

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EDUARDO ALVES CORDEIRO DE SOUZA

PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

APARECIDA DE GOIANIA - 2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EDUARDO ALVES CORDEIRO DE SOUZA

PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial, para conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, na Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Rogerio Licastro Torres de Mello.

EDUARDO ALVES CORDEIRO DE SOUZA

PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof.(a)_____

Prof.(a)_____

Prof.(a)_____

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso concreto, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial, supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.” Hans-Georg Gadamer

“A liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto.” Teresa Arruda Alvim Wambier

RESUMO

A monografia pretende traçar um panorama da atual posição do Direito Processual Civil frente aos influxos de uma virada na forma de compreensão do Direito como um todo, a partir de uma nova teoria neoconstitucionalista, atendo-se ao incremento do poder do juiz na criação de soluções adaptadas ao caso concreto, bem como tenta demonstrar que realidade já pode ser bem delineada a partir do atual cenário legislativo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil – neoconstitucionalismo – neoprocessualismo – a poder discricionário do juiz

ABSTRACT

The monograph aims to give an overview of the current position of Brazilian Civil Procedure against inflows of an upset in the way of understanding the law as a whole, from a new neo-constitucionalist theory, sticking to the increase of the power of the court in creating solutions adapted to the case and tries to show that reality can now be well delineated from the current legislative arena.

Keywords: Civil Litigation - neoconstitutionalism – neo-processualism - the discretion of the judge

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE PARA O PROCESSO	8
2. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO	14
2.1. O Modelo Cooperativo de Processo e os Deveres do Juiz	15
3. MOMENTOS DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	17
3. 1. Juizados Especiais	17
3. 2. <i>Forum Shopping e Forum non Conveniens</i>	18
3. 3. Multa Processuais, Cauções, Honorários Advocatícios, Valor da Pensão, Guarda dos Filhos. O Julgamento por Equidade	17
3. 4. Cláusula Geral do Reconhecimento do Abuso de Direito	19
3. 5. Fungibilidade entre Ações, Recursos e no Processo Cautelar	20
3. 6. Sanções Aplicáveis nas Ações Cíveis Públicas por Improbidade Administrativa	20
3. 7. O Art. 461, § 4º (Multa) e § 5º (Medidas Coercitivas Admissíveis) do Código de Processo Civil	21
3. 8. O Poder Geral de Cautela	21
3. 9. As Cláusulas Gerais em Direito Processual Civil	23
3. 10. Máximas da Experiência que Ajudam na Concretização das Cláusulas Gerais	21
3. 11. Poderes Instrutórios do Juiz, Ônus da Prova <i>Ope Iudicis</i> e Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	26
3. 12. Modução dos Efeitos nas Decisões que Declaram a Inconstitucionalidade e o Reconhecimento da Repercussão Geral	28
4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DAS “DISCRICIONARIEDADES”	31
5. ESCOLHA DE TESES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS	33
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

Temos atualmente um amplo questionamento sobre os limites necessários à atuação jurisdicional sem que estes representem, por si só, já uma antecipação da impossibilidade de solução justa dos conflitos. Emerge então a ânsia por uma fórmula tão sofisticada quanto a miríade de questões que podem cair nas mãos de um juiz em busca de uma solução a ser dada pelo Poder Público.

Nesse sentido, a própria causa levada ao conhecimento do Poder Judiciário pode exigir adaptações do rito, ou mesmo à própria recusa de seu conhecimento (ou da determinação de sua adequação para que seja admitida). Esse ambiente será propício para a atuação de uma discricionariedade judicial.

Aos poucos essa tendência veio se instalando na legislação e na jurisprudência, de forma que na atualidade, próximos de uma inovação profunda do Processo Civil, um dos maiores fóruns de debates é justamente aquele que discute como, sem riscos para a segurança jurídica e o acesso ao Judiciário, podemos conformar um processo justo e, assim, célere.

É claro que os desafios são imensos. O processo custa caro; o País é povoado por uma população heterogênea (econômica e culturalmente); os Estados não possuem autonomia factual digna de uma Federação bem delineada, muitas vezes vivendo a custas de repasses do ente central; a deficiência da atuação dos serviços públicos se faz sentir no aumento e acúmulo vertiginoso das lides forenses. Parece que temos, diante de nós, uma escolha clara pela judicialização das questões sociais e dos problemas do cotidiano. Enfim, precisamos de uma resposta “à brasileira” para o tão sonhado *aggiornamento*¹ dos “processos” há muito discutido.

O presente estudo pretende demonstrar que nosso sistema processual civil já conta com um sem número de possibilidades, todas baseadas num poder crescente dos órgãos judiciais, para fazerem frente a tais anseios.

Assim, inicialmente apresentamos uma importante incursão sobre o significado da expressão discricionariedade para o mundo jurídico; num *continuum*, apresentamos o que nos parece ser a base teórica mais sólida para se fundamentar qualquer validade de pensamento jurídico na atualidade, qual seja o neoconstitucionalismo e sua vertente processual; por fim, elencamos alguns casos nos quais a discricionariedade judicial foi adotada, desmistificando alguns deles.

¹ Expressão colhida na obra de Fredie Didier Jr., Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 14ª edição, 2012, pág. 27

1. NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE PARA O PROCESSO

O Direito segue recheado de termos equívocos. Um perigo: no lastro dessa equivocidade há uma tendência argumentativa de se esquecer do significado jurídico de uma expressão, passando a próximas etapas do pensamento, baseando-se unicamente numa noção vaga, apta a consolidar uma semântica sincrética e, a partir de então, desenvolver-se um raciocínio mais ou menos coerente, mas muitas vezes sofrível.

O termo “discricionariedade” é um desses. Num País com a herança histórica recente como a nossa, que se faz sentir no cotidiano, em que inclusive é difícil um dia sem que não nos defrontemos com ela, o primeiro sentido encontrado nas ruas seria o da própria arbitrariedade. Assim também percebemos nas declarações de alguns agentes públicos de plantão, geralmente aqueles que de alguma forma (que não as mais legítimas) acabaram por galgar uma posição dentro da estrutura estatal. Em Direito, contudo, a discricionariedade é expressão chave para a compreensão do funcionamento das instituições de Direito Público, inclusive a processualística.

“90. *Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.’*”²

O que temos, antes de tudo, é de consolidar a ideia de que o ato administrativo, bem como o judicial, são atos do Estado. A bem da verdade, a divisão de funções do Estado exigiu essa especialização. Enquanto os primeiros estão para a dita “razão de Estado”, os segundos contam com uma maior participação, direta, dos interessados. Essa “fonte” em comum, decorrente do seio do poder (o *jus imperii*), pode bem ser constatada pelo “fóssil” da discricionariedade presente na atuação do Poder Judiciário em sua *função típica*.

Perceba-se que, mesmo na concepção do administrativista, supra referida, a norma abstrata depende de uma vontade realizadora. No caso da decisão judicial – que também é fonte normativa, conforme o próprio CPC, 468 –, ao contrário da administrativa, ela possui *status constitucional* quanto à necessidade de sua motivação (CRFB, art. 93, IX).

A motivação especial, exigida para a decisão judicial, tem razão de ser. Somente a jurisdição possui atribuição para, com caráter de definitividade, resolver as lides surgidas no âmbito

² Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição, pág. 426.

da sociedade. Por conta disso, forma-se uma superestrutura, apta a controlar eventuais equívocos ou desvios. Esse controle apenas pode se dar por meio da *motivação*.

Não se olvida, é claro, que a motivação também há de constar nos atos administrativos. Contudo, como é de sua própria natureza a possibilidade de controle por outro Poder, de forma que a gravidade das consequências da conclusão a que eventualmente se chegue no ato administrativo, não será causa da mesma preocupação quanto a deferida pelo sistema jurídico às decisões judiciais.

O problema que se posta à nossa frente é encontrar os *loci* da discricionariedade dentro da atuação do juiz. Claro, como já explicado, saber onde se encontra essa discricionariedade é uma importante arma na composição das lides, bem como do controle das decisões judiciais. Premida que se encontra pelos paredões rochosos do grande quênion das leis, as águas das decisões judiciais se farão conformar pela maior ou menor profundidade com que os temas são tratados; com os obstáculos eventuais que façam suas águas saltar ou acalmar; mas sempre dentro de uma normalidade legal, próprias de um sistema imposto por uma Constituição promulgada e interpretada democraticamente.

Há que se ressaltar que o advento do Código Civil no ano de 2002 cria um novo impulso para esse tipo de raciocínio. É que a operabilidade prezada pelo diploma se defrontou com o formalismo do CPC. O formalismo era tido como fundamento da segurança jurídica. Isto mudou. Aumentaram-se os poderes de conformação do processo e, se isso não se admite, forçoso admitir-se no mínimo que as amarras da lei devem ser modificadas para que tal se viabilize. Consta da Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil:

“O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais ‘in fieri’”.

Uma das proposições mais acuradas em termos de problemática atual sobre a elucidação do conteúdo, das “vontades do Direito”, encontramos na seguinte passagem:

*“A rigidez do sistema será determinada pelo tipo de norma afirmada, norma indicada na hipótese como base para a pretensão à tutela jurisdicional. Tendo-se uma **regra**, **dever-se-á fazer o seu teste de incidência e incidindo o seu afastamento exigirá um ônus argumentativo muito alto: regras definem um comportamento**. Tendo-se um **princípio**, a carga argumentativa será diferente; **naturalmente mais incertos em seu conteúdo, os princípios***

irão exigir mais fundamento do requerente, com apelo aos precedentes e à doutrina que laboram na sua densificação”³.

Em continuação ao raciocínio que vínhamos desenvolvendo, corrobora a tese do juiz fazedor de normas Maria Helena Diniz:

*“O ato mediante o qual é posta a norma individual da decisão judicial é quase sempre predeterminado por normas gerais. A função jurisdicional se desenvolve em três níveis complementares e interdependentes: a informação sobre as normas gerais a serem utilizadas na avaliação do caso concreto, o conhecimento do dado social conflitivo, confrontando-o com os parâmetros legais, e a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral e a situação fática, para produzir a norma jurídica individual.”*⁴

Como vimos dizendo, concordamos com a autora. Aqui ressaltamos a última parte, em que a “avaliação prudente” se faz presente na formação da norma individual. Qual grau de discricionariedade pode-se conceder? O que esperar em casos tais como aquele da quantificação dos danos morais? Que significará, no caso concreto, o binômio necessidade *versus* capacidade do alimentante? Qual o valor adequado de uma astreinte? Isso não seria uma discricionariedade, uma “margem de liberdade”, mesmo que regrada, da atuação judicial? Essa discricionariedade não se confunde apenas com a equidade, própria de *qualquer* decisão judicial?

Por conta disso é que se diz que a decisão, bem como a forma de decidir, é integradora do Direito. Nesse ponto, importante ressaltar que existe um impasse não resolvido e que é pano de fundo para discussões que, às vezes, nem se percebem vagar sobre tal seara: se, de um lado, temos a possibilidade de criar leis e mais leis, bem como seus regulamentos, a fim de pormenorizadamente regular as situações da vida prática – com a crítica salutar do rompimento da fluidez da vida pelo emaranhado legislativo (caso típico da legislação tributária, mas que tem se alastrado por todas as frentes) –; por outro lado, podemos escolher seguir por um sistema mais aberto, não tão regulado, mas carecedor de determinações integrativas, seja pela vontade de uma autoridade (decisões judiciais, administrativas, arbitrais), seja pela própria vontade das partes (liberdade de contratar).

A primeira escolha, com certeza, tem um obstáculo enorme: aculturar-se a nação, e principalmente os Poderes da República, com a consciência da égide plena de uma Constituição dirigente (o que, inclusive, acaba sobrecarregando o Poder Judiciário, tendo em vista a numerosidade de éditos inválidos sobre o prisma constitucional). Do outro lado, pela segunda forma, a tendência para um ativismo judicial sem precedentes na cultura jurídica nacional, e que tem causado relevante estranhamento.

³ Hermes Janeti Jr., A Teoria Circular dos Planos, in Leituras Complementares de Processo Civil, 9ª ed., pág. 343.

⁴ Maria Helena Diniz, Compêndio de introdução à ciência do direito, 21 . ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 309.

Essa tendência já se vinha prenunciando com as reformas processuais da década de 1990, quando encontramos na doutrina afirmações do tipo:

“(d) A criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional, naturalmente, atribui maior poder de interpretação ao juiz, já que o legislador não é capaz de regular especificamente todas as situações carentes de tutela que emergem na sociedade. Este fenômeno exige participação maior do juiz na realização dos direitos subjetivos, que somente será proveitosa se se observarem algumas condições especiais para tanto. Queremos com isso dizer que a aplicação dos princípios jurídicos que têm sido positivados pelas reformas recentes requer terreno fértil, sob pena de não se realizarem os objetivos indicados nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Para tanto, pensamos que são imprescindíveis as seguintes condições, dentre outras: (a) o juiz deve ter sensibilidade social, mostrando-se estar realmente – e não virtualmente – inserido em um Estado Democrático de Direito; (b) o juiz deve fundamentar convincentemente as suas decisões, de modo que não apenas as partes ou os demais órgãos jurisdicionais (recorridos ou para os quais se recorrem) sejam persuadidos do acerto da decisão, mas também a própria sociedade ou comunidade na qual o juiz se insere; (c) o juiz deve ter tempo para se dedicar ao exame da causa; e (d) o Poder Judiciário deve se preocupar com a estabilidade de suas decisões e orientações. Não sendo assim, estarão fadadas a se frustrar as aspirações das reformas recentes, que, ajustando-se a um contexto constitucional mais amplo, ampliaram os poderes do juiz, como se viu.”⁵

Por outro lado, as imbricações do Direito Administrativo e do Direito Processual tem sido objeto de novas e profundas revelações. Uma das mais importantes, a nosso ver, decorre da exigência de que a atuação estatal preze pela eficiência (cf. CRFB, 37, *caput*). De fato, essa noção principiológica afetou o modo de ser do processo em dois sentidos. Um primeiro, que acabou gerando a reforma constitucional encartada na EC. n. 45/2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça para, no âmbito administrativo, gerenciar a atuação do Poder Judiciário, de forma a torná-lo mais acessível, transparente e funcional (através do controle externo)⁶. Por outro, e o que aqui mais importa, de dimensão processual, na própria atuação do juiz, através do princípio da eficiência processual.

Para tal princípio, o órgão julgador deve ser considerado como o administrador de um processo, exigindo-se do juiz uma administração eficiente do processo. Significa dizer, conduzi-lo de maneira gerencial, com racionalidade, economicidade, fazendo com que o processo atinja seus fins com o menor gasto possível e da melhor maneira.

Seria o caso de se perguntar se não se confunde com o princípio da economia processual. Sim, o princípio da eficiência no processo é o vetusto princípio da economia devidamente atualizado. A nova expressão decorre da necessidade de reforçar o viés gerencial do processo

⁵ Wambier, Luiz Rodrigues *et alii*. Breves comentários à nova sistemática processual civil, pág. 30.

⁶ Wambier, Luiz Rodrigues *et alii*. Breves comentários à nova sistemática processual civil, Parte I, págs. 25 a 128.

(aplicação de técnicas de gestão, como a promoção de cursos de gestão dados pelo CNJ aos juízes), bem como para harmonizar a expressão àquela utilizada pela CRFB.

Poderiam ser citadas como manifestações do princípio da eficiência:

i) possibilidade de o juiz adotar práticas de gestão do processo, como o calendário processual, definindo a data dos atos a serem praticados, de uma única vez, para eliminar uma série de atos de intimação, o que economiza tempo e dinheiro. Doutrinariamente, essa prática vem sendo defendida a partir do princípio da eficiência;

ii) na escolha dos meios executivos, o juiz deve se valer da forma menos onerosa. Exemplo: se pode demolir um muro com um trator, não há sentido em contratar uma empresa especializada;

iii) possibilidade de o juiz determinar uma espécie de conexão probatória. No caso de processos da mesma comarca, mas não conexos, se houver um meio de prova que sirva a todos eles (v. g., uma perícia), pode ser que se fixe conexão entre eles. Não há previsão legal para essa conexão, mas ela pode ser admitida através o princípio da eficiência.

Perceba-se que, nesses casos, o juiz não está estritamente obrigado a procurar essas soluções. Apenas tomando-se em conta o “princípio” da eficiência, e não uma “regra” de eficiência, de tais soluções o juiz poderia se valer para uma boa administração dos processos sob sua presidência. Daí porque essa concordância do Direito Processual com o Administrativo tratar-se de área de pesquisa importante, ajudando a definir os contornos de uma (justa) discricionariedade judicial. Parece, ao nosso sentir, existir sim, um dever de eficiência decorrente dos princípios constitucionais da inafastabilidade combinado com o da duração razoável do processo.

Outra ambiência da discricionariedade judicial se apresenta pelos desdobramentos da boa-fé processual. Em termos claros, a cooperação exigida na composição da lide impõe aos que dela participam o dever de não contradizerem o ideal de bom andamento do processo. Por consequência, as decisões que venham a ser tomadas no sentido de melhor ensejar a participação ou, ao contrário, de se evitar procrastinações desnecessárias, pressupor-se-ão legítimas.

Mas o que não se pode esquecer em momento algum é que os atores processuais não podem ser surpreendidos, de forma que “guinadas” ou “inovações” no curso do processo, que rompam com o esquema *prima facie* estabelecido pelo legislador, devem contar com fundamentação idônea, suficiente para demonstrar que as bases do devido processo legal não foram

descuradas.⁷ De qualquer forma, também seria necessário que se rompesse de vez o tabu de que a previsibilidade se confunde com um cânone processual, como já alertado por alguns.⁸

Enfim, essa preocupação sobre os atuais poderes do juiz, e da necessidade de que esses poderes realmente existam, decorrem de um rompimento, maduro, com uma tradição secular que se mostra insustentável por insuficiência de suas respostas:

“Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um prius anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.”⁹

⁷ Marcelo Novelino, *Direito Constitucional*, 6ª ed., pág. 212

⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier *apud* Hermes Zaneti Jr., A Teoria Circular dos Planos, in *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª ed., pág. 322.

⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira *apud* Hermes Zaneti Jr., A Teoria Circular dos Planos, in *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9ª ed., pág. 317.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

Certo é que ao jurista de hoje, ter certeza sobre muitos temas não é fácil. De fato, devemos assumir que somos protagonistas de um momento histórico de grandes mudanças. Essas fases de transição ensejam sempre desafios para todas as pessoas. Como por ordem no caos é exercício a que todos são instados pela vida, e disso dependendo sua própria qualidade, ao jurista em seu mister se apõe o neoconstitucionalismo, uma virada na forma de entender o Direito e interpretar as normas:

“[...] Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópicos, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2012, p. 2)

Essa profunda modificação no âmbito do substrato teórico do Direito atinge o processo, obviamente. Nesse sentido, a pressão maior é sentida nos temas da entrega de uma rápida tutela jurisdicional; do afastamento de formalismos; no aumento vertiginoso do número de feitos ajuizados; na busca por soluções *extrajudiciais* das lides surgidas na sociedade; no adensamento do controle de constitucionalidade e ações constitucionais – a exemplo do itinerário que vem seguindo a jurisprudência do STF acerca do mandado de injunção e seus efeitos – *etc.*

Sem dúvida, um fato que se pode elencar foi a influência do *common law* no Processo Civil (DINAMARCO, 2009, vol. I, p. 289): o informalismo que passou a orientar a solução dada nas questões de pequeno valor (cujo acesso foi amplamente defendido pela doutrina, em face dos escopos sociais do processo), e a ampliação dos horizontes relativos à legitimidade para defesa de interesses e efeitos de tais ações quanto à coisa julgada (ações de direitos transindividuais). Perceba-se que tais eventos remontam meados da década de 1980 (respectivamente, Lei n. 7.244 de 7-11-1984 e Lei n. 7.347 de 24.7.1985).

Nessa nova ordem os juristas também se aperceberam da necessidade de que se aplique a técnica do *diálogo das fontes*. Sem deixar de antes consultar a Constituição, o Direito tende a ser visto na sua plenitude. Assim, um caso de um consumidor, para ser resolvido, não o pode-

rá sem que seja consultado o Direito Econômico, tendo em vista que as necessidades da dinâmica capitalista sejam de certa forma suportadas pelos consumidores, sob pena de se constituir uma economia capenga sem força para competir com as investidas dos competidores internacionais; da mesma forma, esse Direito Econômico deverá atentar para uma média da capacidade de discernimento do consumidor que, em países como o nosso, possui alto grau de vulnerabilidade. No que tange ao Direito Processual, o diálogo com o Material reverte-se no princípio da adaptação.

Por fim, nessa perfunctória análise da nova base teórica do Direito como um todo, temos que registrar a necessidade de aprofundamento na aplicação da teoria dos princípios, principalmente quanto à proporcionalidade:

“De acordo como princípio da proporcionalidade, deve haver uma ‘relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.’ Destacam-se, pois, do princípio os seguintes elementos: o meio escolhido deve ser adequado; ainda, deverá ser necessário, ‘não excedendo os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja’; por fim, deve-se realizar a ponderação entre os bens ou interesses em jogo, a fim de que o sacrifício imposto a um dos interesses seja efetivamente necessário e justificável (cf. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, São Paulo: Malheiros, 1996, Cap. 12, n. 1, p. 357-361. No mesmo sentido, cf. Karl Larenz, Metodologia da ciência do direito, Calouste Gulbenkian, 1989, p. 500-501).”¹⁰

2.1. O Modelo Cooperativo de Processo e os Deveres do Juiz

Atualmente temos contato com uma nova forma de entender o processo, que não o categoriza nem no modelo inquisitivo, tão pouco no adversarial. Trata-se do modelo cooperativo de processo, defendido no Brasil já por alguns autores (DIDIER JR., 2012, págs. 84-93), que supera essa dicotomia, entendendo ser esse o sistema mais adequado para os países com regime político democráticos.

Nesse modelo, a pedra de toque está nos deveres do juiz de condução do processo, segundo DIDIER JR., 2012, p. 84-93:

i) *dever de esclarecimento* – o juiz tem o dever de esclarecer suas manifestações para as partes, o que se relaciona com clareza. Também tem o dever de pedir esclarecimento. Se a postulação é mal colocada, o juiz não pode não admitir o pedido pela sua incompreensão, mas

¹⁰ José Miguel Garcia Medina, Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória in Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais..., 2ª tiragem, pág. 334, em nota de rodapé.

antes pedir esclarecimento para que então possa decidir sobre a postulação (p. ex., não pode indeferir uma petição inicial por inépcia se antes não deu a chance de a parte ela emendar ou melhorar seus dizeres);

ii) dever de prevenção – é o dever de indicar os defeitos processuais que comprometam a validade do processo e dizer como ele deve ser resolvido. Exemplo: o juiz não pode, no Brasil, indeferir a petição inicial, sem antes apontar seu defeito e dar oportunidade para emenda;

iii) dever de consulta – é dever do juiz consultar as partes acerca de qualquer questão de fato ou de Direito para a solução da causa. Em suma, não pode haver decisão com base em questão a respeito da qual as partes não puderam se manifestar, mesmo que sejam questões cognoscíveis *ex officio*. Na Itália, a decisão que não respeita o dever de cooperação chama-se *terza via*, isto é, “decisão de terceira via” (ou seja, decisão baseada em questão que o juiz traz de ofício sem que tenha consultado as partes). Trata-se de regra para se evitar surpresas no processo.

Dentre os efeitos do princípio da cooperação, o dever de consulta é o mais importante e, sua não observância gerará nulidade do processo. Além disso, percebe-se com relativa facilidade sua imbricação com os temas do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, principalmente quanto às suas relações com o princípio democrático e a reaproximação do Direito com a ética.

3. MOMENTOS DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Após trabalharmos a fundamentação teórica da existência e validade da discricionariedade judicial, passamos a colher no sistema processual em vigor alguns exemplos de situações onde ela aparece, sem qualquer pretensão de exaurir todas suas manifestações.

3. 1. Juizados Especiais

Em muitos casos, a escolha do órgão da Justiça que irá analisar o caso é uma faculdade do autor da ação. O caso dos Juizados Especiais *estaduais* é um desses, em que o autor analisa os elementos da ação, as provas que eventualmente já possua e escolhe onde poderá conseguir uma melhor (mais rápida) prestação jurisdicional¹¹.

No caso dos Juizados Especiais cíveis se nos apresenta uma situação em que o julgador pode declinar de sua competência. A conclusão a que se chega é que há amplo espaço de discussão sobre a existência de dificuldade probatória suficiente para denegar o trâmite da ação proposta perante o Juizado:

“Observe-se porém, que a lei confere ao julgador do sistema especial ampla liberdade para determinar a produção de provas, admite a adoção de regras da experiência comum (art. 5º da Lei n. 9.099) e autoriza a inquirição de técnicos e a realização de inspeções (e mesmo pequenas perícias), instrumentos que na maior parte das vezes são suficientes para a solução das controvérsias.”

Assim, é possível que para alguns, aquilo que seja considerado perícia técnica de grande complexidade, para outros caiba dentro das competências ordinárias dos Juizados Especiais estaduais.

3. 2. *Forum Shopping e Forum non Conveniens*

O *forum shopping* é a possibilidade de o autor da ação promovê-la perante o juízo que entender mais conveniente, quando tal possibilidade lhe seja deferida (cf. o próprio exemplo

¹¹ Candido Rangel Dinamarco, Instituições, vol. III, 6ª edição, pág. 805.

dado acima sobre os juizados). Já o *forum non conveniens* é, ao contrário, a possibilidade de o juízo recusar a ação proposta, verificando que a mesma tem condições de ser melhor processada em outro órgão judicial (claro, havendo competência concorrente entre os dois órgãos). Tal tese não é acatada pela jurisprudência nacional, embora vezes entendam que a mesma tem plenas condições de funcionar já no esquema atual do processo civil.¹² Acaso admitida, impossível não se socorrer à tese da discricionariedade judicial quando de eventual decisão em que se declina da competência em favor de outro órgão tido como mais propício para uma melhor prestação jurisdicional, ou quando, ao contrário, dela o juízo se entenda igualmente instrumentado e não recuse a competência.

3. 3. Multa Processuais, Cauções, Honorários Advocatícios, Valor da Pensão, Guarda dos Filhos. O Julgamento por Equidade

A disciplina das multas processuais, algumas cauções e honorários advocatícios e periciais contam com casos de valores fixos, a exemplo dos seguintes artigos do CPC: 30 (excesso na cobrança de custas); 161 (autoria de cota marginal indevida); 233 (citação editalícia dolosamente requerida); 488, II (ação rescisória); 690, 695 e 701, § 2º (caução e sua reversão na arrematação de bens imóveis); e aquelas de valor variável, como se percebe nos artigos 14, parágrafo único (ato atentatório ao exercício da jurisdição); 17 e 18 (litigância de má-fé); 20, §§ 3º e 4º (honorários advocatícios); 287 (pedido cominatório); 601 (atentados à dignidade da justiça); 645 (multa nas execuções de títulos extrajudiciais); 538 (embargos de declaração protelatórios e sua reiteração); Lei n. 8245/91, art. 4º (locações); e assim por diante.

Nos casos em que a determinação do *quantum* da penalidade fica a cargo do juiz, não podemos deixar de reconhecer um verdadeiro poder discricionário do juiz, apesar de esse dever levar em conta critérios racionais e que suplantem suas próprias *tendências internas*, senão fazendo valer valores observados na sociedade, como na fixação de honorários advocatícios e dos profissionais que atuem em colaboração ao Poder Judiciário¹³. Veja-se, por todos, o caso do art. 20, § 4º do CPC, nas causas de valor ínfimo e nas de valor inestimável.

Essa discussão inexoravelmente desemboca em outra, que a engloba: o julgamento por equidade. A lógica sobre a qual trabalhamos é a da busca da solução, primeiramente, no direi-

¹² José Miguel Garcia Medina, Código de processo civil comentado, 2ª tiragem, pág. 117.

¹³ Dinamarco, Instituições, vol. I, 6ª edição, pág. 332.

to legislado, texto de lei, pois o sistema tem esse viés, sobrando poucos casos em que a graduação dos efeitos já não esteja prevista em lei: “A *jurisdição de equidade é excepcionalíssima no sistema e se admite exclusivamente nos casos estritos que a lei indicar (art. 127 – supra 127). [...] em caso de lacuna, o recurso à analogia e aos costumes, princípios etc. também constitui obediência à ordem jurídica*” (DINAMARCO, 2009, p. 237). Esta seara do julgamento por equidade, enfim, gera a possibilidade de o juiz decidir com ampla discricionariedade, mesmo quando se levam em conta os limites do que constam dos autos, bem como o princípio segundo o qual o julgador não deve levar para a decisão suas tendências internas, mas antes o que acatado legitimamente pela sociedade.

3. 4. Cláusula Geral do Reconhecimento do Abuso de Direito

Existe uma cláusula geral que determina o reconhecimento do abuso de direito, decorrente da diretriz da litigância de boa-fé. O caso mais conhecido nos dias atuais, em que o ônus da espera da solução da causa foi melhor distribuído pela lei às partes conflitantes¹⁴, é o do art. 273, II: reconhecido o abuso no direito de defesa, pode o juiz conceder a tutela antecipada. Nos casos das ações de despejo tal preceito cai como luva, levando-se em conta a odiosa previsão de aplicação do procedimento ordinário para tais ações (Lei n. 8245/91, art. 59)¹⁵. Contudo, estas hipóteses, para a concessão da liminar, exigem pedido da parte.

Contudo, nos casos do abuso de direito de defesa, expressos em *numerus clausus* no art. 17 do CPC¹⁶, há possibilidade do reconhecimento de ofício. Daí tratar-se de um poder do juiz. Contudo, em nosso sentir, não se trata de poder discricionário, mas antes vinculado: “*Não é faculdade do juiz ou tribunal, mas dever de ofício o de impor multa ao improbus litigator, caso verificada a situação mencionada pela lei.*”¹⁷ Se não houver vigilância constante sobre tais circunstâncias, a Justiça pode entrar em descrédito profundo, principalmente quando analisamos o problema sob o prisma da litigiosidade de massa.

¹⁴ “A visualização do tempo, como um ônus, a ser distribuído, de forma isonômica, entre as partes, contribuiu para adiantar (para antes da sentença e do seu trânsito em julgado) à adequada e mais rápida tutela jurisdicional.” (Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo In Leituras complementares de processo civil, pág. 257).

¹⁵ Gildo dos Santos, Locação e despejo: comentários à Lei n. 8245/91, 6ª ed., pág. 405.

¹⁶ Nelson Nery Jr., Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 8ª edição, pág. 432.

¹⁷ Nelson Nery Jr., Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 8ª edição, pág. 436.

3. 5. Fungibilidade entre Ações, Recurso e no Processo Cautelar

Fungibilidade é a característica daquilo que pode ser substituído por outro. É possível ao juiz receber por outra uma ação possessória, um recurso, tutelas de urgência entre si, e as cautelares. A fungibilidade, a nosso ver, se enquadra dentre as manifestações dos poderes discricionários do juiz. Não se olvida de previsões do tipo do art. 5º, XXXV da CRFB, ou mesmo daquela do art. 273, § 7º do CPC que, sistematicamente, em tese, forçaria o magistrado a receber a ação como se outra fosse, desde que vislumbrasse que assim conseguiria manter intacta a pretensão de direito material expressa na demanda originária. Contudo, entendemos que pode variar o nível de compreensão dentro do caso concreto, o que levaria alguns a concluir pela extinção do feito, enquanto outros pudessem entender que a ação poderia ter sido aproveitada. Face essa vicissitude, entendemos que há realmente discricionariedade judicial sobre essa escolha.

3. 6. Sanções Aplicáveis nas Ações Cíveis Públicas por Improbidade Administrativa

Trata-se aqui da esdrúxula interpretação do art. 12 da Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. O primeiro ponto refere-se ao princípio da congruência, pelo qual o pedido encartado na ação civil pública por improbidade administrativa, *quanto ao ressarcimento ao erário*, caso em que o juiz estará adstrito ao pedido. Contudo, no que tange às sanções, há margem para discricionariedade judicial:

“Como se aplicam as sanções previstas pelo art. 12, I, II ou III? Há uma tendência em se pedir a cumulação das sanções previstas por cada um dos incisos, bem como a cumulação dos próprios incisos. A incidência merece exame cauteloso. Antes de mais nada, é essencial apontar para a previsão do art. 12, parágrafo único, que deverá servir de norte para o magistrado, na elaboração do dispositivo sentencial: ‘Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente’. O parágrafo único do art. 12 estabelece a necessidade de ponderação do magistrado ao aplicar as sanções previstas pelos seus respectivos incisos, o qual deverá balizar a incidência normativa, em vista da lesão provocada ao erário e do proveito obtido pelo agente. A aplicação das sanções exige motivação expressa do magistrado quanto a cada uma das imposições. Todo aquele que é sentenciado tem o direito de saber a razão de sua condenação (fundamentação), bem como os

motivos da exasperação da sua pena, seja ela civil, administrativa, ou penal (dosimetria da pena).”¹⁸

3. 7. O Art. 461, § 4º (Multa) e § 5º (Medidas Coercitivas Admissíveis) do Código de Processo Civil

A importância do quanto disposto no art. 461 parece justificar todo o presente estudo. Veja: a possibilidade de se escolher qual a mais adequada forma de forçar o demandado a obedecer o comando do título executivo, nas obrigações de fazer ou não fazer, demonstra como a realidade do caso concreto foi erigida à categoria de determinante da própria forma do processo.

“A amplitude da participação do juiz na criação da solução jurídica mais adequada é ainda maior nos casos em que incide o denominado princípio da atipicidade das medidas executivas (por exemplo quando da fixação de uma medida coercitiva, em ação fundada no art. 461, § 5º do CPC) ... [e depois, tratando da execução em geral] O que melhor exprime a confluência de tais interesses, segundo nosso entendimento, é a incidência do princípio da proporcionalidade.”¹⁹

O maior dos limites na aplicação dessa regra, que estabelece vigorosa discricionariedade judicial, é o axioma da dignidade da pessoa humana. A tentação de se estabelecer coações, que possam realmente inculcar no executado a vontade de se desincumbir da obrigação reconhecida em juízo – principalmente quando há um combate declarado aos estoques de processos nos gabinetes da Justiça, bem como nos casos em que eventualmente a lide ganhe contornos de novela midiática –, pode dar ensejo a situações extremas. Já tivemos oportunidade ouvir dizer que um Juiz determinou à companhia de energia o desligamento a alimentação de luz que abastecia os elevadores do prédio sede de uma certa empresa, a fim de que a pressão psicológica gerada por esse desconforto levasse os seus administradores a mais rapidamente atender ao comando da decisão. Em casos mais extremos, discute-se inclusive a possibilidade de se determinar ou não a prisão de pessoas, tema no qual não nos aprofundaremos.

3. 8. O Poder Geral de Cautela

¹⁸ José Miguel Garcia Medina, Procedimentos Cautelares e especiais..., 2. ed., pág. 424/425, em que são anotados em nota de rodapé alguns julgados que corroboram os poderes discricionários do juiz.

¹⁹ José Miguel Garcia Medina, Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória in Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais..., 2ª tiragem, pág. 334.

O poder geral de cautela, previsto legalmente no art. 798 do CPC, representa o reconhecimento de que não é dado ao legislador prever todas as situações em que um direito pode se configurar em risco, tanto pelo tempo quanto pela atuação da parte adversária. Assim, se previu uma fórmula genérica de asseguramento dos direitos em risco, abrindo ensejo à criatividade judicial (MEDINA, 2010, p. 89).

Discutir se o poder geral de cautela pode representar ou não discricionariedade judicial cinge-se a duas etapas. A primeira, refere-se à escolha da medida a ser adotada. A segunda, sobre a possibilidade de o juiz atuar de ofício nessa seara.

Quanto à primeira questão, devemos ser coerentes em afirmar que se trata de discricionariedade judicial. Mesmo se há sugestão da parte que requereu medida nominada ou inominada, decorre da fungibilidade que, não consegue se afastar da discricionariedade no caso em que a espécie de medida a ser tomada, havendo mais de uma idônea, dentre aquelas que possam efetivamente afastar o perigo. Como se percebe há inclusive uma fórmula básica assegurando a atipicidade de tais medidas no art. 799 do CPC, abrindo espaço para a criatividade jurisdicional.

Quanto ao segundo aspecto, a discussão desce a um plano mais profundo. Entendemos que saber se o exercício, ou não, do poder geral de cautela de ofício, se trata de um ato discricionário, depende da resposta que se dê à questão: seu não exercício será considerado um erro judiciário? Se respondermos que sim, seu exercício seria um dever; se não, podemos inicialmente admitir a discricionariedade judicial.

Tendemos à resposta negativa, de a negativa ou inércia judicial que acabe mal não se tratar de erro judiciário, pelo fato de que, antes de tratarmos do poder geral de cautela, o sistema se submete ao princípio dispositivo (no sentido de se depender do pedido das partes), de forma que não podemos presumir a oniciência do órgão julgador sobre a corda bamba de todos os perigos por que o direito em questão se enovela, mesmo que não se possa ingenuamente alegar que se o magistrado, perfunctoriamente que seja, vislumbrasse tal risco e, dentro do dever de consulta, exigisse esclarecimentos. Além disso, também se deve resguardar a atividade jurisdicional nos casos da má avaliação do perigo, pois aí caberá indenização correspondente contra a parte adversária. A excepcionalidade desses casos estão assentadas nas situações de vulnerabilidade (econômica, social, familiar) e hipossuficiência.

Na sequência, contudo, não podemos deixar de verificar a tese contrária, pelo fato de que, se o juiz tem ciência do perigo, e não exerce o poder geral de cautela (a despeito de requerimento da parte interessada), então decorre erro judiciário, e não podemos falar em poder discricionário, mas dever de ofício (teoria da perda da chance). Vale lembrar uma lição extraída

de MELLO, 2009, p. 71, que, apesar de tratar do Direito Administrativo, cabe nesse contexto: “*É que a Administração [para nosso caso, deveremos ler Poder Judiciário] exerce função: a função administrativa [para nós, função jurisdicional]. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.*”

Assim, entendemos que o *exercício* do poder geral de cautela não pode ser entendido como um poder discricionário do juiz, tendo em vista o contexto atual da teoria jurídica repelir a inércia judicial sobre temas relevantes da causa, que ocasionem a imprestabilidade ou ineficiência da prestação jurisdicional.

3. 9. As Cláusulas Gerais em Direito Processual Civil

“Ativismo judicial” é termo que parece ter adquirido certa carga pejorativa, como que já antecipando uma opinião contrária do interlocutor acerca da possibilidade de “ingerência”, do juiz se transvestir na função típica do legislador ou do administrador. Contudo, devemos dizer, se há ativismo judicial, antes de o encontrarmos na Constituição, é evidente que a própria lei dá azo a que ele apareça, não podendo se dizer de um substancial desrespeito à separação dos Poderes.

Assim, como se sabe, o ativismo judicial tem uma dimensão material, relacionada com as cláusulas gerais, princípios e a expansão da jurisdição constitucional, ao par da processual, relacionada com o princípio da adequação²⁰. Importam aqui as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

“Consoante explica Teresa Arruda Alvim Wambier, ‘o conceito vago, quando inserido num texto de lei, desempenha três funções que nos parece devam ser valorizadas positivamente: 1. Permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos que o legislador poderia não ter pensado (= casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos num dispositivo legal que usasse a técnica dos numerus clausus, ou seja, fossem taxativos) e, então, ficariam fora do alcance da norma; 2. Permite que a mesma norma dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais ‘adpatável’; 3. Permite que a mesma norma seja aplicada de forma mais ‘justa’ em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes’ (Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial, Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, coord.

²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). Tese de Doutorado disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php> Acesso em 5-9-2013.

*Pela mesma autora, São Paulo: RT, 1997, p. 439). Cf. também, Karl Engish,, Introdução ao pensamento jurídico, Calouste Gulbenkian, 1998, Capítulo VI, p. 205 e ss*²¹ (MEDINA, in MEDINA, 2008, p. 336)

Nesse ponto vale lembrar a lição de CAMBI, segundo a qual “*Deste modo, os conceitos jurídicos indeterminados foram confundidos com atos discricionários. Com isto, o conceito de discricionariedade administrativa foi deturpado e ensejou a consagração equívoca da discricionariedade judicial. Tal confusão contribuiu para o arbútrio do administrador público e do próprio Judiciário (decisionismo voluntarista)*” (2011, pág. 83), quando trata da problemática pela qual enveredou o positivismo jurídico. Isto porque, como se pode notar na prática, diante de cláusulas gerais e de preceitos jurídicos indeterminados, avolumam os poderes do magistrado, e a teoria jurídica da época não conseguia explicar esse fenômeno em face da figura do juiz boca da lei.

O processo civil, como sabemos, é pródigo em conceitos vagos (gênero ao qual pertencem as espécies conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais) – boa-fé processual, ordem pública, bons costumes, moralmente válidos, dano de difícil reparação e assim por diante –, de sorte que não podemos encontrar uma solução para eles sem que sejam confrontados com o caso concreto. Apenas um exercício da razão pode dizer seu conteúdo, de forma a se extrair qual seria a norma do caso concreto. Nesse exercício, entendemos que está inserta a discricionariedade judicial. Isto porque a decisão ou medida tomada estará sujeita à criatividade judicial, sujeitando as partes, que não poderão discutir seu conteúdo. Perceba-se que nesse nosso raciocínio, estamos a nos referir a uma solução *dada*, e não a um processo em que as possibilidades dos recursos e outros remédios estejam em jogo, principalmente nas situações teratológicas. Digamos assim: dada a norma individual através de atividade criativa, as partes deverão obedecê-la.

A discricionariedade judicial reside na maior ou menor carga de ônus imposta pela decisão, considerando-se um caso em que essa carga onerativa não está expressa claramente na lei (no fato, na consequência ou em ambos). Se essa carga de ônus, criada na decisão, está dentro de um padrão aceitável (calibragem) – em que um dos balizamentos é o próprio conteúdo semântico do conceito vago –, não estaremos diante de uma extrapolação dos limites do que poderia ser decidido dentro de uma discricionariedade judicial.

A importância desse tipo de discussão salta aos olhos quando percebemos que a doutrina moderna inclusive já encontrou o termo “*sentenças determinativas*” para também se referir ao tipo de decisão que lida com os conceitos vagos (DIDIER, 2010, vol. 2, p. 376).

²¹ José Miguel Garcia Medina, Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória in Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais..., 2ª tiragem, pág. 336, em nota de rodapé.

3. 10. Máximas da Experiência que Ajudam na Concretização das Cláusulas Gerais

Segundo DIDIER, 2010, vol. 2, p. 54, as máximas “da experiência são as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro – possuem as características da generalidade e abstração.”

A pretensa simplicidade do conceito da máxima da experiência, principalmente pela leitura dos exemplos colacionados na doutrina (v. g. “a) águas estagnadas proliferam mosquitos; b) é de nove meses (dez luas) o período de gestação da mulher; c) as praias são mais frequentadas aos finais de semana *etc.*” – DIDIER, 2010, vol. 2, p. 54), acaba escondendo a verdadeira dificuldade de seu domínio e controle pelas partes quando o juiz lança mão delas para decidir, inclusive quando silencia quanto ao fato de as estar aplicando: “*Embora isso pareça evidente, o fato é que as decisões, na prática, não aludem sequer às regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem mesmo percebem a sua utilização*” (MARINONI, 2009, p. 145).

Acontece que, como agravante, as máximas da experiência são muito utilizadas por conta da existência dos conceitos jurídicos indeterminados. Veja-se o citado por DIDIER, 2010, vol. 2, p. 55, do *preço vil*. Como preencher esse conceito no caso concreto? Um exemplo dessa dificuldade encontra-se quando nos deparamos com a necessidade de avaliação de um imóvel, quando se sabe de antemão que o valor mínimo e máximo de mercado desta espécie de bem possui grande margem de variação para se considerar um preço justo. Dentro dessa margem de justeza, não existe discricionariedade judicial na fixação do seu valor?

Nesse sentido é que motivação é a pedra de toque da certificação da validade dos parâmetros e, nela, encontramos os seguintes elementos para controle das máximas da experiência: a) a regra da experiência deve levar em conta sua validade no momento histórico em que está sendo utilizada; b) deve ser retirada da comunidade em que será utilizada (se houver dúvida sobre sua prática naquela sociedade, deverá ser reforçada com algum outro argumento); c) não haver outra regra da experiência que contradiga a que se quer utilizar (a menos que haja argumento de reforço para manejá-la); d) no confronto entre uma regra da experiência comum e uma regra técnica, esta última deve prevalecer; e) dado o fato de que toda regra da experiência comum trabalha com parâmetros de probabilidade (isto é, não há pretensão de incontestabilidade), a maior credibilidade se verificará através do número de casos em que se repete (isto é, da maior ou menor quantidade de exceções à sua aplicação); f) relação de pertinência

entre a regra da experiência comum e o caso concreto em que se quer fazê-la incidir; g) maior força das regras de experiência comum particulares sobre aquelas que dizem respeito a um conjunto mais amplo de casos (MARINONI, 2009, p. 145-147).

3. 11. Poderes Instrutórios do Juiz, Ônus da Prova *Ope Iudicis* e Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O Brasil, como os demais países de tradição do *civil law*, em peso, adotam o sistema processual inquisitorial, em contraposição ao sistema dispositivo, adotado via de regra pelos países do *common law*. Nesse sentido, o juiz possui grande carga de responsabilidade sobre o que é produzido em tema de prova, tanto por iniciativa própria, quanto pela instância, feita às partes, sobre as questões controversas a serem dirimidas (decisão saneadora).

No que tange à discricionariedade judicial na produção das provas, cremos que ela aparece com força no momento em que o juiz sai de sua posição de inércia e passa a produzir as provas. Um dos casos em que isso se nos parece razoável é quando, no caso concreto, haja uma grande distância entre a qualidade da defesa feita por cada uma das partes, bem como em razão de hipossuficiência inerente ao objeto da demanda (causas consumeristas e previdenciárias), de sorte a comprometer seriamente a busca da verdade com reflexos na efetividade da Justiça (MEDINA, 2011, p. 156).

Trata-se da discussão sobre os poderes instrutórios do juiz. A estrutura de tal pensamento, conforme BEDAQUE, 2011, p. 71, encontra-se na superação do antigo entendimento segundo o qual o escopo do processo seria a defesa de interesses particulares (direitos subjetivos), cedendo lugar para a tese de que já é

“Superada hoje a corrente que considerava como objeto do processo a defesa de direitos subjetivos, pois resulta de uma análise privatista do fenômeno. Sua finalidade é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural. [...] Com o desenvolvimento da ciência processual, todavia, não mais se admite tal enfoque, resultado de visão eminentemente privatista do processo. O interesse público na correta atuação da lei deve prevalecer sobre o particular de ver reconhecidos eventuais direitos das partes. A nova escola processual transformou a maneira de considerar o processo e sua finalidade. [daí, em conclusão parcial da obra] Se assim é, não só às partes devem ser concedidos poderes instrutórios. [...] Não só elas têm interesse no resultado do processo. Tal resultado interessa muito mais ao Estado que, para tornar possível a convivência das pessoas em sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento jurídico por ele criado.”

Assim, aqui mais uma vez, aparece um problema que se apresenta em quase todos os momentos do presente trabalho: até que nível existe uma exigência, da qual as partes possam se valer, de atuação do juiz? Isto porque, como colocado acima, podemos ser levados a crer que não se trataria de um poder discricionário do juiz, mas de um verdadeiro dever. Tratando-se de um dever, quais as consequências da sua não concretização por atuação *ex officio*? Perceba-se que para o atual escopo, a atuação das partes em busca da verdade é meramente parcial, o que pode comprometer a eficácia social (no aspecto do apaziguamento). O mesmo autor supra citado acaba concluindo que não existe poder discricionário do juiz na determinação de provas (BEDAQUE, 2011, p. 159).

Não podemos concordar com tal assertiva: a eventual não produção de uma prova por iniciativa do juiz deverá ser fundamentada? Sabemos que não, tendo em vista constituir ônus, evidentemente, das partes, e a atuação jurisdicional meramente supletiva. O mesmo argumento quanto ao fato de estarmos diante de um erro judicial e potencial aplicação da teoria da perda da chance, supra trabalhado.

Por fim, entendemos que o debate, para fins deste estudo, sempre deve ser dado sobre uma decisão a ser cumprida, definitiva sobre uma questão ou sobre o processo todo. Bem, assim, não entendemos correta a argumentação que se baseia na possibilidade da utilização de recurso (BEDAQUE, 2011, 160) para alterar certa decisão: ao contrário, se de fato uma decisão é reformada e outra prolatada em seu lugar, somos levados a crer que se reforça a tese de várias interpretações possíveis e, portanto, de que a discricionariedade judicial realmente operou, isto é, dentre as teses possíveis, o Estado acatou uma. A eventualidade de configuração de um *error in iudicatio*, por si, não é suficiente para afirmarmos que a decisão prevalecente seria mais justa ao caso concreto.

Enfim, ao nosso sentir, o art. 130 do CPC traduz verdadeiro poder discricionário do juiz: apesar da exigência de uma ótima prestação jurisdicional, não é possível fazer valer uma tese segundo a qual juiz estava “obrigado” a suplementar a atividade probatória das partes. Se o fizer, apenas utiliza-se de seus poderes para realizar uma melhor prestação jurisdicional; não o fazendo, a questão se resolve com o material disponibilizado pelas partes, bem como pelas presunções e regras de ônus probatório. Podemos até vislumbrar nessa questão outra problemática, de política judicial mesmo, tendo em vista que superação do princípio dispositivo em matéria probatória pode levar à cultura de afrouxamento da atuação dos causídicos, de forma a desvirtuar a forma de trabalho desse profissional.

Na sequência, outro ponto de muita divergência está na previsão legal do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inc. VIII quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova. Per-

ceba-se que, atualmente, ainda estamos em plena discussão sobre se tratar de regra de instrução ou de julgamento, com tendência para a primeira tese²². Vozes abalizadas dos dois lados. Como trataremos mais à frente, a adoção de uma determinada tese já pode ser considerada poder discricionário do juiz, muito embora o caso concreto tenha o condão de forçar a adoção de uma ou de outra tese. A só determinação da inversão do ônus da prova, independentemente do momento em que ocorra, também se nos apresenta como um poder discricionário do juiz, cuja justeza ou não pode ficar para ser analisada no plano estritamente íntimo de cada uma das partes, situação que terá grande plausibilidade de ocorrer em casos difíceis.

Por fim, a distribuição dinâmica do ônus da prova. Apesar de o sistema ter adotado apenas um caso em que essa distribuição se opera (o caso do CDC, art. 6º, VIII), em verdade, a nova processualística exige uma maneira menos rígida de se abordar a necessidade da prova, que não satisfaz apenas interesses individuais dos contendores, já que a boa prestação jurisdicional é ponto essencial da legitimidade da atuação do Estado-juiz. A base principal, então, dessa linha de raciocínio, é o princípio da cooperação (DIDIER, 2010, vol. 2, p. 96), resultando na seguinte fórmula: “i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova. Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas [...]”

Perceba-se que a adoção de tal tese rompe, mais uma vez, com o esquema *prima facie* estabelecido na lei, com o manuseio de uma interpretação mais aberta do sistema, em sintonia com princípios jurídicos estabelecidos na Constituição. A adoção desse tipo de teoria é, a nosso ver, pelo menos na prática atual, poder discricionário do juiz.

3. 12. Modução dos Efeitos nas Decisões que Declaram a Inconstitucionalidade e o Reconhecimento da Repercussão Geral

²² A exemplo do que decidido no REsp 1.261.311, rel. Min. Luis F. Salomão, j. 14.2.2011.

O procedimento para reconhecimento da repercussão geral no âmbito do STF é relativamente simples. Ele se dá pelo sistema do Plenário Virtual, tendo em vista a CRFB exigir que a relevância da questão seja assim deliberada pelo STF; a presunção de repercussão geral deve ser ilidida pelo voto de, no mínimo, oito ministros (dois terços do Tribunal).

A grande questão que se põe é saber quais são os requisitos (em verdade, o conteúdo) a serem demonstrados nesse tópico do pedido. O art. 543-A, § 1º do CPC, na sua redação, expõe com extrema vagueza da repercussão geral, definindo-a como a necessidade de existência de questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Um ponto claro é que somente no contexto neoconstitucionalista, em que o caráter político do Poder Judiciário, principalmente através da Corte Constitucional, é retomado, esse tipo de previsão pode ter lugar para um Poder que no mais das vezes se quer meramente técnico.

De fato, a doutrina abalizada, que se debruçou sobre o que poderia ser tido como elementos mais palpáveis de caracterização da repercussão geral da questão, acabou concluindo que eles dependerão da forma como a Corte irá se manifestar no futuro (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 941).

Ainda, no âmbito do STF, temos o problema da modulação de efeitos, quando se evidenciam razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (Lei n. 9.882 de 3-12-1999). Mais dois preceitos jurídicos indeterminados que dependerão das circunstâncias do caso concreto para que seu conteúdo seja preenchido.

Esses dois tópicos são suficientes para demonstrar como o sistema processual se tornou poroso, de forma que os problemas surgidos no seio da sociedade tomaram a sorte que lhes der a interpretação judicial, sem as amarras rígidas de dispositivos legais previamente estabelecidos pelo Poder Legislativo.

Em termos de juridicidade (sem levar em conta os tais fatores econômicos, políticos ou sociais que, a nosso ver, parecem mesmo indissociáveis), temos atualmente o princípio da proteção da confiança aplicado ao processo, que já é um velho conhecido do Direito Público. É também um corolário do princípio da segurança jurídica e que impõe que se proteja a confiança que alguém depositou em um ato do Poder Público.

Esse princípio não tem texto expresso na CRFB, assim como não o tem o da segurança jurídica. Em verdade, eles decorrem de trechos da CRFB que se referem ao Estado de Direito.

São quatro os pressupostos para a tutela da confiança:

i) *base da confiança*, que é o ato normativo do Poder Público em que se confia. Exemplo: merece confiança uma lei que foi editada por um delegado de polícia? Claro que não, posto que não se reveste de idoneidade ou confiança de sua validade.

A decisão judicial pode ser considerada como uma das principais bases de confiança, porque alia a coisa julgada à jurisprudência. Nesse sentido, um acórdão do STF é um grande exemplo de base da confiança. É de se imaginar a insegurança de não se poder confiar numa jurisprudência do STF...

ii) *confiança na base*. Isto é, trata-se da confiança depositada pelo sujeito na base, porque se ninguém nela confiou não há base a ser protegida;

iii) o terceiro pressuposto é o *investimento na confiança*, isto é, refere-se ao comportamento de acordo com a confiança que se deu na base, ou seja, o investimento, o exercício com base na confiança;

iv) o quarto é a *existência de um ato do Poder Público que frustra tudo o que se disse acima*. A confiança impõe o respeito a situações contra o intuito de que sejam alteradas.

A proteção à confiança é o que leva os Tribunais atualmente a uniformizar sua jurisprudência; também, o dever de modular efeitos de uma decisão que muda sua jurisprudência para proteger aqueles que acreditaram na jurisprudência anterior. Terceiro exemplo é o dever de modular efeitos em ADI/ADC quando o STF leva 20 anos para decidir sobre a constitucionalidade ou não de um ato normativo. Há quem diga que, com base na confiança, os Tribunais, em alguns casos, podem estabelecer uma Justiça de transição (porque a quebra da confiança é tão contundente que se deve criar um período de transição, e o Tribunal deve criar regras de transição), como foi no caso da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DAS “DISCRICIONARIEDADES”

Uma questão nos assola: como fica a verdadeira face do devido processo legal quando nos damos conta de que o sistema está, há um lado, mais parecido com uma “colcha de retalhos” e, de outro, assomam-se grandes espaços para que o juiz aplique o direito processual, conduza seu trâmite ao sabor de tantos poderes conformatórios?

Quanto à colcha de retalhos, não nos causa assombro ao perceber que essa realidade legislativa é a própria manifestação do princípio da adequação do processo ao direito material (na teoria circular dos planos). Ela também se justifica dentro da égide dos minissistemas. Quanto mais direitos materiais forem titulares os indivíduos, mais “espécies de processos” será necessário criar, a fim de melhor garanti-los. Enfim, essa dinâmica não parece afetar a segurança almejada, necessitando apenas, cada vez mais, de especialização dos operadores do Direito.

A outra parte, dos poderes conformatórios do processo, se resolve, a nosso ver, pelo que chamaríamos de processos de formação de consensos: podemos ter um consenso doutrinário, no qual o debate dentro das obras jurídicas chega a uma conclusão comum ou, ao menos, supermajoritária. Também, podemos falar da formação de consensos dentro do cotidiano da atividade jurisdicional: jurisprudência dominante, súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral, jurisprudência passiva. De outra sorte, podemos ainda também nos referir a um consenso legal: exemplifica-se com a identificação da necessidade de um novo Código de Processo Civil, nomeando-se uma comissão de notáveis, que sai pelo País realizando audiências públicas para colher sugestões e, após, os trabalhos são entregues ao órgão legislativo que a instituiu, sendo por último debatido dentro do processo legislativo.

Perceba-se que, em cada um desses “consensos”, o substrato obrigatório é a Constituição. Esses consensos (não olvidando obviamente a possibilidade de tensões no sentido de sua superação), divulgados depois por outras instâncias, serão aplicados aos processos. Daí surgir uma “normalidade dinâmica”, talvez até podendo se falar de uma “segurança precária constante”, que não admita facilmente ações rescisórias por modificação de jurisprudência, própria dessa nossa era da informação e transformações constantes. Certamente, ao operador do Direito restará a possibilidade de, estrategicamente, esperar as manifestações dos Tribunais através de ações “cobaias”, como se fosse um laboratório para, enfim, liberar a demanda em massa.

Pragmaticamente, de outro lado, o *processo em si*, a nosso ver, não serve à formação de consensos, mas de imposição de vontades do vencedor sobre o vencido. Assim, teremos a necessidade da constante supervisão acerca do abuso de direito (das partes e do próprio órgão julgador).

De outra banda, a adequação social e respeito à função social do instituto, refletindo na capacidade de, ao mesmo tempo, satisfazer o vencedor e apaziguar o vencido. O Poder Judiciário deverá, de uma vez por todas, extirpar a cultura da procrastinação, que só atende ao descrédito; quando funcionar como deveria, o apaziguamento do vencido se tornará uma característica mais visível da jurisdição. Um caso claro em que a conformação do perdedor é necessária, visando à paz social, são as causas de instância única e do controle concentrado de constitucionalidade, em que o STF se manifesta de forma, a nosso ver, tipicamente menos estrita, mais com base na razoabilidade e proporcionalidade, manejando os princípios constitucionais. Também a razoabilidade e proporcionalidade das medidas e decisões tomadas, principalmente no preenchimento das cláusulas gerais.

Essas noções serão comprimidas pela noção da duração razoável do processo, da necessidade de que a angústia da solução, da indeterminação, seja finalizada. A segurança de um bom termo às causas são as conhecidas possibilidades de participação do convencimento do magistrado (contraditório e ampla defesa), da motivação e da garantida do duplo grau de jurisdição.

5. ESCOLHA DE TESES JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIAS

O presente capítulo poderia constar do capítulo 3 supra. Por sua importância decidimos destacá-lo. Pareceu correta essa perspectiva, tendo em vista que, antes da conclusão final do presente trabalho, este capítulo sirva como uma preleção do espírito que vimos cultivando até aqui: a de que o sistema, por mais que possua um ideal de segurança a ser perseguido, jamais consegue ser totalmente previsível.

Fazemos coro ao que outros já vêm desde muito destacando, não se tratando de uma percepção realmente inovadora. Vejamos o que se disse, quando do trato do tema específico da fungibilidade, no seguinte excerto:

*“Neste sentido Teresa Arruda Alvim Wambier propõe uma aplicação mais ampliada da fungibilidade, sob o fundamento de que a dúvida é uma constante do sistema processual, inclusive quanto ao cabimento de ações: ‘Como se faz o depósito com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário? No bojo do mandado de segurança? Por meio de ação cautelar? Ou se trata de depósito que pode ser feito sem que haja ação em curso? Como se consegue o *destrancamento* dos recursos excepcionais, nos casos em que, pela letra da lei, deveriam ficar retidos, mas esta retenção implicaria ofensa a princípios constitucionais? Deve-se entrar com uma ação cautelar: ou basta um mero pedido? Aliás, junto a que órgão, tribunal *a quo* ou *ad quem*?’ (O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade, *cit.*). Afirma ainda, a autora citada que raciocínios mais flexíveis trazem, como regra, melhores soluções ao sistema, principalmente porque as situações de dúvida são incontáveis e tendem a se multiplicar ‘na exata proporção da quantidade e da velocidade das alterações que se vão introduzindo no texto da lei’ (O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo, RT 821/40).”²³*

A complexidade que se atingiu faz lembrar o lugar comum de que “*não existe causa ganha*”; de que ingressar com algum pleito no Judiciário, levando-se em conta a demora característica do Poder no Brasil, somada ao alto grau de “claudicância e nebulosidade” dos posicionamentos, causa nos jurisdicionados o transtorno de esperar a solução que nunca vêm e, além disso, uma solução da qual não se pode prever de antemão os contornos.

Os poderes do juiz quanto à escolha de teses, antes do sistema dos recursos repetitivos e da repercussão geral e súmula vinculante, de fato, distorceu o sistema²⁴. Deu oportunidade para que se consolidasse nos Tribunais a chamada “jurisprudência defensiva”, na qual as teses

²³ José Miguel Garcia Medina, *Procedimentos Cautelares e especiais...*, 2. ed., pág. 83, nota de rodapé.

²⁴ Exemplificamos, dentro do sem número de situações que a prática nos faz transpirar: a dúvida (quando não estava ainda consolidada jurisprudência) sobre a possibilidade de se executar a sentença prolatada nas ações meramente declaratórias; a situação corriqueira da dificuldade em se estabelecer a figura do consumidor no caso concreto, dando ensejo à aplicação total, ou ao rechaço, de todo um microssistema legal; a existência e possibilidade de se exigir a reparação por dano moral coletivo; *etc.*

mais condizentes com menos quantidade de serviço fossem mais acatadas. Com efeitos contrários à alegada necessidade de “liberdade de decidir” por parte dos juízes, como que a força criativa dos julgados encarnassem a melhor solução para que o sistema respirasse novos ares, essa forma de pensar queria um salvo conduto para que os direitos pudessem ser melhor analisados e, portanto, tivessem maior guarida. Mas não foi isso o que ocorreu, nós sabemos.

Atualmente, a referida inovação dos recursos repetitivos *etc.*, a nosso ver, tem o condão de tornar o sistema mais racional, inteligível, seguro. Contudo, ainda temos muitos temas dispersos sem decisão definitiva, ocasionando a possibilidade de os juízes, antes dessa definição, continuarem decidindo à sua forma, com sua consciência, também de forma dispersa e sem atenção ao escopo político da jurisdição. Uma alternativa seria o funcionamento de fóruns de debates (como já se experimentou nos FONAJE e nos Enunciados do CFJ) permanentes das Justiças de primeiro grau, em rodadas nas quais fosse aberta a possibilidade de participação ampla dos operadores do Direito (Ministério Público e advocacias), a fim de que as teses vencedoras pudessem consolidar a noção jurídica mais sistêmica e socialmente adequadas, evitando entendimentos parciais (e, portanto, equivocados), muitas vezes meramente corporativos. Esses entendimentos parciais têm se mostrado fonte de vários transtornos, levando as partes a se socorrerem da terceira e quarta instâncias para terem seu direito analisado de forma suficiente.

Podemos concluir que a possibilidade ampla de, até um mesmo órgão judicial, escolher teses contraditórias em casos semelhantes rompe a imparcialidade e igualdade, bem como fere o princípio da confiança, mesmo que a título de aplicação de equidade no julgamento. A nosso ver esse tipo de atitude torna a decisão passível inclusive de mandado de segurança. Dessa forma, não seria possível a alternância de posicionamento ao sabor de razões inidôneas. Nestes casos, o órgão julgador deve se imbuir do mesmo espírito dos Tribunais Superiores, que evitam alterar sua jurisprudência ao sabor dos ventos, bem como sinalizando à comunidade jurídica sua intenção de modificar o posicionamento assente, a fim de evitar situações extremamente difíceis e prejuízos incalculáveis para os jurisdicionados, como vemos em algumas questões tributárias.

CONCLUSÃO

De início devemos fazer constar que o rol de “momentos” em que a discricionariedade judicial se apresenta, acima elencado, só pode ser tido como meramente exemplificativo. Uma prospecção rápida dentro do sem número de casos que poderemos encontrar na prática das lides forenses (como por exemplo a forma como se dá a decisão no processo de adoção; como se decide haver ou não amplo interesse social nas causas relativas a direitos individuais homogêneos a ensejar a legitimidade ativa do Ministério Público; sobre as hipóteses de denúncia da lide e do litisconsórcio multitudinário; hipóteses em que o magistrado não fica adstrito ao pedido inicial, ou que esse pedido é, por natureza, incerto; sobre as possibilidades de adaptação do rito para melhor atender a especificidades da demanda; na eventualidade de condenação em danos sociais²⁵; e assim por diante).

Em alguns casos, a aquilo que se denomina discricionariedade judicial não é nada mais que a própria equidade tomada como fonte das razões de decidir, para fins de realização da justiça material, sem recurso à jurisdição de direito e nos casos permitidos em lei, como nos casos de fixação de multas, cauções e honorários²⁶.

Em qualquer situação, contudo, nunca estaremos diante de um decisionismo voluntarista, em que a discricionariedade judicial represente uma cartola de mágico. De fato, a discricionariedade administrativa não tem a judicial como um equivalente: partimos inicialmente daquela ideia para constatar que são realidades distintas. A discricionariedade judicial possui limitações muito mais severas que a do administrador público, inclusive com alguns doutrinadores entendendo que em qualquer caso concreto o sistema tenderia a apenas uma decisão correta.

Mais uma conclusão é que a matéria de fundo sobre casos previstos em lei de discricionariedade judicial (lembrando: daquilo a que se costuma chamar por tal) recaem sobre as cláusulas gerais, a exemplo da matéria de complexidade probatória para fins de competência dos Juizados Especiais Estaduais. A atual discussão que ocorre dentro das teorias neoconstitucionalistas sobre a superação do positivismo jurídico e, quanto a este, sua incapacidade de explicar o fenômeno das cláusulas gerais, sem cair no decisionismo voluntarista, deve ser aprofundado. Segundo o que vimos, a teoria dos princípios pode ser a saída para melhor compreender o funcionamento das cláusulas gerais.

²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). O Código Civil e sua interdisciplinariedade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²⁶ Cf. Dinamarco, Instituições, vol. I, 6ª edição, pág. 333.

Por outro lado, a dita discricionariedade judicial é o palco mais adequado para que figurem os princípios como razão de decidir. Nele, a razoabilidade e a proporcionalidade operam todas as suas possibilidades, deixando como coadjuvantes as regras que, em geral, são a antítese da discricionariedade judicial.

Constata-se também que o exercício adequado desses poderes é que dão o toque diferencial da atuação do juiz. De fato, se a questão foi levada a um terceiro imparcial para que seja resolvida, a decisão final substituirá a vontade dos contendores. A melhor ou pior *qualidade*, aqui entendida como a melhor aproximação e abordagem da realidade do caso concreto e, em seguida, da prestação jurisdicional mais adequada, depende da consciência desses poderes, sob pena inclusive de, em alguns casos, direitos serem negligenciados. Daí que deficiências que se constatarem existirem na prática, como a insuficiência econômica da parte para realizar suas provas, ou até mesmo a pusilanimidade de seu causídico, situações que em conjunto pode revelar uma abertura para, efetivamente, exercer os tais poderes. É uma manifestação da igualdade material, almejada pela Constituição.

Chegamos também à conclusão que, face à normatividade da Constituição e da emergência dos direitos fundamentais na pauta dos direitos subjetivos (exigíveis, pois), sua concretização passa por arbítrio judicial (a exemplo de questões ambientais complexas, direito à saúde, direitos de gênero²⁷). Não havendo, no momento em que o problema se apresenta, anterior posicionamento sólido ou vinculante das cortes superiores bem como, em alguns casos, a própria regulamentação legal, ao juiz será dado criativamente inovar a ordem jurídica (mesmo que para aquele caso), fazendo valer o direito previsto de forma incerta no princípio constitucional, caracterizando-se claramente pontos de discricionariedade judicial.

Outro ponto interessante, que se pode concluir do presente estudo, é o da necessidade de especialização dos operadores do Direito. Em face da conjugação dos sistemas *common law* e *civil law*, a nova face deste, verdadeira metamorfose, parece tornar-se humanamente impossível, que um jurista se debruce com percuciência sobre vários ramos da ciência jurídica, sem que cometa deslizes que resvalam pelo inconstitucional desrespeito ao princípio da igualdade. Assim, o que devemos assistir num futuro próximo, é a cada vez maior especialização de advogados, membros do Ministério Público e das varas judiciais quanto a temas específicos. Essa nova conformação pode ser, a um só tempo, condição para melhor prestação jurisdicional e tópico de controle da virtual discricionariedade judicial.

²⁷ Hermes Zaneti Jr., A Teoria Circular dos Planos, in Leituras Complementares de Processo Civil, 9ª ed., pág. 331.

Por fim, percebe-se que a tentativa, decorrente de uma necessidade histórica bem delimitada no século XVIII e XIX, da exegese empírica, que representou a tentativa radical de tornar os juízes meros repetidores e glosadores dos textos prontos dados pelo legislador (“*le juge est (état...) la bouche de la loi*”), além de nunca ter sido satisfatória e, desde sua origem, alvo de críticas por várias correntes de pensamento, hoje pode ser firmemente entendida como ultrapassada, gozando, no sentido de única forma de composição dos conflitos e interpretação do Direito, apenas valor histórico. Estamos diante de uma nova era em que se consolidam o poder discricionário do juiz, sem qualquer receio de adentrarmos num campo onde impere insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo in Leituras Complementares de Processo Civil*. Organizador Freddie Didier Júnior. 9ª Edição revista, ampliada e atualizada. Salvador : Editora JusPodivm, 2011.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. – 2. ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Vol. I*. 14ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados especiais cíveis estaduais e federais : (Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001)*. 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 1*. 14ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador : Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I*, 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II*, 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III*, 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica...* / Maria Helena Diniz. – 21. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópoles: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. Tese de Doutorado disponível em

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php> Acesso em 5-9-2013.

SANTOS, GILDO DOS. *Locação e despejo : comentários à Lei n. 8.245/91. – 6. ed. rev., ampl. e atual. com as alterações da Lei n. 12.112/2009. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.*

MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações recentes dos poderes executivos do juiz, cumprimento e execução da sentença condenatória in Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais / coordenação José Miguel Garcia Medina et al. 2. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.*

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de, GAJARDONI, Fernando da Fonseca Gajardoni. *Procedimentos cautelares e especiais : ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição... – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Processo Civil Moderno ; vol. 4)*

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57 de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.*

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado : e legislação extravagante : atualizado até 3 de setembro de 2004. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.*

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional. 6 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.*

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível Em http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 09/03/2011; <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-oneoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>, acesso em 30/06/2012. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição (I), ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.*

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil : emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.*

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade do processo e da sentença. – 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007 – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; 16)*

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual) in Leituras Complementares de Processo Civil*, Fredie Didier Junior, organizador. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador, 2011: JusPodivm, pág. 317.