CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL DO RELATOR NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Danilo Alves de FREITAS[1]
Alisson Henrique do Prado FARINELLI[2]

RESUMO: O presente artigo estuda a ocorrência da discricionariedade judicial a partir dos conceitos jurídicos indeterminados e analisa sua configuração quando o relator antecipa a tutela recursal em agravo de instrumento. Ao final, aponta os meios capazes de controlar o exercício discricionário da jurisdição com a finalidade de evitar a arbitrariedade do julgador. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica por meio de livros, artigos de revistas e da internet.

PALAVRAS-CHAVE: Conceitos jurídicos indeterminados - discricionariedade judicial – agravo de instrumento – controle jurisdicional - limites.

ABSTRACT: *This article studies the occurrence of judicial discretion from the indeterminate legal concepts and analyzes its configuration when the rapporteur judge or judge who writes for the court anticipates the interlocutory relief on interlocutory appeal. In the end, indicates able instruments to control the discretionary exercise of jurisdiction in order to avoid the arbitrariness of the judge. The methodology used was literature research, consulting books, magazines and internet articles.*

KEYWORDS: *Indeterminate legal concepts – judicial discretion – interlocutory appeal – jurisdictional control – limits.*

[1] *Acadêmico de graduação do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Contato: danilo.freitas14@gmail.com*

[2] *Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2009); Professor Assistente do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, em regime de dedicação exclusiva. Ex-professor do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Advogado licenciado. Contato: alissonfarinelli@ufgd.edu.br*

1. INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo é o sistema jurídico responsável por colocar as constituições em posição de primazia nos ordenamentos, prevalecendo seus dispositivos, princípios e valores sobre as demais leis. No Brasil, ficou clara a influência deste movimento quando da edição e promulgação da atual Carta Magna, que a fez se tornar o cerne do ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo a tendência neoconstitucionalista, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre os mais variados temas, promovendo a expansão de sua jurisdição se comparada às constituições anteriores. Assim, a atual Carta Magna avocou o que antes era previsto somente em legislações infraconstitucionais e trouxe para o seu bojo a proteção de direitos fundamentais.

Ademais, considerando que a atual constituição foi editada sob a égide filosófica do pós-positivismo, passou-se a utilizar com mais frequência a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, merecedores de árduo exercício de interpretação para sua aplicação ao caso concreto.

A justificativa do constituinte originário para fazer uso dos conceitos jurídicos indeterminados é a dinamicidade das relações jurídicas. Novas situações surgem a todo momento, o que impossibilita o direito de regulamentar especificamente cada uma delas. Assim, os conceitos jurídicos indeterminados foram introduzidos no ordenamento jurídico nacional com a função de manter as normas atualizadas por mais tempo.

O legislador ordinário também se viu obrigado a editar leis com dispositivos de conteúdo genérico. Desta maneira, permite-se dizer que as leis processuais também foram atingidas por este movimento, o que se pode exemplificar pelos termos "receio de dano irreparável ou de difícil reparação", "verossimilhança da alegação" e "prova inequívoca", previstos no art. 273 do Código de Processo Civil (CPC), que dispõe sobre antecipação de tutela.

Em decorrência da nova forma de legislar e de se interpretar leis edificadas sobre conceitos jurídicos indeterminados, há quem diga que os magistrados são detentores de amplos poderes, admitindo-se a existência da "discricionariedade judicial", mormente quando certas situações baseadas em conceitos abstratos não preveem interposição de recurso.

Estabelecidas estas premissas, esclarece-se que o presente trabalho busca confirmar ocorrência ou não da chamada discricionariedade judicial quando da interpretação e aplicação desses conceitos subjetivos. Para que se possa chegar a um resultado conclusivo e que não se restrinja à análise teórica do conceito, estuda-se a hipótese prevista no art. 527, inciso III e parágrafo único,

do CPC, que dispõe sobre a concessão de antecipação de tutela em agravo de instrumento pelo relator e a irrecorribilidade desta decisão.

Caso se observe a existência de discricionariedade judicial, ainda restará a tarefa de indicar os possíveis instrumentos para impedir que a atuação discricionária se torne arbítrio do julgador.

2. SUBSTRATO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO

2.1 O fim do constitucionalismo moderno e a ascensão do neoconstitucionalismo

O processo de reconstitucionalização ocorrido na Europa após a Segunda Guerra Mundial influenciou significativamente o direito de outros países de tradição romano-germânica. Suas constituições ganharam primazia, inicialmente, com a edição da Lei Fundamental de Bonn, Constituição alemã de 1949, e com a Constituição da Itália, de 1947. Em ambos os países foram criados, após a promulgação destas leis fundamentais, tribunais encarregados de zelar pelo seu cumprimento, cortes que atuam na defesa das constituições.

Não há dúvidas de que os acontecimentos que assolaram a Europa foram decisivos para que a mudança ocorresse também no Brasil. Aqui, o marco histórico desse processo foi em 1988, quando da promulgação da atual Constituição Federal, que deu fim ao governo autoritário imposto pelos militares e levou o país, finalmente, a ser um Estado Democrático de Direito.

Considera-se crucial o novo papel dado à Carta Magna, pois, com ela, o "direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração"[3]. Assim, o Estado brasileiro reconheceu o valor da atual Constituição como centro de seu ordenamento jurídico, pondo fim à indiferença que prevalecia em relação às constituições anteriores.

No aspecto filosófico, o direito constitucional atingiu sua plenitude sob a égide do pós-positivismo. Este movimento filosófico caracteriza-se por possuir elementos do jusnaturalismo (metafísico e anticientífico, fundado nos princípios de justiça universais) e do positivismo (movimento que surgiu em resposta ao jusnaturalismo e buscou a objetividade científica e basicamente reduziu o Direito às leis). Permite-se dizer que o pós-positivismo "busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas"[4]. Dentre as ideias caracterizadoras deste movimento,

---

[3] *BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 abr. 2012.*

[4] *Ibidem, p. 4-5.*

> […] incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana[5].

Observa-se, então, que o neoconstitucionalismo, influenciado pelo pós-positivismo, consolidou a força normativa dos princípios, mudou a forma de argumentação e interpretação das leis e expandiu a jurisdição constitucional.

As transformações mencionadas resultaram num sistema híbrido, que busca a vinculação contida na norma e a flexibilidade perpetrada pelos princípios universais. Por consequência, houve significativa mudança na maneira de interpretar as normas e fazer sua subsunção ao caso concreto. Agora, além do texto constitucional e infraconstitucional, devem-se levar em conta os princípios e valores explícitos ou implícitos na Carta Magna.

2.2 Ativismo judicial: a judicialização da política e a politização da justiça e a migração da discricionariedade administrativa para a seara judicial

A partir do neoconstitucionalismo, o legislador utilizou-se com mais frequência de conceitos jurídicos indeterminados, proporcionando aos juízes o exercício de um novo papel, que não se restringe àquele de natureza silogística. Os magistrados ganharam certa liberdade de atuação, havendo quem ouse dizer que os julgadores complementam o trabalho dos legisladores e dos administradores públicos.

> […] quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. […] O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis[6].

Apesar dessa nova tendência, deve-se lembrar que nos Estados Democráticos de Direito prevalece, mesmo que de maneiras diferentes, o Princípio da Separação dos Poderes, impondo a independência entre os poderes estatais como forma de controle de abusos de uns sobre os outros. Com a

[5] *Ibidem, p. 5.*
[6] *Ibidem, p. 9.*

introdução dos conceitos de natureza subjetiva, passou-se a discutir sobre uma possível ingerência que o Judiciário exerceria em questões que antes eram alheias ao seu âmbito de atuação e se isto seria legítimo. O tema ganhou a denominação "ativismo judicial".

> Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), […] e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (grifo do autor)[7].

Como mencionado antes, é característica das sociedades contemporâneas a dinamicidade das relações jurídicas. Nos países de tradição positivista, esse fator social gera um problema: a impossibilidade do direito de acompanhar a evolução de tais relações. Os teóricos neoconstitucionalistas justificam o ativismo judicial basicamente neste ponto, ou seja, o fenômeno nasce com a finalidade de proporcionar a regulamentação do direito às novas exigências sociais sem que, para isso, haja necessidade de edição de lei que regulamente todas as possíveis situações.

> […] o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao "passivismo", que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados[8].

Entretanto, há grande controvérsia sobre o assunto, uma vez que com ele nasce a possibilidade de o judiciário interferir em questões que antes seriam de competência exclusiva dos poderes legislativo e executivo, cujos representantes são democraticamente eleitos pelo povo.

> […] diversas questões que em tempos anteriores cingiam-se à esfera de avaliação administrativa passaram a ser levadas

[7] *RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.*
[8] *Ibidem, p. 110.*

> ao Poder Judiciário, fazendo com que este viesse a apreciar questões de caráter eminentemente político. […] Surgem os fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça.[9]

Assim, além da discussão sobre os conceitos jurídicos indeterminados, debate-se quanto a possibilidade de estar configurada a discricionariedade do julgador quando atua atipicamente, desta vez não complementando, mas substituindo o legislador e o administrador, o que se popularizou como "judicialização da política" ou "politização da justiça". Para apurar a verossimilhança das proposições feitas sobre as formas de configuração da discricionariedade judicial, algumas definições devem ser feitas.

3. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O resultado da atuação do legislador são normas que contenham conceitos, que podem ser de natureza subjetiva, quando não é possível delimitar de plano o seu alcance, e os de caráter objetivo, cujo entendimento não depende do exercício de interpretação. Assim, "de acordo com a técnica legislativa, a norma jurídica, como qualquer estrutura de linguagem, vale-se de conceitos, para que o juiz possa aplicá-la ao caso concreto. Estes conceitos podem ser determinados ou indeterminados"[10].

Os conceitos jurídicos determinados podem ser definidos como "aqueles que não geram dúvida sobre a extensão de seu alcance, como, por exemplo, idade, sexo, hora, lugar ou qualquer outra definição objetiva de determinado fato"[11]. Deste modo, quando há dispositivo legal que verse sobre prazo para realização de determinado ato processual, estar-se-á diante de um conceito jurídico determinado, uma vez que se trata de dispositivo com significado claro e objetivo, que não dá azo para dúvidas ou possibilidade de diversos entendimentos pelo operador do Direito.

Em posição contrária estão situados os conceitos jurídicos indeterminados. Estes não dispõem de objetividade e clareza, posto que não delimitam a exata dimensão da norma. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado por Augusto Passamani Bufulin, define conceitos jurídicos indeterminados

---

[9] *TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionariedade judicial: Uma análise crítica. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 64, dez. 2009, p. 3. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a8319c4d-b0d4-49ab-8502-ba9d02dde421&groupId=132971>. Acesso em: 28 ago. 2012.*

[10] *CRAMER, Ronaldo. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Judicial no Processo Civil. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.*

[11] *Ibidem, p. 108.*

como "[…] os que manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: repouso noturno, ruído excessivo, perigo iminente, etc"[12].

Percebe-se que os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam vários entendimentos, devendo ser verificado, dentre dois ou mais, aquele que melhor se adeque ao caso concreto. Em outras palavras, diz-se que estes conceitos devem ser moldados aos fatos da maneira que melhor os regulamente e, para tanto, é imprescindível a análise do intérprete. Neste sentido,

> [...] constituem aqueles que não têm seu alcance delimitado pela norma, devendo o juiz fazer uma valoração sobre seu significado. Exemplo de conceitos jurídicos indeterminados são expressões como "interesse público", "boa-fé", "verossimilhança da alegação" e "receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (mais conhecidas essas duas últimas como *fumus boni juris* e *periculum in mora*, requisitos inerentes a qualquer tutela de urgência) (grifos do autor)[13].

Estando brevemente definido o termo "conceito jurídico indeterminado", cumpre agora fazer algumas ponderações sobre a discricionariedade.

4. A DEFINIÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE SEGUNDO O DIREITO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, a discricionariedade era sinônimo de poder arbitrário do governante, geralmente um monarca. Nicola Tutungi Júnior, seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, faz um esboço histórico da discricionariedade e assevera que, inicialmente, a administração de um Estado estava nas mãos de uma só pessoa, que exercia o poder discricionário arbitrariamente[14]. Após a superação desta forma de governo, foram desenvolvidas teorias e ideias que ensejaram a desconstituição dos Estados Absolutistas em favor dos Estados de Direito. Houve um momento, então, que somou-se a necessidade de desconcentração do poder do monarca à dinamização das relações sociais, característica da Revolução Industrial. As relações jurídicas passaram a

---

[12] *FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. In: BUFULIN, Augusto Passamani. Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 28, jan/mar. 2009.*

[13] *CRAMER, 2008, loc. cit.*

[14] *TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionariedade judicial: Uma análise crítica. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 64, dez. 2009, p. 1-2. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a8319c4d-b0d4-49ab-8502-ba9d02dde421&groupId=132971>. Acesso em: 28 ago. 2012.*

exigir uma atuação mais rápida no Estado para solucionar questões de interesse público e implementação de políticas desta natureza.

Diante da necessidade de solucionar problemas sociais com agilidade e, considerando que muitas vezes não havia lei que dispusesse sobre como a Administração deveria proceder, surgiu o que atualmente se conhece por discricionariedade administrativa. Assim, para exercer suas funções como organismo Estatal, à Administração Pública foram atribuídos poderes garantidores de supremacia em relação aos particulares. O administrador pôde atuar de maneira discricionária, o que ainda ocorre "[...] quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito"[15].

Alguns autores atribuem maior complexidade à definição de discricionariedade e afirmam que, para estar configurada, a lei deve oferecer a liberdade de decisão ao administrador e, ainda, há a necessidade de pairar dúvida sobre qual decisão é a melhor para o caso concreto, com base nos critérios mencionados anteriormente – oportunidade e conveniência.

> [...] nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo os padrões de razoabilidade, seja convinhável que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o é, ter-se-á de reconhecer a inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo[16].

Com vistas a conceituar discricionariedade, o administrativista assevera que se trata da

> [...] 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[17].

---

[15] *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 212.*

[16] *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 972.*

[17] *Ibidem, p. 980-981.*

Gisele Santos Fernandes Góes, ao definir discricionariedade, reporta-se inicialmente ao termo em sua origem, isto é, faz referência às suas raízes administrativistas e conclui que

> O poder discricionário, na visão tradicional administrativista, é um juízo subjetivo, exigência do governo, porque no campo da conveniência e oportunidade do administrador público. E, para exprimir essa realidade, emergem como elementos discricionários do ato administrativo – motivo e objeto.[18]

Assim, a autora traz a afirmação de que o ato administrativo discricionário somente permite a livre atuação do administrador quanto aos seus elementos discricionários, quais sejam, motivo e objeto (ou conteúdo). Mesmo discricionário, o ato é vinculado quanto aos demais elementos, isto é, competência (ou sujeito), forma e finalidade. Neste sentido, também leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro[19]:

> Com relação ao **sujeito**, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência. No que diz respeito à **finalidade** também existe vinculação e não discricionariedade […] Com relação à **forma**, os atos são em geral vinculados porque a lei previamente a define […] (grifo do autor).

Chega-se à conclusão de que o ato discricionário, por mais que seja dada ampla possibilidade de escolha ao administrador público sobre a medida a ser tomada, sempre deverá respeitar os elementos de legalidade. "No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência"[20].

Como consequência desta divisão decorre a análise do ato discricionário sob dois aspectos, sendo eles o da legalidade e o do mérito: "o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir"[21].

---

[18] *GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.*

[19] *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221.*

[20] *Ibidem, p. 223.*

[21] *Ibidem, p. 223.*

Conforme mencionado outrora, é cada vez maior a influência do Poder Judiciário em questões que competem, originariamente, à Administração. Assim, a análise do ato administrativo sob os aspectos mencionados é importante para delimitar o controle exercido pelo Poder Judiciário na revisão dos atos do administrador público.

> Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei** (grifo do autor)[22].

Estando o ato administrativo discricionário preenchido quanto aos requisitos de legalidade, o Poder Judiciário não poderá reformá-lo no que se refere ao mérito, pois, do contrário, estaria invadindo o campo de atuação do administrador público. Em outras palavras, o ato discricionário é irrecorrível quanto ao mérito e não permite interferência do Poder Judiciário neste ponto, pois, se assim o fizesse, substituiria por seus próprios critérios de escolha a decisão da Administração.

Convém frisar que o referido conceito vem evoluindo e

> […] não se adscreve ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do 'mérito' do ato administrativo, isto é, da 'conveniência ou oportunidade do ato'[23].

Ganhou força entre os administrativistas a corrente doutrinária segundo a qual a discricionariedade não se cinge mais aos critérios de conveniência e oportunidade, compreendendo também a interpretação dos conceitos vagos. Ela contribuiu para o debate sobre a existência da discricionariedade na seara judicial

[22] *Ibidem, p. 224.*

[23] *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992., p. 27-28.*

justamente porque esses conceitos estão cada vez mais frequentes no ordenamento jurídico, de modo que ao interpretar um conceito jurídico indeterminado, o juiz estaria agindo da mesma forma que o administrador público.

5. PREMISSAS FILOSÓFICAS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

5.1 As discussões de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin sobre a discricionariedade judicial

H. L. A. Hart desenvolveu, em sua obra *O Conceito de Direito*, uma teoria sobre a possibilidade de inovação do juiz ao deparar-se diante de um caso sem regulamentação específica. Dayse Coelho de Almeida[24] explica a teoria de Hart sobre a discricionariedade afirmando que, para ele, o direito escrito deveria resolver todos os conflitos levados ao Judiciário. Somente na hipótese de impossibilidade de solução da lide por meio das normas escritas é que deveria recorrer a outras ferramentas, a exemplo dos princípios gerais do direito. Procedendo desta forma, o juiz atuaria de maneira discricionária e criaria o direito aplicável ao caso.

No mesmo sentido explica Nicola Tutungi Júnior[25] ao dissertar sobre as proposições de Hart, asseverando que o juiz deve proceder desta forma, tendo em vista que não pode se eximir de solucionar os conflitos que a ele são levados. Consequentemente, exerce poder discricionário e cria o direito somente em situações concretas, não implicando em reformas à lei.

Pode-se dizer que o jusfilósofo admite a existência de discricionariedade judicial, mas assevera que ela ocorre em situações excepcionais, pois o julgador não dispõe de legitimidade para criar o direito, já que esta função cabe aos legisladores eleitos pelo povo. Assim, quando o juiz não encontra a regulamentação do caso na lei, ele deverá recorrer às crenças e convicções pessoais, ou seja, o juiz acaba buscando a solução para a lide fora do direito, momento em que atua discricionariamente[26].

Mencione-se ainda que, para Hart, o exercício discricionário da jurisdição estaria submetido ao controle da sociedade, uma vez que as convicções pessoais do juiz devem condizer com os valores sociais.

---

[24] *ALMEIDA, Dayse Coelho de. Herbert Hart "versus" Ronald Dworkin: existe discricionariedade para o magistrado na solução dos casos não disciplinados no arcabouço normativo?. Jus Vigilantibus, jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16347>. Acesso em: 18 out. 2012.*

[25] *TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionariedade judicial: Uma análise crítica. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 64, dez. 2009, p. 8. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a8319c4d-b0d4-49ab-8502-ba9d02dde421&groupId=132971>. Acesso em: 28 ago. 2012.*

[26] *Evidência atual desta proposição é a Resolução nº 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça, que inseriu disciplinas exigindo dos candidatos formação humanística para ingresso na Magistratura. Além disso, a Resolução nº 126/2011 instituiu o Plano Nacional de Capacitação Judicial (PNCJ), a ser seguido por todos os Tribunais, visando "o ideal comum de excelência técnica e ética da magistratura e dos servidores da Justiça" (art. 1º da resolução referida).*

> A discricionariedade que surge para o juiz, segundo Hart, não pode ser arbitrária e tem limites substanciais, pois só pode ocorrer em casos não regulados pela norma-regra e se localizar dentro do que seria admitido pelos usos e costumes, ou seja, pelo que seria socialmente aceitável[27].

Ainda segundo a autora[28], Ronald Dworkin, na obra *O Império do Direito*, posiciona-se de maneira diversa ao privilegiar os princípios às regras de direito. Ele busca resgatar a normatividade dos princípios, incluindo-os no direito, razão pela qual deduz que as controvérsias podem ser resolvidas sem recorrer a mecanismos externos - crenças e valores do julgador. Por este motivo, conclui que não há poder discricionário na seara judicial, pois a solução do conflito estaria prevista no próprio ordenamento.

Entretanto, Dworkin não demonstra quais seriam os critérios utilizados pelo julgador que justifiquem a escolha de um princípio ou outro para solucionar os casos sem regulamentação ou com regulamentação que possibilite mais de uma medida a ser adotada. Assim, apesar de Dworkin negar, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado da teoria de Hart, qual seja, a possibilidade de discricionariedade judicial em situações excepcionais. Neste sentido, expõe Nicola Tutungi Júnior[29]:

> […] 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. […] 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.

Considerando, ainda, que estas teorias foram edificadas sob a perspectiva dos Estados Democráticos de Direito, houve a necessidade de legitimação das decisões inovadoras. Em outras palavras, o mesmo direito que confere ao juiz a possibilidade de decidir situações não regulamentadas conforme suas crenças

---

[27] *ALMEIDA, Dayse Coelho de. Herbert Hart "versus" Ronald Dworkin: existe discricionariedade para o magistrado na solução dos casos não disciplinados no arcabouço normativo?. Jus Vigilantibus, jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16347>. Acesso em: 18 out. 2012.*

[28] *Ibidem, on-line.*

[29] *TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionariedade judicial: Uma análise crítica. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 64, dez. 2009, p. 9. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a8319e4d-b0d4-49ab-8502-ba9d02dde421&groupId=132971>. Acesso em: 28 ago. 2012.*

ou princípios do direito também limita seus poderes para que não atue com arbitrariedade e invada o campo de atuação dos outros poderes. O autor cita a Teoria Discursiva do Direito, proposta por Robert Alexy, segundo a qual quanto mais subjetiva for a questão, mais bem fundamentada deve ser a decisão, pois "[...] é através da argumentação que os juízes podem legitimar suas decisões, utilizando-se de critérios formais de qualidade de um sistema argumentativo, como a consistência e a coerência"[30].

Todavia, voltando ao parecer de Dayse Coelho de Almeida[31], a fundamentação não impossibilita que o julgador aja discricionariamente, já que ele fundamentará sua decisão conforme o que seu juízo de valor lhe disser ser o correto. Assim, ainda persiste o debate sobre a existência ou não de discricionariedade judicial.

5.2 A discricionariedade judicial sob a perspectiva de Mauro Cappelletti

Mauro Cappelletti admite a existência da discricionariedade judicial[32]. O autor afirma que não há nítida divisão entre a interpretação e a criação do direito, permitindo-se dizer que

> 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 com a afirmação de total liberdade do intérprete.[33]

Não há grandes debates quanto à atividade inovadora do juiz. Para Cappelletti, a maior controvérsia é descobrir até que ponto os julgadores podem atuar de maneira discricionária. Neste sentido, assevera que "Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos[34].

Nota-se, então, enorme semelhança com as proposições de Hart, pois ambos admitem a discricionariedade judicial e, ainda, impõem a necessidade de diferenciá-la da arbitrariedade. Apesar de os filósofos do direito mencionados assumirem a discricionariedade judicial que deriva do aspecto criativo da decisão judicial, os processualistas atuais veem a questão de maneira diversa.

---

[30] *Ibidem, p. 9.*

[31] *ALMEIDA, Dayse Coelho de. Herbert Hart "versus" Ronald Dworkin: existe discricionariedade para o magistrado na solução dos casos não disciplinados no arcabouço normativo?. Jus Vigilantibus, jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16347>. Acesso em: 18 out. 2012.*

[32] *CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.*

[33] *Ibidem, p. 23.*

[34] *Ibidem, p. 24.*

5.3 Alguns doutrinadores processualistas e suas posições a respeito do assunto

Para Maria Elizabeth de Castro Lopes, verificar a existência de discricionariedade judicial significa "[...] saber se o juiz, do mesmo modo que o administrador, pode decidir baseado em razões de conveniência ou oportunidade"[35]. Segundo ela, o Judiciário não dispõe de discricionariedade quando interpreta os conceitos vagos e os aplica ao caso concreto, não podendo a decisão ser proferida com base somente nos critérios mencionados.

José Roberto dos Santos Bedaque[36] leciona que quando o legislador utiliza-se de conceitos vagos, que não dispõem de conteúdo jurídico definido, abre-se o campo de atuação do julgador, de maneira que ele pode ajustar melhor a lei ao caso concreto. Não seria exercício discricionário da jurisdição, mas mera interpretação e subsunção da situação à norma aplicável.

Assim, poder-se-ia dizer que o magistrado detém poderes que não se confundem com discricionariedade. O exercício da função jurisdicional seria tão somente realizar a interpretação necessária à subsunção dos fatos às normas, não havendo que se falar em discricionariedade judicial. Este é o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier quando afirma que:

> […] a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado, há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto.[37]

Deve-se lembrar, ainda, que os autores processualistas mencionados definem discricionariedade como conceito intrínseco do Direito Administrativo e que, para estar configurada, não basta a possibilidade de escolha do intérprete aplicador da lei, pois o ato deve ser irrecorrível quanto ao mérito, podendo ser revisto unicamente em relação à forma. Neste sentido, permite-se dizer que "[…] das consequências mais graves de admitir a discricionariedade judicial é a

---

[35] *LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.*

[36] *BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.*

[37] *WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 357.*

impossibilidade de se recorrer da decisão judicial que interpreta conceito jurídico indeterminado ou, pelo menos, a restrição do controle dessa decisão […]"[38].

Os processualistas citados refutam a existência da discricionariedade judicial com amparo justamente no ponto "irrecorribilidade", ou seja, no fato de que as decisões judiciais são sempre recorríveis, ao passo que, sendo legal o ato discricionário, não poderá ser revisto quanto ao motivo e conteúdo (mérito). A partir desta afirmação, descarta-se de plano a discricionariedade quando o juiz revisa atos do Poder Executivo, uma vez que poderia reformar o ato administrativo somente quanto à legalidade e não quanto aos seus elementos discricionários. A discussão persiste quanto à existência de discricionariedade somente quando o magistrado interpreta e aplica os conceitos jurídicos indeterminados.

Diante dos posicionamentos expostos, questiona-se: nos casos de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, a interpretação da lei é feita de maneira tão objetiva a ponto de não se permitir nunca que o magistrado julgue com base nas convicções pessoais? Na esfera judicial, há hipóteses de irrecorribilidade contra determinadas decisões baseadas em conceitos jurídicos indeterminados?

5.4 Conclusões parciais sobre a existência de discricionariedade judicial

Considerando o que fora exposto, permite-se dizer que existem duas correntes sobre a discricionariedade judicial: a primeira é a dos filósofos do direito, que admitem sua existência com base no elemento criativo da decisão fundamentada em conceito jurídico indeterminado; a segunda corrente é encampada pelos processualistas modernos, segundo a qual o conceito de discricionariedade deve ser entendido nos moldes do Direito Administrativo, razão pela qual não se admite a discricionariedade no âmbito judicial.

Considerando, ainda, que na prática não há como verificar o íntimo do magistrado quando interpreta os conceitos de natureza subjetiva, permite-se dizer, da forma como definiram Hart e Cappelletti, que o julgador pode decidir com base nas crenças e valores pessoais, ocasião em que atua discricionariamente. A atuação discricionária do julgador não é regra, mas parece possível quando profere decisão fundamentada em conceitos jurídicos indeterminados.

Todavia, os autores processualistas mencionados enxergam o debate sob outro prisma: para verificar a possibilidade de atuação discricionária do juiz, consideram o conceito de discricionariedade segundo o Direito Administrativo e descartam o elemento criativo trazido pelos jusfilósofos. A conclusão a que eles chegam é a de que não há possibilidade de exercício discricionário da jurisdição, pois o juiz faz mera interpretação da lei e a subsunção ao caso concreto. Além

[38] *CRAMER, Ronaldo. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Judicial no Processo Civil. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.*

disto, argumentam que o ato administrativo discricionário é irrecorrível quanto ao mérito, em contraposição com as decisões judiciais, sempre recorríveis. Resta, então, verificar se esta afirmação é verídica, ou seja, se existe no ordenamento jurídico alguma situação em que o a jurisdição é exercida com base em conceitos subjetivos que possibilitem ao juiz decidir de várias formas, não havendo possibilidade de recurso contra tal decisão.

6. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL DO RELATOR NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

6.1 A sistemática atual do recurso de agravo de instrumento

Humberto Theodoro Júnior[39] entende que o agravo é o recurso cabível para impugnar decisões exaradas no decorrer do processo, isto é, visa combater atos pelos quais "o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" (art. 162, § 2º, do CPC). Ele pode ser interposto nas modalidades retida e de instrumento.

O agravo retido é a espécie interposta contra decisões interlocutórias que não sejam aquelas expressamente previstas no art. 522, *caput*, do CPC, tornando-se, por este motivo, a forma mais comum de agravo. Trata-se de medida que tem a finalidade de obstar os efeitos da preclusão e possibilitar a discussão da decisão agravada quando interposto o recurso de apelação.

> Diz-se retido o agravo quando a parte, em vez de se dirigir diretamente ao tribunal para provocar o imediato julgamento do recurso, volta-se para o juiz da causa, autor do decisório impugnado, e apresenta o recurso, pedindo que permaneça no bojo dos autos, para que dele o tribunal conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação (art. 523)[40].

O recurso pela via do instrumento, por sua vez, encontra regulamentação nos arts. 522 a 529, do CPC[41]. O art. 522, *caput*, prevê o cabimento do agravo de instrumento em três hipóteses: contra decisão que não recebe recurso de apelação; contra decisão que determina os efeitos de recebimento do recurso de apelação; e contra decisão apta a gerar lesão grave e de difícil reparação. As hipóteses de cabimento do recurso não se esgotam no dispositivo citado, devendo-se considerar outras situações nas quais não faz sentido a interposição de agravo retido.

---

[39] *THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.*

[40] *Ibidem, p. 601.*

[41] *Exceção do art. 523, que versa exclusivamente sobre a modalidade retida.*

> […] convém notar que o art. 522 (na redação dada pela Lei 11.187/2005) disse menos do que deveria, no que tange às exceções ao agravo retido. Por exemplo, também não há como caber agravo retido – e, portanto, tem de ser admitido o agravo de instrumento - nos procedimentos em que não há necessariamente a perspectiva de uma sentença final apelável (p. ex., o processo de execução, a fase de "cumprimento de sentença, etc.). Portanto, a parte final do dispositivo em questão deve receber adequada interpretação: cabe agravo de instrumento em todos os casos para os quais o agravo retido demonstra-se ineficaz […][42].

O agravo de instrumento recebe tal denominação justamente por exigir a formação de um instrumento, que é composto por cópias das folhas do processo necessárias à comprovação do mérito recursal. Isto ocorre porque os autos principais continuam em juízo de primeiro grau e o recurso é interposto diretamente na instância superior, fazendo-se imprescindível a formação do instrumento para que se possa provar ao tribunal a tese do recorrente.

O recurso deverá conter as peças obrigatórias e as que o agravante entender úteis (art. 525, I e II, do CPC), a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão e os nomes e endereços completos dos advogados (art. 524 e incisos, do CPC). Formado o instrumento, o recurso será diretamente interposto no tribunal competente no prazo de 10 dias da ciência da decisão interlocutória (art. 522, *caput*, do CPC).

Prescreve, ainda, o art. 526, *caput*, que o agravante deverá juntar aos autos do processo principal a cópia da petição de agravo de instrumento, de seu comprovante de interposição e a relação de documentos que instruíram o recurso, possibilitando ao juízo a *quo* rever sua decisão. Sobre este requisito de admissibilidade, interessante mencionar que cabe ao agravado verificar seu cumprimento e, não estando presente, arguir e provar ao tribunal, nos termos do parágrafo único do dispositivo citado.

Feitos os esclarecimentos sobre o procedimento de interposição do recurso, passa-se à fase seguinte, qual seja, a do recebimento do agravo de instrumento no tribunal e as possíveis condutas que o relator poderá adotar. Por óbvio não é conveniente explicitar todas elas, somente aquela prevista no art. 527, III, do CPC, que possibilita ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em tutela antecipada, a pretensão recursal.

---

[42] *WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 629-630.*

6.2 Discricionariedade judicial do relator na hipótese do art. 527, III e parágrafo único, do CPC

Para garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional, o legislador ordinário previu a possibilidade de o magistrado antecipar os efeitos de sua decisão final por meio de um instituto conhecido como "tutela antecipada". Este instrumento tem a finalidade de conceder ao requerente os efeitos da sentença antes de se chegar à fase decisória do processo e está regulamentado no art. 273 e incisos, do CPC. Neste dispositivo, podem-se encontrar os pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada, a saber: a "verossimilhança da alegação", o "receio de dano irreparável ou de difícil reparação" e a "prova inequívoca" do alegado.[43]

A exigência de tais requisitos para a concessão da tutela antecipada justifica-se por se tratar de "[…] hipótese em que o legislador processual permite que o juiz profira decisão com base em cognição não exauriente, situação absolutamente excepcional no âmbito do processo de conhecimento"[44]. Assim, a medida é concedida em hipóteses restritas, quando houver fortes evidências das alegações e, ainda, a falta de providências imediatas possa ocasionar danos à parte.

Segundo o art. 527, III, do CPC, ao receber o recurso em comento, o relator poderá atribuir-lhe efeito suspensivo, tornando ineficaz a conduta comissiva do julgador que prejudique a parte, ou atribuir efeito ativo ao agravo, quando antecipa a tutela recursal e concede a providência que lhe fora negada pelo juízo *a quo* ou caso este tenha se omitido sobre a medida pleiteada.

> O recurso de agravo, ainda que conte com o efeito suspensivo, certamente não tem o poder de evitar o prejuízo irreparável que a falta de concessão do postulado poderá trazer ao recorrente, já que suspender uma omissão do juiz não acarreta efeito algum no plano concreto. […] Ora, quando a parte tem direito de obter algo imediatamente, não basta recurso que possa impugnar a decisão e permitir a concessão da providência (que lhe foi negada) *após longo tempo*. É necessário, como é óbvio, forma recursal que possa dar desde logo à parte a providência que lhe foi injustamente negada pela decisão recorrida (*grifo do autor*)[45].

---

[43] *Convém esclarecer que esta hipótese, prevista no inciso I do art. 273, do CPC, é a mais comum, não devendo se olvidar daquela prevista no inciso II.*

[44] *WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 359.*

[45] *MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 545-546.*

Observa-se que a antecipação de tutela, isto é, a atribuição de efeito ativo ao agravo de instrumento, é uma das condutas que o relator poderá adotar quando do recebimento e realização do juízo de admissibilidade do recurso. Desta maneira, o legislador concedeu ao relator ferramentas hábeis para a prevenção imediata de riscos à parte quando há uma negativa ou omissão do juízo de primeiro grau, o que será feito quando o magistrado de segundo grau concede, em sede de tutela antecipada, o direito que fora negado. Entretanto, avaliar a presença dos requisitos desta espécie de tutela de urgência não é uma tarefa fácil, uma vez que se sustenta em conceitos juridicamente indeterminados. Em outros dizeres, não há uma definição legal do que seja "prova inequívoca", "verossimilhança da alegação" e "receio de dano irreparável ou de difícil reparação", cabendo ao aplicador da lei dar vida aos conceitos diante do caso concreto e decidir sobre a concessão ou não da referida medida de urgência. É neste momento que se lança a discussão sobre a atuação discricionária do relator quando recebe o agravo de instrumento e antecipa a pretensão recursal.

Aplicando-se a teoria de H. L. A. Hart ao presente caso, não há dúvidas de que o magistrado detém poderes discricionários, pois, ao decidir sobre a concessão da tutela antecipada, estar-se-ia baseando em conceitos indeterminados, o que lhe faculta decidir por meio de suas próprias convicções.

De outra banda, é muito difícil falar em exercício discricionário da jurisdição segundo o posicionamento dos processualistas modernos, eis que se baseiam no conceito de discricionariedade do Direito Administrativo. Sob esta ótica, além da possibilidade de solução do caso por mais de uma medida, exige-se a dúvida sobre qual delas utilizar e, ainda, a impossibilidade de interposição de recurso contra o que for decidido.

Mesmo com a exigência dos pressupostos supramencionados, a discricionariedade deve ser reconhecida no presente caso, tendo em vista que é perfeitamente possível que o relator receba o agravo de instrumento e caia em dúvida sobre a concessão ou não da tutela antecipada. Ademais, o ordenamento jurídico não prevê recurso contra a decisão do relator, que é baseada em conceitos jurídicos indeterminados.

A irrecorribilidade prevista no art. 527, parágrafo único do CPC, portanto, reforça a ideia de discricionariedade judicial defendida neste artigo, como restará confirmado adiante.

6.3 O problema da irrecorribilidade

A questão da irrecorribilidade é trazida ao debate pelos processualistas que negam a existência da discricionariedade judicial. Por esta razão, o presente trabalho a admite como pressuposto para afirmar que a discricionariedade judicial pode se afigurar no ordenamento jurídico brasileiro.

Apenas para relembrar, diz-se que os requisitos de caracterização da discricionariedade são os seguintes: a faculdade de o intérprete aplicador da lei utilizar uma entre duas ou mais medidas aptas a solucionar o problema; a dúvida sobre qual medida utilizar; e, ainda, a irrecorribilidade da decisão proferida.

Quanto à possibilidade de dissolução do conflito por mais de um meio e a dúvida sobre qual deles se utilizar, não há maiores discussões, tendo em vista que a situação exposta permite que isto ocorra. Assim, a depender do caso concreto, o relator poderá se encontrar em dúvida sobre a presença ou não dos requisitos da tutela antecipada para que a conceda em sede de agravo de instrumento.

No que toca ao terceiro requisito, qual seja, a irrecorribilidade da decisão, o parágrafo único do art. 527, do CPC, afirma que "a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

Assim, chega-se à conclusão de que caso o relator defira a pretensão recursal em antecipação de tutela, sua decisão não será recorrível, podendo ser modificada somente no momento do julgamento definitivo do agravo pelo colegiado ou caso o relator a reconsidere.

Apesar de o parágrafo receber duras críticas da doutrina por ser considerado uma afronta ao princípio da recorribilidade, observa-se que foi introduzido no ordenamento jurídico com a intenção única de obstar a interposição de recursos. Neste sentido afirma Isadalva Rabelo Fontinele: "[…] a reforma promovida pela Lei 11.187/2005, no intuito de impedir o uso sucessivo de recursos e acelerar o trâmite processual, estabeleceu que tais decisões são irrecorríveis. São, portanto, exceções à regra da recorribilidade de toda decisão que provoque gravame"[46].

Esta escolha do legislador justifica-se pela necessidade de conceder mais celeridade aos julgamentos e reduzir o número de agravos nos tribunais. Flávio Cheim Jorge, citado por Isadalva Rabelo Fontinele, entende que

> Com o objetivo de tornar mais céleres os julgamentos e diminuir a quantidade de agravos de instrumento em tramitação nos tribunais, suprimiu-se a parte final do inciso II do art. 527 do CPC, que previa o cabimento do agravo interno para atacar a decisão de conversão do agravo de instrumento em retido, e incluiu-se o parágrafo único ao art. 527 do CPC, o qual prevê que a decisão monocrática do relator

[46] *FONTINELE, Isadalva Rabelo. Irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de Instrumento em agravo retido e da que concede efeito suspensivo ou defere antecipação de tutela no agravo de instrumento (ART. 527, parágrafo único, do CPC): Celeridade X (in)constitucionalidade. 2008. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2008, p. 11. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/conteudo.asp?area=110>. Acesso em 03 mar. 2013.*

> que converte o agravo de instrumento em retido e também a que concede efeito suspensivo ou defere, em antecipação de tutela, a pretensão recursal, só poderá ser reformada no momento do julgamento do agravo pelo colegiado, exceto nos casos em que o próprio relator a reconsiderar[47].

Observa-se que na situação em comento o legislador optou por priorizar o princípio da celeridade em detrimento do da recorribilidade. Para que isso ocorresse, concedeu maiores poderes ao magistrado de segundo grau, permitindo que contra sua decisão não fosse cabível nenhum recurso.

Verificar se o legislador agiu com acerto e nos limites da constitucionalidade ao inserir o parágrafo mencionado não cabe ao presente estudo. O que não se pode negar é a ampliação dos poderes do relator na situação apresentada.

Em resumo do que fora dito até o momento, a atuação discricionária do juiz não ocorre pela possibilidade de o Poder Judiciário rever a decisão do Executivo, uma vez que poderá revisá-la somente quanto à legalidade do ato. Por outro lado, as hipóteses de atuação discricionária dos magistrados são discutíveis quando se toma por base o conceito de discricionariedade segundo o Direito Administrativo. Verifica-se que na situação descrita o *modus operandi* do relator é idêntico ao do administrador público quando atua discricionariamente, razão pela qual se conclui pela existência da discricionariedade judicial, mesmo em hipóteses excepcionais. Em outros dizeres, a discricionariedade judicial não se configura por haver a transferência do poder discricionário ao juiz, mas sim porque este atua de forma similar ao administrador público.

Tendo constatado uma possibilidade de configuração da discricionariedade judicial, a grande questão que se impõe é definir até que ponto o relator poderá atuar discricionariamente, pois caso seja ultrapassado este limite, estar-se-ia diante de seu arbítrio.

6.4 Tendências pretorianas em relação à forma de controle da discricionariedade judicial na concessão de tutela antecipada no agravo de instrumento

Conforme já afirmado, o parágrafo único do art. 527 do CPC prevê a impossibilidade de se recorrer da decisão monocrática que antecipa tutela, podendo ser modificada somente na ocasião do julgamento pelo colegiado ou se o relator a reconsiderar. Apesar de legalmente não ser cabível recurso contra a

[47] *JORGE, Flávio Cheim. A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo. In: _____. Irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de Instrumento em agravo retido e da que concede efeito suspensivo ou defere antecipação de tutela no agravo de instrumento (ART. 527, parágrafo único, do CPC): Celeridade X (in)constitucionalidade. 2008. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/conteudo.asp?area=110>. Acesso em 03 mar. 2013.*

decisão, surgiram debates a respeito da sua forma de controle, assunto sobre o qual não há unanimidade doutrinária.

O pedido de reconsideração, que não é recurso, é o primeiro instrumento debatido sobre a forma de revisão da decisão do relator. Sobre a medida, Humberto Theodoro Júnior explica que "[…] as partes, por meio de petição simples, podem pleitear ao relator o reexame de seu decisório singular, que, assim, não se submete a preclusão, como aliás se dá com as medidas próprias das tutelas de urgência em geral"[48].

Observa-se que a previsão deste instrumento fomenta a ideia de ampliação dos poderes do relator, pois, segundo a lei, somente ele poderia reformar sua decisão antes de submetê-la ao colegiado. Na prática, considerando o elevado número de processos que tramitam nas instâncias recursais, não é crível que a medida seja eficaz, pois o relator não iria deixar de apreciar novos feitos para reanalisar questão sobre a qual já decidiu.

Dando continuidade à discussão, parte da doutrina entende que contra as decisões do relator não haveria possibilidade de reexame pela via recursal ou por meio do mandado de segurança. Neste sentido, Ernane Fidélis dos Santos[49], citado por Deborah Dettmam, pontua que foi dada discricionariedade ao relator sobre qual decisão tomar quando do recebimento do agravo de instrumento, o que impossibilita uma nova apreciação por meio do agravo inominado ou até mesmo o mandado de segurança.

Os tribunais de justiça brasileiros vêm se posicionando contrários ao cabimento dos agravos interno ou regimental, conforme se observa pelo excerto do julgado da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relatado pela Desembargadora Ana Lúcia Lourenço:

> […] O presente agravo não merece ser conhecido. Isto porque a decisão proferida por Relator, concedendo ou negando a antecipação da tutela recursal, não pode ser impugnada nem mediante agravo regimental (RITJ, art. 247,3º), nem via agravo (CPC, art. 557, § 1º) […][50].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também se posicionou quanto à interposição do agravo regimental na situação do art. 527, III, do CPC, conforme

---

[48] *THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 610.*

[49] *SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. In: DETTMAM, Deborah. Da recorribilidade das decisões do relator no recurso de agravo. Arquivo Jurídico, Teresina, v. 1, n. 1, p. 27-40, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201105_deborah.pdf>. Acesso em 23 out. 2012.*

[50] *PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 855633- 0/01 PR. Relator: Des. Ana Lúcia Lourenço, Data de julgamento:13/03/2012.*

se observa a partir da ementa do julgado da Quarta Turma, cujo relator foi o Ministro João Otávio de Noronha:

> PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. RECONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Cabe ao magistrado reconsiderar decisão de indeferimento de antecipação de tutela quando verificar que o autor cumpriu os pressupostos necessários à concessão da medida requerida. 2. Agravo regimental desprovido[51].

Sobre os agravos interno ou regimental, é forçoso reconhecer que admiti-los contra decisões monocráticas do relator sobre tutela antecipada seria o mesmo que submeter duas vezes a apreciação do mérito do agravo de instrumento ao colegiado, já que ao final a decisão proferida monocraticamente seria revista por este órgão. Humberto Theodoro Júnior também reconhece o não cabimento do agravo interno na presente situação, manifestando seu entendimento no sentido de que

> […] a antiga previsão de cabimento de agravo interno contra decisão singular do relator desapareceu por força do parágrafo único do art. 527, na redação da Lei nº 11.187/2005. A irrecorribilidade, porém, não impede o reexame e a eventual reconsideração por parte do próprio relator, medida que a parte poderá pleitear por petição avulsa, a qualquer tempo, enquanto não julgado o recurso pelo colegiado. A irrecorribilidade, in casu, traz como conseqüência a possibilidade do mandado de segurança se a parte se sentir violada pela decisão do relator, sempre que se puder nela divisar ilegalidade ou abuso de poder[52].

Compartilham este posicionamento Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, quando declaram que

> Conforme o parágrafo único do art. 527, na redação que lhe deu a Lei 11.187/2005, a decisão que defere ou denega o efeito suspensivo (ou ativo), se não for objeto de reconsideração pelo próprio relator, apenas poderá ser revista no julgamento final do agravo. Com isso, ao que se infere, a lei pretendeu proibir o cabimento de agravo

[51] *BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1358283 MT 2010/0175081-0, Relator: Min. João Otávio Noronha, Data de Julgamento: 09/08/2011.*

[52] *THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 610.*

> interno (ou regimental) contra a decisão do relator que concede ou indefere o efeito suspensivo ou ativo. Se for essa a interpretação que se der ao art. 527, parágrafo único, caberá, contra a decisão em questão, mandado de segurança. Extrai-se claramente do art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/1951, caber mandado de segurança contra a decisão judicial de que não couber recurso[53].

Não é outro o posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais quanto ao cabimento do mandado de segurança na hipótese discutida, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestado neste tocante, o que se percebe pela leitura da seguinte ementa:

> RECURSO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Inadmissibilidade. Oposição à decisão concessiva de efeito ativo a agravo de instrumento. **Caso de Mandado de Segurança**. Agravo improvido. Não cabe pedido de suspensão de segurança contra decisão de relator que concede efeito ativo a agravo de instrumento (grifo nosso)[54].

Observa-se que a doutrina e os tribunais vêm solidificando o entendimento de que contra atos do Poder Judiciário contra os quais não há previsão de recurso, somente o mandado de segurança será apto para impugná-los. Neste sentido, "o mandado de segurança é garantia constitucional utilizável, entre outros casos, contra qualquer espécie de decisão de que não caiba recurso"[55] .[56]

Das exposições feitas, impõe-se reconhecer que a intenção do legislador realmente foi a de obstar a interposição de recursos na situação em debate. Entretanto, não se pode ser radical a ponto de concordar com a afirmação de que não haveria qualquer meio de controle destas decisões, inclusive pela via do mandado de segurança. Mesmo que seja mitigada, deve haver forma de controle, pois, do contrário, o risco de a decisão discricionária tornar-se exercício arbitrário da jurisdição é ampliado, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito. Assim, admite-se o mandado de segurança como meio hábil para combater a arbitrariedade do relator contra as decisões de que trata o inciso III do art. 527 do CPC.

---

[53] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 628.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 440 MA , Relator: Min. Cézar Peluso, Data de Julgamento: 12/08/2010, Tribunal Pleno.

[55] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 630.

[56] Trata-se do disposto no o art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009: "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: […] II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; [...]". Interpretando-se o dispositivo a contrario sensu, conclui-se que será cabível mandado de segurança caso a decisão judicial não possibilite recurso com o efeito versado.

7. CONCLUSÃO

No presente estudo, buscaram-se as bases filosóficas e o momento histórico em que os conceitos jurídicos indeterminados passaram a ser mais frequentes no direito brasileiro. Observou-se que, a partir do neoconstitucionalismo, sistema jurídico que alia a vinculatividade da norma escrita à flexibilidade dos princípios gerais de justiça, os referidos conceitos fizeram-se mais presentes.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por solidificar neoconstitucionalismo no Brasil, uma vez que foi reconhecida em posição primordial no ordenamento pátrio. Assim, as criações legislativas posteriores à atual Carta Magna retransmitiram a tendência por ela trazida, de modo que a legislação infraconstitucional também passou a conter os conceitos de natureza subjetiva estudados. Foi neste momento em que se passou a debater sobre a atuação discricionária dos julgadores, uma vez que diante de conceitos abstratos, aos juízes foi possibilitado decidir um caso concreto de diversas formas.

Agora, as leis não tem mais o condão de regulamentar especificamente todas as relações jurídicas que se formam na sociedade, pois estas tomaram dinamicidade que o positivismo jurídico nunca iria conseguir acompanhar. Inicia-se um processo que amplia o alcance da legislação escrita, por meio dos conceitos jurídicos indeterminados, e concede aos magistrados maior liberdade de atuação quando os interpreta.

Além da possibilidade de atuação discricionária que decorre da interpretação dos conceitos vagos, discutiu-se brevemente sobre a ocorrência do poder discricionário judicial quando é levada ao Judiciário questão de cunho administrativo. Sobre a questão, observou-se que não há atuação discricionária judicial, pois o julgador somente pode rever o ato administrativo no que toca aos elementos de legalidade, não podendo interferir diretamente no mérito.

O estudo trouxe, ainda, as discussões dos jusfilósofos quanto à existência de discricionariedade. Para Hart, a conduta discricionária surge quando não há regulamentação específica para determinada situação, momento em que o julgador busca a solução para o caso fora do direito. Em contraposição, mas levando-se ao mesmo resultado prático, Dworkin inadmite a existência de discricionariedade, posto que nas situações não regulamentadas especificamente o julgador deve extrair dos princípios gerais do direito a solução para o caso concreto. Como os princípios agora detém força normativa, a solução estaria no próprio direito, o que impede o julgador de decidir com base em suas convicções. Contudo, Dworkin não esclarece os critérios de ponderação entre um princípio e outro, o que mantém a dúvida sobre a existência ou não da discricionariedade.

Observou-se, ainda, o posicionamento de teóricos que negam a existência da discricionariedade judicial, pois, segundo eles, quando o julgador se depara com conceito jurídico indeterminado, não poderá atuar discricionariamente. Nestas hipóteses, o magistrado realiza somente um exercício de interpretação e subsunção da norma ao caso concreto, não havendo de se falar em discricionariedade. Além deste argumento, trazem a questão da irrecorribilidade do ato administrativo como ponto desfavorável à discricionariedade judicial. Em outras palavras, a discricionariedade não pode se configurar no âmbito do poder judiciário, posto que suas decisões são sempre recorríveis, ao passo que os atos administrativos são irrecorríveis no que pertine ao mérito.

Tomou-se como base o conceito de discricionariedade do direito administrativo para provar que, em situações excepcionais, o modo de agir do juiz é idêntico ao do administrador público. A hipótese analisada foi a do art. 527, III e parágrafo único, do CPC, que versa sobre a antecipação de tutela em sede de agravo de instrumento. A justificativa para a escolha deste caso reside no fato de que a tutela antecipada é fundamentada em conceitos jurídicos indeterminados, o que permitiria que o relator se posicionasse de modos diferentes, e também no fato de que contra sua decisão não há previsão de recurso, aproximando a ideia de discricionariedade segundo os requisitos trazidos por aqueles que negam a sua existência na seara judicial.

Sobre a discricionariedade judicial, entende-se que estaria configurada já em situações que possibilitam ao julgador decidir de diversas formas, como asseveram H. L. A. Hart e Mauro Cappelletti. Contudo, a questão deve ser avaliada sob os enfoques teórico e prático.

Teoricamente, pode-se afirmar que todos os magistrados são dotados de formação e capacidade para julgarem corretamente situações pautadas em conceitos jurídicos indeterminados. Assim sendo, a discricionariedade judicial não é somente útil, mas necessária para a promoção de justiça social.

Sob o ponto de vista prático, infelizmente não se pode fazer a afirmação anterior. Muitos magistrados não acompanham a evolução do direito e ainda, diante do alto número de processos nos tribunais, analisam de forma superficial os casos que julgam. Nestas condições, considera-se a atuação discricionária prejudicial ao jurisdicionado. A inexistência de recursos ou a mitigação dos meios de combate destas decisões podem contribuir para causar danos àqueles que se utilizam da via judicial.

Acredita-se que, com a exigência de formação humanística para o ingresso na magistratura, no futuro os magistrados estarão aptos ao exercício discricionário da jurisdição. Contudo, enquanto não chega este momento,

ainda devem permanecer robustos os meios aptos para combater o exercício discricionário da jurisdição que prejudique os litigantes. A verificação destes limites, contudo, é tarefa árdua e depende essencialmente do caso concreto.

Ao final, observou-se que o instrumento utilizado para impugnar decisões contra as quais não cabe recurso é o mandado de segurança. Assim, o citado remédio constitucional seria utilizável para combater decisões irrecorríveis pautadas em conceitos abstratos, como na hipótese do art. 527, III e parágrafo único, sendo este o posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais brasileiros.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Herbert Hart "versus" Ronald Dworkin*: existe discricionariedade para o magistrado na solução dos casos não disciplinados no arcabouço normativo?. Jus Vigilantibus, jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/16347>. Acesso em: 18 out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 abr. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CRAMER, Ronaldo. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Judicial no Processo Civil*. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. In: BUFULIN, Augusto Passamani. Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 27-40, jan/mar. 2009.

FONTINELE, Isadalva Rabelo. *Irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de Instrumento em agravo retido e da que concede efeito suspensivo ou defere antecipação de tutela no agravo de instrumento (ART. 527, parágrafo único, do CPC)*: Celeridade

X (in)constitucionalidade. 2008. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/conteudo.asp?area=110>. Acesso em 03 mar. 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Existe discricionariedade judicial?* Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova disciplina de cabimento do recurso de agravo*. In: _____. Irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de Instrumento em agravo retido e da que concede efeito suspensivo ou defere antecipação de tutela no agravo de instrumento (ART. 527, parágrafo único, do CPC): Celeridade X (in)constitucionalidade. 2008. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/conteudo.asp?area=110>. Acesso em 03 mar. 2013.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*. In: MEDINA, J. M. G. et al. (Orgs.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. In: DETTMAM, Deborah. Da recorribilidade das decisões do relator no recurso de agravo. Arquivo Jurídico, Teresina, v. 1, n. 1, p. 27-40, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201105_deborah.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. *Discricionariedade judicial*: Uma análise crítica. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 64, dez. 2009. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/

get_file?uuid=a8319c4d-b0d4-49ab-8502-ba9d02dde421&groupId=132971>. Acesso em: 28 ago. 2012.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 357.

Recebido em: 23/04/2013
Aceito em: 17/06/2013