente incorretas), pois nosso sistema jurídico é aberto (a participação recriadora do intérprete é, deste modo, decisiva), recheado de cláusulas abertas e conceitos indeterminados que exigem interpretação judicial (o que não se confunde com o ato de legislar).

Ademais, as conclusões parciais até agora construídas levaram-me a concluir que o fenômeno da multiplicidade de respostas corretas tem defeitos, que podem ser resumidos no desprestígio da isonomia, na insegurança jurídica, na excessiva concentração de poderes no juiz e na desvirtuação da atividade jurisdicional.

Algumas doenças simplesmente não têm cura, mas são controláveis com medicamentos que garantem uma vida confortável ao sujeito. Nesta visão, o sistema jurídico teria uma “doença congênita” (ele simplesmente tolera múltiplas respostas corretas a uma mesma situação jurídica que gera os defeitos acima destacados), para a qual o Processo oferece remédios eficazes para seu controle, sem que haja uma cura efetiva.¹⁶

¹⁵ O assunto é brilhantemente abordado por MARCO AURÉLIO SERAU JR. e SILAS MENDES DOS REIS; Cf. SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Manual dos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Método 2012, p. 145 e seguintes.

¹⁶ É preciso uma “licença poética” para qualificar a possibilidade de múltiplas respostas, num sistema formado por cláusulas gerais, como uma *doença*. A depender do enfoque, esta característica

Em outras palavras, creio que existam meios legais para combater tais defeitos. Refiro-me especificamente sobre (i) a necessidade de fundamentação das decisões judiciais; (ii) a recorribilidade dessas decisões; e (iii) a imperiosa estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical das decisões judiciais. Trato, resumida e separadamente, de cada um deles.

4.1 Motivação¹⁷

Como se sabe, toda decisão judicial deve ser fundamentada.

A motivação das decisões judiciais é considerada não só um *princípio processual*¹⁸, mas também um direito fundamental do jurisdicionado¹⁹, sendo uma imposição constitucional tida como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna). O art. 93, IX, da Constituição, que prevê a exigência de fundamentação, é claro, a propósito, ao estabelecer que a decisão não fundamentada é nula.

No plano legal, afirma-se com acerto que nosso ordenamento jurídico adota (e continuará adotando) o princípio da persuasão racional, que garante liberdade ao juiz no exercício de sua atividade decisória, impondo-lhe, todavia, que indique os motivos de seu convencimento, como se lê no art. 371 do CPC.²⁰

Numa perspectiva extraprocessual, a fundamentação tem aspectos políticos, porque concretiza o Estado Democrático de Direito, *legitimando a decisão* ao permitir o controle de sua legalidade. Ora, “na medida em que o processo é o instrumento por meio do qual o Estado exerce seu poder jurisdicional, e tendo em vista que a motivação e a transparência dos atos estatais são traços característicos da democracia, não faria sentido estabelecer, como regra geral, o segredo e a imotivação das decisões judiciais”.²¹

Na perspectiva endoprocessual — a mais palpável ao jurisdicionado —, é indesmentível que a exigência de se motivar as decisões judiciais permite o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que dá a possibilidade do conhecimento das *razões* que levaram o juiz a decidir de determinada maneira e consequentemente abre a oportunidade de questionar, pela via recursal, tais razões.

futuras (e atualmente invisíveis), como mencionado anteriormente neste mesmo escrito. Por isso, utilizo o termo exclusiva e especificamente no contexto deste tópico.

¹⁷ Sobre o assunto, convivo a ler meu trabalho sobre motivação da sentença, de onde extraí a maior parte das ideias tratadas neste item: DONOSO, Denis. *Motivação da Sentença. Características e Perspectivas Extra e Endoprocessuais. Consequências Resultantes da Ausência de Fundamentação*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Dialética, v. 59, p. 25-45, 2008.

¹⁸ Neste sentido, consultar: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais*. Dissertação (mestrado). Or. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: PUC, 2003, p. 24 e seguintes.

¹⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 3ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 264.

²⁰ Art. 371. “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

²¹ SACCO NETO, Fernando. *Análise das novas redações dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal de acordo com a EC n.º 45*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al, *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 244.

Voltando-se especificamente ao assunto de que me ocupo, merece destaque a previsão do art. 489, § 1º, II, do CPC. Da leitura deste dispositivo legal, pode-se concluir que *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”*.

Perceba, caro leitor, que o dispositivo foi redigido “sob medida”. O próprio legislador processual, reconhecendo a existência de conceitos jurídicos vagos no ordenamento jurídico, impõe ao magistrado uma “especial motivação” ao exigir que sejam expostos os motivos concretos de sua incidência no caso.

Neste contexto, a exigência de motivação das decisões judiciais — em especial a imposição a que se refere o art. 489, § 1º, II, do CPC — é um importante instrumento de equilíbrio para um sistema que tolera a discricionariedade judicial, pois, como se vê, afasta a possibilidade de uma “ditadura judicial”, com excessiva concentração de poderes nas mãos do juiz naqueles casos que admitem múltiplas respostas.

4.2 Recorribilidade

A recorribilidade das decisões, fruto do princípio do duplo grau de jurisdição, também é um importante instrumento de equilíbrio diante da discricionariedade judicial.

Como se sabe, o princípio do duplo grau de jurisdição “quer significar que toda decisão proferida por um magistrado (o órgão *a quo*) é passível de recurso para outro (o órgão *ad quem*) que tenha condições de revisar, no sentido amplo, aquela decisão.”²²

Não que uma segunda decisão, emanada de julgador(es) mais experiente(s), seja qualitativamente melhor.²³ Mas é inegável que a simples recorribilidade das decisões judiciais *afasta definitivamente a discricionariedade judicial em grau tão elevado como o que se vê na função administrativa*.

Se a apreciação discricionária desagrada à parte, a possibilidade de recorrer funciona como um alívio para esta tensão, mais ainda porque previne, aqui novamente, a indesejável concentração de poderes num único julgador.

Aliás, a preocupação central do duplo grau de jurisdição parece mesmo ser a de afastar qualquer abuso de poder ou obstar a criação de “déspotas togados”. Como bem pondera NELSON LUIZ PINTO, “[...] sem o duplo grau de jurisdição correr-se-ia o risco de o juiz julgar-se soberano e infalível, tornando-se despótico (...). Isto atentaria contra o próprio Estado de Direito [...]”.²⁴

Naturalmente, se o caso assim permitir, as decisões nos âmbitos recursais também serão discricionárias. Mas não há dúvidas de que a possibilidade de revisão

²² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

²³ Embora se espere que a decisão colegiada proveniente de um tribunal tenha mais possibilidades de ser melhor que uma decisão monocrática. Consultar: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 70.

²⁴ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

dos entendimentos subjetivos é um instrumento valioso na mitigação dos poderes que invariavelmente decorrem de atos discricionários.

É oportuno lembrar, neste momento, que a decisão que julgar o recurso deverá ser fundamentada, na linha daquilo que demonstrei no item anterior. Os instrumentos de controle, assim sendo, interagem.

4.3 Estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical

A estabilização da jurisprudência, conjugada com o respeito aos precedentes estabilizados, representa a última etapa na mitigação da discricionariedade judicial. Para além disso, estes remédios, se bem ministrados, podem significar mais do que um mero controle da doença, levando à desejável cura, porque, após a maturação da questão à luz do devido processo legal, põe de lado a multiplicidade de respostas jurídicas adequadas para assumir apenas uma como aceitável na prática do foro, situando o pragmatismo acima do cientificismo, malgrado possam — e talvez devam — haver hipóteses de oxigenação.

Pois bem. Tomemos o exemplo do dano moral ao nascituro acima exposto. O caso prático proposto é real. Em um dado momento, o fato ocorreu e foi levado ao conhecimento do Judiciário, que decidiu em variados graus recursais no contexto em que foi provocado, até que o STJ (guardião da lei federal) desse a última palavra: “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*”, conforme o julgamento do REsp 399.028-SP pela 4ª Turma datado de 26 de fevereiro de 2002. Ou seja, ainda que possam ser dadas várias respostas à questão, o Judiciário, *neste caso concreto, deu apenas uma — a sua —*, cumprindo sua função de dirimir o conflito concreto de interesses.²⁵

Ocorre que outras situações em que se pleiteia dano moral ao nascituro em decorrência da morte de seu pai (que sequer conheceu) chegaram e chegarão ao conhecimento do Judiciário. O que se espera, em primeiro lugar, é que os tribunais não alterem seus entendimentos firmados em casos anteriores (estabilização da jurisprudência), mantendo-se coerentes com o que decidiram em casos análogos. Mas, em segundo lugar, também se espera que os tribunais de segundo grau (estaduais ou regionais) decidam harmoniosamente ao que se estabilizou nas instâncias extraordinárias, assim como que as instâncias de piso (juízes monocráticos) não destoem da orientação que vem sendo seguida pelos respectivos tribunais (compatibilidade vertical).

Se assim ocorrer, de uma só vez haverá prestígio à segurança jurídica — porque previsíveis serão as decisões judiciais — e à isonomia, pois a casos iguais serão dadas soluções iguais. Na seara da ciência, muito se pode discutir sobre o assunto, mas na prática cotidiana já se saberá que o Poder Judiciário reconhece que o nascituro pode sofrer dano moral.

²⁵ “[...] o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como aos juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 88.

Evidentemente, quando uma nova questão que admite múltiplas respostas corretas é colocada à apreciação do Judiciário, nem sempre — e talvez nunca — as respostas dos inúmeros órgãos jurisdicionais serão idênticas. Por isso, o sistema deve criar mecanismos que permitam a uniformização da jurisprudência, para que de diversas possibilidades apenas uma se sobressaia.

Como bem pondera LUIZ GUILHERME MARINONI, “[...] embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *commom law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). [...] o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade.”²⁶

O revogado CPC/1973 bem que tentou concretizar esta postura, mas nem sempre foi bem sucedido. Por exemplo, previu o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479), instituto que curiosamente jamais “vingou” na prática do foro, sendo lamentavelmente raras as notícias de sua aplicação.

Há, felizmente, boas perspectivas no horizonte, inclusive em razão de novidades trazidas pelo CPC vigente.

Começemos por aquilo que já tínhamos e que continuamos tendo. Refiro-me, aqui, ao recurso especial, pois uma de suas hipóteses de cabimento é justamente a divergência jurisprudencial (art. 105, III, c, da Constituição) com finalidade de uniformização de entendimentos (respostas). Igualmente, o recurso de embargos de divergência (arts. 1.043-1.044 do CPC), bem como a edição de enunciados de súmulas pelos tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ).

Mas, uma vez uniformizada a jurisprudência, é de extrema importância a sua estabilidade, de modo a tornar previsível o resultado de um julgamento. É digno de repúdio, neste viés, que tribunais mudem repentinamente suas orientações, sem que novas circunstâncias justifiquem tal postura.²⁷

O CPC vigente mostrou-se sensível a esta situação, de modo que nele fez inserir o art. 926, segundo o qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Estabilização — não é excessivo repetir — proporciona segurança jurídica. A *discricionariedade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza*. Embora a questão possa permanecer aberta nos debates acadêmicos, ela está respondida no ambiente jurisdicional, até porque a função jurisdicional se

²⁶ *Op. cit.*, p. 155.

²⁷ Isso não significa que seja defensável o “engessamento” da atividade jurisdicional. A proposta, bem longe disso, é que haja regras para a mudança de entendimentos consolidados (*overruling*), como, por exemplo, a previsão dos §§ 2º ao 4º do art. 925 do CPC-2015. Dados os propósitos deste escrito, todavia, a questão não será aprofundada aqui. Sobre o tema, consultar o esclarecedor estudo de ANTONIO DO PASSO CABRAL, abordando com profundidade e clareza estes tópicos: CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica de julgamento-alerta*. In GALLOTTI, Isabel, et al, *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, pp. 31-54.

presta precipuamente a solucionar conflitos concretos de interesses, e não a fomentar discussões teóricas pura e simplesmente, por mais interessantes que sejam (e normalmente o são). Não se desvirtua, assim sendo, a função jurisdicional.

Mas não basta estabilizar a jurisprudência. É preciso seguir suas orientações, respeitando e seguindo, nas instâncias inferiores, o que se decidiu nas instâncias superiores, ainda que, porque o Brasil segue a tradição dos países da *civil law*, nossos precedentes sejam meramente persuasivos (não vinculantes, em regra, com exceção da súmula vinculante).

Em complemento ao que afirmei anteriormente, portanto, *a discricionariedade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza, especialmente porque neste momento os juízos das instâncias inferiores devem respeitar as orientações das instâncias superiores.*

Não se pode coadunar com “rebeldias judiciais”, ainda que em nome de valores como a independência e autonomia judicial, que — faço questão de frisar — é *limitada em nome da coerência sistemática*.²⁸ Só assim serão eliminadas agressões à isonomia, pois casos idênticos terão decisões idênticas. Bem por isso, é digna de aplausos a redação do art. 927 do CPC, que impõe a compatibilidade vertical de decisões, que deve ser lida em conjunto com a previsão do art. 489, §1º, II, sobre o qual já me manifestei no item 4.1 supra.

Em resumo: a discricionariedade judicial é fenômeno possível diante das situações que admitem mais de uma resposta jurídica correta. É saudável que o sistema esteja aberto a discussões voltadas à sua própria maturação (virtude). A permanência excessiva desta situação, entretanto, é maléfica, pois potencializa os defeitos que mencionei anteriormente. Daí porque, formada a jurisprudência que dará resposta uniforme à pergunta, deve-se não apenas estabilizá-la, mas especialmente respeitá-la em todos os graus de jurisdição. A partir deste momento, quanto a esta questão, não mais se poderá falar em discricionariedade judicial. As energias do Poder Judiciário poderão ser direcionadas a responder outras (e novas) questões.

Conclusões

Após todas as considerações acima articuladas, em conclusão afirmo:

(i) A discricionariedade judicial é a liberdade decisória do magistrado sobre qual decisão tomar diante da ausência de objetividade absoluta do respectivo e

²⁸ Oportuna a observação de LUIZ GUILHERME MARINONI: “[...] ainda existe, nas entranhas da doutrina e da vida dos operadores do direito, a ideia de que, por não haver hierarquia entre os juizes, estes não devem respeito às decisões dos tribunais que estão sobre eles. Na verdade, o equívoco se encontra no significado que se retira da palavra hierarquia, misturando-se independência e autonomia com inexistência de respeito às decisões ou, nesta dimensão, com insubordinação. É evidente que, quando se fala, no sentido antes exposto, em hierarquia, não se pretende negar a independência e a autonomia dos juizes. Pretende-se apenas evidenciar que, por uma razão lógica derivada da função e do lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais.” *Op. cit.*, p. 169.

aplicável comando legal, *ressalvado o direito da parte de recorrer da posição assumida pelo julgador*.

(ii) A discricionariedade judicial não se confunde com a discricionariedade administrativa.

(iii) Nosso ordenamento jurídico é aberto, recheado de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, em cujo ápice está uma Constituição prolixa, de tal modo que existem lacunas cuja completude incumbe ao julgador no caso concreto.

(iv) Deste modo, frente à necessidade de colmatar os espaços vazios, diante da complexidade das questões que podem ser colocadas, pode-se afirmar que não existe uma única resposta jurídica correta em inúmeras situações. Neste contexto é que se constata, empiricamente, a discricionariedade judicial, rente ao conceito proposto.

(v) O fenômeno da multiplicidade de respostas corretas a uma mesma situação jurídica traz, ao mesmo tempo, virtudes e defeitos.

(vi) As virtudes são, a uma, a possibilidade de uma solução democrática dos conflitos; a duas, proporcionar um sistema prospectivo, isto é, mais adaptável às inevitáveis mudanças do tempo. Indisfarçavelmente, esta circunstância proporciona melhores condições à eficácia de direitos fundamentais.

(vii) Os defeitos são a possibilidade de desprestígio à isonomia, geração de insegurança jurídica, concentração de um excessivo poder aos juizes e a multiplicação de demandas.

(viii) O Processo oferece meios legais para combater os defeitos apontados, de modo a otimizar o sistema, a saber: a necessidade de fundamentação das decisões judiciais; a recorribilidade dessas decisões; e a imperiosa estabilização da jurisprudência e compatibilidade vertical das decisões judiciais.

(ix) Ao se exigir motivação das decisões, mitiga-se a alegada concentração de poderes no julgador.

(x) A recorribilidade da decisão abranda a discricionariedade e distancia, definitivamente, as instâncias judicial e administrativa.

(xi) Possivelmente, contudo, o meio mais eficaz para eliminar os defeitos é a estabilização da jurisprudência e a compatibilização vertical das decisões.

(xii) A discricionariedade judicial acaba no exato momento em que a jurisprudência se estabiliza, especialmente porque neste momento os juizes das instâncias inferiores devem respeitar as orientações das instâncias superiores. Ao firmar jurisprudência, estabilizando-a e respeitando-a em todas as instâncias, dar-se-á *uma* resposta à questão, dirimindo o conflito de interesses concretamente. Prestigia-se a segurança jurídica (as decisões judiciais serão previsíveis) e a isonomia (pois a casos iguais serão dadas soluções iguais), razão pela qual é fundamental que o sistema crie mecanismos de uniformização da jurisprudência, bem como técnicas que imponham sua observância em todas as instâncias (de “cima” para “baixo”).

Bibliografia

- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: RT, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação Infeliz. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, Sétima Série, 2001.
- CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica de julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel. et al. **O papel da jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.
- CALDAS AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Edição Brasileira, Rio de Janeiro: Delta, 1958. v.2.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O problema da discricionariedade judicial. Existe uma única resposta correta para os casos difíceis?** Teresina, *Jus Navigandi*, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafaela. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008. v. 2.
- DONOSO, Denis. Motivação da Sentença. Características e Perspectivas Extra e Endoprocessuais. Consequências Resultantes da Ausência de Fundamentação. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo: Dialética, v. 59, pp. 25-45, 2008.
- FREITAS, Juarez. Existe uma única resposta jurídica correta? In: **Revista Del Rey Jurídica**, *Belo Horizonte*, ano 7, n.º 15, 2005.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais**. Dissertação (mestrado). Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.), São Paulo: PUC, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- PAULINI, Umberto. Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961>. Acesso em: 14 jan. 2014.
- PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PUGLIESE, Márcio. **Por uma teoria do Direito**. São Paulo: RCS, 2005.
- RASELLI, Alessandro. **Studi sul potere discrezionale del giudice civile**. Milão: Giuffrè, 1975.

SACCO NETO, Fernando. Análise das novas redações dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal de acordo com a EC n.º 45. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional. V. 5, n. 45, 2004. São Paulo: RT, 2005.*

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Método, 2012.