

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Nicola Tutungi Júnior*

Sumário: 1. Introdução. 1.1. O contexto histórico da discricionariedade. 1.2. A judicialização da política e a politização da justiça. 1.3. Conceito de discricionariedade. 1.4. Discricionariedade administrativa x discricionariedade judicial. 1.5. Discricionariedade cognitiva x discricionariedade decisória. 2. Discricionariedade cognitiva. 2.1. As discussões Dworkin x Hart. 2.2. Posição de Mauro Cappelletti. 2.3. Outros posicionamentos atuais. 3. Alguns aspectos polêmicos. 3.1. Discricionariedade judicial como corolário da garantia de direitos fundamentais. 3.2. A Discricionariedade judicial e a viabilização de políticas públicas. 4. Limites à discricionariedade judicial. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

Tema que em tempos atuais vem sendo bastante debatido nos planos jurídico e acadêmico se refere à possível existência de uma chamada discricionariedade judicial. Ainda não há unanimidade acerca da questão, o que, por sinal, reforça a necessidade de maiores reflexões sobre o assunto.

No presente trabalho, longe de se tentar esgotar as polêmicas, procura-se analisar o conceito de discricionariedade (premissa fundamental para delimitar a discussão), o contexto de seu surgimento, como seria possível o exercício de discricionariedade na atividade jurisdicional, alguns aspectos controvertidos que surgem no plano prático, quais os limites que se imporiam, e, ao final, tentaremos sistematizar o estudo do modo a apresentar possíveis conclusões sobre a questão.

1.1. O contexto histórico da discricionariedade

Inicialmente, não se poderia deixar de apreciar como a idéia de discricionariedade surgiu no ordenamento jurídico. Neste sentido, inevitável recorreremos às palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

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.

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito Processual pela UERJ.

¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ª ed.

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 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.

Apesar de um pouco extensa a citação, retrata com clareza que, num primeiro momento, a discricionariedade era vista como sinônimo de arbítrio do monarca. Por isso, a superação de um Estado Absolutista com o desenvolvimento de idéias que ensejaram a formação de um Estado de Direito tentou exatamente afastar a concentração de poderes das mãos de um único governante.

Com a evolução das teorias de justificação do poder, afastando-se de divindades e aproximando-se da soberania popular, tornou-se mais nítida a necessidade de haver um sistema de controle no exercício dos poderes. Assim, o pensamento de Montesquieu, citado pelo renomado administrativista, expõe o embrião de um sistema de freios e contrapesos através do qual os Poderes controlam a atuação uns dos outros, o que atualmente é bastante visível com a tripartição em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, consagrada em diversos ordenamentos jurídicos atuais.

De todo modo, se por um lado o afastamento da concentração de poderes junto aos monarcas contribuiu para minimizar o arbítrio, por outro a consolidação do Estado de Direito, somada ao desenvolvimento industrial, trouxe consigo o estabelecimento de relações mais dinâmicas. Abordando a questão no campo dos direitos transindividuais e da ação civil pública, o Procurador da República Alexandre Amaral Gavronski² aponta com propriedade:

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.

²GAVRONSKI, 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.

Vê-se que a dinamização das relações jurídicas ensejou que a própria atividade administrativa passasse a demandar rotinas mais céleres, não apenas para a tutela de direitos sociais, mas para a efetivação do interesse público de um modo geral. A necessidade de se realizarem escolhas imediatas, e de acordo com o caso concreto, expôs um fato: nem sempre a lei, que regula situações gerais e abstratas, é capaz de trazer todas as soluções, ou as melhores soluções. Surge, neste contexto, a discricionariedade administrativa.

Apesar de tratarmos especificamente desta num tópico próprio, neste início não podemos deixar de ressaltar que, a execução das políticas públicas pelo Poder Executivo, por vezes, traz ao administrador a possibilidade de optar por alguns caminhos. Transpondo para a realidade contemporânea, é inegável, por exemplo, que excetuando as hipóteses de controle de um Poder sobre os demais, a escolha entre a aplicação de recursos no campo da segurança pública, da educação ou da saúde (*rectius*: recursos diversos daqueles que, pela própria Constituição ou por lei, são vinculados a essas áreas) decorre da própria natureza da atividade administrativa, razão pela qual esta escolha se reveste de certa margem de discricionariedade.

Note-se que no exemplo dado estamos falando de três campos que se relacionam com direitos sociais, o que, por óbvio, não fará com que haja apenas um único caminho a ser seguido, como sustentam aqueles que criticam a discricionariedade.

Há o argumento de que, pelo poder-dever de o administrador adotar a melhor solução no caso concreto (pois o interesse público é indisponível), não haveria um leque de opções, mas um único objetivo a ser perseguido. Mesmo diante de tal premissa, é justamente neste contexto que surge a discricionariedade, razão pela qual novamente mencionamos Celso Antonio Bandeira de Mello³, que com propriedade observa:

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

Apesar das brilhantes colocações do festejado jurista, nos exemplos práticos, e no ordenamento brasileiro a situação se mostrou ainda mais grave com o passar dos anos, muitas foram as providências sofríveis tomadas pelo administrador, colocando em risco uma série de direitos fundamentais. Os debates acerca dos limites à discricionariedade administrativa cresceram na mesma proporção em que se passou a discutir a necessidade de controle pelo Poder Judiciário para a garantia de uma série de direitos.

1.2. A judicialização da política e a politização da justiça

Diante do quadro mencionado, diversas questões que em tempos anteriores cingiam-se à esfera de avaliação administrativa passaram a ser levadas ao Poder Judiciário, fazendo com que este viesse a apreciar questões de caráter eminentemente político. A

³Ob. Cit. p. 35.

antiga discussão envolvendo a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar o mérito de atos administrativos cede espaço para uma reflexão mais ampla, envolvendo a efetivação de uma série de direitos fundamentais. Surgem os fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça.

Passou-se a falar em judicialização da política através da configuração de um novo “ativismo judicial”, vale dizer, uma nova postura assumida pelos Tribunais no sentido de ampliar o âmbito de questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (como dito, muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo).

Além disso, também se pode identificar o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes aos processos judiciais, bem como parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações, com o intuito de evitar um controle jurisdicional posterior. Em outras palavras, na medida em que as garantias e princípios processuais passam a se incorporar aos processos administrativo e legislativo, menores são as chances de controle jurisdicional dos atos emanados pelos demais Poderes⁴, o que também evidencia uma outra faceta deste processo de judicialização das questões políticas.

Entretanto, ainda que haja esta intenção de minimizar as hipóteses de controle de um Poder sobre outro, a judicialização da política ocorre, preponderantemente, porque os Tribunais são chamados a se pronunciar sempre que o funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório, colocando em risco outros direitos e valores maiores. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir um “direito” de um “interesse político”, sendo possível caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos”⁵.

A grande questão, ao nosso sentir, está em identificar quando há efetivamente ameaça a direitos, ou quando o conflito que se coloca envolve apenas aspectos políticos. Tal delimitação se mostra importante para que se verifique quais os limites de interferência de um Poder sobre outro, até que ponto o exercício do controle, dentro de um sistema de freios e contrapesos, se mostra legítimo ou abusivo.

Através do estudo da discricionariedade judicial este conflito se acentua ainda mais, notadamente pelo fato de que os Tribunais acabam por exercer funções atípicas, envolvendo matérias, como já dissemos, que em tempos anteriores não eram levadas a seu pronunciamento. Diante deste contexto, verifica-se o que se convencionou chamar de *politização da justiça*: as escolhas políticas feitas pelo legislador democraticamente eleito são rediscutidas no âmbito da Justiça constitucional.

Passa-se a questionar até que ponto as políticas públicas elaboradas para concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente, ou mesmo se esse controle pode recair sobre leis orçamentárias que destinem menos recursos do que seria possível para setores considerados prioritários, como saúde, educação, moradia, dentre outros.

Enfim, a questão acerca da legitimidade da atuação jurisdicional quando diante de questões revestidas de aspectos políticos é tema de muitos debates, demonstrando que a aproximação entre o exercício de atividades políticas e a efetivação dos direitos

⁴A esse respeito, veja-se CASTRO, Marcos Faro de. “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”, disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acessado em 20/12/2008.

⁵CASTRO, M.F. de. “Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos”. Arquivos do Ministério da justiça, 184, ano 47, jul./dez. 1994; pp. 125 a 144.

dela decorrentes pelo órgão jurisdicional se mostra ainda mais acentuada no estudo da discricionariedade, seja ela exercida pelo administrador, seja ela exercida pelo julgador.

1.3. Conceito de discricionariedade

Já abordamos o contexto no qual se inseriu a idéia de discricionariedade e seus reflexos nos campos jurídico, político e administrativo, mas ainda não trouxemos um conceito exato de discricionariedade, o que, por certo, nos parece premissa fundamental para avançarmos no estudo.

Como veremos mais à frente, boa parte das discussões acerca de existir ou não uma discricionariedade judicial está no próprio conceito que se adote para a margem de escolha que legitimamente terá o julgador em determinados casos concretos.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ aduz que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador 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.

Diante das lições do renomado administrativista, vemos que a atividade discricionária se origina da existência de mais de uma solução para um determinado caso. Tal percepção já se afigura útil para constatarmos que a discricionariedade não necessariamente estará adstrita aos tão badalados critérios de *conveniência e oportunidade*.

É certo que, dentro do próprio Direito Administrativo, todo o estudo acerca do chamado “poder discricionário da Administração”, de “atos administrativos discricionários”, ou de uma “atividade administrativa discricionária” geralmente são atreladas a estes juízos de conveniência e oportunidade. Acaso nos limitássemos a reconhecer que só haveria discricionariedade quando tais critérios estivessem presentes, não seria necessária longa argumentação para se concluir que é contrária à própria atividade jurisdicional a utilização de critérios de conveniência e oportunidade pelo julgador, e foi por tal razão que deixamos claro que a fixação das premissas é relevante para um estudo mais profundo sobre o tema.

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.

⁶Ob. Cit. p. 48

A grande questão que se impõe é saber até que ponto o processo de intelecção do julgador na solução do caso concreto, quando o direito constituído não apresenta a resposta para o caso, pode ser considerado um exercício discricionário, ou uma característica da própria função jurisdicional, e, ainda, se há legitimidade em se proceder desta forma.

1.4. Discricionariedade administrativa x discricionariedade judicial

Já tendo contextualizado a questão, podemos avançar para distinções mais específicas, de modo a identificarmos as razões que levaram a se debater, em tempos atuais a existência de uma discricionariedade judicial.

Como vimos no conceito de discricionariedade irretocavelmente fixado pelo professor Celso Antônio, a possibilidade de eleger uma solução para o caso concreto, pelo fato de a lei não contemplar um único caminho, em regra é atribuição típica da Administração Pública, razão pela qual normalmente poderemos identificar com clareza quando estamos diante da discricionariedade administrativa.

É bem verdade, e se trata de noção básica do Direito Administrativo (notadamente no estudo dos atos administrativos), que a margem de conveniência e oportunidade para adotar uma solução concreta pelo administrador não afasta a necessidade de se verificar os requisitos de validade dos atos praticados, já que, como vimos, a discricionariedade não se confunde com arbítrio. Este raciocínio acabou sendo consagrado no ordenamento pátrio com a previsão expressa no artigo 37 da Constituição da obrigatoriedade de observância de princípios pela Administração Pública, não apenas os expressos, mas aqueles implicitamente reconhecidos em nosso sistema jurídico.

Então, não é demais reiterar que a outrora discussão sobre a possibilidade de controle jurisdicional do mérito de atos administrativos ganhou contornos mais amplos, passando-se a analisar não apenas os atos em si, mas a legitimidade de sua edição, o atendimento às finalidades públicas e princípios correlatos, e os direitos da coletividade envolvidos.

Deixa a discricionariedade administrativa de ser uma mera possibilidade do administrador quando, diante de mais de uma solução concreta não prevista expressamente na lei, a escolha feita viola princípios ou atinge direitos fundamentais.

Por outro lado, se há casos em que é possível identificar com clareza uma escolha sofrível do administrador, e, conseqüentemente, identificar uma atuação legítima do Poder Judiciário no controle daquele ato, muitos são os casos em que não se trata propriamente de uma escolha sofrível e ainda assim os Tribunais são instados a se manifestar.

É esse incremento de “casos difíceis”⁷ envolvendo decisões dos Tribunais que terão caráter eminentemente político que faz ressurgir o antigo debate acerca da possibilidade de o julgador ser dotado de certa margem de escolha.

Deste modo, ao nosso sentir, o estudo acerca da existência de uma chamada discricionariedade judicial passa pelo esclarecimento de três pontos: i) existir uma margem de escolha para algumas decisões do julgador é considerado discricionariedade, ou se trata de uma atividade intelectual característica do próprio exercício da jurisdição?; ii) inexistindo uma solução legal ou principiológica para certo caso concreto, é facultado ou legitimado ao julgador “criar” uma solução para o caso concreto?; iii) independentemente das conclusões a que chegemos na questão anterior, até que ponto o conflito entre direitos fundamentais ou princípios de igual peso ou valor pode

⁷Na expressão de DWORKIN, Ronald, *in Taking Rights Seriously* (“Levando os Direitos a sério.” Trad. Nelson Boeira”). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ser solucionado pelo julgador, adotando solução diversa daquela emanada pela Administração Pública, quando nenhum dos caminhos possíveis pode ser considerado equívocado?

1.5. Discricionariedade cognitiva x discricionariedade decisória

A primeira das indagações trazidas pode ser melhor refletida através da distinção entre o que seria discricionariedade cognitiva e discricionariedade decisória, até mesmo porque as demais questões envolvendo a interpretação e aplicação de direitos fundamentais necessariamente passa por um grau de inteligência ou cognição superior a certos atos puramente decisórios.

Esclareça-se aqui que a discricionariedade judicial decisória, como a própria terminologia induz, seria aquela relacionada com o próprio ato de decidir, que sem dúvida alguma pode ou não ter como uma etapa prévia o juízo de cognição.

É evidente que decisões de mérito, ou mesmo decisões envolvendo questões processuais relevantes, devem passar por um grau razoável de inteligência, até mesmo porque a motivação e fundamentação das decisões judiciais, em geral, não só é obrigatória, como foi erigida a princípio constitucional, estatuído no art. 93, IX da Carta de 1988. Porém, quando tratamos dos que se convencionou classificar como discricionariedade decisória, os olhos voltam-se não para o processo cognitivo, mas para a margem de escolha que se tem na própria decisão a ser tomada em alguns momentos ou atos processuais.

Como exemplos que poderiam ilustrar a modalidade que ora nos referimos, temos uma série de situações previstas no Código de Processo Civil Brasileiro, que: i) levam o julgador a tomar uma decisão que não está submetida, tecnicamente, a um processo de inteligência; ii) trazem uma margem de escolha para o julgador solucionar a situação fática apresentada.

Assim, numa audiência de instrução e julgamento, a escolha da ordem das testemunhas a serem ouvidas (evidentemente, quando o julgador não facultar às partes o direito de o fazê-lo, ou quando estas dispensarem uma escolha); na aplicação das medidas de apoio previstas no art. 465, §5º, a escolha da mais adequada para o caso; a limitação do chamado litisconsórcio multitudinário, previsto no art. 46, §único; dentre uma série de outras hipóteses previstas no próprio Código.⁸

Diferentemente é a chamada discricionariedade judicial cognitiva. Esta envolve o próprio raciocínio jurídico de interpretação da lei para sua posterior aplicação. Ou seja, num provimento jurisdicional de mérito, seria exatamente o encadeamento de argumentos que embasa a fundamentação de uma decisão e reflete a possibilidade de mais de uma solução satisfatória para o caso concreto.

O grande debate está no fato de que, para muitos, o exercício desta atividade cognitiva, ainda que aponte para mais de uma solução possível para determinado caso, seria uma característica insita à própria jurisdição, enquanto que, para outros, a criação de uma solução peculiar para o caso concreto, ou a adoção de um caminho diverso daquele traçado pelo órgão legitimamente instituído para tanto (*rectius*: a Administração Pública diante das políticas públicas), seriam hipóteses de um exercício discricionário da atividade jurisdicional.

No presente estudo, entendemos que as reflexões mais instigantes remetem à discricionariedade cognitiva, razão pela qual não deixamos de mencionar a possibilidade

⁸Os exemplos dados foram extraídos da brilhante palestra proferida pelo professor Antonio do Passo Cabral no Fórum sobre Processo Civil realizado na Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF), em 15/10/2008.

de se sustentar a existência de uma discricionariedade decisória (focada no ato de decidir, e não nos argumentos que levam a uma decisão), e a ilustração com exemplos práticos de que não seria um raciocínio desarrazoado, mas guardamos um tópico próprio para desenvolvermos melhor a discricionariedade judicial sob o prisma do processo de inteligência do julgador, seja para criar uma nova solução, seja para se imiscuir em questões que, a priori, foram destinadas a agentes públicos representativos do povo após processo eletivo.

2. Discricionariedade cognitiva

Adentramos, assim, num dos terrenos mais arenosos do estudo da atividade jurisdicional nos últimos tempos: a possibilidade de ser o julgador dotado de certa margem de escolha e a possibilidade de, em considerando a afirmativa verdadeira, sustentar que isso seria, de fato, discricionariedade.

Aqui, começaremos a tentar direcionar respostas para as demais indagações propostas no item 1.4. Para analisar a atuação “positiva” do julgador criando uma solução quando a lei não a prevê, seria impossível deixar de invocar as controvérsias traçadas entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin acerca da existência de um poder discricionário do juiz.

Ora, se como sabemos, em regra o estudo de casos sempre constatou que os Tribunais não assentem com a possibilidade de o julgador atuar como “legislador positivo”⁹, as discussões entre os Autores mencionados, além de terem contribuído não só para o engrandecimento da ciência jurídica, mas da própria filosofia moral, mostra que nem sempre criar soluções para o caso concreto será uma atuação do julgador como legislador (e os estudos do tópico 3 mostrarão isso com clareza).

A visão principiológica de Dworkin e a busca de Hart por soluções aos casos concretos poderá demonstrar que o tema é polêmico desde a época em que escreveram suas obras principais.¹⁰

Após apreciarmos estas questões, passaremos para o estudo da discricionariedade na obra de Mauro Cappelletti¹¹, que, se pelo seu título induz a uma análise apenas da relação entre o juiz e a criação das leis, na verdade apresenta discussões bem mais amplas que nos clarearão o caminho para uma posição a favor ou contrária à discricionariedade judicial cognitiva. Por fim, encerraremos o tópico com a abordagem acerca de posicionamentos contemporâneos sobre o tema.

2.1. As discussões Dworkin x Hart

Por uma questão lógico-temporal (já que Ronald Dworkin, em verdade, constrói boa parte de suas proposições através de críticas dirigidas ao pensamento de Hart), iniciamos a reflexão com as posições de Herbert Lionel Adolphus Hart sobre o tema.

⁹Apenas a título ilustrativo, considerando que se trata de posicionamento pacífico, veja-se: RE-AgR 488240/ES; RE-AgR 585368/RS; RE-AgR 461904/SC; AI-AgR 625446/SP; RE-AgR 493234/RS, disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acessado em 10/02/2009.

¹⁰HART, H.L.A. *The Concept of Law* (“O conceito de Direito.” Trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously* (“Levando os Direitos a sério.” Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007. _____. *Law's Empire* (“O Império do Direito.” Trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003. Originariamente, as obras mencionadas foram escritas, respectivamente, em 1961, 1977 e 1986.

¹¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) Porto Alegre: Fabris, 1993.

Segundo Hart, em 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.

Estes poderes de criação atribuídos aos juízes seriam diversos daqueles relacionados a um órgão legislativo (e por isso a ressalva de que o entendimento jurisprudencial sobre a atuação do Poder Judiciário como “legislador positivo” não resolve o debate que ora analisamos), na medida em que, “*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.*”¹²

Com estas precisas palavras, Hart esclarece que além de serem poderes intersticiais (porquanto somente surgidos nos casos não resolvidos pelo direito posto), estarão sujeitos a muitos “constrangimentos substantivos”, exatamente pelo “déficit de legitimação” que o julgador teria em contraposição aos legisladores eleitos pelo povo.

De todo modo, como haverá pontos em que o direito existente não consegue apresentar uma decisão absolutamente correta, para estes casos o juiz deveria exercer os seus poderes de criação do direito. Nota-se que Hart também tem a cautela de ressaltar que não se trata de medida arbitrária, devendo sempre existir razões para justificar a decisão, e estas se relacionariam com as próprias crenças e valores do juiz.

Também merece destaque a menção de Hart, nos seus pós-escritos, às críticas que recebeu por sustentar tal posicionamento:

*Há, claro, uma longa tradição européia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o legislador e o juiz, e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta-voz do direito, que ele não cria ou molda.*¹³

Mesmo reconhecendo tais críticas, Hart permanece firme na idéia de que ao julgador não é facultado deixar o caso sem solução, ainda que o direito assim tenha feito, tratando-se, portanto, de uma tarefa inevitável, e que, sem dúvida alguma, deve ser pautada num conjunto de valores e crenças capaz de justificar a decisão tomada.

Tais idéias, podem ser vistas quando em tempos atuais se analisa o papel do juiz diante dos “casos difíceis”. A discussão acerca da postura do julgador não se restringiu, em absoluto, a este debate acadêmico entre Hart e Dworkin. A respeito deste novo papel do julgador, hoje discute-se muito a relação entre a interpretação e a aplicação do direito pelo Estado-juiz e sua participação num Estado de Direito Democrático. Nas precisas palavras de Alexy¹⁴

“O estado constitucional democrático deixa fundamentar se não só com auxílio da teoria do discurso, ele próprio é, também, dependente de discursos como meio de formação da vontade racional em todos os planos. Ele fundamenta-se, por conseguinte, não só teoricamente sobre discursos, mas vive também praticamente por eles.”

¹²HART, H.L.A. Ob. cit., p. 336.

¹³Ob. cit., p. 337.

¹⁴ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo (trad. Luis Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Através de uma teoria discursiva do direito, busca-se analisar a legitimidade democrática dos juízos dos juízes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos utilizados em suas decisões e da estrutura do processo de argumentação.

A atividade jurisdicional, pelo fato de na maior parte dos ordenamentos jurídicos decorrer de pessoas não eleitas pelo povo, diferentemente das atividades exercidas pelos demais Poderes, suscita debates envolvendo a legitimidade da aplicação e interpretação da lei em alguns temas, sendo certo que, ao falarmos de direitos coletivos, a questão ganha ainda contornos mais polêmicos.

Segundo Alexy, é através da argumentação que os juízes podem legitimar suas decisões, utilizando-se de critérios formais da qualidade de um sistema argumentativo, como a consistência e coerência. A teoria dos princípios surge como elemento necessário na aplicação da coerência, na medida em que a própria justificação dos valores morais que tangenciam os princípios é capaz de embasar os argumentos utilizados nas decisões judiciais.

Aqui, devemos salientar que a motivação das decisões judiciais, princípio consagrado no ordenamento brasileiro no art. 93, IX da Constituição da República, não se trata de mera formalidade para revestir de uma suposta legitimidade a atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos. Em verdade, a busca por uma atividade jurisdicional exercida por julgadores comprometidos com a importância de sua função constitucional é absolutamente fundamental para desconstituir o argumento de falta de legitimidade das decisões emanadas por servidores públicos não eleitos.

Portanto, o simples fato de Hart mencionar que o juiz, nestas hipóteses, deve pautar-se num conjunto de razões, crenças e valores, acaba por evidenciar que ele admite a utilização de aspectos morais capazes de proporcionar decisões justas, legitimadas no ordenamento jurídico justamente porque o direito não apresenta uma solução expressa para o caso.

Este posicionamento demonstra que as idéias de Hart não expõem uma visão positivista extrema, do contrário o Autor jamais admitiria ao julgador um processo criativo quando o direito posto não apresenta soluções. De tudo o que até aqui analisado, veremos que, na verdade, o que para Hart consubstancia-se no exercício de um poder “discricionário” de integração do direito, para Dworkin seria visão dos “casos difíceis” de acordo com os princípios em jogo. Em outras palavras, muitas vezes ambos chegarão ao mesmo resultado prático, ainda que os caminhos sejam diferentes.

De todo, modo, o desenvolvimento contemporâneo da teoria dos princípios evidencia que a sua incorporação aos sistemas jurídicos acaba por minimizar em muito as hipóteses não previstas pelo direito, inclusive nos “casos difíceis”. Passa-se a sopesar a importância dos valores envolvidos (e que foram consubstanciados em princípios) para que a decisão judicial promova o mínimo de sacrifício a direitos contrapostos.

Ressalve-se, entretanto, que em momento algum Hart nega a possibilidade da utilização de princípios num ordenamento jurídico, apenas não fez tal distinção quando do estudo das regras jurídicas. Como já dissemos, a sua própria admissão de um conjunto de valores capaz de influenciar o ordenamento evidencia que em sua obra, o conceito de regras jurídicas foi utilizado num sentido amplo, para contemplar o que hoje temos como princípios.

Por outro lado, nos seus pós-escritos, como vimos, ainda assim Hart sustenta que haverá hipóteses não contempladas pelo direito, e que nestas invariavelmente o julgador estará dotado de um “poder discricionário” para solucionar o caso concreto, criando o direito se assim for necessário.

Contraopondo-se ao raciocínio esposado por Hart, Dworkin apresenta ponderações que merecem ser trazidas para uma melhor compreensão do debate:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.¹⁵

Neste ponto, a crítica nos parece procedente. Em tempos atuais, notadamente no estudo dos direitos humanos e na forma como estes se internalizam nos ordenamentos jurídicos, o que vem a caracterizar a legitimação de uma série de valores morais traduzidos em direitos fundamentais, de modo a permitir a sua identificação, é "a procura de uma razão existente fora do sistema jurídico, que não pode se legitimar a si próprio", e a constituição da legitimação como um próprio "direito à justificação do direito"¹⁶.

Em outras palavras, no estudo do direito contemporâneo, a própria legitimação de direitos fundamentais parte da premissa de que existiria um direito da sociedade de ter um ordenamento pautado em direitos justificados, o que nos faz concluir que há uma idéia primordial de, num sistema jurídico, haver regras e princípios que contemplem praticamente todas as situações concretas.

Entretanto, mesmo que haja um conjunto de valores expressos através dos princípios mencionados por Dworkin, nem sempre haverá um único caminho ou uma única solução para o caso concreto. Aliás, muitas vezes haverá mais de uma solução satisfatória para um determinado caso, e a questão que se põe é saber até que ponto o julgador poderá adotar o caminho que melhor lhe convir.

Tais considerações são relevantes para demonstrar no presente estudo que, se em décadas atrás, quando Hart e Dworkin fervorosamente expunham seus argumentos acerca da possibilidade ou não de o julgador "criar leis" para os "casos difíceis", em tempos atuais este não é o centro da discussão sobre uma suposta "discricionariedade judicial".

Atualmente, o centro do debate não está no processo de criação do juiz como se legislador do caso fosse: como dissemos, a efetivação de uma teoria dos princípios em diversos ordenamentos fez com que muitos dos casos que outrora eram considerados sem solução diante do direito positivado passassem a ser resolvidos através da aplicação concreta de princípios.

Aqui, a teoria defendida por Dworkin do direito como integridade¹⁷ e a distinção

¹⁵DWORKIN, Ronald. *Ob. Cit.* p. 127.

¹⁶TORRES, Ricardo Lobo. "A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade", in "Legitimação dos Direitos Humanos." Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª ed. pp. 467 a 519.

¹⁷Por esta teoria, Dworkin tenta evidenciar a busca por critérios interpretativos capazes de justificar a atuação do aplicador do direito diante de questões fundamentais, como a legitimação dos direitos humanos. Procura demonstrar que a própria comunidade teria uma visão como agente moral sobre si mesma, vale dizer, a integridade do direito adviria da personificação da comunidade neste agente moral. Diante de tal situação, a preocupação do juiz deve ser ainda maior no que concerne à coerência substancial de suas decisões, fazendo com que o juiz "Hércules" deva arcar com a responsabilidade política de justificar suas ações de forma consistente.

que faz acerca de argumentos de princípio e argumentos de política¹⁸ traz um novo contorno à discussão sobre a discricionariedade.

Assim, não apenas o aspecto criativo do julgador, mas diversas questões que em tempos anteriores cingiam-se à esfera de avaliação administrativa passaram a ser levadas ao Poder Judiciário, fazendo com que este viesse a apreciar questões de caráter eminentemente político. Outra antiga discussão envolvendo a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar o mérito de atos administrativos cede espaço para uma reflexão mais ampla, envolvendo a efetivação de uma série de direitos fundamentais.

O que nos parece relevante notar é que, seja entendendo como Hart no sentido de que em hipóteses não contempladas pelo direito deverá o juiz adotar uma solução para o caso concreto, mesmo tendo que criá-la, seja entendendo como Dworkin no sentido de que por uma teoria de princípios mesmo os "casos difíceis" podem ser solucionados pelo direito através da aplicação concreta destes princípios, não raras serão as situações em que o julgador estará dotado de certa margem de escolha para solucionar um caso.

Nestas hipóteses, poderíamos falar em "discricionariedade judicial" ou a própria natureza da atividade jurisdicional já impõe um processo cognitivo e intelectual que permite ao juiz interpretar e aplicar o direito? Tal processo interpretativo poderia ser chamado de poder discricionário?

Estas as indagações mais recentes sobre o tema, por isso que a idéia que comumente se tem de poder discricionário, nos moldes aplicados à Administração Pública e ao Direito Administrativo de um modo geral não nos permite concluir com segurança que o julgador estaria dotado de um poder de escolha pautado em suas próprias convicções.

Entretanto, mesmo sendo a imparcialidade algo fundamental para a correta prestação da atividade jurisdicional, e mesmo estando cientes de que o julgador, como ser humano, invariavelmente e inconscientemente estará dotado de um conjunto de valores e convicções pessoais que podem acabar direcionando sua decisão, ainda assim pensamos que o processo de interpretação e aplicação do direito pelo juiz, por vezes, pode deixá-lo em situações nas quais seja legítima a realização de escolhas.

Como expusemos, o grande desafio nos parece ser o comprometimento dos julgadores com decisões fundamentadas com clareza, pautadas numa representação argumentativa e numa teoria do discurso que não deixe margens a questionamentos sobre o comprometimento do juiz com a sua missão constitucional de prestar a jurisdição.

Neste caso, se o raciocínio trazido como fundamento da decisão estiver pautado em coerência, consistência, e numa atividade intelectual comprometida com a solução do caso concreto, não temos dúvidas de que, mesmo havendo mais de uma solução satisfatória para o caso, a margem de escolha utilizada pelo julgador não será objeto de contestação. Ou melhor, mesmo com a insatisfação de uma das partes, a fora a possibilidade recursal, a discussão acerca da legitimidade democrática do julgador naquele caso estará fora de contestação.

Este o dilema do ordenamento jurídico contemporâneo: conciliar a explosão de litigiosidade (que leva a uma incessante busca pela prestação jurisdicional) com uma

¹⁸Na justificação de tais decisões, utilizaria o juiz o que Dworkin classifica como argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles estariam relacionados com metas sociais não individualizadas – e, portanto, considerariam a coletividade de forma global – enquanto os argumentos de princípio expressariam metas individualizadas, como os direitos fundamentais. Assim, a aplicação e interpretação do direito sairia do plano da busca de um conceito puro e simples para o plano da argumentação. A utilização de argumentos de princípio acabaria por justificar decisões íntegras, exatamente porque sob os olhos do agente moral oriundo da personificação da comunidade, a atuação do juiz estaria dotada de coerência e de uma substancialidade capaz de justificar politicamente aquela decisão.

produção intelectual dos julgadores condizente com a sua relevância para o Estado Democrático de Direito.

2.2. Posição de Mauro Cappelletti

Esta questão acerca do papel do julgador na escolha de soluções não contempladas pelo direito também foi objeto de apreciação do professor Cappelletti, em sua famosa obra *"Juízes Legisladores?"*. Veja-se a citação inicial do Autor, reportando-se à mensagem encaminhada pelo Presidente Theodore Roosevelt ao Congresso americano em 1908:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de conciliações superadas.

Na análise deste processo criativo dos juízes, Cappelletti evidencia em sua obra que não há como negar o fato de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. A grande questão, portanto, não seria discutir se existe ou não atividade criadora do julgador, mas sim o estudo *"do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários."*¹⁹

Estudando o processo de interpretação de um modo geral, verifica-se que não apenas o direito, mas muitas vezes as próprias palavras são dotadas de diversos significados que podem gerar incertezas e dúvidas. Estas ambigüidades é que devem ser esclarecidas pelo intérprete, preenchendo lacunas e dando vida aos textos.

Como já expusemos em linhas anteriores, o fato de haver discricionariedade não se confunde com atuação arbitrária e ilimitada do julgador. Este fenômeno também é identificado por Cappelletti

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido

¹⁹Ob. Cit. p. 21.

*com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.*²⁰

Vê-se, portanto, que o professor Cappelletti também encampa o posicionamento de que existe discricionariedade judicial, decorrente do processo interpretativo dos Tribunais e muitas vezes necessária para solucionar lacunas deixadas pelo direito.

Como já nos manifestamos, o Autor também defende que o grande desafio não é discutir a existência ou inexistência do processo criativo, mas delimitar esta atuação de modo que as decisões judiciais sejam legítimas, salvaguardando a idéia de um Estado de Direito.

2.3. Outros posicionamentos atuais

Nas linhas anteriores vimos que a discussão acerca do papel criativo do juiz não é recente, ao revés, há mais de um século se debate o tema. Entretanto, a sua rediscussão no ordenamento contemporâneo pode ser atribuída tanto ao desenvolvimento da teoria dos princípios para a solução dos chamados "casos difíceis" quanto da já mencionada judicialização das políticas públicas. As controvérsias e polêmicas decorrentes deste debate serão vistas mais à frente, sendo relevante aqui se mencionar alguns posicionamentos recentes da doutrina sobre o tema.

A professora Gisele Santos Fernandes Góes, por exemplo, seguindo entendimento da renomada processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, sustenta que não há espaço em nosso ordenamento para atividade discricionária do juiz²¹. Chega a tal conclusão através de algumas premissas, a primeira delas considerando que o poder discricionário está relacionado com o juízo de conveniência e oportunidade, como é a visão administrativista.

Além disso, aduz que os termos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas não admitem liberdade na sua integração, razão pela qual não haveria discricionariedade na atuação do julgador diante de tais questões. Ademais, considera que a discricionariedade seria a busca de soluções extrajudiciais, não havendo atividade interpretativa. Portanto, considerando que o julgador está adstrito ao princípio da legalidade, não haveria espaço para que substituísse sua atividade interpretativa utilizando uma possível discricionariedade judicial como fonte de concretização da legalidade.

Em que pese tal entendimento, tivemos o cuidado neste trabalho de apresentar de início as premissas que utilizaríamos no estudo do que seria discricionariedade. Ora, como deixamos para o Direito Administrativo a visão da discricionariedade vinculada exclusivamente a juízos de conveniência e oportunidade, ao nosso sentir a margem de

²⁰Ob. Cit. pp. 23 e 24.

²¹GÓES, Gisele Santos Fernandes. "Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais." in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (orgs.). *"Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier)"*. São Paulo: RT, 2008, pp. 87 a 93.

escolha que tem o julgador no processo de interpretação e aplicação do direito por vezes poderia sim caracterizar um atuação discricionária.

Como dissemos, e aqui convergindo com as ponderações do professor Cappelletti, atuação discricionária não significa ausência de limites. E ainda, mesmo quando estamos fora da discussão sobre conceitos jurídicos indeterminados e sua forma de integração com o ordenamento, há casos em que o julgador se depara com mais de uma solução satisfatória para um caso, vale dizer, há hipóteses em que o direito não contempla uma solução e ainda assim mais de um caminho se abre para tentar resolver o caso concreto.

Em nosso entendimento, tais hipóteses confeririam sim ao julgador uma atividade discricionária, que, como já exposto, merece balizamentos e limites, mas, principalmente, uma atuação jurisdicional comprometida com sua função constitucional dentro de um Estado Democrático. Reduzir o debate à mera questão de conveniência e oportunidade, afastando a ampla reflexão sobre a representação argumentativa, a teoria do discurso e a legitimação de direitos fundamentais acabaria por diminuir a importância do tema nos tempos atuais.

A professora Teresa Arruda Alvim Wambier, como dissemos, também é contrária a idéia de discricionabilidade judicial, considerando que gerar uma margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão não seria conduta lícita ao julgador, pois, efetivamente, este seria o objetivo de uma atuação discricionária.²² Neste sentido, também Maria Elizabeth de Castro Lopes²³ e José Roberto dos Santos Bedaque²⁴.

Como dissemos, o argumento principal utilizado pelos Autores se pauta no fato de que não há como se aplicar a lei sem que a interprete, razão pela qual a interpretação é insita à própria atividade jurisdicional.

De todo modo, pode-se depreender de tudo o que já exposto que em momento algum vinculamos a idéia de discricionabilidade a todas as hipóteses de interpretação legal. Ao revés, na grande maioria dos casos o direito positivado apresenta soluções que se refletem em decisões judiciais meramente interpretativas do direito.

Porém, como já dissemos, em certos casos nem o direito contempla uma solução, nem estamos diante de termos jurídicos indeterminados. Afóra a aplicação da teoria dos princípios, que embasa a tese de Dworkin para refutar o processo criativo do juiz, muitas situações, mesmo com a aplicação principiológica, deixa ao juiz uma margem de escolha sobre o caminho a ser seguido. Pense-se, por exemplo, em políticas públicas que contemplem direitos fundamentais assegurados através de princípios mas que estão no mesmo patamar de importância para o ordenamento.

Como solucionar o caso? Evidentemente, através da escolha de um caminho a ser seguido, o que, ao nosso sentir, poderia ser sustentado como atividade judicial discricionária, e nem por isso poderíamos dizer que direitos fundamentais foram tutelados pelo Estado-juiz através de um juízo de mera conveniência e oportunidade.

Diante de tantos debates, não poderíamos deixar de apreciar o tema sem passar por algumas das principais questões que, concretamente, colocam-se no ordenamento de modo a justificar a rediscussão do tema.

²²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *apud* LOPES, Maria Elizabeth de Castro. "Anotações sobre a discricionabilidade judicial", in MEDINA, José Miguel Garcia, Ob. Cit. pp. 94 a 98. Veja-se ainda, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Limites à chamada discricionabilidade judicial.", in Revista de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 96, pp. 157 a 167, 1990.

²³Ob. Cit.

²⁴BEDAQUE, José dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2007.

3. Alguns aspectos polêmicos

3.1. Discricionabilidade judicial como corolário da garantia de direitos fundamentais

Ao tratarmos do fenômeno da judicialização da política e da politização da justiça, vimos que muitas questões têm sido levadas aos Tribunais, envolvendo cada vez mais aspectos relacionados ao Estado Democrático.

Questão interessante foi constatada pelo professor norte-americano Roberto Gargarella²⁵, após período de pesquisa acerca dos direitos sociais:

Em suas referências a argumentos relacionados à democracia, diferentes juízes em diferentes momentos recorreram (sobretudo) a duas noções muito diferentes da democracia. Alguns juízes apelaram a – o que chamarei de – uma noção pluralista da democracia, enquanto outros fizeram referência a – o que chamarei de – uma noção mais progressista, populista ou participativa. O fato notável é que, independentemente de qual dos conceitos opostos tenha tido preferência no caso, os juízes tenderam a chegar sempre à mesma conclusão, qual seja, que o respeito pela democracia exige dos juízes que não implementem os direitos sociais.²⁶

Sabe-se que a controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos sociais é tema que mereceria páginas exclusivamente dedicadas à questão, o que não seria objeto do presente estudo. De todo modo, percebe-se que ainda há um receio por parte dos Tribunais em se imiscuírem em questões que, de alguma forma, suscitariam debates acerca de sua legitimação democrática.

Se por um lado tal fenômeno é constatado, por outro também se sabe que o controle de uma série de questões pelo Poder Judiciário, notadamente envolvendo direitos fundamentais, aumentou gradativamente ao longo dos anos. Exemplo claro pode ser citado acerca da interpretação judicial sobre o direito fundamental à saúde e as ações envolvendo o fornecimento de medicamentos. Este incremento do papel do Estado-juiz como necessário contra-peso aos Poderes Políticos também foi identificado por Cappelletti, como se vê:

Os tribunais judiciais ordinários – o “ramo menos perigoso”, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou “quase-judiciais), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, nada ob-

²⁵GARGARELLA, Roberto. "Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais." (trad. Thiago Magalhães Pires), in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e, SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

²⁶Ob. Cit. p. 208.

*stante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.*²⁷

Note-se que há “casos difíceis” envolvendo direitos fundamentais e princípios constitucionais, nem sempre expressos, e que não raro abre-se mais de uma solução para o caso. Se, como dissemos, há quem entenda que se trata apenas da natural atribuição interpretativa do julgador na prestação da atividade jurisdicional, por outro lado entendemos que as escolhas do julgador, quando corretamente fundamentadas, bem argumentadas, consistentes e comprometidas com a missão do Estado-juiz, podem seguramente ser legítimas, e, ao mesmo tempo, caracterizarem o exercício de uma atividade discricionária.

Assim, podemos dizer, com base em todos os argumentos já expostos até o momento, que há casos concretos envolvendo direitos fundamentais que seguramente possibilitarão ao julgador uma escolha, seja esta escolha uma mera necessidade para solucionar o caso, seja uma escolha que poderia ser até tida como “trágica”²⁸.

O fato é que ao realizar escolhas em casos que envolvem princípios ou direitos de peso ou importância semelhante, nem sempre o julgador estará diante de uma única solução, e nem sempre haverá uma única solução satisfatória, podendo haver caminhos igualmente bons ou igualmente ruins, sendo que o juiz deverá necessariamente adotar um deles.

O que não se pode admitir, em absoluto, como já mencionado, é uma atuação arbitrária, desprovida de limites ou insuficientemente fundamentada, o que também não raro é visto nos ordenamentos jurídicos. Todo o desenvolvimento doutrinário e teórico sobre afastar o déficit de legitimação democrática da atividade jurisdicional com decisões fundamentadas e assim legítimas pode ruir com decisões equivocadas, abusivas e materialmente vazias.

Deste modo, é possível que sustentemos que o exercício da discricionariedade judicial, quando diante de direitos fundamentais de igual peso ou importância, pode ser fundamental para a própria efetivação dos direitos *in concreto*, na medida em que mesmo a técnica de ponderação e a utilização do tão badalado princípio da razoabilidade podem deixar em aberto mais de uma solução satisfatória.

Esta apenas uma das inegotáveis polêmicas acerca do papel do juiz e sua função na integração do direito. De todo modo, se quando diante de direitos fundamentais é indiscutível a necessidade de o Estado-juiz por vezes interceder tanto para exercer o controle sobre os demais Poderes quanto para assegurar tais direitos, é no campo das políticas públicas que o debate se intensifica ainda mais.

3.2. A Discricionariedade judicial e a viabilização de políticas públicas

Vimos no tópico anterior que a relevância dos direitos fundamentais por vezes enseja a atuação (muitas vezes enérgica, e com toda razão) dos Tribunais para assegurar

²⁷Ob. Cit. p. 49.

²⁸Veja-se, a esse respeito, o excelente artigo de BARROSO, Luis Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.”, acessível em http://www.migalhas.com.br mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582. Acessado em 10/07/2008. No artigo, o professor coloca em debate o fato de que o fornecimento de medicamentos, em verdade, traz à tona o conflito entre o direito à saúde de uns x o direito à saúde de outros, considerando que o fornecimento decorrente de ações judiciais individuais reflete necessariamente na aplicação de recursos públicos na saúde da coletividade e daqueles que não buscaram o Estado-juiz, mas igualmente detêm o mesmo direito à saúde.

a efetividade de tais direitos. O chamado déficit de legitimação democrática, mencionado por Cappelletti (ou argumento contra-majoritário), no caso dos direitos fundamentais, como vimos é solucionado através do constitucionalismo discursivo, da teoria da argumentação e da teoria do discurso.

Veja-se que, naqueles casos, apesar de muitas vezes o administrador alegar a impossibilidade de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, muitas de suas condutas posteriores desmentem ou ao menos atenuam esta aparente impotência, o que, como já estudado, acaba por trazer a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando para mudar um caminho para o qual haveria mais de uma solução satisfatória.

Entretanto, quando falamos de políticas públicas de um modo geral, e aqui deve-se deixar claro que não estamos falando de direitos fundamentais, direitos sociais ou outros direitos com embasamento principiológico de peso razoavelmente forte capaz de justificar um controle externo, a regra geral é que a escolha dos melhores caminhos deve ser feita pela Administração Pública.

A visão principiológica de Dworkin, que por sinal se refletiu numa “normatização de princípios”²⁹ em diversos ordenamentos, e permitiu a efetivação de uma série de direitos, não raro também é utilizada pelo julgador para que ele próprio adote escolhas sofríveis. Então, a mesma crítica feita ao administrador no ordenamento pátrio que, com escassos recursos, adota escolhas diversas daquelas que deveriam assegurar, o máximo possível, a efetivação de direitos fundamentais, deve ser feita ao julgador quando diante de políticas públicas.

Tudo o que já dito acerca de se suprir o déficit de legitimação democrática com uma representação argumentativa pautada na teoria do discurso vai por água abaixo quando uma série de decisões judiciais apresenta uma fundamentação “aparentemente” embasada em princípios.

Em outras palavras, o mesmo desenvolvimento de um ordenamento pautado não apenas em regras, mas em princípios, e que levou à efetivação de inúmeros direitos, também é o mesmo que trouxe algumas distorções, como, sem dúvida alguma, a recorrente utilização do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade como o único argumento para intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes.

Historicamente, o desenvolvimento da idéia de razoabilidade trouxe consigo uma grande responsabilidade argumentativa: a de demonstrar a presença *in concreto* de seus sub-princípios (a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito).

O que se vê em muitos casos, entretanto, não é uma utilização de tal princípio pautada numa interpretação lógico-sistemática do caso, mas a utilização indiscriminada de uma suposta razoabilidade que, em verdade, estaria calcada nos próprios valores pessoais que o julgador tem acerca daquilo que para ele seria razoável.

Nestes casos, não estaríamos diante de discricionariedade, nem de aplicação principiológica do direito com vistas a assegurar valores maiores: estaríamos sim diante de decisões equivocadas que igualmente mereceriam correção.

Como já deixamos entrever, num ordenamento como o nosso em que a figura do representante eleito pelo povo vem sendo sistematicamente desacreditada, as escolhas relacionadas às políticas públicas evidenciam, muitas vezes, contradições na atuação do administrador, e, sem dúvida alguma, esta nos parece a maior razão que leva à intervenção do Poder Judiciário. Conseqüentemente, um incremento na quantidade de casos levados ao Poder Judiciário traz uma probabilidade lógica de aumento de escolhas também insatisfatórias pelo julgador.

²⁹Vide, por todos, BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

A questão que se põe é saber até que ponto é possível, quando não estamos diante de direitos fundamentais, e quando não estamos diante de princípios que efetivamente devem ser garantidos, que as escolhas envolvendo políticas públicas seja transferida do Poder Executivo para o Poder Judiciário.

É absolutamente claro que, ao menos em tese, a Administração Pública é dotada de profissionais técnicos qualificados capazes de demonstrar através de estudos, laudos, pesquisas, fórmulas e outros critérios como será viabilizada determinada política pública.

Neste ponto, nem o julgador possui o apuro técnico e o conhecimento igualmente técnico para tanto, nem o próprio Ministério Público quando igualmente procura intervir em tais questões deflagrando ações para a tutela de direitos transindividuais. Sabe-se que a complexidade de tais ações muitas vezes não é satisfeita com a prova pericial, sendo inclusive necessária a complementação com estudos dos órgãos públicos responsáveis pela implementação de determinada política.

Aqui, este panorama apenas nos faz reiterar que algumas decisões desta natureza, quando não se utilizam do já mencionado princípio da razoabilidade, também não se revestem de uma representação argumentativa capaz de legitimar a atuação e suprir o argumento contra-maioritário.

Abre-se para nós dois caminhos: ou a qualificação técnica de julgadores especificamente para a apreciação dos chamados “casos difíceis”, de modo a viabilizar a sua legitimação democrática, ou a fixação de alguns limites a esta discricionariedade judicial.

Considerando que o primeiro dos caminhos depende de um esforço hercúleo do Poder Judiciário para que seja materialmente visualizado pela coletividade com decisões efetivamente legítimas dentro de um sistema democrático, optamos por analisar a necessidade de fixação de limites, ao menos até que o primeiro caminho seja visível à sociedade.

4. Limites à discricionariedade judicial

Vimos que há entendimentos no sentido da existência da discricionariedade judicial e outros pela sua impossibilidade, e sustentamos a posição de que concordamos com aqueles que admitem esta margem de escolha do julgador.

Porém, como advertimos ao longo do estudo, a fixação de limites à esta escolha não é apenas conveniente, mas necessária num Estado de Direito baseado na tripartição de Poderes e num Poder Judiciário com representantes não eleitos pelo povo.

O primeiro passo para que a discricionariedade do julgador não se transforme em arbitrariedade deve ser o seu auto-reconhecimento de que há casos em que não dispõe de qualificação técnica para promover a sua solução. Nem sempre a realização de prova pericial é capaz de indicar ao juiz o melhor caminho a ser trilhado.

Na análise da questão das políticas públicas vimos que é neste campo que muitas decisões judiciais extrapolam esta discricionariedade e acabam violando o princípio constitucional da separação de poderes.

O reconhecimento de que a Administração Pública, mesmo com todas as suas falhas, é quem dispõe de profissionais técnicos capazes de demonstrar como proceder à determinada implementação de política seria um primeiro limite à atuação jurisdicional.

Como ressaltamos, há situações que se apresentam no ordenamento com mais de um caminho satisfatório e outras com caminhos igualmente trágicos ou sofríveis. Nestes casos, a simples constatação de mais de uma solução evidenciaria que nem sempre caberia ao Poder Judiciário interferir nesta atuação, seja porque não teria legitimidade para tanto, seja porque a solução a ser dada pelo julgador afastaria outra solução igualmente sofrível, com o agravante de não ter profissionais técnicos demonstrando

que, dentre aquelas escolhas ruins, a adotada seria a menos pior.

Então, reconhecer que o Poder Judiciário não é a tábua de salvação para todos os casos; que há limitações técnicas dentro do próprio Estado-juiz; e que nem sempre os juizes são dotados de qualificação técnica para certas questões, é o primeiro passo na direção de se evitar o arbítrio.

Outra tentativa de evitar a extrapolação seria tentar aproximar o Estado-juiz do Estado-Administração. Os julgadores deveriam buscar conhecer a fundo a estrutura organizacional da Administração Pública, de modo que, na mesma visão preconizada por Richard Posner³⁰, o juiz visualize as consequências globais de sua decisão, não apenas os reflexos imediatistas daquele caso concreto.

A repercussão social e global de uma decisão nem sempre é vista quando o julgador, adstrito às paredes de seu gabinete, interpreta e aplica o direito de acordo exclusivamente com os limites de suas atribuições (v.g., ao adotar medidas energéticas por conta de um descumprimento de ordem judicial sua quando, em verdade, já há milhares de decisões a serem igualmente cumpridas, proferidas por diversos juizes em casos de massa e que dependem da disponibilização de recursos públicos para tanto, ou ainda, quando determina o seqüestro de verbas públicas), sem tentar minimamente entender o funcionamento do Estado Administração as dificuldades concretas de seu funcionamento (evidentemente, tal raciocínio não se aplica aos atos administrativos viciados, ou escolhas que não são meramente equivocadas, mas por vezes até ilegais).

Como mais uma possível solução, entendemos que os Tribunais Superiores, ao reverem decisões judiciais, deveriam apreciar o grau de comprometimento dos julgadores com o Estado Democrático de Direito de uma forma geral, notadamente apreciando se a fundamentação das decisões é suficientemente clara, concisa e coerente com a relevância do papel do Estado-juiz.

Evidentemente, tal papel corretivo dos julgadores de instâncias superiores deve ser feito com o igual comprometimento com a sua missão constitucional, deixando de simplesmente reiterar as decisões do juízo *a quo* e passando a evidenciar a importância da teoria do discurso e da representação argumentativa na atuação legítima do Poder Judiciário.

Trata-se de processo gradual, e que, deve ser proporcional à mesma disposição dos Tribunais de apreciarem cada vez mais questões políticas. Em outras palavras, o bônus de interceder em questões que tradicionalmente seriam afetas aos demais Poderes traz consigo o ônus de legitimar sua atuação através de decisões coerentes e fundamentadas, em última análise, numa jurisdição constitucional, principalmente quando os “casos difíceis” que são trazidos ao Estado-juiz abram margem a mais de uma solução.

5. Conclusões

Chegando às linhas finais, algumas proposições devem ser feitas de modo a sistematizar tudo o que foi dito até então.

I - Historicamente, os Estados absolutistas acabaram por distorcer a idéia de discricionariedade, aproximando-a do arbítrio. Entretanto, com a dinamização das relações, a necessidade de um Estado mais atuante trouxe à Administração a atribuição crescente de realizar escolhas céleres, levando à constatação de que a atividade discricionária seria fundamental nas atividades de governo. Surge a discricionariedade administrativa.

³⁰POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

II - A judicialização da política e a politização da justiça acabou por levar questões aos Tribunais que tradicionalmente estariam restritas à esfera administrativa. O pronunciamento judicial sobre questões políticas aproximou Direito e Política, de modo que o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes passou a ser constante com relação às políticas públicas. Conseqüentemente, algumas hipóteses que outrora se caracterizariam como discricionariedade administrativa também passaram a ser abordadas pelos Tribunais. Surge a discricionariedade judicial.

III - Debater sobre a existência de discricionariedade judicial tem como premissa inevitável fixar o conceito de discricionariedade. No caso, optamos por destacar que a idéia administrativista de que só haveria discricionariedade quando identificados os juízos de conveniência e oportunidade seria, de certa forma, inadequada. Tecnicamente, o fato de haver uma margem de escolha dentre caminhos a serem seguidos, quando ambos se apresentam satisfatórios, poderia sim ser considerada hipótese de discricionariedade. Deste modo, não haveria a similitude entre discricionariedade administrativa e discricionariedade judicial apregoada por aqueles que refutam a existência desta última.

IV - O estudo da discricionariedade judicial pode ser dividido de acordo com o processo intelectual do julgador, de modo que se poderia identificar uma discricionariedade decisória (relacionada ao próprio ato em si) e uma discricionariedade cognitiva. Optamos por desenvolver a segunda modalidade, uma vez que, inegavelmente, é a que suscita maiores debates e maiores reflexões.

V - No estudo da discricionariedade cognitiva, também é possível fracionar seu estudo em dois campos: quando a atuação do julgador se relaciona com a possibilidade de “criar uma lei para o caso concreto”, e quando, mesmo não inovando na ordem jurídica, detém o julgador mais de um caminho satisfatório a seguir, restando uma margem de escolha que não necessariamente o caracterizará como “legislador positivo”.

VI - A questão do poder discricionário do juiz foi bastante debatida entre Dworkin e Hart. Enquanto o primeiro refuta a idéia de o juiz criar soluções para um caso difícil, justamente porque existem princípios no ordenamento que possibilitam uma solução satisfatória, Hart defende que, apresentando o direito casos em que há uma “textura aberta” na norma, o julgador poderia “criar o direito” e resolver o litígio entre as partes.

VII - O professor Mauro Cappelletti também identifica atividade discricionária do juiz quando o ordenamento não lhe traz todas as respostas. O surgimento do Poder Judiciário como contrapeso aos Poderes Políticos, com a transformação do papel do juiz, entretanto, deve sofrer limitações para que discricionariedade não seja confundida com arbitrariedade.

VIII - Outros posicionamentos recentes, ao argumento de ser da própria essência da atividade jurisdicional o processo intelectual de interpretação do direito, refutam veementemente a existência de uma discricionariedade judicial.

IX - De todo modo, considerando que, mesmo excetuando-se os casos de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, ainda assim é aberto ao julgador mais de um caminho em alguns “casos difíceis”, entendemos possível sustentar a existência de discricionariedade judicial.

X - A questão dos direitos fundamentais, quando em colisão e embasados em princípios de igual peso ou valor, bem como a questão do controle de políticas públicas, são apenas dois exemplos nos quais, além de muitas polêmicas e reflexões sobre o tema, podem ser identificadas margens de escolha do julgador capazes de evidenciar atuação discricionária.

XI - Apesar reconhecer suas existências, entendemos que a fixação de limites ao exercício da atividade discricionária por um Poder que historicamente e democraticamente não teria margem de escolhas, é fundamental para o equilíbrio do próprio Estado de Direito.

XII - Dentre alguns dos limites que poderíamos identificar, estão o auto reconhecimento do Poder Judiciário de sua limitação técnica para a implementação de algumas políticas públicas; a necessidade de maior controle pelos Tribunais de decisões mal fundamentadas ou equivocadas adentrando na esfera de atuação dos demais Poderes sem a correspondente legitimidade democrática, que deveria se pautar na representação argumentativa e na teoria do discurso; e, ainda, a qualificação dos julgadores, tanto tecnicamente quanto sob o ponto de vista de melhor conhecer o funcionamento e a estrutura da Administração Pública, até mesmo para saber em que contexto as escolhas públicas são realizadas.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo* (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, acessível em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *Acesso à Justiça*. (Trad. de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm.

_____. *Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos*. Arquivos do Ministério da justiça, 184, ano 47, jul./dez. 1994: pp. 125 a 144.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously* (“Levando os Direitos a sério.” Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Law's Empire* (“O Império do Direito.” Trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARGARELLA, Roberto. “Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais.” (trad. Thiago Magalhães Pires), in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e, SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (orgs.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2008, pp. 87 a 93.

HART, H.L.A. *The Concept of Law* ("O conceito de Direito." Trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (orgs.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2008, pp. 94 a 98.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Humanos: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. "A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade", in "Legitimação dos Direitos Humanos." Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª ed. p. 467 a 519.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial, in *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2008.

DIREITO ECONÔMICO E SUA NOVA LÓGICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sérgio Barbosa Neves*

Sumário: 1. Introdução; 2. A lógica do Direito Econômico e sua influência na ruptura de paradigmas do Direito Administrativo pelas agências reguladoras; 3. Resistências à alteração da lógica; 4. A efetividade da nova lógica regulatória no Direito Administrativo brasileiro; 5. Referências.

1. Introdução:

As duas últimas décadas do século XX trouxeram inúmeras modificações, especialmente, de natureza política e tecnológica, que importaram em consideráveis alterações de paradigmas sociais, econômicos e jurídicos, tudo sob o tempero hegemônico do fenômeno da globalização. A dinâmica social é exponencialmente mais veloz na atualidade, exigindo dos diversos atores sociais uma evolução permanente e sincrônica, sob pena de inadequados à realidade posta. Antes, Estado, mercado e respectivas ideologias promoviam mudanças de efeitos mais perenes e que podiam ser vivenciadas por algumas gerações. O sistema jurídico que lhes dava esteio, de igual forma, admitia uma rigidez e um formalismo que favoreciam instituições e verdades estruturadas por décadas.

Interessante observar que, em 1955, Orlando Gomes tinha como perceptível o desgaste do instrumental jurídico e a necessidade de o Direito acompanhar essas mudanças e mais atento às tendências. "O que se verifica, em suma, é um grande poder de receptividade aos fatos novos, a que não corresponde, porém, aptidão construtiva. Eminentemente juristas perceberam a dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito"¹.

Dentre essas verdades estruturadas, o Direito, visto sob o prisma de seus ramos tradicionais, era enunciado com vistas à relação jurídica havida entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico correspondente. As causas e as conseqüências próprias de uma relação jurídica eram examinadas de forma intrínseca a esta relação numa lógica própria do primado da individualidade. Neste sentido, a lógica de imputação quando da verificação de uma lesão de direito replicava e aplicava a norma do tipo "Se A é B deve ser". Ferraz², tendo por base o Direito Econômico, ensina que aspectos extrínsecos à relação jurídica são relevantes para este ramo, engendrando uma lógica própria e diferenciada.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista de Direito GV* n. 1, maio/2005, pp. 121 a 134.

² FERRAZ, Roberto. O consumo, a concorrência, o Mercado e as distorções da substituição tributária (para frente). "Já o Direito Econômico parte de análise totalmente alheia a esses aspectos destacados do ponto de vista individual, para ir buscar elementos 'externos' à relação jurídica de compra e venda, como a verificação de qual o mercado relevante de atuação das empresas e quais as suas participações nesse mercado".