



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CAMPUS I**

HORÁCIO DE ALMEIDA LIMA FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: UMA LIBERDADE RESTRITIVA DO
MAGISTRADO**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

HORÁCIO DE ALMEIDA LIMA FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: UMA LIBERDADE RESTRITIVA DO
MAGISTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Amilton de França

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

L732d Lima Filho, Horácio de Almeida
A discricionariedade jurídica [manuscrito] : uma liberdade restritiva do magistrado / Horacio de Almeida Lima Filho. - 2014. 22 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.
"Orientação: Prof. Me. Amilton de França, Departamento de Direito Público".

1. Direito Administrativo. 2. Discricionariedade judicial. 3. Atuação Profissional. I. Título.

21. ed. CDD 342

HORÁCIO DE ALMEIDA LIMA FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: UMA LIBERDADE RESTRITIVA DO
MAGISTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

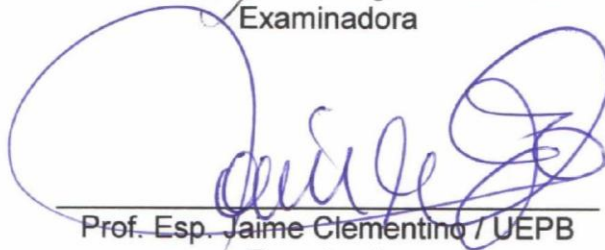
Aprovada em 07/07/2014.



Prof. Me. Amilton de França/ UEPB
Orientador



Profª Me. Aureci Gonzaga Farias / UEPB
Examinadora



Prof. Esp. Jaime Clementino / UEPB
Examinador

A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: UMA LIBERDADE RESTRITIVA DO MAGISTRADO

FILHO, Horácio de Almeida Lima ¹.

RESUMO

A discricionariedade jurídica é um tema que suscita inúmeras controvérsias na esfera jurídica. O presente trabalho, diante dessa problemática, busca analisar o contexto em que se insere a discricionariedade, recorrendo à apreciação de destacados estudiosos do assunto que erigiram teorias formulando suas concepções que, mesmo conflitantes, permitem delinear uma própria aceção a respeito. Partindo desse apanhado crítico, ensejou-se captar a posição em que se encontra o magistrado, que diante da atividade jurisdicional, tem a incumbência de prolatar sentenças. Sua ingerência é discutida com a necessidade de apreender qual o perímetro de atuação que lhe é devido. Afinal, várias possibilidades se colocam como alternativa ao subjetivismo do magistrado, e essa sua imparcialidade é um quesito a ser discutido. A norma jurídica indissociável desta querela, também está no campo de debate, uma vez que ela carece de completude, e em tempos necessita de retificação, ou mesmo, sua criação, no caso de não existir.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade judicial; Teorias; Atuação; Imparcialidade; Norma.

¹Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail para contato: horacioalmeida_@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Todo juiz em seu trabalho jurisdicional, tem a prerrogativa de julgar processos que lhe são outorgados mediante o litígio entre as partes na demanda, após serem evocados para tal. Nesse ínterim, o nosso ordenamento jurídico, concebido com o escopo de sanar as contrariedades convencionadas pela sociedade, em determinados casos, mostra-se dúbio, impreciso e ambíguo, desprovido de plenitude, ou mesmo nem se dá ao infortúnio de sopesar determinados casos, relegando-os ao ostracismo de sua formal inexistência. Fato, que não deixa de ser justificável, pela natureza humana do legislador e do fator tempo, que trás mutações inevitáveis, devido a constante evolução do mundo. O juiz, então, um ente que figura, inicialmente, no plano contemplativo diante da lide que arbitra, toma parte no processo, trazendo à realidade a lei que, quando taxativa, o resguarda de maiores ingerências subjetivas. De outra forma, estando a lei obscura ou mesmo inexistindo, o julgador deverá interpretar, valorar e criar o direito, sempre comedido pela vinculação à lei, buscando assim, adotar a solução mais adequada a satisfazer o interesse público.

Diante disso, o presente trabalho tem como tema central o cativante e controverso instituto da discricionariedade judicial, um conteúdo de importância singular, tendo em vista que se apresenta como uma necessidade fundamentada no estado democrático de direito, não se permitindo olvidar-se nos dias atuais.

Nessa toada, diante da latente necessidade de se depreender uma análise acurada sobre o tema, para um correto entendimento e posterior posicionamento, buscamos na análise de prestigiados autores, uma coerência lógica nos conceitos alvitados, para assim esclarecer e tratar da problemática da complexa empreitada do ato de julgar, conexo ao seu caráter discricionário, diante do surgimento de novas competências e do constante aumento dos poderes delegados ao juiz, hodiernamente. Para isso, almejamos examinar a discricionariedade judicial através de seu contexto histórico, para que assim, percebamos a evolução e aprimoramento de sua conceituação. Traçando, desta forma, suas características, e verificando-se, conseqüentemente, neste ensaio, a discussão da existência ou inexistência da discricionariedade. Não deixando de referenciar e sopesar os institutos da moralidade e legalidade.

Trazemos, ademais, uma observação simplória e sucinta, porém clara e objetiva, da posição de alguns destacados filósofos, que engendraram na conjectura de sua própria aferição sobre o tema, e dessa forma forneceram uma enorme contribuição para o Direito. Kant, Hart, Dworkin, entre outros, que engrandecem este debate e nos fazem buscar um alinhamento na compreensão do assunto.

Na elaboração desta pesquisa, nos permitimos adentrar no subjetivismo da atuação jurisdicional, analisando a influência que as decisões prolatadas pelos magistrados sofrem, devido à fragilidade a que o juiz está sujeito, por sua natureza humana. O meio em que vive, suas emoções nativas e adquiridas pelo convívio social, enfim, tudo aquilo que lhe deixa, de certa forma, sensível ao que acontece a sua volta, nos faz questionar: Será que este homem, terá a capacidade de se quedar imparcial frente as decisões que lhe são conferidas?

O interesse no estudo em comento encontra-se nas implicações práticas que, embora sejam de caráter teórico, trazem grandes consequências no mundo jurídico e político de um Estado.

2 Breve Consideração Histórico da Discricionariedade Judicial

A discricionariedade, obviamente, não nasceu com uma concepção acabada, e muito menos apresentava as acepções que conhecemos atualmente a seu respeito. Teve, inclusive, momentos de indefinição, a exemplo dos tempos absolutistas. Como bem assevera o professor Celso Antonio Bandeira de Mello:²

Com efeito, o pensamento de Jean Jaques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertencia. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia da soberania popular, é a idéia da democracia.

De outro lado, o pensamento do barão de Montesquieu, acima de tudo pragmático, fundava-se na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indelével e cuja procedência realmente não admite contestação, isto é: todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional.

as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.

Esse trecho retrata nitidamente que a discricionariedade era confundida, na época dos monarcas, com a arbitrariedade. Nesse período, diversas correntes ideológicas emergiram, com o fulcro de superação desse Estado Absolutista, trazendo o ideário de liberdade das massas.

O desenvolvimento dessas ideias contribuiu para o surgimento de um Estado de Direito que, opostamente ao absolutismo, pregava a divisão dos poderes, que outrora eram reunidos em uma única entidade, o monarca. Porém percebeu-se que, ainda com a divisão dos poderes, havia a necessidade de um controle conjunto, da atuação de cada poder, eram os chamados freios e contrapesos consagrados por Montesquieu, pensador francês, em sua obra *O Espírito das leis*.

Esse processo de mutação e evolução nas relações de poder influenciaram diretamente na fixação de um novo período na humanidade. Ademais, é neste mesmo momento que se deflagra a revolução industrial, fator indissociável da progressão social, econômica e política. Pois, conjuntamente com as mudanças nos quadros políticos, contribuiu para a maior dinamicidade das relações entre os países.

Acerca do assunto Alexandre Amaral Gavronski fala com maestria:³

Com efeito, a revolução industrial e a produção em série que ela viabilizou desde o final do século passado, somadas a um incremento populacional nunca antes visto na história da humanidade, ocasionado principalmente pelo desenvolvimento da medicina e pela melhoria das condições básicas da vida das populações, deram origem às relações de massa. As transações comerciais e os contratos passaram a não mais resultar de contatos diretos entre os envolvidos. Os bens (e mais modernamente os serviços) de consumo, produzidos em série, deixaram de ser elaborados para atender necessidades individualizadas. O capital avançou sobre a sociedade e fez-se necessário que o Estado garantisse direitos sociais sob pena de desagregação social. A incessante procura pelo lucro imediato mostrou-se perigosamente ameaçadora contra a natureza e contra o próprio homem.

Várias mudanças se mostraram através da, então, atual conjuntura social, política e econômica, e o mundo jurídico não ficou a margem dessas transformações. Ao contrário, inúmeras foram as modificações ocorridas na cultura

³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.

jurídica dos países e, conseqüentemente, em seus ordenamentos jurídicos. Como o mundo corria a passos largos, da mesma forma aquela se portava. Pois a dinamização das relações jurídicas obrigou a tornar, igualmente, os processos céleres. E essa necessidade de imediatismo, concomitantemente com a indispensabilidade da observância de cada caso concreto, trouxe a constatação da imperfeição das leis positivadas. Pois, percebeu-se que nem sempre a lei, esta apta a proporcionar todas as soluções, ou as melhores soluções. É nesse cenário que surge a discricionariedade administrativa.

Com o passar do tempo, diante da situação aludida, e a necessidade constante de tornar mais célere as decisões, casos que, normalmente, eram levados à esfera administrativa, tornaram a ser induzidas à apreciação do Poder Judiciário, politizando-o. O pronunciamento judicial acerca de quesitos políticos aproxima o Direito e a Política, de uma forma que o sistema de freios e contrapesos entre os poderes passou a ser constante com relação às políticas públicas. Por conseguinte, algumas proposições que outrora se caracterizariam como discricionariedades administrativas da mesma forma passaram a ser tratados pelos Tribunais. Surge, então a discricionariedade judicial.

3 Conceituação e Apreciação das Considerações Teóricas

Tudo o que se fala, se escreve, se observa, e se percebe com um simplório gesto, ou mesmo o silêncio taciturno, estão sujeitos a um julgamento crítica, à interpretação. É intrínseco ao ser humano valorar a respeito de tudo a sua volta. Muitos desses juízos de valor são encobertos, mas estão presentes e condicionam atitudes e avaliações. Destarte, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴

Discricionariedade, é a margem de liberdade que remanesça ao juiz para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Com o transcorrer do tempo e a inevitável evolução das ciências jurídicas, constatou-se que, efetivamente, a função do juiz é muito mais complexa do que se

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ªed.

estimava, e que o juiz, distintamente do que sugeriam as correntes tradicionais, possui responsabilidade nas suas decisões. Percebendo as palavras de Celso de Mello, vemos a sua nítida posição referente ao tema, porém, vale destacar a menção que o mesmo faz ao princípio da razoabilidade, um elemento que traz ao juiz um certo controle, no fato de ter que observar a satisfação da finalidade legal, mas esse é uma análise que trataremos mais a frente.

Muito já foi falado pelos grandes teóricos juristas sobre o tema, discussões que não foram esgotadas, devido a sua complexidade e, sobretudo, importância para a contribuição da constante construção do direito. Isso porque, essa questão está no epicentro daquilo que se entende, trivialmente, por fazer justiça, que seria o ato de julgar dos magistrados, de prolatar uma sentença e fazer cumprir o ordenamento jurídico e diretrizes firmadas na sociedade. O que faz com que sua conceituação seja, ainda, objeto de estudos para os juristas.

A atuação de um magistrado diante de situações concretas, suscita e suscitou grandes conjecturas e vem sendo estudado por grandes filósofos e juristas. Isso porque a lei, como já foi falado, em alguns casos é omissa, criando lacunas legais, em outros, se porta contraditória, gerando o conflito entre as normas. E, para sanar essa falta, inúmeras vezes, o juiz recorre ao uso dos princípios, da ética e da moral para interpretar e abstrair uma coerente resolução da lide.

Por uma óptica, existem os filósofos e juristas que apregoam a necessidade dos princípios e da moral para a resolução das situações que não são recepcionadas pela lei. Por outra, pensadores apregoam a dissociação entre moral e direito e defendem que a alternativa do juiz valer-se de critérios morais e princípios em prolações de sentenças, importaria em uma discricionariedade exacerbada, embocando na insegurança jurídica.

Um desses grandes pensadores que abordou essa matéria, partindo da crítica de conceitos de outros tantos, aprimorando seu entendimento, foi Herbert Lionel Adolphus Hart, um inglês afeito a filosofia do direito e que em seu livro (O Conceito do Direito) destaca as seguintes palavras:

[...] em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de

jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.⁵

Se percebe nas palavras de Hart uma nítida fuga dos ideários positivistas jurídicos pregados por alguns dos seus antecessores, a exemplo de Kant ou mesmo Feldhaus, estudiosos que defendiam a rigidez da norma.

Analisando a obra de Hart com mais afinco, depreende-se o entendimento de que a vertente norteadora de seus discursos giram em torno da existência de uma discricionariedade, e que o juiz deve intervir nas situações em que não haja normas jurídicas nos casos concretos, principalmente em casos, que ele intitula, difíceis. Para ele o direito é incompleto e fragilizado, necessitando da atuação do juiz.

Em suas colocações, Hart critica o posicionamento de Dworkin, que afirma ser a discricionariedade uma forma de conceber direitos com liberdade sem limites. Segundo Hart, a discricionariedade que apregoa, deve estar presente apenas quando a norma é omissa, e ele reprime grandes alterações ou novos compêndios, sempre baseando as decisões na razoabilidade. Nessa perspectiva, declara:

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juizes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito

⁵ HART, Herbert L. A. O conceito de direito.

e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.⁶

O autor em análise, afirmando que a discricionariedade judicial esta embasada no uso de princípios e doutrinas, coloca em cheque a tese de Dworkin, que diz que a mesma aplicação dos princípios não gera discricionariedade, tornado essa ideia controversa, pois estes são entendimentos genéricos e sujeitos a interpretação, e sua utilização passível de discricionariedade.

Aproveitando a alusão às palavras de um grande pensador, e partindo para uma análise da conceituação da discricionariedade judicial na visão de outros tantos estudiosos do assunto em comento, tracejaremos nas próximas linhas uma breve explanação das ideologias defendidas por cada autor, para assim, enriquecer nosso debate, e contribuir para a formação do pensamento, pois somente através da análise e posterior crítica, alçamos a melhor interpretação possível, formulando nosso próprio ideário a respeito daquilo que se pondera.

De pronto, destaca-se Immanuel Kant, alemão, considerado o fundador da filosofia crítica. Abstendo-se de maiores comentários as criações do autor e atendo-se ao que nos interessa, é mister destacar que em uma de suas obras, ao tratar da atuação jurisdicional, ele propõe a necessidade de se fazer a separação entre o direito e a moral, devido, segundo ele, a querela existente entre a moralidade e a legalidade.

Feldhaus, ao discorrer acerca da teoria de Kant, pontua os preceitos da aplicabilidade da lei e a necessidade do julgador apelar a outros meios fora do formalismo jurídico, a saber: *“Qualquer ambiguidade de norma na indicação da ação correta torna a norma inapta para a vigência, pois, nesse caso, o juiz precisaria recorrer a outros elementos, além da mera formalidade jurídica.”*⁷

A ideia subtraída do trecho de Feldhaus que referencia Kant, está em descreditar a discricionariedade jurídica. Kant em verdade, acreditava no positivismo jurídico, e apregoava que as normas se valiam por si só, se não o fossem não poderiam existir. E, portanto, as normas não poderiam ser complementadas, ou sobrepostas pela ética, moral ou os costumes, para a proferição das decisões judiciais.

⁶ HART, apud CELLA, p. 6

⁷ FELDHAUS, 2007, p. 47

Segundo Kant, a diferença entre a moral e direito consiste, na primeira estar voltada à liberdade interior, enquanto a segunda liga-se ao exterior. Ou seja, vislumbra-se no direito a possibilidade da repressão e intimidação por outros, com o fim de se ver implementado o dever, já na moral busca-se mais a finalidade em si, e por isso não há a intimidação, pois se baseia somente no auto constrangimento.

Percebe-se com o explanado acima, que, para Kant o direito e a moral distinguem-se, e devem ser abordados separadamente, sem nenhum liame. E isso, ecoa de forma direta no momento da interpretação da legislação, sobretudo em casos difíceis ou em conflitos de leis.

Para o norte americano Ronald Dworkin um filósofo contemporâneo do direito, diferentemente do que conceitua Kant, o direito e a moral possuem suas peculiaridades, contudo coexistem harmonicamente, chegando, inclusive, a moral a exercer influência direta sobre o direito. Para este pensador o positivismo restringe a valoração normativa em normas e regras, ignorando princípios, se quedando subordinado à discricionariedade do intérprete. E, portanto, a discricionariedade não existiria, se os princípios norteadores das normas fossem utilizados.

Dworkin, contrapondo-se ao que preceitua Hart, não acolhe a ideia do uso da discricionariedade. Em sua teoria, coloca o juiz apenas na posição de porta voz do direito, não exercendo qualquer influência sobre as normas. Inclusive, tenta apartar a possibilidade do magistrado de criar o direito, na edição de novas leis. Ademais, a discricionariedade, segundo ele, seria uma afronta a tripartição dos poderes, pois o juiz teria apenas o papel de aplicar o direito e não de cria-lo.

O direito para este jurista não é indefinido ou inacabado, ele se complementa implicitamente através dos princípios que nutrem coesão com o direito e proporcionam melhor justificação moral. Dessa maneira, a discricionariedade nunca poderia ser usada, pois o direito não está necessitado de completude.

3.1 Existência ou Inexistência da Discricionariedade Judicial

A evolução de pensamento nos trouxe diversas benesses, tornando o juiz mais livre no ato de julgar. Até porque se percebe que, mesmo na prolatação de sentença baseado no regramento jurídico, o juiz deve interpretar a lei. Contudo, uma questão nos é suscitada: independente do indivíduo imbuído dos poderes de

julgador, o resultado obtido não seria linear? Devido aos meios disponíveis serem os mesmos? Estaria afirmando, dessa forma, que as sentenças despachadas, seriam como se estivessem predeterminadas e prontas, através da já estabelecida ordem social e moral da coletividade, ou como diz Dworkin, através dos princípios norteadores das normas jurídicas.

Este argumento se fortalece, quando nos deparamos com o princípio do direito processual, denominado de duplo grau de jurisdição. Pois uma decisão, quando proferida por um juiz de direito, no uso de sua discricionariedade, não está acabada. Segundo a garantia do duplo grau de jurisdição, a sentença, a depender do interessado, poderá ser revisada por outro juiz, normalmente, de hierarquia superior. E isso, parece desmerecer a capacidade decisória do juiz, nos remetendo a ideia de que a discricionariedade não é válida em determinados casos.

Infere-se nessa explanação, que o julgador em momentos distintos, se mostra como porta-voz do direito, apenas reproduzindo sentenças prontas. Por outro lado, e contrariando o que foi dito acima, é indiscutível que questões complexas, que exigem uma análise acurada dos fatos onde a lei se apresenta alheia e indisponível ao julgador, carecem de valoração por parte deste, pois se não, apenas um caminho lhe estaria presente, ao contrário do que se vê, onde alternativas lhe são apresentadas. E é aí que se percebe a importância do duplo grau de jurisdição, pois a discricionariedade posta aos julgadores, não é absoluta (se o fosse estaríamos voltando ao tempo do absolutismo), justificada pela repressão à arbitrariedade, necessária à segurança jurídica.

É importante destacar, que o processo civil clássico rechaçava a possibilidade da discricionariedade judicial, pois o juiz teria que estar atrelado somente à lei, não podendo interpreta-la, somente lhe era disponível aplica-la, da forma que estava disposta. Com o decorrer do tempo, contudo, esta premissa tornou-se injustificável, devido a impossibilidade do legislador abarcar todas as situações possíveis na elaboração das normas.

O magistrado percebeu, deste modo, as suas faculdades serem estendidos, importando-lhe na possibilidade de apreciar a lei de acordo com a

concretude dos fatos, tendo que se fundamentar, contudo, no que consta na constituição federal em seu artigo 93, inciso IX.⁸

Assim, o juiz deixou de ser, meramente, o porta voz da lei, passando a assumir a posição de um agente que viabiliza a consumação do direito com o fulcro na constituição, trazendo os devidos ajustes para sanar as suas imprecisões, ou mesmo interpretando, podendo, inclusive, invalidar a lei, tornando-a inconstitucional por conta de sua inaplicabilidade frente aos direitos fundamentais ou princípios de justiça.

De acordo com Leonardo Greco, um exímio defensor da discricionariedade jurídica, inúmeras ocasiões se apresentam em que o magistrado exerce seu poder discricionário, a exemplo da eleição do elemento executório menos dispendioso para o devedor, ou mesmo o deferimento do usufruto menos gravoso para o devedor e mais hábil para a aceitação do débito, entre muitos outros.

Inversamente ao que preceitua o supracitado autor, Eros Roberto Grau defende a discricionariedade em um único caso: na decisão no âmbito da jurisdição voluntária, contida no art. 1109 do CPC que assevera que o magistrado tem a possibilidade de valorar de acordo com o caso, pautando-se na conveniência e oportunidade. Seu posicionamento contrário, se dá pelo fato do juiz não ter competência de criar juízos de oportunidade, mas exclusivamente juízos de legalidade.

Semelhantemente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, exclui outras possíveis soluções para a resolução dos conflitos, que não seja a lei. A discricionariedade ocorreria, apenas, de acordo com a autora, no caso do magistrado não operar no exercício da jurisdição.

Ante o exposto, é incontestável a realidade da discricionariedade jurídica, pois a atividade do julgador vem cada vez mais se ampliando e o caráter criativo do juiz ao analisar o caso concreto é indubitável.

3.2 Os limites à Discricionariedade

De acordo com o princípio da legalidade o juiz deve, diante de sua função de julgar, amparar-se na norma. Cabendo ao juiz, no caso da falta da lei, a

⁸ **Art. 93, IX** todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

atribuição de harmonizar a lei ao caso concreto, conformando-a de acordo com a situação a que se depara, na busca de uma melhor alternativa. Este é o predicado a que damos o nome de discricionariedade judicial.

A discricionariedade apresenta-se, diferentemente de outrora, suscetível a limitação. E, nesse sentido, esbarra em dois limites: um exterior, que se liga ao princípio da legalidade, em que sua decisão deverá estar paralela ao que convencionou a lei; e outro, interior, relacionado ao fim almejado a partir da alternativa escolhida.

Destarte, é indiscutível que a discricionariedade não seja contrária a lei, ou mesmo represente abuso de poder, com exceção de seu emprego abusivo.

Outro princípio que regula a atividade jurisdicional, é o princípio da proporcionalidade, que impõe seu controle no momento em que inúmeras possibilidades se colocam à disposição do magistrado, reduzindo assim sua discricionariedade, pelo fato deste ter que eleger a alternativa mais branda.

Vale destacar, ainda, que a obrigação que o juiz tem de motivar as suas sentenças, também representa uma limitação ao uso da discricionariedade, pois como não é possível evadir-se da valoração judicial, aplica-se ao juiz o dever de motivar suas decisões. E isso decorre, não meramente para explicitar eticamente os seus motivos, mas para corroborar que suas decisões estão como preceitua a lei, e foram as mais adequadas a cada caso.

A discricionariedade relaciona-se diretamente com os chamados conceitos vagos, e as cláusulas gerais, isto porque, sua indefinição dá liberdade à livre atuação do magistrado, à sua criatividade judicial. E essas decisões proferidas, oriundas desses conceitos jurídicos imprecisos, não se quedam livres do controle dos Tribunais. Pois, será observado, não a existência do fato, mas sim o seu liame com as regras judiciais vigentes.

Desse modo, equivocando-se o magistrado no emprego das leis, mesmo diante de conceitos vagos, essas sentenças sujeitam-se ao controle dos órgãos superiores.

É importante alvitrar, nessa linha de raciocínio, que quanto maior a indeterminação dos conceitos jurídicos, mais penoso será o seu controle, pois exige-se não apenas a apreciação do caso, mas também a análise do caminho tomado pelo magistrado, observando se foi o mais coerente.

Por fim, ressalta-se que com o tempo, esses conceitos jurídicos indefinidos, através do concomitante trabalho da jurisprudência, terão atenuado seu nível de indefinição, logrando equilíbrio.

3.2.1 A discricionariedade judicial e o princípio da imparcialidade

A ideia de Justiça nos remete a imagem de um juiz imparcial, alheio à intervenção nas lides que arbitra. Convencionalmente, deparamo-nos com esta mesma realidade, a de imperatividade formal (a já mencionada imparcialidade jurídica). Entretanto, comumente percebe-se a impossibilidade dessa apatia do juiz, pois este encontra óbice na sua própria natureza humana.

O código de Processo Civil em seus artigos 134 e 135 pressupõe óbices à atuação jurisdicional, impedindo-o de julgar em determinados casos. Até porque o juiz ao se colocar em sua posição, não perde sua qualidade de homem, ao contrário, sua visão de mundo compõe o panorama do processo. Por esse motivo, que o agir discricionariamente é polemizado, gerando sempre confusão a respeito de sua limitação e observância ao princípio da imparcialidade. Nicola Tutungi Júnior dispõe a esse respeito:

Como sabemos, a atividade de interpretação e aplicação da lei pelo julgador deve se afastar ao máximo de suas convicções e valores pessoais, o que justifica princípios constitucionais como o do juiz natural, o da inafastabilidade da jurisdição, e a própria imparcialidade como característica fundamental do exercício da atividade jurisdicional.

Por outro lado, apesar de no conceito citado se mencionar apenas o administrador, a escolha entre caminhos a serem seguidos quando não se apresenta uma única solução é fenômeno que não se restringe ao campo da Administração Pública. Como vimos, o incremento de questões levadas aos Tribunais envolvendo decisões políticas retrata que não são poucas as situações nas quais o julgador se depara com mais de uma possibilidade dentre várias viáveis, que muitas vezes contemplam valores morais, regras jurídicas ou princípios de igual grandeza, afastando a viabilidade de uma única solução.⁹

É, portanto, visível que a imparcialidade absoluta é impossível, mesmo sendo uma exigência de qualquer sistema metodicamente organizado. O homem por sua natureza e suas peculiaridades exerce influência direta nos seus julgamentos. Deve-se observar, contudo, que este se atenha aos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

⁹ JUNIOR, Nicola Tutungi. **Discricionariedade judicial**: uma análise crítica.

4 CONCLUSÃO

A discussão acerca da discricionariedade judicial ainda é um tema de bastante ressonância no mundo jurídico, devido a reflexa influência exercida nas decisões judiciais. Delineando, na medida em que sua concepção é formatada conjuntamente com a evolução natural das coisas, a figura do magistrado, que passa de mero coadjuvante do direito a elemento fundante na sua formação.

A ideia de que haja uma única solução justa para cada caso concreto, considero refutada, pois seria necessária uma série de circunstâncias que apenas podem ser concretizadas em condições ideais do discurso. Dworkin, inclusive, referenciando essa ideia cria a figura do juiz Hércules, que como o próprio nome induz, faz alusão ao semideus da mitologia Grega, que da mesma forma como na Grécia, no direito este juiz não existe na realidade, pois segundo Dworkin ele estaria capacitado para resolver todos os casos. O que é uma falácia, quando considerado a natureza do legislador, e do aplicador do direito.

Por isso falar-se em discricionariedade jurídica, emanada e amparada na lei, como requisito atinente à atividade jurídica, indispensável à deliberação de casos que não são recepcionados pela lei, devido a irrealizável tarefa do legislador de precisar todas as situações possíveis, ou mesmo, quando existindo a previsão legal, essa, estar destoante, quando analisada no caso concreto. Situação recorrente, quando da adoção de cláusulas gerais e de apreciações jurídicas indefinidas (apreciações vazias ou confusas), casos que emergem carentes da ingerência do apreciador, que após vislumbrar o fato, interpretando-o axiologicamente, e percebendo as circunstâncias concretas, infere a sua posição, agindo com discricionariedade.

Conclui-se, portanto, que a discricionariedade nas decisões judiciais é uma realidade indissociável na atuação dos magistrados, pois na prática, constata-se a multiplicidade de soluções corretas para uma dada situação.

É importante destacar, ademais, que essa discricionariedade esbarra em dois limites na atuação jurisdicional, um, externo, ligado ao princípio da legalidade e outro, interno, relacionado ao fim a ser buscado com a escolha feita. Uma discricionariedade absoluta tornar-se-ia arbitrariedade. Depreende-se disso, que o juiz tem a sua “liberdade” de julgamento, não só pautado na incompletude da

norma, mas também, por conta da bagagem valorativa que carrega, influenciando diretamente nos seus pareceres. E ao mesmo tempo, deve agir de acordo com o perímetro delineado pela norma e a razoabilidade.

ABSTRACT

The judicial discretionary is a subject which raises many controversies in the legal sphere. The following work makes an analysis of the context where this discretionary is occasioned, using, as support, the opinion of renowned scholars in this theme who have built theories making their conceptions about it, which, even sometimes conflicting between them, allows us to create our own concept. Then, this work proposes to capture the magistrate position, who has the task, in his judicial activity, of to pronounce sentences. His intromission is discussed to learn which the perimeter of his activity is. After all, there are many possibilities available as alternative to the magistrate subjectivity, and his impartiality it is a point to discuss. The judicial norm, which is inextricable to this study, is also related to this debate, once she needs to be completed and, sometimes, needs to be rectified, or even to be created, in the cases where does not exists.

KEYWORDS: Judicial discretionary; Theories; Field of activity; Impartibility; Judicial norm.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ªed.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

CELLA, José Renato Gaziero. Legalidad y Discricionariedad: La discusión HART y DWORKIN. Disponível em <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. (1997). Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press

FELDHAUS, Charles. Direito e Moral: três estudos a respeito da filosofia prática de Kant/ Charles Feldhaus. Florianópolis – Santa Catarina: Apolodoro Editora, 2007. P. 20.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade, *in* Milaré, Edis (org.). A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**. n. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34-66

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JUNIOR, Nicola Tutungi. **Discricionariedade judicial**: uma análise crítica. Disponível em: < <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE-28583.pdf/17Discricionariedade.pdf>>. Acesso em 20 jan 2013.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes / Immanuel Kant; [tradução: Edson Bini]. – 1. Ed. – São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

YANAL, Robert J. (1985). "Hart, Dworkin, Judges, and New Law". The Monist, vol. 68, no.3. Illinois: The Hegeler Institute, pp. 388-402