

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

THE JUDICIAL DISCRETION IN CIVIL-CONSTITUTIONAL METHODOLOGY

*Aline de Miranda Valverde Terra**

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo analisar, de forma pontual e crítica, a discricionariedade judicial à luz da metodologia civil-constitucional. Para tanto, demonstrar-se-á que a discricionariedade judicial é inerente a todo e qualquer processo de interpretação e aplicação do direito, com campo de atuação mais ou menos amplo, a depender da maior ou menor vagueza semântica decorrente da técnica legislativa utilizada. Ver-se-á que discricionariedade, contudo, não se confunde com arbitrariedade, cujo resultado consiste em decisões imotivadas ou teratológicas. O exercício legítimo da discricionariedade requer (i) a apreciação racional dos fatos pelo magistrado e (ii) o respeito ao princípio da legalidade. Quanto ao instrumento de controle, destaca-se a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, de importância ímpar tanto para o exercício do controle endoprocessual quanto para o extraprocessual.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitrariedade. Discricionariedade judicial. Metodologia civil-constitucional.

ABSTRACT: This article aims to sharply and critically analyze the judicial discretion based on the civil-constitutional methodology. To this end, it will be demonstrated that the judicial discretion is inherent to any application and interpretation process of law, and more or less extensive, depending on the greater or lesser vagueness of the legislative technique applicable to the hypothesis to be examined. It will be seen that the judicial discretion, however, should not degenerate into arbitrariness, which results in causeless or teratological decisions. The legitimate exercise of discretion requires (i) the rational assessment of the facts by the magistrate and (ii) respect to the principle of legality. Regarding the control instrument, it should be emphasized the constitutional requirement to the grounds of the decision, important for both endo-processual and extra-processual control.

KEYWORDS: Arbitrariness. Judicial discretion. Civil-constitutional methodology.

INTRODUÇÃO

O juiz, ao identificar a adequada solução ao caso concreto, exerce juízos discricionários? A escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto, a partir de um dos possíveis sentidos do texto, é

* Doutora (2015) e Mestre (2008) em Direito Civil pela UERJ. Bacharel (2000) em Direito pela UERJ. Professora agregada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, de cursos de pós-graduação do CEPED/UERJ e da PUC/Rio. Coordenadora Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. E-mail: ammvalverde@hotmail.com

discricionária? Se o for, quais os limites dessa discricionariedade e como garantir que não se converta em arbitrariedade? Essas são algumas das questões centrais que povoam o debate acerca da discricionariedade judicial, e que assumem especial relevância e renovados contornos no âmbito da metodologia civil-constitucional.

Note-se, preliminarmente, que o conceito de discricionariedade ora adotado não se confunde com o de discricionariedade administrativa, entendida 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” (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 426, grifo nosso).

A advertência é de suma importância, pois algumas teorias contrárias à existência de discricionariedade na atividade judicial se valem de referido conceito; de fato, a discricionariedade objeto deste estudo nada tem a ver com a integração da norma a partir de critérios subjetivos próprios do julgador, ou com juízos de conveniência e oportunidade.¹

Identificam-se duas grandes vertentes de pensamento em relação à abrangência do poder discricionário judicial. Sustenta-se, de um lado, que o poder discricionário confere ao juiz amplo poder criativo, a permitir a elaboração de direito novo. Assim, poderia o magistrado, segundo se propugna, em hipóteses não contempladas pelo direito, criar solução extralegal e adotá-la para o caso concreto. Esses poderes de criação ser-lhe-iam atribuídos somente quando o direito não disciplinasse a contento o caso concreto *sub judice*.

Afirma-se, por outro lado, que a discricionariedade judicial permite que o juiz distinga, entre as várias soluções possíveis oferecidas pelo ordenamento jurídico, aquela que melhor soluciona o caso concreto. Atribui-se ao julgador margem de atuação mais ampla do que a ordinariamente reconhecida, e cabe a ele escolher qual das soluções contidas no sistema jurídico se afigura mais adequada à disciplina da hipótese controvertida.

Nota-se, portanto, que ambas as orientações acolhem a atribuição de certa margem de escolha ao magistrado. A divergência reside, precisamente, na amplitude desse poder de escolha: enquanto a primeira orientação admite vastíssimo poder criativo, conferindo ao juiz a possibilidade de elaborar soluções fora do direito, a segunda atribui poder mais restrito, limitado às potencialidades do próprio ordenamento jurídico.

¹ Por vezes, entretanto, a divergência reside muito mais na terminologia utilizada do que na amplitude dos poderes conferidos ao juiz. Confira-se, por todos, BEDAQUE (2001, p. 187-188). Sobre a inadequação de se restringir o estudo da discricionariedade aos atos administrativos, remete-se o leitor a MORTATI (1939-1942, p. 77).

A rigor, a divergência é ainda mais profunda do que aparenta, e repousa na adoção de concepções distintas de metodologia de interpretação e aplicação do direito, como se verá a seguir.

1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

A compreensão do texto jurídico pressupõe, inexoravelmente, sua interpretação. A atividade hermenêutica assume, assim, relevância ímpar no direito, e impõe a seus operadores desafios dos mais instigantes: além de lidar com a linguagem, matéria-prima plástica e de contornos indefinidos, são instados a extrair do texto legal a norma aplicável ao caso concreto, cujo conteúdo depende dos fatos sobre os quais incidirá. A norma não brota, portanto, espontânea e autonomamente do texto da lei, mas é dele extraída pelo intérprete à luz dos aspectos fáticos do conflito apresentado.

De acordo com a metodologia civil-constitucional, o processo de criação da norma por meio da interpretação deve ter como fio condutor a Constituição, ato normativo hierarquicamente superior no ordenamento jurídico brasileiro, constituído por disposições preceptivas dirigidas a todos os atores jurídicos. Toda aplicação de norma jurídica é, pois, antes de tudo, aplicação da Constituição; se essa aplicação é direta ou indireta, pouco importa, uma vez que o que prevalecerá, ao fim e ao cabo, será a norma constitucional (TEPEDINO, 2008, p. iv).

A metodologia se assenta sobre algumas inarredáveis premissas. A primeira se refere à unidade do procedimento interpretativo: interpretação e qualificação dos fatos encerram aspectos da individualização da normativa do caso concreto, a partir da dialética fato-norma. Trata-se de aspectos de um processo cognitivo unitário, voltado para a reconstrução do que ocorreu no mundo dos fatos sob perspectiva dinâmica, com o escopo de construir a disciplina que o “ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta, exigência portadora de uma sua específica irrepetibilidade” (PERLINGIERI, 2008, p. 64-65). O caso concreto assume, assim, especial relevância para a metodologia, já que apenas cotejando-se suas especificidades com o ordenamento jurídico unitário e sistematicamente considerado identifica-se a disciplina legal aplicável ao real conflito de interesses.

O ordenamento jurídico, por sua vez, não se exaure na lei; é resultado da interpretação conjunta de princípios e regras individualizados pelo aplicador, do sistema sociocultural, e dos elementos condicionantes dos fatos em cada conflito de interesses. O sistema é heterogêneo e aberto aos vetores culturais da sociedade, caracterizado por pluralidade de fontes normativas, cuja unidade é assegurada pela centralidade da tábua axiológica constitucional. Diante da pluralidade de fontes,

da complexidade do ordenamento, cabe ao intérprete, mediante esforço de coordenação, identificar a norma do caso concreto, garantir a hierarquia dos valores e a unidade do sistema.

O processo hermenêutico concebido em tais bases se afasta, em definitivo, da subsunção, que pressupõe dualidade – inexistente – entre norma jurídica (premissa maior) e fato (premissa menor) (TEPEDINO, 2007, p. iv).² A norma jurídica aplicável resulta, ao contrário, da ponderação de todo ordenamento jurídico a partir do caso concreto: o intérprete há que ter em conta todo o arcabouço legislativo posto e as especificidades dos fatos de sua hipótese real – situação econômica dos sujeitos, sua formação cultural, circunstâncias do conflito, etc. Apenas do cotejo das peculiaridades do caso concreto com as diversas fontes normativas, unificadas pela Constituição da República, é possível extrair o ordenamento jurídico “sob medida”, aplicável exclusivamente àquela situação fática. O juiz, nesse contexto, “deixa de ser mera boca da lei, para ser seu intérprete, hermeneuta e aplicador tópico” (FACHIN, 2015).

E é justamente nesse processo de transmutação do enunciado linguístico em norma, de identificação da disciplina normativa do caso concreto, que são exercidos juízos discricionários pelo intérprete e, conseqüentemente, pelo magistrado. Tome-se como exemplo a hipótese menos controversa de aplicação de cláusulas gerais. Quando o Poder Legislativo não quer ou não pode determinar de forma objetiva o conteúdo do texto normativo, lança mão de cláusulas gerais, e transfere ao intérprete poder discricionário para fazê-lo em cotejo com o caso concreto; a razão de atribuição de maior poder discricionário ao intérprete das cláusulas gerais reside na conveniência de permitir que a norma se adapte às particularidades do caso concreto, imprevisíveis em abstrato (MORTATI, 1939-1942, p. 80). A técnica das cláusulas gerais não dispensa, todavia, intervenções precisas, do tipo regulamentar. Se assim não fosse, atribuir-se-ia ao jurista o poder de decidir arbitrariamente, de acordo com suas concepções subjetivas, já que ausente qualquer parâmetro legal para pautar a decisão discricionária (PERLINGIERI, 1999, p. 42).

A aplicação direta dos princípios constitucionais, dotados de considerável abstração e abertura à moralidade e à política, confere, igualmente, ao magistrado notável grau de discricionariedade. Como normas de conteúdo aberto, são suscetíveis de pluralidade de níveis de satisfação, a impor ao juiz identificar, por meio da técnica da ponderação, a solução mais adequada

² De acordo com Luiz Edson Fachin (2015), “Se é certo que hipertrofiaram os dramas e tramas da sociedade, também restou infinitamente mais labirintado o papel do juiz. O juiz Hércules passa a ser cada vez mais chamado para o combate, afinal as peculiaridades do caso concreto não mais permitem a mera subsunção da norma ao fato. No âmbito do Direito de Família, com especial ênfase, parece que a força normativa dos fatos, cada vez mais, toma de assalto o ordenamento jurídico, e é ao juiz que se clama pela dificultosa harmonização de fontes com o fito de dar (umas das) resposta (s) ao quadro que se apresenta”.

ao caso concreto, observando os parâmetros estabelecidos para o exercício legítimo de seu poder discricionário.

Por trás do reconhecimento de que a utilização de referidas técnicas legislativas atribui ao jurista maior espectro de possibilidades interpretativas, a lhe permitir atender mais adequadamente às especificidades do caso concreto valendo-se de juízos discricionários, desenvolve-se amplo debate acerca das incertezas daí advindas, como se a previsibilidade das decisões fosse o único valor almejado.³ Teme-se que a ausência de regras precisas, previamente elaboradas pelo legislador, e a atribuição de poder discricionário ao juiz descambem para intolerável insegurança. Há, contudo, três problemas nesse raciocínio.

O primeiro se refere à própria dificuldade enfrentada pelo jurista em lidar com cláusulas gerais e princípios, decorrente da cultura jurídica brasileira, tradicionalmente conceitualista. As faculdades de direito não preparam seus alunos para manejar institutos que lhe atribuem escolhas propositalmente não feitas de maneira expressa pelo legislador ordinário, mas que se reconduzem ao ordenamento jurídico. Mudar a forma pela qual inteiras gerações de juristas interpretam e aplicam o direito não é tarefa fácil. Conforme destaca Pietro Perlingieri (2008, p. 12), “se é preciso elaborar leis adequadas, é igualmente necessário formar juristas que tenham a sensibilidade de interpretar, conhecer a realidade e individualizar a normativa aplicável”.

O segundo problema reside na falsa ideia de que existem regras precisas elaboradas pelo legislador, que tais regras são infensas a juízos discricionários e que, por isso, atendem mais adequadamente à promoção da segurança jurídica. O legislador não elabora regras precisas. Elabora, no máximo, enunciado regulamentar cujo conteúdo semântico, de regra, é mais restrito do que aquele veiculado por cláusulas gerais e princípios. A precisão, ou clareza, não é do texto, mas da norma, resultado já da interpretação. Qualquer enunciado normativo, por mais claro que pareça ser, requer processo cognoscível. E cabe ao intérprete identificar, dentre as várias possibilidades semânticas, o sentido em que a palavra deve ser entendida. A clareza do texto não é um *prius*, mas um *posterius* da atividade hermenêutica.⁴

³ Sobre o papel do intérprete, afirma Calamandrei (1965, p. 599) que “il giurista non è infatti un conservatore di vecchie formule fuori d’uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie: è un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto megliora adempire alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza”.

⁴ “Claro é aquele texto que, lido em conexão com outros, com os princípios relevantes na hipótese concreta, adquire significado normativo sem que seja necessário forçar abertamente a sua letra. Todavia, a sua interpretação não poderá deixar de ser influenciada pelo conhecimento do universo normativo. A clareza, de toda sorte, não implica um juízo de congruência entre o ‘significado natural’ das palavras utilizadas e a solução escolhida” (PERLINGIERI, 2008, p. 622).

Se é fato que o intérprete, ao concretizar o sentido da cláusula geral, exerce juízos discricionários, e o faz escolhendo, dentre as várias possibilidades do texto, aquela que melhor se coaduna com a situação fática, é igualmente verdade que a interpretação de texto regulamentar também pressupõe juízos discricionários. Nesse caso, o intérprete escolherá da mesma forma, entre mais de uma possibilidade, a disciplina mais adequada ao caso concreto, valendo-se, para tanto, e simultaneamente, das interpretações lógica, sistemática e axiológica.

A rigor, a diferença que há entre uma ou outra interpretação é apenas o grau de abstração do texto e, por consequência, o grau da discricionariedade atribuída ao intérprete. O intérprete, portanto, sempre realiza juízos discricionários, que podem ser mais ou menos amplos de acordo com a natureza dos enunciados a serem interpretados. A distinção, com efeito, é apenas quantitativa, não já qualitativa.

Por fim, a terceira dificuldade a ser enfrentada, e que se relaciona diretamente com as anteriores, refere-se ao próprio conceito de segurança jurídica, cuja reconstrução, liberta do positivismo regulamentar, se impõe. No atual estado da arte, em que a técnica legislativa evolui em direção à utilização crescente de conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais, a segurança há de ser alcançada por meio da definição paulatina, pela doutrina, “de padrões de conduta socialmente admissíveis, e não regras estanques de comportamento para fatos previamente estabelecidos pelo legislador” (TEPEDINO, 2006, p. 4-5). Trata-se, em última análise, da definição de parâmetros, os mais específicos possíveis, para a aplicação das normas extraídas de textos elaborados por meio das diversas técnicas legislativas.⁵

A partir das concepções de ordenamento jurídico e de processo hermenêutico acima referidas, pode-se afirmar que, para a metodologia civil-constitucional, o juízo discricionário é inerente ao exercício da atividade interpretativa e, portanto, à decisão judicial. Trata-se, pois, de “discricionariedade interpretativa”; vale dizer, de discricionariedade ínsita à interpretação do direito, à identificação da disciplina específica do caso concreto.⁶

Destaque-se, no entanto, que a constatação de que o magistrado realiza, em diversos momentos do processo decisório, juízo discricionário encerra apenas o ponto de partida para a análise de inúmeras outras questões. Um dos problemas particularmente importantes a ser

⁵ Acerca do necessário e inadiável papel da doutrina na fixação de parâmetros a serem observados pelos juízes na aplicação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, confira-se BODIN DE MORAES (2014).

⁶ Fabrizio di Marzio (2006, p. 399) define, com precisão, o conceito de discricionariedade interpretativa: “Con il sintagma ‘discrezionalità interpretativa’ intendo riferirne al potere, proprio dell’attività decisoria, di scelta nel merito, considerato tuttavia non in se stesso ma in quanto conseguenza del potere di scelta che il giudice esercita – prima che sulla soluzione da adottare – sulla interpretazione da effettuare per giungere alla soluzione”.

enfrentado reside no risco de a discricionariedade degenerar em arbitrariedade judicial. Por essa razão, assume especial relevância a análise da legitimidade do exercício da discricionariedade interpretativa.

2 PARÂMETROS PARA O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DE JUÍZOS DISCRICIONÁRIOS: APRECIÇÃO RACIONAL DAS PROVAS E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O reconhecimento de que o jurista exerce juízos discricionários durante o processo hermenêutico não importa em admitir a possibilidade de integração da norma a partir de critérios subjetivos, próprios do julgador, ou de juízos de conveniência e oportunidade. Tampouco importa em lhe reconhecer liberdade total e irrestrita. Apenas o poder absoluto é arbitrário, e rejeita qualquer tipo de controle. Nessa esteira, o exercício legítimo da discricionariedade interpretativa pressupõe a observância de dois parâmetros fundamentais: a apreciação racional das provas e o princípio da legalidade.

A averiguação e análise dos eventos,⁷ importante fase do processo interpretativo,⁸ encerra aspecto fundamental da decisão, pois guia e condiciona a identificação da norma aplicável ao caso concreto, além de revelar-se algo “largamente ‘criativo’, enquanto o acerto do fato depende do exercício de importantes poderes discricionais, por parte do juiz” (TARUFFO, 2001, p. 435). Ao identificar os eventos relevantes para a solução da controvérsia, o juiz procede a escolhas que, longe de serem livres ou subjetivamente realizadas, pautam-se pela realidade peculiar do caso concreto.

Nem todos os eventos apresentados serão relevantes para a identificação da normativa aplicável. Cabe ao magistrado, a partir das provas carreadas aos autos, apreender, analisando o caso concreto em sua globalidade e particularidade, quais eventos devem ser interpretados e qualificados, transmudando-se em fatos capazes de condicionar, conformar, modificar e adequar o conteúdo do direito aplicável. Por essa razão, a exigência de racionalidade na análise das provas garante o uso racional do poder discricionário.

Nesse contexto, impõe-se identificar a exata extensão do princípio do livre convencimento do juiz, a fim de afastar concepções radicalmente subjetivistas, irracionais, segundo as quais a avaliação das provas e dos fatos seria fruto de uma persuasão interior, imperscrutável e

⁷ Optou-se pela expressão “eventos”, em vez de “fatos”, pois “il fatto non preesiste all'interpretazione ma è costituito dal procedimento che lo interpreta: prima dell'interpretazione non vi sono fatti o norme ma eventi e disposizioni” (PERLINGIERI, 2005, p. 99).

⁸ Embora se reconheça que a distinção entre interpretação e qualificação do fato é meramente descritiva, já que ambas encerram aspectos de uma operação unitária, faz-se aqui a cisão apenas para fins didáticos, com o escopo de demonstrar que a discricionariedade está presente durante todo o processo hermenêutico.

irredutivelmente subjetiva, criada por razões ocultas na alma (não necessariamente na mente) do juiz. Afirmar Taruffo (2007, p. 232) que a escolha em favor de concepção racional pressupõe, ao contrário, que o princípio seja interpretado no sentido de que a discricionariedade na valoração das provas deve ser exercida segundo critérios que assegurem o controle racional, adotando-se concepção epistêmica, não já retórica, da prova.

A prova exerce sua função epistêmica quando concebida como instrumento processual a serviço do juiz para descoberta e identificação da verdade (relativa) em torno dos fatos da causa (TARUFFO, 2007, p. 235). A verdade dos fatos, por sua vez, é resultado de atividade cognoscitiva que se articula em passagens cognoscíveis e controláveis, como a coleta de informações, a verificação de sua confiabilidade, a análise de sua relevância e a formulação de inferências, logicamente válidas, que conduzam a conclusões racionalmente justificadas.

Não é permitido ao juiz, portanto, na identificação dos fatos, ignorar as regras da lógica, que constituem exigência intrínseca a qualquer compreensão, e tampouco decidir manifestamente contra as provas dos autos, sob pena de incorrer em arbitrariedade. A esse respeito, assume especial relevância a discussão em torno da valoração da prova científica.

O incremento do uso judicial do conhecimento científico promove a certeza e a controlabilidade das informações das quais o juiz se vale para a avaliação dos eventos que lhe são apresentados, e diminui o risco de prevalecer a irracionalidade subjetiva. Sob tal perspectiva, a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica aumenta a tensão entre o processo cognitivo e a liberdade para apreciar a prova, e pode colocar em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova (OLIVEIRA, 2015).

A questão revela particular interesse, por exemplo, no âmbito de exames hematológicos pelo método do DNA realizados em ações de investigação de paternidade, nas quais, não raro, referida prova é admitida como absoluta e irrefutável, rejeitando-se qualquer outra modalidade, ou lhe sendo conferida posição de primazia sobre as demais. Todavia, a decisão baseada exclusivamente no instrumento pericial do DNA oferece, de imediato, dois problemas: em primeiro lugar, a falibilidade do método, que, embora reduzida, não pode ser desprezada;⁹ e, em segundo

⁹ Como aponta Hamilton de Oliveira Martins Neto (2003-2004, p. 599), “os erros são de várias espécies, como a dificuldade de se controlar a técnica, a falsa identificação dos examinados, a troca de amostras, o uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes, os produtos com prazos vencidos e as falhas na leitura, na interpretação e na transcrição dos resultados, levando tais equívocos a uma exclusão ou a uma inclusão indevida. Enquanto as técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não de identificação. Ou seja: a exclusão é categórica e a inclusão probabilística”.

lugar, a possível divergência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, uma vez que a paternidade jurídica pode não coincidir com a paternidade genética.¹⁰

Por essa razão, embora a prova científica ofereça, eventualmente, mais segurança na identificação dos fatos e formulação da decisão, não está o magistrado eximido de avaliá-la em cotejo com todo o conjunto probatório carreado aos autos, sendo-lhe imposta a apreciação racional dos demais elementos de prova apresentados, sob pena de, não o fazendo, incorrer em flagrante arbitrariedade.¹¹

O segundo parâmetro para o legítimo exercício de juízos discricionários é a observância do princípio da legalidade, “entendido certamente, não como uma subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular e isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação” (PERLINGIERI, 2008, p. 24).

Contemporaneamente, reconhece-se que o juiz não está vinculado à letra da lei, mas à norma, identificada a partir do confronto dialético entre disposições legislativas e fatos, em uma unidade incindível. No âmbito de um ordenamento unitário e complexo, caracterizado por clara hierarquia de fontes, o jurista deve buscar a solução mais adequada ao caso concreto, observados os valores e os interesses considerados normativamente preponderantes, à luz da Constituição. E as soluções baseadas em escolhas discricionárias não fogem à regra.

Assim sendo, mesmo a indeterminação intencional das cláusulas gerais ou a plasticidade dos princípios não confere ao juiz espaço para impor sua ideologia pessoal. Tampouco denota permissão para consideração de valores extrajurídicos, ainda que cultural e historicamente

¹⁰ Acerca da paternidade socioafetiva, afirma Luiz Edson Fachin (2003, p. 21): “A verdade sociológica se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas também no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade”. No mesmo sentido, confira-se LÔBO (2008, p. 7). Na jurisprudência, convém mencionar a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas se edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido” (STJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1059214/RS, j. 16.2.2012). Veja-se, ainda, na mesma direção: STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 878.941/DF, j. 21.8.2007.

¹¹ Sobre a necessidade de cotejar a prova científica com todo o conjunto probatório constante dos autos, confira-se: STJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 317.809/MG, j. 2.5.2002.

relevantes, mas não incorporados ao ordenamento. Todas as normas são expressão de princípios, sejam elas veiculadas por meio de cláusulas gerais ou de técnica regulamentar, e se alimentam do ordenamento ao mesmo tempo que o integram, em complementaridade recíproca. Nesse sentido,

[...] a vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação de múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras (PERLINGIERI, 2008, p. 239-240).

Note-se que, em qualquer situação, o Poder Judiciário deve atuar de acordo com a sua natureza de instituição vocacionada a garantir a legalidade. Isso não significa, todavia, submissão à lei ordinária. Para identificar a normativa aplicável à situação controvertida, o magistrado deve considerar todas as circunstâncias que caracterizam o fato e identificar, entre as soluções oferecidas pelo ordenamento, aquela que, a partir de sua perspectiva unitária, promove a justiça no caso concreto, realizando os valores constitucionais.

A justiça no caso concreto, desejada e perseguida pelo aplicador do direito, é a justiça na legalidade constitucional, que se alcança apenas com o emprego de renovada teoria da interpretação, axiologicamente orientada para a definição do conteúdo de princípios, normas regulamentares e cláusulas gerais.

3 JUÍZO DISCRICIONÁRIO E ARBITRARIEDADE. A ADEQUADA MOTIVAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O reconhecimento de que o magistrado exerce juízo discricionário durante o processo de interpretação e aplicação do direito não importa em lhe atribuir liberdade total, conforme reiteradamente advertido. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. O exercício legítimo da discricionariedade requer a observância de certos parâmetros, sem os quais a atuação pode configurar-se arbitrária ou, apenas, legalmente equivocada.

Quando o magistrado, no exercício de juízo discricionário, não procede à análise racional das provas ou atua *contra legem* ou *praeter legem* há, de regra, atuação legalmente equivocada, decisão errada. Por outro lado, sempre que a decisão for teratológica ou não motivada, configura-se a arbitrariedade.

Decisão teratológica é a decisão monstruosa, que afronta gravemente a lei ou a prova dos autos, que não se coaduna com as regras mais básicas do ordenamento jurídico. Não basta, pois, a mera ilegalidade, a simples violação à lei, a avaliação incorreta da prova, a escolha de uma das

soluções possíveis no exercício do poder discricionário que não seja a ideal para o caso concreto: é preciso que o erro na interpretação e aplicação do direito seja grosseiro, extremo, ofensivo à essência da Justiça, que seja flagrantemente ilegal, de ilegalidade gritante, decisão absurdamente contrária à prova dos autos, que viole escancaradamente direito líquido e certo, que se trate de aberração jurídica, não raro fundada em subjetivismo irracional do juiz.¹²

Afigura-se arbitrária, ainda, a decisão não motivada.¹³ O ordenamento jurídico brasileiro adotou concepção racional da decisão, ao impor ao juiz o dever de motivação, constante do art. 93, IX da Constituição da República. Exige-se, assim, que o magistrado exponha as razões que embasam sua decisão, que racionalize o fundamento decisório, articulando os argumentos que a justificam.

Trata-se, o dever de motivação, de verdadeira garantia de controlabilidade do exercício do poder judicial e, sobretudo, do exercício da discricionariedade interpretativa, uma vez que apenas por meio da análise da fundamentação é possível fiscalizar e controlar a atuação do magistrado. A motivação é tanto mais necessária quanto maior for o grau de discricionariedade da decisão, “já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal sua liberdade de escolha, sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 88).

Em verdade, da atividade argumentativo-decisória emerge dupla garantia: por um lado, protege-se o juiz não apenas contra qualquer elucubração subjetiva e irracional que possa oferecer-se à sua mente, bem como contra toda pressão que tente agir sobre ele; e, por outro, mais do que um controle endoprocessual, levado a cabo pelas partes a partir das razões de decidir, a motivação permite o controle extraprocessual, por meio da crítica pública dos fundamentos decisórios (TARUFFO, 2007, p. 237). A motivação resguarda, portanto, a Justiça, dos dois maiores vícios que podem maculá-la: a parcialidade e o arbítrio.

Por meio da fundamentação, o magistrado justifica o raciocínio jurídico empreendido e demonstra a racionalidade da decisão, ainda que se trate de “racionalidade imperfeita” (TARUFFO 2001, p. 454). É pressuposto da decisão racional que a validade de sua estrutura seja controlável

¹² Nos autos do RMS 38473/PE, decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos: “A teratologia da decisão judicial está evidenciada, pois o magistrado de primeira instância, ao passo em que recebeu a apelação com efeito suspensivo, também determinou a execução imediata da sentença” (STJ, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, RMS 38473/PE, j. 8.4.2014).

¹³ É o que também se colhe da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementada: “Processo civil. Sentença. Motivação. Inexistência. Nulidade. Art. 458, II, CPC. I. Nula é a sentença completamente desprovida de fundamentação. II. Bem diversa da sentença com motivação sucinta é a sentença sem fundamentação, que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o judiciário democrático” (STJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 18731/PR, j. 25.2.1992).

segundo critérios lógicos de referência. Contemporaneamente, referida estrutura lógica não mais repousa sobre o raciocínio silogístico e subsuntivo, e sim sobre a ponderação, pela qual se individua a normativa mais compatível com os interesses em jogo, a partir da hierarquia desses interesses no ordenamento e das circunstâncias peculiares do caso concreto, de modo a relativizar a decisão sem ferir o princípio da igualdade.

Ademais, a fundamentação apenas servirá verdadeiramente para o controle da decisão discricionária se for completa, isto é, se todos os aspectos fundamentais, se todas as escolhas que conduziram o magistrado à decisão final estiverem devidamente esclarecidos. Desse modo, tendo em vista que o magistrado efetua valorações não apenas quando interpreta a lei, mas também quando decide sobre as provas apresentadas, a motivação deve fornecer a justificativa racional sobre a individuação da norma aplicada ao caso concreto, calcada em argumentos idôneos, bem como sobre o acerto dos fatos, por meio de referências específicas aos elementos de prova e às razões pelas quais o juiz os reputou relevantes.¹⁴

A rigor, a fim de proporcionar maior controle sobre a discricionariedade na apreciação das provas, dever-se-ia exigir do juiz não apenas referência àquelas que confirmam a versão dos fatos considerada verdadeira, mas também expressa alusão à justificativa da avaliação negativa das provas contrárias ao entendimento adotado. Apenas assim se evita que, escolhendo-se *a priori* uma versão dos fatos, leve-se em consideração somente o que lhe é favorável, desconsiderando-se tudo o que lhe é adverso. A verdade dos fatos não decorre apenas das provas favoráveis, mas também, e sobretudo, do confronto entre a prova favorável e a prova contrária.

A decisão judicial é, pois, resultado de raciocínio complexo, irreduzível a esquemas lógicos simplistas e elementares, no âmbito do qual o juiz exerce amplos poderes discricionários, a justificar a imposição do dever de motivação da decisão, cuja observância garante o desvelamento do raciocínio decisório e, conseqüentemente, o controle da discricionariedade judicial.¹⁵ Afigura-se fundamental que o ato decisório seja reconduzível ao ordenamento jurídico e resulte do emprego de critérios racionais. Conforme já advertiu Gustavo Tepedino (2006, p. 4, grifo do autor),

[...] o reconhecimento do papel criativo dos magistrados (...) não importa em *decisionismo*, ou *voluntarismo judiciário*. A própria noção de segurança jurídica há de ser reconstruída a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com a

¹⁴ Trata-se do “principio della motivazione intendendo che essa deve contenere la giustificazione specifica della decisione di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l’oggetto della controversia, poichè solo a questa condizione si può dire che la motivazione è idonea a rendere possibile il controllo sulle ragioni che fondano la validità e l’accettabilità razionale della decisione” (TARUFFO, 2004, p. 183).

¹⁵ Sobre o importante papel da motivação no âmbito da metodologia civil-constitucional, confira-se BODIN DE MORAES (2012).

elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças. Nessa esteira, torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial.

O grande desafio do magistrado no exercício da discricionariedade reside, portanto, no seu comprometimento com a adequada motivação, com a indicação do raciocínio lógico pelo qual se justifica a decisão, das escolhas que o conduziram à solução do caso concreto, das eventuais pré-compreensões consideradas, e de tudo o mais que tenha sido relevante para a formulação da decisão final. Superado o desafio, a decisão baseada em juízos discricionários será plenamente controlável, e estará afastado, em princípio, o risco de se verificarem arbitrariedades.

4 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, buscou-se empreender análise pontual e não exaustiva acerca da discricionariedade judicial à luz da metodologia civil-constitucional, a partir da qual se extraíram algumas conclusões, paulatinamente já referidas ao longo do texto. A fim de melhor sistematizá-las, passa-se a elencar aquelas que assumem maior relevância para o tema proposto:

1. O juízo discricionário é inerente ao exercício da atividade interpretativa e, portanto, à decisão judicial. Trata-se de “discricionariedade interpretativa”, isto é, de discricionariedade ínsita à interpretação e aplicação do direito: diante de várias possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico, o magistrado deve identificar aquela que melhor soluciona o caso concreto. O juízo discricionário está presente durante todo o procedimento hermenêutico unitário, seja na análise dos eventos e escolha dos fatos relevantes para a configuração do caso concreto, seja na identificação da normativa aplicável.

2. De acordo com a técnica legislativa utilizada pelo legislador, o poder discricionário conferido ao Judiciário pode ser mais (técnica das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios) ou menos amplo (técnica regulamentar).

3. Dois são os principais parâmetros para o exercício legítimo da discricionariedade judicial: a apreciação racional dos fatos, de acordo com as provas trazidas aos autos; e o princípio da legalidade, entendido como o dever de interpretar e aplicar a norma em respeito às escolhas constitucionais, isto é, à legalidade constitucional.

4. O controle do exercício do poder discricionário é garantido por meio da exigência constitucional de motivação das decisões judiciais, pela qual o magistrado justifica o raciocínio jurídico empreendido e demonstra a racionalidade da decisão. A fundamentação há de estar

ancorada em critérios lógicos de referência, bem como esclarecer todas as escolhas que conduziram o magistrado à decisão final.

5. Discricionariedade não se confunde, em definitivo, com arbitrariedade. Arbitrária não é a decisão legalmente equivocada, mas a decisão não motivada, bem como aquela teratológica; vale dizer, que afronta gravemente a lei ou a prova dos autos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 83-95, 1988.

BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade Judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 354, p. 187-195, mar./abr. 2001.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. *Civilistica.com*. a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://goo.gl/7B8H68>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Professores ou juízes? Editorial. *Civilistica.com*. a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/tNpdNt>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CALAMANDREI, Piero. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org). *Opere Giuridiche*. v. I, Napoli: Morano Editore, 1965.

DI MARZIO, Fabrizio. Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LII, n. 3, p. 395-426, maio/jun. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Diante de desafios, juiz deve deixar de lado força de Hércules e se inspirar em Hermes. *Consultor Jurídico*, 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/GtTgJU>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Direito além do Novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um conceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 5, n. 10, p. 5-22, ago./set. 2008.

MARTINS NETO, Hamilton de Oliveira. A falibilidade do exame de DNA: necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. IV, n. 4 e a. V, n. 5, p. 583-607, 2003-2004.

MORTATI, Costantino. *Potere Discrezionale. Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese: Torino, 1939-1942.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 17, p. 47-55, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Manualle di Diritto Civile*. 5. ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 151, p. 229-240, set. 2007.

_____. La motivazione della sentenza. *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 31, p. 177-185, jan./mar. 2004.

_____. Legalidade e justificativa na criação judiciária do direito. *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 14, p. 431-457, jul./dez. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, p. iii-v, jul./set. 2008.

_____. Unidade do Ordenamento e Teoria da Interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 30, p. iii-iv, abr./jun. 2007.

_____. Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 28, p. iii-v, out./dez. 2006

THE JUDICIAL DISCRETION IN CIVIL-CONSTITUTIONAL METHODOLOGY

ABSTRACT: This article aims to sharply and critically analyze the judicial discretion based on the civil-constitutional methodology. To this end, it will be demonstrated that the judicial discretion is inherent to any application and interpretation process of law, and more or less extensive, depending on the greater or lesser vagueness of the legislative technique applicable to the hypothesis to be examined. It will be seen that the judicial discretion, however, should not degenerate into arbitrariness, which results in causeless or teratological decisions. The legitimate exercise of discretion requires (i) the rational assessment of the facts by the magistrate and (ii) respect to the principle of legality. Regarding the control instrument, it should be emphasized the constitutional requirement to the grounds of the decision, important for both endo-processual and extra-processual control.

KEYWORDS: Arbitrariness. Judicial discretion. Civil-constitutional methodology.

Recebido: 30 abril 2015

Aprovado: 2 junho 2015