ANTONIO MORIMOTO JUNIOR

Limites da atuação jurisdicional nas sentenças
determinativas

Tese de doutorado

Orientador: José Ignácio Botelho de Mesquita

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
2014

ANTONIO MORIMOTO JUNIOR

Limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção
do título de doutor em Direito.

Área de concentração: Direito processual
civil

Orientador: José Ignácio Botelho de
Mesquita

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
2014

MORIMOTO JR, Antonio. Limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Examinador: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Examinador: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Examinador: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Examinador: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Examinador: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Mãe, Cínthia e Kiki, pelo apoio incondicional em todos os momentos.

Pai e tia Edna, com muita saudade ...

AGRADECIMENTOS

A José Ignácio Botelho de Mesquita, pela confiança em meu trabalho, ao longo dos 14 anos de convivência, e pela contribuição decisiva para meu desenvolvimento acadêmico e pessoal.

A Aboré Marquezini Paulo, pela discussão sobre tantas ideias constantes do trabalho.

Aos servidores da rede de bibliotecas do Ministério Público Federal, pela incansável disposição de auxiliar nas pesquisas.

RESUMO

MORIMOTO JR, Antonio. Limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil.

O objetivo do trabalho é identificar os limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas, aqui compreendidas as em que cabe ao juiz indicar o objeto, a extensão ou o modo de exercício de posição jurídica de vantagem (direito subjetivo individual ou coletivo, poder etc) em consonância com as circunstâncias do caso. O trabalho se divide em 3 partes. Na primeira, apresenta-se a trajetória histórica dessa categoria de sentenças, desde o início do século XX até os dias atuais, dando ênfase às contribuições dos autores alemães, italianos e brasileiros para o tema. Na segunda, a partir das principais ideias levantadas na primeira, o autor expõe suas próprias concepções acerca da categoria. São apontados o conceito de sentenças determinativas, fornecidos casos em que ocorrem, indicada a técnica empregada pelo legislador para viabilizar-lhes a produção. São ainda estabelecidas as relações entre as sentenças determinativas e temas correlatos, como as sentenças de equidade, a discricionariedade judicial, e com as sentenças constitutivas, condenatórias e declaratórias. Na terceira parte são analisados os limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas, dando-se ênfase ao estudo das medidas que podem impostas pelo juiz para realização das posições jurídicas de vantagem (direito subjetivo individual ou coletivo, poder etc) reconhecidas no processo, cujo objeto ou modo de exercício não é previamente determinado em lei. Partindo-se da premissa de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA), conclui-se que ao juiz deve ordenar as medidas concretamente adequadas a realização dessas posições jurídicas de vantagem, sendo-lhe vedado, porém, impor as expressamente vedadas pela ordem jurídica e aquelas que a contrariem, numa perspectiva sistemática (vedação a medidas contrárias à dignidade humana e à separação de poderes, por exemplo). Por fim, para controle de eventuais abusos judiciais, enfatiza-se a necessidade de que da motivação da sentença conste claramente as razões determinantes da decisão por ele adotada.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil. Teoria da sentença. Classificação das sentenças. Sentença determinativa. Poderes do juiz. Discricionariedade judicial.

RESUMEN

MORIMOTO JR, Antonio. Límites de la actuación jurisdiccional en las sentencias determinativas. Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Paulo para la obtención del grado de Doctor en Derecho Procesal Civil.

El objetivo del estudio es identificar los límites de la actuación judicial en las sentencias determinativas, sentencias en que toca al juez indicar el objeto, la extensión o la forma de ejercicio de una situación jurídica de ventaja (derecho subjetivo, individual o colectivo, poder, *etc*) en acuerdo con las circunstancias del caso. El trabajo se divide en 3 partes. La primera presenta la trayectoria histórica de esta clase de sentencias, desde principios del siglo XX hasta la actualidad, enfatizándose las contribuciones de los autores alemanes, italianos y brasileños sobre el tema. En la segunda, a partir de las ideas planteadas en la primera, el autor expone sus propias concepciones sobre la categoría. Señalase el concepto de frases determinantes, apuntándose los casos en que rutinariamente se presentan, bien así la técnica utilizada por el legislador para que puedan ocurrir. También se establecen relaciones entre ellas y temas afines, como con las sentencias de equidad, con la discreción judicial, y con las sentencias condenatorias, constitutivas y declarativas. La tercera parte establece los límites de la función jurisdiccional en las sentencias determinativas, enfatizándose el estudio de las medidas que pueden ser impuestas por el juez para llevar a cabo las posiciones jurídicas de ventaja (derecho subjetivo, individual o colectivo, poder jurídico *etc*) reconocidas en el proceso, cuyo objeto o el modo de ejercicio no viene predeterminado en ley. Partiendo de la premisa de que "el proceso debe dar, en todo lo posible, a quién tenga derecho, exactamente lo que tiene derecho a obtener" (CHIOVENDA), concluyese que el juez puede ordenar las medidas concretamente adecuadas para llevar a cabo estas posiciones jurídicas de ventaja, pero está prohibido de imponer las expresamente prohibidas por la ley o las que le son contrarias, bajo el prisma sistemático (medidas en contra a la dignidad humana y a la separación de poderes, por ejemplo) . Por último, para controlar posibles abusos judiciales, es necesario que la motivación de la sentencia indique claramente los motivos determinantes de la decisión adoptada en el caso.

Palabras llave: Derecho Procesal Civil. Teoría de la sentencia. Clasificación de las sentencias. Sentencia determinativa. Poderes del juez. Discreción judicial.

ABSTRACT

MORIMOTO JR , Antonio. Limits of the jurisdictional power in the determinative sentences. Thesis presented to the Faculty of Law of the University of San Paulo for the PhD in Civil Procedure Law.

The objective of the thesis is to identify the limits of the judicial role in the determinative sentences, here understood as sentences in which the judge indicates the object, extent or manner of exercise of a legal position of advantage (right, legal power etc.), in accordance with the circumstances of the case. The work is divided into 3 parts. The first presents the historical trajectory of this category of sentences, since the early twentieth century to the present day, emphasizing the contributions of the Germans, Italians and Brazilians authors to the subject. In the second part, from the main ideas raised in the first one, the author exposes his own conceptions of the category. It is pointed out the concept of determinative sentences, provided cases that then occur and explained the legal technique used to enable them. It is also established the relations between determinative sentences and related topics, such as sentences of equity, judicial discretion, constitutive, condemnatory and declaratory sentences. The third part reviews the limits of the judicial power in the determinative sentences, stressing the kinds of orders that may be imposed by the judge to perform the legal positions of advantage (right, legal power etc) recognized through the action, whose objective or manner of exercise is not predetermined by the law. Assuming that "the process should provide the winner, as nearly as possible, everything he is entitled to get" (CHIOVENDA), it can be concluded that the judge shall order the measures specifically suited to carry out these legal positions of advantage, and that he is forbidden to impose measures expressly prohibited by the law and those that contradict it in a systemic sense (prohibition of measures contrary to human dignity and the separation of powers, for example). At last, in order to control judicial abuses, it is emphasized that the sentence should state clearly the real reasons for the decision adopted by the judge.

Keywords: Civil Litigation. Theory of sentence. Classification of sentences. Determinative sentence. Judicial powers. Judicial discretion.

ASTRATTO

MORIMOTO JR, Antonio. Limiti del potere giurisdizionale nelle sentenze determinative. Tesi presentata alla Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo per il titolo di Dottore in Diritto processuale civile.

L'obiettivo del lavoro è identificare i limiti del ruolo dei giudici nelle sentenze determinative, intese qui come le sentenze per cui il giudice indica l'estensione, l'oggetto o il modo di esercizio delle posizioni giuridiche di vantaggio (diritti soggettivi, poteri giuridici, ecc) secondo le circostanze. Il lavoro è diviso in 3 parti. In un primo momento, si presenta la traiettoria storica di questa categoria di sentenze, a partire dai primi del novecento ad oggi, sottolineando i contributi di autori tedeschi, italiani e brasiliani per lo sviluppo del tema. Nel secondo, dalle idee principali sollevate nella prima parte, l'autore esprime le sue opinioni circa la categoria. Il concetto di sentenze determinative è fornito, le condizioni e le casi in cui si verificano, è data la tecnica utilizzata dal legislatore per consentire il loro nascita. Sono inoltre stabiliti rapporti tra sentenze determinative e argomenti correlati, come sentenze d'equità, discrezionalità giudiziale, e le sentenze costitutive, di condanna e dichiarative. La terza parte esamina i limiti del ruolo giudiziario nelle sentenze determinative, sottolineando lo studio delle misure imposte dal giudice per realizzare le posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute nel processo, il cui oggetto o modo d'esercizio non è predeterminato dalla legge. Partendo dalla premessa che *“il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”* (Chiovenda), possiamo concludere che il giudice ordina le misure specificamente opportune per realizzare queste posizioni giuridiche di vantaggio, vietate a lui, però, impone le misure espressamente proibite dalla legge e coloro che la contraddicono, in una prospettiva sistematica (misure contrarie alla dignità umana e alla separazione dei poteri). Infine, per controllare eventuali abusi giudiziari, sottolinea la necessità di motivazione della sentenza, indicandone chiaramente i motivi che determinano la decisione.

Parole chiave: Processo civile. Teoria della sentenza. Classificazione delle sentenze. Sentenze determinative. Poteri del giudice. Discrezionalità del giudice.

SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BGB	Bürgerlichesgesetzbuch
CCB	Código Civil Brasileiro
CCIt	Codice Civile
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPCIt	Codice di Procedura Civile
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
E.G	<i>Exempli gratia</i>
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
MP	Ministério Público
OMS	Organização Mundial da Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
USP	Universidade de São Paulo
ZPO	Zivilprozessordnung

Sumário

INTRODUÇÃO	13
1 A SENTENÇA DETERMINATIVA ATRAVÉS DOS TEMPOS.....	20
1.1 A FESTSETZENDE URTEIL DE KISCH.....	20
1.2 CHIOVENDA E ALFREDO ROCCO.....	25
1.3 CARNELUTTI E O PROCESSO DISPOSITIVO.....	28
1.4 O PENSAMENTO DE CALAMANDREI.....	34
1.5 RASELLI: PODERES DISCRICIONÁRIOS DO JUIZ E A SENTENÇA DETERMINATIVA.....	39
1.6 O CETICISMO DE PROTO PISANI	50
1.7 A SENTENÇA DETERMINATIVA NO BRASIL: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	52
1.8 SALDO DO CAPÍTULO.....	60
2 QUE SE DEVE ENTENDER POR SENTENÇA DETERMINATIVA.....	62
2.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS: DELIMITAÇÃO A PARTIR DE EXEMPLOS	63
2.2 GÊNESE DAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS: FUNDAMENTO E TÉCNICA LEGISLATIVA	69
2.2.1 Por que existem sentenças determinativas ?.....	69
2.2.2 Técnica legislativa: as normas jurídicas quadro.....	70
2.2.3 Espécies de normas quadro.....	71
2.3 FALSOS CASOS DE SENTENÇAS DETERMINATIVAS.....	75
2.3.1 Aplicação do direito x incidência normativa	75
2.3.2 Sentenças determinativas e integração de negócios jurídicos	78
2.3.3 Integração de capacidade jurídica	80
2.3.4 Sentenças determinativas e relações jurídicas continuativas.....	81
3 SENTENÇAS DETERMINATIVAS, EQUIDADE E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	87
3.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS DE EQUIDADE.....	87
3.1.1 Panorama geral sobre a correlação entre sentenças determinativas e de equidade	87
3.1.2 Equidade: noção.....	88
3.1.3 Que se deve entender por juízo ou sentença de equidade ?.....	91
3.1.4 Natureza objetiva do juízo de equidade.....	93
3.1.5 Art. 127 do CPC.....	96
3.1.6 Sentenças determinativas e sentenças (ou juízos) de equidade.....	98
3.1.6.1 Sentenças determinativas, sentenças de equidade e criação (rectius: revelação) judicial.....	101
3.1.6.2 Sentenças determinativas, sentenças de equidade e juízo prudencial	103
3.2 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL....	104
3.2.1 O estado da questão e plano de trabalho.....	104
3.2.2 Noção de discricionariedade.....	108
3.2.3 Discricionariedade judicial	112
3.2.4 Afinal, existe discricionariedade judicial ?.....	116
3.2.5 Sentenças determinativas e discricionariedade judicial	122
4. SENTENÇAS DETERMINATIVAS E OUTRAS CATEGORIAS DE SENTENÇAS.....	124
4.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS CONSTITUTIVAS.....	126
4.2 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS CONDENATÓRIAS.....	132

4.3 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS DECLARATÓRIAS.....	137
4.4 NATUREZA DETERMINATIVA DAS CAUTELARES INOMINADAS	138
5 OS PODERES DECISÓRIOS DO JUIZ NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS....	140
5.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	140
5.2 CRITÉRIOS DECISÓRIOS NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS	143
5.2.1 A “teoria geral do caso concreto”.....	143
5.3.2 Eixos de determinação: aspectos quantitativos e qualitativos da decisão	146
5.2.3 Eixo qualitativo: problemas para reflexão.....	149
5.2.4 Liberdade x Arbítrio: observações necessárias	151
5.2.5 Eixo qualitativo: sistematizando critérios	152
a) adequação concreta.....	152
b) necessidade ou menor oneração	154
c) otimização de direitos.....	156
5.2.6 Eixo qualitativo (segue): inconveniência de as medidas adequadas serem predefinidas em lei	158
5.2.7 Eixo qualitativo (segue): limites de fato e de direito à decretação das medidas adequadas ?.....	161
5.2.8 Eixo qualitativo (segue): Em síntese, que medidas o juiz deve e que medidas ele não pode determinar ?	167
5.2.9 Testando os critérios.....	168
a) Caso aeroporto.....	168
b) Caso da perda / suspensão do poder familiar.....	172
c) Caso da doação de equipamentos a órgãos ambientais.....	175
6 CORRELAÇÃO E CONTRADITÓRIO NAS AÇÕES DETERMINATIVAS	177
6.1 COLOCAÇÃO DOS PROBLEMAS	177
6.2 ALGUNS EXEMPLOS.....	179
6.2.1 Indicando premissas	181
6.2.2 Mutatio libelli civil ?.....	182
6.2.3 Mas tudo isso seria mesmo necessário ?.....	185
6.2.4 Sentenças determinativas e regra da correlação.....	189
7 DEVER DE MOTIVAÇÃO E SENTENÇAS DETERMINATIVAS	194
7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	194
7.2 HÁ ALGO DE ESPECIAL QUANTO À MOTIVAÇÃO DAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS ?.....	197
7.3 MOTIVAÇÃO NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS: ESTRUTURA E CONTEÚDO MÍNIMO.....	198
CONCLUSÕES	208
BIBLIOGRAFIA.....	217

INTRODUÇÃO

No capítulo dedicado ao estudo das sentenças, a doutrina, de um modo geral, depois de as classificar em declaratórias, condenatórias e constitutivas – às vezes alude-se também às executivas *lato sensu* e às mandamentais – invariavelmente menciona *en passant* “outras classificações”. Nesse contexto, insere-se o estudo das denominadas sentenças determinativas, categoria pioneiramente estudada por KISCH, no alvorecer do século passado, em suas memoráveis contribuições à teoria da sentença¹.

Depois de esclarecer não se tratar de quarto – ou sexto – efeito de sentença, nossos mestres cuidam de traçar as linhas fundamentais das sentenças determinativas, dizendo que nelas decide o juiz com base em equidade, valendo-se de algum grau de discricionariedade. Não se cuida, porém, de um mergulho no movimento do Direito Livre, haja vista que o juiz, ao decidir, observa os princípios e regras que, sem determinar diretamente a solução para o caso concreto, mesmo assim, sugerem-na².

Não raro, nossos mestres ressaltam também a excepcionalidade do juízo de equidade no direito contemporâneo, só permitido nos casos expressamente previstos em lei (art 127 do CPC). Quem analisa o tema a partir das lições de CELSO BARBI³, por exemplo, responsável pelo volume dos *Comentários* em que o artigo é estudado, é levado a crer que as ponderações de CALAMANDREI sobre a jurisdição de equidade no direito italiano se aplicam perfeitamente ao brasileiro. Isso porque, segundo o mestre florentino,

As tendências, que hoje são observadas em alguma legislação europeia, de ampliar os poderes do juiz, e dar crédito com grande atraso aos ensinamentos da escola do “direito livre” que teve grande êxito na Alemanha há alguns decênios, não enraizaram na Itália, onde o sistema da legalidade, garantia da unidade do Estado, da certeza do direito, do igual trato dos casos similares e da liberdade dos indivíduos dentro dos limites da lei, considera-se justamente como uma dessas conquistas decisivas da civilização, que marcam uma etapa da evolução humana e que não podem ser abandonadas sem recuar em direção à barbárie⁴.

O exame atento do direito processual brasileiro atual, porém, leva-nos a

¹*Beiträge zur Urteilslehre*, p. 110 e ss.

²*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 23.

³*Comentários ao CPC*, v. I, p. 391.

⁴*Direito Processual Civil*, v. I, p. 101.

questionar se os juízos de equidade são, de fato, tão raros como apregoa a doutrina.

KAZUO WATANABE, por exemplo, ao comentar o art. 83⁵ do Código de Defesa do Consumidor (CDC), saúda os avanços do sistema de proteção dos direitos difusos, mais flexível, adequado e aderente às peculiaridades que a realidade pode colocar diante do Judiciário.

A todos esses textos legais, constitucionais e infraconstitucionais, soma-se agora um dispositivo de natureza processual (art 83 do Código) para deixar extirpadas as dúvidas, definitivamente, que o nosso sistema processual para a tutela dos interesses e direitos dos consumidores (e também de outros direitos e interesses difusos e coletivos – art 90, Código⁶) é dotado de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Esse preceito é complementado pelo art 84⁷, como se verá mais largamente no comentário respectivo, que confere mais poderes ao juiz (e também às próprias partes, pois é através do seu pedido que os poderes do juiz são ativados) para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, **maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto**⁸. (gn)

Embora não se tenha aludido expressamente a juízo de equidade, não vemos diferenças claras entre ele e a visão do célebre processualista a respeito dos poderes conferidos ao Judiciário para a tutela adequada dos direitos coletivos que lhe forem concretamente submetidos.

Além disso, não é necessário lembrar que a própria execução das obrigações de

⁵Art. 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Parágrafo único – (*Vetado*.)

⁶Art. 90 - Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁷Art. 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º - O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz determinar as **medidas necessárias**, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (gn)

⁸Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 767.

fazer e de não-fazer, quer no campo coletivo, quer no individual, permite ao juiz determinar as “medidas necessárias” ou as “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, atento às circunstâncias do caso concreto e aos interesses envolvidos (artigos 461⁹ do CPC e 84 do CDC).

Ainda no contexto dos juízos de equidade e das sentenças determinativas, percebem-se casos em que os juízes ou tribunais proferem decisões que estabelecem verdadeiros estatutos jurídicos especiais, regulatórios da vida entre as partes ou do funcionamento de determinado serviço ou mesmo norteadores de políticas gerais de estado.

Exemplos não faltam, dos mais diversos ramos do direito.

Pense-se na ação proposta para fixar direito de visitas de um dos pais em face do outro. A sentença ao fim proferida inevitavelmente fixa um novo *modus vivendi* entre pais e filhos, descendo a minúcias, como dias e horas de visitação, o responsável por levar e/ou trazer os filhos ao colégio, às aulas de inglês, ao futebol etc.

Em outro caso, imagine-se que o Ministério Público ajuíze ação civil pública em face da Infraero para fechamento de aeroporto situado em área densamente povoada de uma dentre tantas cidades brasileiras. Como causa de pedir, alega a exposição da

⁹Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [\(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

~~§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)~~

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. [\(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. [\(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002\)](#)

vizinhança a danos à saúde, decorrentes do barulho e poluição do ar excessivos causados pela intensa movimentação dos aviões, e riscos de acidentes fatais, aliás, já verificados em outras ocasiões. Nesse caso, não há dúvidas sobre a possibilidade de a sentença julgar improcedente o pedido, deixando tudo como está, bem como de julgá-lo procedente, fechando o aeroporto. No entanto, seria de se descartar a possibilidade de que a sentença definisse um estatuto de funcionamento do serviço aeroportuário, concebido exatamente para acomodar os interesses em conflito ? Se isso for possível, eventual sentença, aí, de procedência parcial, poderia, por exemplo, proibir pousos e decolagens durante o descanso noturno ?, impedir o uso do aeroporto para exclusivo transporte de carga ou em dias de chuva ? restringir a movimentação apenas a aviões de médio e pequeno porte ?, ou, ainda, impor ao réu a obrigação de reformar as pistas de pouso para dotar-lhes de maior área de escape ou asfalto ultra-aderente de última geração ?

Exemplos análogos, que a riqueza das relações humanas e do direito podem multiplicar à exaustão, trazem à tona o problema que este trabalho buscará enfrentar, o dos limites da atuação jurisdicional nas denominadas sentenças determinativas.

A intenção primordial não é investigar as razões político-ideológicas que levaram ao inchamento da jurisdição de equidade, nem estabelecer critérios para apuração da legitimidade da argumentação subjacente ao estatuto jurídico eventualmente empregado para resolução do conflito entre as partes, o que melhor se faria no campo da ciência política ou da teoria do discurso jurídico.

O que se pretende buscar, mais exatamente, é a identificação de critérios úteis e suficientemente sólidos para análise da legalidade das decisões judiciais à luz de princípios e regras técnicas de direito processual, em especial, as que vinculam o juiz à estrita apreciação do objeto do processo definido pelo contraditório estabelecido entre as partes. Também, para aferir a própria submissão, caso a caso, de sentenças desse jaez ao princípio republicano da separação dos poderes, considerando a sempre notada aproximação dessas aos atos legislativos ou administrativos⁸, o que restou bastante nítido, aliás, nos dois últimos exemplos expostos acima.

Justificam a escolha do tema não apenas sua atualidade, decorrente da frequência cada vez maior dos juízos de equidade no cotidiano forense, mas também a necessidade de combater eventuais arbítrios decorrentes do uso ilimitado da discricionariedade judicial

nessas hipóteses.

Embora a prudência e o senso de justiça sejam inelimináveis como critério para definição dos limites da atuação jurisdicional, é evidente a impossibilidade de nos fiarmos somente neles para tanto. Aos litigantes e ao próprio Judiciário impõe-se a apresentação de critérios efetivos e razoavelmente claros para o enfrentamento dos casos em que venham a atuar, sem o que as decisões poderão se converter em constante fonte, no mínimo, de insegurança, e, na pior das hipóteses, de violência institucionalizada, disfarçada sob o confortável manto da “decisão adequada ao caso concreto”. Não se duvida da boa-fé da quase totalidade dos magistrados que, sob condições materiais quase nunca próximas das desejáveis, desempenham com coragem suas atividades. No entanto, como já se disse alhures,

El riesgo de que la decisión discrecional y “creadora” se traduzca en una escogencia subjetiva y arbitraria no es solamente una eventualidad teórica, sino una posibilidad cotidianamente presente en la praxis judicial. Esta posibilidad se hace probable por múltiples factores, algunos de los cuales – surgidos en los últimos años – merecen ser señalados aquí, en cuanto pueden influenciar la orientación cultural de los jueces en el sentido de una más sustancial “subjetivación” de sus escogencias, alejando o eliminando del todo los límites y los criterios que deberían guiar sus valoraciones discrecionales¹⁰.

O desafio, porém, é imenso.

É desnecessário lembrar que a busca de limites precisos para a atuação jurisdicional em cada caso é determinada exatamente pelas particularidades apresentadas singularmente; isso, aliás, explica a escassez de estudos específicos sobre o tema. No entanto, a importância do problema, independentemente das dificuldades práticas para resolvê-lo, aliado à expectativa de que o trabalho ajude a encontrar parâmetros mais ou menos gerais para guiar os operadores do direito, é que justificam a escolha.

Muitas são as questões que gravitam em torno das sentenças determinativas. Sem pretensão de exauri-las agora – da própria pesquisa muitas outras emergirão –, desde já, é possível indicar algumas perplexidades:

Nas sentenças determinativas, aplica-se o princípio da correlação entre pedido e sentença?, noutras palavras: em que medida o pedido (ou mesmo a causa de pedir) pode

¹⁰TARUFFO, Michele. “Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho”. In: *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, p. 181.

servir como limite à atuação jurisdicional nessas hipóteses ? Nas sentenças determinativas que estabelecem um novo *modus vivendi* entre as partes em conflito, quais são os limites da atuação do juiz para que não se substitua à função de legislador ? Ainda nesse contexto, variam os limites tratando-se de demandas coletivas ? De onde é possível extrair parâmetros para a determinação de limites para atuação jurisdicional nas sentenças determinativas ? Do direito constitucional ?, de princípios e regras de direito processual ?, das regras e princípios do ramo de direito material que regem a espécie ?, de todos eles ? É possível estabelecer princípios ou regras objetivas, aplicáveis com algum grau de segurança à maioria dos casos, que permitam aferir a legalidade do estatuto jurídico estabelecido em sentença ?, se sim, quais seriam ? Por outro lado, caso isso não seja possível, os operadores do direito estariam condenados a viver na busca incessante e casuística de uma “teoria geral do caso concreto” ?

Para responder essas e outras questões, o trabalho terá quatro partes:

Na primeira (capítulo 1), a evolução histórica da categoria será analisada. Os poucos estudos específicos sobre as sentenças determinativas impõem uma tentativa inicial de precisar-lhes os contornos. Para tanto, de início, é pertinente passar em revista ao pensamento dos autores que mais contribuíram à formação do perfil atual da espécie, indicando eventuais pontos de convergência e divergência entre as concepções que se formaram em torno dela.

Na segunda parte (capítulos 2, 3 e 4) , a partir das questões levantadas na primeira, será buscada uma definição própria da categoria e das relações dela com institutos fundamentais de processo civil, notadamente, com as demais classes de sentenças existentes, com os juízos de equidade e com os poderes discricionários do juiz. Ainda, será necessário enfocar alguns temas sensíveis, tais como a sentença como ato de criação do direito, a eventual natureza legislativa ou administrativa das sentenças determinativas.

Com base nas discussões estabelecidas nas duas primeiras partes, na terceira (capítulos 5 e 6) será finalmente enfrentado o tema principal do trabalho, os limites materiais e processuais da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas.

A última parte (capítulo 7) será dedicada à motivação das decisões determinativas.

A despeito do interesse prático e teórico do tema, salvo melhor juízo, inexistem

na literatura processual brasileira obras que o tenham enfrentado de maneira sistematizada. A rigor, os esforços da doutrina nacional (passada e presente) concentraram-se em outros temas, deixando ampla margem para pesquisas originais sobre o problema.

Não questiono as razões históricas e / ou políticas para a lacuna, no entanto, forçoso é reconhecer que, durante muitos anos, ainda respirando os ares da então nova ciência processual, nossos mestres, mais preocupados em construí-la e, posteriormente, em consolidá-la, focaram a atenção nas sentenças determinativas muito mais para defini-las e contextualizá-las na teoria das sentenças, da jurisdição e da coisa julgada, temas centrais da “nova ciência”. Na mesma linha, mais recentemente, a doutrina nacional foi pródiga na análise de temas conexos (poderes instrutórios – não nos decisórios - dos juízes; modernas técnicas para efetividade dos direitos). No entanto, ao lançar luzes muito mais para as possibilidades do que para as restrições delineadas pelo sistema à atividade dos juízes, manteve em certa medida intocada a questão dos limites dos poderes do juízes nas sentenças determinativas. É nesse quadro que a pesquisa se insere; dele decorre, a nosso sentir, a contribuição original à ciência jurídica brasileira.

1 A SENTENÇA DETERMINATIVA ATRAVÉS DOS TEMPOS

Os poucos estudos específicos sobre a sentença determinativa impõem uma tentativa inicial de precisar os contornos da categoria. Para tanto, de início, é pertinente demonstrar os percalços históricos por que passou, indicando eventuais pontos de convergência e divergência entre as concepções que se formaram em torno dela.

1.1 A FESTSETZENDE URTEIL DE KISCH

A primeira tentativa mais detida de análise da categoria como classe autônoma de sentenças foi feita por KISCH, em suas conhecidas contribuições à teoria da sentença¹¹. O esforço do autor se justificava perfeitamente, no contexto da então nascente ciência processual. Se hoje a preocupação dos estudiosos se volta ao fortalecimento do chamado “processo de resultados”, fundado na bem conhecida máxima chiovendiana segundo a qual “*il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*”¹², à época, viviam-se os primeiros ares do movimento emancipatório que culminou na independência do direito processual do direito material. Num cenário de busca por autonomia, nada mais natural do que lapidar os conceitos e afinar os instrumentos próprios. O estudo de KISCH sobre a categoria, certo ou não, bem serviu a tais propósitos.

Segundo KISCH, em algumas sentenças a tarefa do juiz se restringiria a determinar ou modificar algum aspecto de uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, como fariam elas mesmas ou um terceiro. No direito alemão, segundo observa, as sentenças dessa classe foram em grande medida pensadas para o direito das obrigações. Porém, delas se poderia cogitar nas ações divisórias, em que o papel do juiz é determinar, segundo sua prudente avaliação, se e em que medida os condôminos deveriam

¹¹ *Beiträge zum Urteilslehre*, p. 110 e ss.

¹² *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 110.

receber as respectivas partes; também, no caso do § 917 do BGB^{13 14}, que atribui ao juiz o poder de estabelecer o exato local, a extensão e o regime de aproveitamento da servidão de passagem; ou mesmo nas ações demarcatórias, *ex vi* § 920 do BGB¹⁵, em que a incerteza quanto aos limites entre as propriedades vizinhas poderia ser definida prudencialmente por sentença. Em todos esses casos, a função do juiz seria tão somente fixar o conteúdo preciso da relação jurídica controvertida.

O reconhecimento da existência de sentenças dessa natureza, porém, não era nova. Segundo CHIOVENDA¹⁶, OTTO MAYER, em estudo anterior sobre a coisa julgada substancial, contrapôs as sentenças dispositivas às sentenças constitutivas, afirmando que nestas o juiz declarava um direito preexistente à obtenção de alguma mudança jurídica, o que não ocorreria nas dispositivas. A partir disso, sustentava OTTO MAYER que, uma vez proferida uma sentença dispositiva, nada impediria que as partes, por acordo, requeressem a modificação do julgado.

Tais sentenças, pela própria função desempenhada, poderiam ser chamadas *bestimmenden*, literalmente, determinantes ou determinativas ou *konkretisierenden* (concretizadoras) – *Urteilen*. A preferência de KISCH, porém, foi sempre pela expressão *festsetzende Urteil*, como transparece no próprio nome dado ao capítulo em que o tema é tratado, generalizadamente traduzido pelos autores de línguas neolatinas por sentença determinativa ou dispositiva.

¹³Por comodidade, os artigos do BGB alemão serão apresentados ao leitor na tradução para o inglês, de acordo com a versão disponibilizada pela internet pelo *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, que pode ser acessada em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3572.

¹⁴*Section 917 Right of way of necessity*

(1) *If a plot of land lacks the connection to a public road necessary for the due use, the owner may require of the neighbours that until the defect is removed they tolerate the use of their plots of land to create the necessary connection. The direction of the right of way of necessity and the scope of the right of use are, if necessary, determined by judicial decision.*

(2) *The neighbours over whose plots of land the right of way of necessity leads must be compensated by periodical payments. The provisions of section 912 (2) sentence 2 and sections 913, 914 and 916 apply with the necessary modifications.*

¹⁵*Section 920*

Confusion of boundaries

(1) *If, in the case of a confusion of boundaries, the true boundary cannot be established, the delimitation is determined by possession. If the possession cannot be established, a piece of equal size of the area in dispute must be allocated to each of the plots of land.*

(2) *If a determination of the boundary under these provisions leads to a result that does not correspond to the circumstances determined, in particular with the fixed size of the plots of land, the boundary shall be drawn in a way that is equitable with regard to these circumstances.*

¹⁶*Instituições de direito processual civil*, v, I, p. 257.

O prefixo *fest*, que também aparece em *feststellen*, no direito processual alemão, forma as expressões *feststellungs Anspruch*, *feststellungs Klage* e *feststellungs Urteil*, respectivamente, pretensão, ação e sentença declaratórias. De maneira isolada, dá ideia de solidez, firmeza ou estabilidade. Unido ao verbo *setzen* (fixar, estabelecer), exterioriza o sentido de colocar limites, determinar, pôr termo a, estabelecer ou fixar parâmetros. Daí porque, como o próprio KISCH sugere, a possibilidade de serem chamadas *bestimmenden*, ou *konkretisierenden Urteilen*.

Mais adiante, o autor formula uma tipologia da classe, dividindo-a em três grupos: os dois primeiros de sentenças determinativas de direito material (*die Urteile mit civilrechtlichen Gegenstande*); o último, de sentenças determinativas de direito processual (*die Urteile mit prozessrechtlichem Gegenstande*).

No primeiro estariam aqueles casos em que a determinação da prestação contratualmente devida é deixada às partes contratantes, prevendo a lei, porém, sob certas condições, a substituição da vontade delas pela constante de sentença judicial.

Segundo o § 315, abs 2 do BGB¹⁷, a escolha da prestação devida por um dos figurantes do negócio jurídico só vincula a outra se feita equitativamente. Isso não ocorrendo, feita a escolha arbitrariamente, permite a lei que a determinação da prestação seja feita por sentença, cabendo ao juiz atuar de acordo com o que cabia aos interessados observar, o equilíbrio na decisão. Também integrariam esse grupo os casos previstos no §319 do BGB¹⁸, em que a prestação deve ser fixada por terceiro, em termos razoáveis (*nach billigem Ermessen*). Não agindo razoavelmente o terceiro, prevê a lei a atuação judicial para tanto. O mesmo, aliás, poderia acontecer se um dos figurantes do negócio, ou

¹⁷Section 315

Specification of performance by one party

(1)Where performance is to be specified by one of the parties to the contract, then in case of doubt it is to be assumed that the specification is to be made at the reasonably exercised discretion of the party making it.

(2)The specification is made by declaration to the other party.

(3)Where the specification is to be made at the reasonably exercised discretion of a party, the specification made is binding on the other party only if it is equitable. If it is not equitable, the specification is made by judicial decision; the same applies if the specification is delayed.

¹⁸Section 319

Ineffectiveness of the specification; substitution

(1)If the third party is to specify performance at its reasonably exercised discretion, the specification made is not binding on the parties to the contract if it is evidently inequitable. The specification is made in this case by judicial decision; the same applies if the third party cannot or does not want to make the specification or if it delays it.

(2)If the third party is to make the specification at its free discretion, the contract is ineffective if the third party cannot or does not want to make the specification or if it delays it.

o terceiro, em vez de atuar arbitrariamente, simplesmente não indicasse o objeto da prestação, omitindo-se.

Também no direito sucessório alemão, o mesmo poder é conferido ao juiz para determinar equilibradamente, em lugar de terceiro ou do próprio testador, o encargo a ser cumprido para recebimento do legado, *ex vi* §2156 do BGB¹⁹. Ainda, pelo §2048²⁰, para partilha dos bens da herança, nos casos em que autor deixa o múnus a terceiro, que não o exerce de forma razoável. Por fim, KISCH lembra a hipótese em que, na promessa de recompensa, várias pessoas concorrem para execução do fato a ser premiado. Não sendo o prêmio distribuído proporcionalmente em relação à atuação de cada uma delas, caberá intervenção judicial para desfazimento do erro. Antes de passar adiante, vale ressaltar que, nos exemplos acima, segundo o direito alemão, a determinação da prestação ou do encargo devidos não vincula as partes, senão quando feita de maneira equidosa por qualquer uma delas ou por terceiro.

Do segundo grupo seria paradigma a hipótese prevista no §343 do BGB²¹, semelhante ao art. 413 do CCB²², que prevê a redução por sentença da multa contratual fixada de maneira desproporcionalmente alta. Idêntica possibilidade e sob mesmo fundamento, verifica-se no §655 do BGB²³, para redução da comissão de corretagem

¹⁹Section 2156

Legacy for a special purpose

When the testator makes a legacy whose purpose he has specified, the testator may leave the determination of the performance of the legacy to the reasonable discretion of the person charged or of a third party. The provisions of sections 315 to 319 apply with the necessary modifications to such a legacy.

²⁰Section 2048

Directions by the deceased for partitioning

The testator may by testamentary disposition give directions for the partitioning. He may in particular direct that the partitioning should be carried out by a third party exercising equitable discretion. The decision made by the third party on the basis of the direction is not binding on the heirs if it is evidently inequitable; the decision is made by judicial decision of a court in this case.

²¹Section 343

Reduction of the penalty

(1) If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded.

(2) The same also applies, except in the cases of sections 339 and 342, if someone promises a penalty in the event that he undertakes or omits an action.

²²Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

²³Section 655

Reduction of the brokerage fee

If a disproportionately high brokerage fee has been agreed for the evidence of an opportunity to enter into a service contract or for negotiating such a contract, then it may, on the application of the party owing

devida pelos serviços prestados. Aqui, a extensão do dever jurídico fora determinada pelas partes. A desproporção (*unverhältnismässig hoch*), porém, permitiria a redução por sentença, a pedido do devedor. Enquanto os figurantes do negócio jurídico estivessem de acordo, a avença os vinculava e seria perfeitamente válida.

Nisso consistiria a diferença entre os dois grupos assinalados pelo autor. No primeiro, o objeto da prestação ou não foi determinado pelas partes ou por terceiro, ou o foi arbitrariamente, o que, segundo o direito alemão, não as vinculava. Nesse contexto, a sentença apenas fixaria o conteúdo da prestação. No segundo, por outro lado, a prefixação da extensão do dever jurídico já foi feita por acordo entre as partes, o que torna o negócio entre elas eficaz e vinculativo, até que a sentença a modifique, reduzindo-a a novo patamar. No último caso, o juiz modifica o vínculo desproporcional existente entre as partes, substituindo-o por outro, mais justo. A sentença teria, assim, dupla função: **substituir** um dos elementos do negócio, no caso, a multa contratual ou a comissão devida pela corretagem, e **determiná-lo** em termos razoáveis. Porém, como ressalta o próprio KISCH, não seria o caso de interpretar o fenômeno como se houvesse duas sentenças externamente ligadas, com diverso conteúdo, constitutivo e determinativo. Isso porque, das duas funções, a mais importante é a determinativa do conteúdo da prestação, o que recomendaria a inserção desse tipo de sentença dentre as determinativas, e não dentre as constitutivas.

Por fim, KISCH ainda menciona muito rapidamente a *Festsetzendes Prozessurteil*, a sentença determinativa de direito processual, de que seria paradigma a que fixa discricionariamente o valor da caução às custas, exigida ao estrangeiro para fazer frente a eventual sucumbência, *ex vi* §112 da *Zivilprozessordnung* de 1877^{24 25 26}. Ao que

it, be reduced to the appropriate amount by court decision. Reduction of the fee is excluded after it has been paid.

²⁴Op. cit., p. 153.

²⁵Por comodidade, os artigos da ZPO serão apresentados ao leitor na tradução para o inglês, de acordo com a versão disponibilizada pela internet pelo *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, que pode ser acessada em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0405.

²⁶Section 112

Amount of the security deposit for the costs of the proceedings

(1) *The amount of the security to be provided shall be assessed by the court at its sole discretion.*

(2) *In so assessing the amount of the security, the costs of the proceedings are to be based on that amount that the defendant will likely have to pay. The costs that will accrue to the defendant if it brings countercharges shall not be taken into account in this context.*

(3) *Should it become apparent in the course of the legal dispute that the security provided will not suffice, the defendant may demand further security, provided that no part of the claim brought before the courts that would suffice to cover such costs is undisputed among the parties.*

parece, nenhuma peculiaridade de relevo existe na subespécie, senão a falta de um montante previamente estabelecido em lei para determinação da garantia e a origem no processo da pretensão à imposição dessa. De resto, como nos outros casos, a determinação da extensão da garantia deve observar os limites do razoável.

1.2 CHIOVENDA E ALFREDO ROCCO

O contexto da época, recorde-se, era o do nascimento da ciência processual. Buscavam os autores explicar racionalmente, por meio de categorizações mais ou menos sofisticadas, o que viam, viviam e sentiam na prática, tudo em nome do fortalecimento do então recém surgido Direito Processual. Sob essa perspectiva, mostra-se no mínimo conveniente, ainda que *en passant*, apontar as repercussões do pensamento de KISCH sobre as obras de seus contemporâneos.

CHIOVENDA, que preferia a expressão “sentenças dispositivas”²⁷, nas *Instituições*²⁸, fez singela menção à categoria, identificando-a como subclasse das sentenças constitutivas. Nelas, a lei remeteria a decisão ao arbítrio, à discricção judicial, quer imediatamente, quer por via de correção de anterior determinação de terceiro, atuando o juiz como verdadeiro árbitro. O ponto de partida era a impossibilidade de ver nas dispositivas quarta classe de sentenças, haja vista que a clássica classificação ternária, que discrimina as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, parte dos efeitos por elas produzidos, e não da natureza prudencial da atuação do juiz nas sentenças em comento. A solução, assim, foi inseri-las dentre as constitutivas.

Dentre outros exemplos, CHIOVENDA menciona as sentenças previstas nos artigos 145, 544, 578, 872, 1.173, 1.214 e 1.718 do Código Civil italiano de 1865. Determinativas (dispositivas, como preferia denominá-las) seriam as sentenças que fixam alimentos (art. 145); no direito de vizinhança, as em que o juiz decide sobre o

²⁷Segundo BETTI, a diferença entre as sentenças determinativas e dispositivas se fundaria em critérios quantitativos. O ponto comum entre elas é o de que ambas decorrem de uma apreciação discricionária que o juiz é chamado a fazer, maior nas dispositivas, menor nas determinativas, porém, sempre consonante com as particularidades do caso concreto. *Diritto processuale civile italiano*, p. 549. Nesse estudo, dar-se-á preferência à expressão sentença determinativa. Consigno, no entanto, que parto da indiferença entre sentenças determinativas e sentenças dispositivas.

²⁸*Instituições de direito processual civil*, p. 257.

aproveitamento das águas que banham mais de uma propriedade (arts. 544 e 578); as sentenças em que o juiz se substitui a um terceiro na escolha do objeto do legado, indicado em vida pelo testador apenas pelo gênero (art. 872); aquelas que fixam o vencimento da obrigação, substituindo-se aos contratantes (art. 1173); as que reduzem a cláusula penal, nos casos de execução parcial da obrigação (art. 1214); finalmente, as em que, por inércia ou fixação injusta por parte de um terceiro ou de um dos sócios, determinam o montante dos ganhos e das perdas de cada membro da sociedade (art. 1.718).

ALFREDO ROCCO, a quem até hoje se deve um dos estudos mais importantes sobre a sentença civil, refere-se às sentenças determinativas num contexto em que buscava demonstrar o acerto da tese por si defendida sobre a natureza e função das sentenças em geral. As ponderações lançadas por ele são de 1906, três anos depois das de KISCH, e refletem o espírito da doutrina da época sobre os institutos fundamentais da então nascente ciência processual.

Segundo o autor italiano, a sentença, essencialmente, é um juízo lógico oficial sobre a existência ou inexistência de uma relação ou conjunto de relações jurídicas, cuja função é a declaração de relações jurídicas incertas - à época, o principal objetivo do autor era afastar as opiniões de parte da doutrina (e.g. BÜLOW e MORTARA) de que processo e, *a fortiori*, sentença, não teriam apenas a finalidade de tutelar o direito, senão também de completá-lo, a partir de um ato de criação judicial.

Fiel a essa concepção, ALFREDO ROCCO repudia a então nova categoria sentencial estudada por HELLWIG, a das sentenças constitutivas. Para negá-las, o processualista italiano observa que a criação do estado jurídico novo não decorreria diretamente do comando contido na sentença, mas da declaração nela encerrada da existência de um direito subjetivo a uma modificação jurídica por parte de seu titular - mais tarde, aliás, o mesmo argumento foi usado por CARNELUTTI para explicar o que denominou *accertamento costitutivo*. Essa maneira de pensar, segundo ALFREDO ROCCO, seria a única forma de diferenciar as funções jurisdicional, legislativa e administrativa do estado, sem recorrer ao critério orgânico, insuficiente e inexato, segundo ele mesmo afirmava²⁹. Afinadas a esse contexto somente estariam as sentenças declaratórias da existência ou inexistência de uma relação jurídica, e condenatórias, em que nada mas faria o juiz do que também declarar o prévio descumprimento de um dever

²⁹*La sentenza civil*, p. 193 a 215.

de prestar. As chamadas sentenças constitutivas, suposta a função meramente declaratória da atividade jurisdicional do estado, nada mais seriam do que sentenças declaratórias de um direito a uma modificação jurídica. O traço distintivo, portanto, não estaria na função exercida pela sentença, mas no objeto do juízo lógico nela encerrado.

A alusão à novidade concebida por KISCH inseria-se num esforço no sentido idêntico daquele feito em relação às sentenças constitutivas. Também aqui, segundo ele mesmo trata de esclarecer, o traço distintivo repousaria não nas diversas natureza e função desempenhadas pelas determinativas em relação às declaratórias e condenatórias, mas num diverso objeto sobre o qual repousaria a avaliação judicial. Nas determinativas, o objeto da declaração seria uma relação jurídica cujos elementos, ao menos em parte, não estariam ainda determinados previamente na lei ou no negócio jurídico, mas que o poderiam ser segundo certas circunstâncias extrínsecas, inclusive por sentença. Também nesses casos a missão do juiz seria apenas declarar a solução da controvérsia estabelecida entre as partes, porém, com base em parâmetros que não haviam sido estabelecidos previamente na lei ou no negócio jurídico. Como tampouco nas sentenças determinativas a fixação do conteúdo da relação jurídica se daria segundo o livre arbítrio judicial, mas a partir de uma apreciação justa e equitativa das circunstâncias do caso, também aqui preponderaria como função da sentença uma declaração, não de uma norma precisa de lei, mas de uma regra de equidade, existente fora do processo e anterior à sentença.

No direito italiano, ALFREDO ROCCO dizia serem casos em que o juiz decide segundo as circunstâncias, determinando a solução para o caso concreto, os previstos no Código Civil de 1865 nos artigos 154, sobre a sentença de separação judicial, na parte em que declara com qual dos cônjuges deverão ficar os filhos do casal; 516, que autoriza ao juiz, suposto o uso abusivo da coisa por parte do usufrutuário, impor-lhe caução contra eventuais danos, ou o sequestro da coisa em favor de terceiro; 569, que atribui a decisão judicial, em caso de necessidade, o poder de mandar cortar as árvores que servem de divisa entre as propriedades, não chegando os proprietários lindeiros a consenso; 574, que permite ao juiz, na falta de regulamento administrativo, determinar a distância da divisória ou do muro, a partir da qual o proprietário pode fazer construções potencialmente danosas ao vizinho (chaminés, fornos etc); 656, que permite ao proprietário do imóvel sujeito à servidão de drenos e de avanços de água liberar-se dela, mediante a concessão ao fundo dominante de um corpo de água viva, cuja quantidade seria determinada por sentença,

tendo em conta as circunstâncias do caso; 681, que atribui ao juiz, nos casos em que urgentes circunstâncias se imponham, dissolver a comunhão, antes mesmo do tempo avençado entre os titulares do direito. Além desses exemplos, o autor também indicava os fornecidos por CHIOVENDA. Como em todos esses casos os elementos com base nos quais a sentença seria proferida preexistiriam a ela, ainda que de forma vaga e imprecisa, inequívoca, segundo ALFREDO ROCCO, a natureza declaratória dessas decisões. Também aí seria injustificável falar-se em efeito constitutivo da atividade jurisdicional do estado³⁰.

1.3 CARNELUTTI E O PROCESSO DISPOSITIVO

Na evolução histórica da categoria, o grande mérito de KISCH foi inaugurar os debates sobre ela. Abstraídas as considerações de OTTO MAYER, pouco difundidas na própria doutrina alemã, foi KISCH quem, pela primeira vez, lançou olhares mais atentos às sentenças determinativas, a ponto, inclusive, de elevá-las a classe autônoma de sentenças, ao lado das declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Sob o prisma da teoria da classificação das sentenças quanto aos efeitos, vale ainda ressaltar que a originalidade das contribuições de KISCH não se limitou à independência científica das sentenças determinativas. Embora a categoria não tenha caído no gosto dos processualistas que se lhe seguiram, também são fruto do trabalho do autor as chamadas sentenças resolutivas (*auslösende Urteil*), e aquelas que nem ele mesmo ousou batizar, cuja singularidade residiria apenas na substituição da prestação inicialmente devida por outra, de natureza diversa - do último grupo, por exemplo, fariam parte as sentenças pelas quais o juiz substitui o dinheiro como meio natural para pagamento de alimentos pela

³⁰ Op. cit. p. 220.

prestação *in natura*, o que previsto no §1612, abs. 1 do BGB^{31 32}.

Em CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO a existência das sentenças determinativas foi igualmente reconhecida, não, porém, como categoria autônoma, mas como espécie de outras já reconhecidas. Consoante acima indicado, a vinculação do pensamento de ALFREDO ROCCO à atividade jurisdicional como sempre voltada à produção de sentenças declarativas em sentido amplo (declaratórias, propriamente ditas e condenatórias), fez com que ele inserisse as determinativas dentre as declaratórias. CHIOVENDA, a seu turno, em postura diversa, situou-as dentre as constitutivas, em vista da complementação do aspecto indeterminado da situação jurídica entre os particulares, surgida *ex iudicium*.

O pensamento de ambos, não só por isso, mas por tudo aquilo que legaram à ciência do processo, de modo algum pode ser descartado. Em maior ou menor extensão, a doutrina atual foi erigida sobre as bases que eles ajudaram a fincar com os limitados instrumentos conceituais até então existentes. Deles, todos somos ou seremos algum dia discípulos. Porém – e isso tem relevância para compreender a dimensão da importância das ideias de CARNELUTTI para o estudo das sentenças determinativas -, é de se destacar uma pequena nuance no pensamento de CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO, mais precisamente no que toca à sentença de alimentos, vista por ambos como dispositiva (ou determinativa), porquanto nelas o juiz decida complementando - ou esclarecendo - a vontade da lei, a partir dos elementos concretos que informam o binômio possibilidade do devedor X necessidade do credor.

A menos que ambos, ao inserirem a sentença de alimentos dentre as dispositivas, estivessem pensando numa na prática jamais vista sentença de mera fixação do *quantum debeatur* alimentário, ou talvez numa sentença de oferta de alimentos, uma das sentenças de cuja **condenatoriedade** ninguém duvida é exatamente a sentença de alimentos. Muito

³¹Section 1612

Nature of maintenance payment

(1)The maintenance is to be rendered by making pecuniary payments. The person liable for maintenance may request that he be allowed to render the maintenance in another form if special reasons justify this.

(2)If parents are obliged to pay maintenance to an unmarried child, they may determine in what form and for what period in advance the maintenance is to be paid, provided the necessary account is taken of the concerns of the child. If the child is a minor, a parent who does not have care for the person of the child may make a determination only for the time in which the child is taken into the household of the parent.

(3)Periodical payments must be paid monthly in advance. The person obliged owes the full monthly amount even if the person entitled dies in the course of the month.

³²Beiträge zum Urteilslehre, p.140.

embora na modalidade tradicional o juiz aplique uma vontade concreta de lei por ela mesma definida em termos imprecisos, com base na relação necessidade X possibilidade, não me parece que CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO, sem um especial esforço argumentativo, típico dos que desafiam a doutrina pacífica, de uma hora para outra, passaram a considerar a sentença **condenatória** de alimentos ou **constitutiva** (CHIOVENDA) ou **declaratória** (ALFREDO ROCCO).

No particular, KISCH parece ter sido “menos incoerente”, por assim dizer, com o pensamento predominante, uma vez que, dentre os exemplos que deu de sentenças determinativas, não figurava a de alimentos. O emprego da expressão “menos incoerente” não é gratuito, e corre por conta da criação da classe nova de sentenças que ele mesmo não conseguiu batizar, cujo paradigma – único, aliás – era a que **condena** aos alimentos, a serem pagos, porém, em espécie (§1612, abs. 1 do BGB).

O que pretendo ressaltar com essas ponderações é que o instrumental teórico com que CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO trabalhavam era, senão incongruente, demasiado rígido, a julgar pela inserção da nova categoria ou entre as sentenças declaratórias ou entre as constitutivas.

É nesse contexto que se deve analisar a contribuição de CARNELUTTI ao estudo das sentenças determinativas. A posição de CARNELUTTI a respeito dessas foi exposta no *Sistema del Diritto Processuale Civile*³³. O tema, em realidade, não foi inserido pelo mestre na teoria geral da sentença, mas em título dedicado ao estudo do poder jurisdicional do estado.

O autor inicia suas ponderações pela necessidade de diferenciar a função jurisdicional da função processual do estado. A execução, por exemplo, cujo objeto é uma pretensão **insatisfeita**, integraria a função processual (gênero), não consubstanciando, porém, exercício de verdadeira jurisdição (espécie), segundo ele, dedicada exclusivamente à resolução de pretensões **resistidas**. Estabelecida essa distinção, CARNELUTTI observa a existência de conflitos de interesses cuja solução já é disciplinada por normas de direito material, inobservadas, porém, em vista de dissenso entre as partes envolvidas. A par disso, casos ainda haveria em que o conflito não é disciplinado por nenhuma norma material, sendo-o, no entanto, por uma norma de direito processual que permite ao juiz,

³³P. 132 a 153.

excepcionalmente, compô-lo mediante um comando para o caso concreto. Daí servir o processo a dois escopos diversos, quais sejam, à declaração de um estado jurídico já existente, ou à constituição de um estado jurídico ainda inexistente, entendido estado jurídico como o modo de ser de um conflito de interesses segundo o direito.

No primeiro caso, estar-se-ia diante do que denominou processo declarativo, em virtude do qual um comando material abstrato se individualiza, transformando-se em comando concreto; o juiz seria apenas *vox legis*, na medida em que *ius dicit* para o caso, declarando o que, para disciplina do conflito, estabelece o direito material.

Por outro lado, à míngua de uma norma material, uma norma instrumental permite ao juiz a composição da lide. O escopo do processo, nesse caso, não é a declaração de um estado jurídico preexistente, mas a criação, *ex novo*, de um comando concreto para disciplina do caso, não diretamente regulado pelo direito. A esse tipo de processo CARNELUTTI denominou constitutivo, justificando, porém, a preferência pela expressão processo dispositivo, na medida em que o juiz, antes de declarar, dispõe a solução como um legislador do caso concreto. Ao processo constitutivo, ou dispositivo, como prefere, poder-se-ia ainda chamar processo ou juízo de equidade, enquanto justiça do caso concreto operada pelo juiz; *giustizia del giudice*, em contraposição a justiça do legislador. Segundo afirma, “*il processo dispositivo è la fucina, nella quale la giustizia si trasforma in equità*”³⁴.

Apesar da excepcionalidade do processo dispositivo, CARNELUTTI qualifica de ingênua a tentativa de eliminá-lo, mediante a busca pela composição dos conflitos de interesse por normas materiais. Isso porque o complexo por elas formado é um sistema rígido, incompatível com a dinâmica das relações sociais. A menos que se queira que o direito comprima a sociedade, ou que essa infrinja a lei, seria necessário agregar ao sistema elementos de flexibilização (*giunti elastici*), não bastando para amenizar os riscos disso o uso da analogia. Seria necessário que, pelo menos no tocante aos pontos em que a matéria social é mais rebelde às regras gerais, intervenha o juízo de equidade. O direito objetivo, se pretende conservar a sua jovialidade, deveria admiti-lo para a resolução dos conflitos.

Mesmo assim, o processo dispositivo, a partir dos exemplos fornecidos por CARNELUTTI, é mais frequente do que comumente imaginado. Dentre outros, indica ele

³⁴Op. cit. p. 135.

os casos da sentença de alimentos (art. 145 do Código Civil italiano de 1865); da que disciplina o gozo das águas entre os proprietários (art. 578); a que permite a divisão do legado, ainda que proibido pelo testador, nos casos em que a indivisão possa resultar em conflito entre os beneficiários (art. 984); a que fixa o vencimento, nas obrigações *sine die* (art. 1.173); a que permite a regulação, segundo equidade, dos efeitos oriundos do contrato, nos casos por ele, pela lei ou pelos costumes não regulados (art. 1.124). Cita, ainda, o poder de composição da lide por meio de árbitros e, finalmente, os casos em que a Justiça do Trabalho estabelece novas condições de laborais para determinadas categorias de empregados e patrões.

Na sequência, CARNELUTTI passa a expor as categorias sentenciais do processo declarativo: sentenças declaratórias propriamente ditas, condenatórias e constitutivas.

A última categoria mereceu atenção mais detida do autor, por representar, como ele mesmo reconhece, uma categoria intermediária, situada entre os processos declarativo e dispositivo. Nas sentenças constitutivas, ou de *accertamento costitutivo*, como as denominou, as normas de direito material é que determinam a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, fixando os pressupostos a tanto necessários. No entanto, pela relevância social de algumas delas, a lei condiciona o efeito jurídico da incidência da norma material criativa, modificativa ou extintiva da relação ao reconhecimento judicial daqueles pressupostos. Bem compreendido o pensamento do autor, entende-se a preferência por ele demonstrada pela denominação sentença de *accertamento costitutivo* para identificação do fenômeno. No divórcio, por exemplo, o fim do casamento, embora dependa da sentença, na realidade, seria produto da incidência da norma material. Os efeitos dessa incidência, porém, se subordinariam à sentença, que serve como verdadeira condição suspensiva³⁵.

No desenvolvimento histórico da noção de sentença determinativa, ou dispositiva, como preferia CARNELUTTI, a contribuição mais notável do autor foi a de que, na realidade, as categorias de processo (declarativo e dispositivo) e de sentenças (declaratórias, constitutivas e condenatórias) poderiam se misturar, dando origem ao que denominou **processos mistos**. Esse, aliás, o meio de que se valeu para escapar à rigidez classificatória do pensamento de CHIOVENDA e de ALFREDO ROCCO.

³⁵Op. cit. p. 147.

Para exemplificar, cita algumas sentenças condenatórias que dispõem autonomamente a responsabilidade do devedor, nos casos em que a lei deixa ao juiz estabelecer, segundo equidade, o modo de ser da sanção, isto é, o *quantum* da obrigação. Como ele mesmo reconhece, isso ocorreria na fixação do dano moral, porque o critério de quantificação da dor não é estabelecido por lei. Essas sentenças de condenação dispositiva, no mais, ocorreriam sempre nos casos de fixação *arbitrio iudicis* do termo para adimplemento da obrigação. Por fim, ressalta CARNELUTTI a aplicabilidade dessas ideias ao processo penal. A sentença penal condenatória também poderia ser classificada como condenatória dispositiva, na medida em que a lei atribui ao juiz a aplicação da pena, cabendo-lhe fixar qualidade e a quantidade; *non è perciò affatto estraneo al diritto penale nè il processo dispositivo nè il giudizio di equità*³⁶.

Da exposição do pensamento de CARNELUTTI, percebe-se que o grande mérito do autor foi prever os **processos** a que chamou **mistos**, o que resultou num modelo mais flexível de classificação das sentenças. Por ora, não é o caso de apontar o acerto ou erro das ponderações de CARNELUTTI. Como quer que seja, foi resolvido o problema encontrado no pensamento de CHIOVENDA e ALFREDO ROCCO, evidenciado pela sinuca em que se colocaram ao catalogar as sentenças de alimentos dentre as determinativas, espécies de constitutivas ou declaratórias, segundo pensavam. O mesmo problema, *a fortiori*, colhia as sentenças de dano moral, inequivocamente condenatórias, a menos que se cogite numa esdrúxula sentença que apenas declara a obrigação de indenizá-lo, fixando o respectivo *quantum debeatur*.

Emergia, então, um modelo classificatório mais amplo, em que processo declarativo e processo dispositivo se combinavam com as categorias de sentenças tradicionalmente aceitas, declaratórias, constitutivas e condenatórias. Assim, nada impediria que se falasse em sentenças declarativas declaratórias, declarativas constitutivas e declarativas condenatórias, ou, ainda, em sentenças dispositivas declaratórias, dispositivas constitutivas e dispositivas condenatórias.

³⁶Op. cit. p. 153.

1.4 O PENSAMENTO DE CALAMANDREI

CALAMANDREI contextualiza seu pensamento sobre as sentenças determinativas, as quais prefere chamar dispositivas, na dicotomia jurisdição de direito e jurisdição de equidade. Para melhor entendê-lo, é necessário estabelecer as diferenças entre uma e outra, na visão do mestre florentino.

Segundo ele, num ordenamento em que predomina o método de formulação do direito para o caso concreto, o juiz, ao sentenciar, não encontra diante de si uma preexistente norma de lei da qual possa deduzir a solução já existente, ainda que em estado potencial, para o conflito. Quando isso ocorre, o juiz deve formular a solução diretamente de sua consciência, partindo de seu natural sentimento de equidade. A liberdade de atuação, porém, não é absoluta, não lhe sendo possível agir segundo seu capricho individual. Antes disso, nesse modelo, cabe-lhe solucionar casuisticamente os conflitos, a partir dos valores sociais vigentes no momento histórico em que vive. Nesse cenário, segundo CALAMANDREI, a função do juiz é, antes de tudo, de criação do direito, tarefa de natureza essencialmente política, o que, num sistema de formulação legal, é realizado pelos órgãos legislativos.

No sistema de formulação legal, por outro lado, as forças políticas que servem de fonte material do direito atuam sobre o legislador, havendo entre ele e o juiz uma divisão de trabalho mais ou menos definida. Todos os fatores políticos devem ser filtrados previamente, positivando-se nas leis, cabendo ao juiz somente aplicá-las, tais quais colocadas diante de si. Segundo o autor “estaria em vigor no sistema de legalidade (e não no sistema de equidade) a separação entre justiça e política: ao juiz (e com maior generalidade ao jurista), não corresponde discutir a bondade política das leis; corresponde somente, enquanto juiz e enquanto jurista, observá-las e fazer observar.”³⁷. Na jurisdição de equidade a atividade do juiz é mais complexa e ampla do que a por ele realizada na de direito. Na primeira, criação e aplicação do direito ao caso concreto ocorrem no mesmo momento; na segunda, as duas etapas ocorrem em momentos distintos e são divididas entre juiz e legislador.

CALAMANDREI insere a sentença dispositiva exatamente nesse ponto, como

³⁷ *Direito Processual Civil*, v. I, p. 99.

ato de criação judicial do direito. Dispositivas, segundo ele, “são as decisões que o juiz toma não na aplicação de uma norma jurídica já formulada anteriormente pelo legislador, mas no exercício de um poder de equidade, que significa, em substância, poder de criar o direito para o caso singular”³⁸.

Na tentativa de lapidar ainda mais a categoria, CALAMANDREI adverte que o poder exercido pelo juiz nas sentenças dispositivas é essencialmente distinto e inconfundível com o exercido normalmente na interpretação das leis em geral. Na interpretação, requer-se sempre um exercício de revelação das diretrizes constantes da lei, chegando, não raro, naquelas constantes dos princípios gerais do direito, de natureza axiológica. Com isso, porém, o juiz, longe de criar o direito, não faria outra coisa senão colocar em evidência aquele direito que já existe potencialmente na norma formulada pelo legislador.

É o que ocorre, como pondera o autor, quando o próprio legislador, em alguma medida, deliberadamente omite regulamentar totalmente certas categorias de relações jurídicas ou certos aspectos delas, deixando alguns vazios no sistema, confiando ao juiz o dever de preenchê-los, caso a caso. Isso ocorreria, por exemplo, ao empregar a lei termos vagos e genéricos, hipótese em que ao juiz caberia integrá-la segundo aquilo que melhor responda, naquele momento, à consciência social. Para ilustrar, o autor menciona os casos dos artigos 1.455³⁹, 1.175⁴⁰ e 1.176⁴¹, todos do CCIt que traz regras de interpretação segundo as quais o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tenha **importância mínima**, considerados os interesses da outra; credor e devedor devem se comportar segundo a **boa-fé** (*secondo le regole della correttezza*); no adimplemento da obrigação o devedor deve usar da **diligência do bom pai de família**⁴².

CALAMANDREI reserva a um grupo bastante restrito de casos o âmbito de atuação das sentenças dispositivas. Só poderiam ser rotuladas como tais aquelas em que a

³⁸Op. cit., p. 163.

³⁹Art. 1455 *Importanza dell'inadempimento*.

Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

⁴⁰Art. 1175 *Comportamento secondo correttezza*.

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza

⁴¹Art. 1176 *Diligenza nell'adempimento*.

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

⁴²Op.cit., p. 164.

regulação jurídica, em vez de ser ditada antecipadamente pela lei, está totalmente confiada ao juiz, a quem corresponde levar a efeito, casuisticamente, aquela espécie de decantação do direito da política, que normalmente é realizada pelo legislador. Aqui, pondera, o juiz é chamado a decidir diretamente sobre as relações sociais juridicamente não qualificadas, caso não cheguem a um consenso os interessados. Nesses casos, o sistema de formulação legislativa do direito se substitui pelo sistema de formulação judicial, colocando-se a sentença a meio caminho entre o juiz e legislador. Isso porque, mesmo sem ostentar a sentença generalidade e abstração, típicos atributos da lei, tem ela, ainda que nos limites do caso concreto, eficácia inovativa ou criadora do direito⁴³. As situações previstas nos artigos 912⁴⁴ e 1.349⁴⁵ do CCIt são exemplos disso. Assim, surgindo controvérsia entre a quem águas particulares podem ser úteis, a autoridade judiciária deve disciplinar-lhes o uso, segundo as vantagens para cada um dos envolvidos e também à indústria e à agricultura (art. 912). Ainda, cabendo a determinação da prestação dum contrato a terceiro, esse não o fazendo com equidade (*con equo apprezzamento*), faria-o o juiz (art. 1.349).

Os limites entre as atividades jurisdicional e legislativa do estado seriam, porém, quase irreconhecíveis, no poder normativo da magistratura do trabalho, “representativo”, segundo ele, “de um passo mais decisivo em direção à função legislativa”, em que se criam novas condições de trabalho, segundo equidade, contemporizando os interesses de patrões e empregados, nos “interesses superiores da produção”⁴⁶. Aqui, a magistratura do trabalho estaria diante de um conflito de interesses meramente econômico, que poderia ter sido regulado pelas partes por contrato, mas que, por falta disso, passa a ser regulado pelo juiz, por sentença, com base em equidade. Esse caso, aliás, evidenciaria ainda melhor a natureza

⁴³Op. cit., p. 165.

⁴⁴Art.912 *Conciliazione di opposti interessi*.

Se sorge controversia tra i proprietari a cui un'acqua non pubblica può essere utile, l'autorità giudiziaria deve valutare l'interesse dei singoli proprietari nei loro rapporti e rispetto ai vantaggi che possono derivare all'agricoltura o all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o si vuol destinare.

L'autorità giudiziaria può assegnare una indennità ai proprietari che sopportino diminuzione del proprio diritto.

In tutti i casi devono osservarsi le disposizioni delle leggi sulle acque e sulle opere idrauliche.

⁴⁵Art.1349 *Determinazione dell'oggetto*.

Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento.

⁴⁶Op. cit., p 168.

legislativa exercida pelo Judiciário, uma vez que a formulação do direito para uma classe inteira seria geral e abstrata, o que não ocorreria nos tradicionais juízos de equidade, em que a criação judiciária do direito se circunscreve ao caso singular⁴⁷.

Fiel às premissas assumidas, CALAMANDREI finalmente observa a impossibilidade de tratar as sentenças dispositivas como quarto gênero em relação às sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas. Apesar de prestigiada doutrina tê-lo feito – KISCH, por exemplo, como visto no item próprio –, trata-se de fenômenos inconfundíveis, uma vez que, nas dispositivas, a decisão tem como premissa não uma lei já estabelecida, mas o critério que a consciência do próprio juiz lhe indica, fundada numa apreciação equitativa das possibilidades de resolução da controvérsia⁴⁸. Apenas em sentido impróprio e amplíssimo é que se poderiam dizer constitutivas as sentenças dispositivas. Isso porque, nas primeiras, a mudança jurídica operada pelo juiz não seria mais do que a aplicação de uma norma já existente, que estabelece casos em que o demandante tem direito à criação do novo estado jurídico, ao passo que, nas últimas, o juiz, na falta de norma preexistente, criaria discricionariamente, mas em consonância com os valores sociais reinantes, segundo seu senso de justiça, o direito objetivo mais adequado para disciplina do caso. Nesse sentido, nas sentenças dispositivas, o juiz está a meio termo entre jurisdição e legislação, porque, ainda que o ato jurisdicional se restrinja aos limites do caso concreto, haveria sempre uma eficácia inovativa ou criadora do direito, típica da lei.

O pensamento de CALAMANDREI sobre as sentenças dispositivas é mais ambíguo do que os dos autores vistos anteriormente. Por um lado, procura restringir ao máximo o grupo por elas formado apenas àquelas em que a disciplina do conflito entre as partes é extraído totalmente da atividade do juiz, balizados apenas pelos “valores sociais vigentes no momento da decisão”. No entanto, pelos exemplos de sentenças dispositivas que fornece, percebe-se que a lei ao menos baliza a decisão judicial no caso da determinação do uso das águas particulares (art. 912 do CCIt), impondo sejam elas usadas atentando para o proveito à indústria e à agricultura. Esse caso, a meu sentir, bem mostra que, se por um lado, a lei não impõe previamente uma certa solução para o caso, por outro, não deixa a amplíssima liberdade de atuação ao juiz, reclamada pelos juízos de equidade,

⁴⁷Op. cit. p. 169.

⁴⁸Op. cit., p. 175.

segundo os define o autor. A decisão, noutras palavras, não é colhida pelo juiz de um terreno absolutamente árido; antes disso, é desenhada dentro de um quadro apenas emoldurado pela lei, que não determina objetivamente a solução a adotar.

Mesmo um pouco obscuro, o pensamento de CALAMANDREI sobre o tema suscita uma questão bastante intrincada, a partir do vínculo estabelecido entre juízo de equidade e sentença dispositiva, e do significado assumido pelo primeiro no pensamento do mestre.

Para o que aqui interessa, cumpre realçar a crítica do autor em relação aos juízos de equidade. A seguinte passagem lhe ilustra bem o ponto de vista.

As tendências, que hoje são observadas em alguma legislação europeia, de ampliar os poderes do juiz, e dar crédito com grande êxito na Alemanha há alguns decênios, não enraizaram na Itália, onde o sistema da legalidade, garantia da unidade do Estado, da certeza do direito, do igual trato dos casos similares e da liberdade dos indivíduos dentro dos limites da lei, considera-se justamente como uma etapa da evolução humana e que não podem ser abandonadas sem recuar em direção à barbárie⁴⁹.

Como sabido, uma das preocupações constantes de CALAMANDREI, sobretudo pelas trágicas experiências vividas por Alemanha e Itália na primeira metade do século passado, foi situar corretamente, dentro de um contexto livre e democrático, os institutos de direito processual. O pano de fundo de muitos de seus estudos foi constantemente o das relações entre estado e sociedade, em que buscava apontar, ou ao menos insinuar, o uso político de teorias sobre alguns institutos de direito processual. Típico exemplo disso foi a postura assumida ao sustentar o relativismo histórico do conceito de ação, incompatível, segundo pensava, com a tentativa de elaboração de uma teoria universalmente aceita ou mesmo correta sobre o instituto⁵⁰.

Este trabalho iria muito longe se buscasse discutir o eventual acerto da vinculação entre estados autoritários e a ação como direito abstrato, e estados liberais e a teoria do *Rechtschutzanspruch*. Porém, diante do ceticismo de CALAMANDREI em relação às sentenças dispositivas e aos juízos de equidade, segundo ele, uma só coisa, aproveitando as as provocações lançadas pelo autor no estudo sobre o relativismo do conceito de ação, é de se perguntar se, nos juízos de equidade, tem o titular do direito subjetivo violado um

⁴⁹Op. cit., p. 101.

⁵⁰Op. cit., p. 203 e ss.

correspondente direito contra o estado a uma providência de conteúdo determinado, ou a demanda inicial não passaria de mera *imploratio officium iudiciis*.

Este capítulo serve apenas para expor o pensamento dos muitos autores que escreveram sobre as sentenças determinativas. Não é hora, portanto, de debater o acerto ou erro do pensamento de CALAMANDREI sobre a correlação entre juízo de equidade e sentenças dispositivas, de estabelecer o que deva ser tomado como juízo de equidade, ou mesmo de responder a indagação colocada no parágrafo precedente. Como quer que seja, apresentei-as apenas para mostrar uma dimensão pouco explorada dessas sentenças, que, mais adiante, pretendo responder.

1.5 RASELLI: PODERES DISCRICIONÁRIOS DO JUIZ E A SENTENÇA DETERMINATIVA

Coube a RASELLI escrever o mais profundo estudo sobre a sentença determinativa até hoje produzido. Embora a categoria já tivesse sido analisada por ele em obra sobre a função da magistratura do trabalho⁵¹, foi em obra coletiva dedicada a homenagear CARNELUTTI que o tema foi sistematizado e inserido na teoria geral das sentenças⁵².

Segundo RASELLI, as sentenças determinativas se contrapõem às declaratórias em sentido amplo. Nestas, o juiz deve aplicar uma preexistente norma legal completa em todos os seus elementos. Nas determinativas, por outro lado, cabe-lhe estabelecer qual seja o conteúdo de vontade de uma norma que não define completamente o respectivo suporte fático e/ou as consequências jurídicas correspondentes. Para tanto, segundo o autor, o juiz exercita um poder discricionário, devendo inspirar-se nas mesmas valorações de ordinário levadas a efeito pelo legislador ao formular as normas de direito material. A noção de sentença determinativa se prestaria a compreender todos os casos nos quais o juiz exercita um poder discricionário, o qual equivale a decidir segundo justiça e equidade, segundo o pensamento de RASELLI, em conformidade das exigências do caso concreto.

⁵¹*La magistratura del lavoro: giurisdizione ed azione*. Padova: CEDAM, 1934.

⁵²“Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze”. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. II. Padova: CEDAM, 1950.

O ponto de partida para a compreensão do pensamento do autor sobre o poder discricionário exercido pelo juiz nas sentenças determinativas é a discricionariedade exercida pelas autoridades administrativas. Essa tem origem na falta de norma de lei que disciplina certas situações, deixando margem ao desenvolvimento de uma atividade livre da autoridade. Quando o órgão público estabelece que ato melhor responde ao interesse público no caso concreto, ele é obrigado a realizá-lo, como se lhe fosse imposto por uma norma imperativa. Para escolher a linha mais oportuna a seguir, o administrador se orienta pelos elementos hauridos da observação do contexto social, cabendo-lhe lançar mão, para satisfazer o interesse público, das regras da prática administrativa.

Em todos os campos da atividade do estado, segundo o autor, à minguia de normas específicas a serem aplicadas, aos órgãos públicos é imposto o dever jurídico de agir do modo mais adequado para resolução dos problemas que lhes cabem enfrentar. No caso dos órgãos jurisdicionais, esses podem exercer um poder discricionário nos casos em que a lei não determina completamente a disciplina do caso concreto, cabendo-lhes completá-la mediante a decisão mais adequada para harmonizar os interesses eventualmente contrastantes. Em síntese, segundo o próprio autor trata de esclarecer, o juiz exercita um poder discricionário toda vez que, para resolver uma controvérsia e estabelecer qual deve ser o comportamento das partes, deva avaliar interesses contrastantes e determinar qual seja a tutela a conceder a cada uma delas⁵³.

Dentre as hipóteses de exercício de discricionariedade judicial, RASELLI indica aqueles em que a lei remete ao conceito de justiça ou de equidade, seja na definição do suporte fático da norma, seja na dos respectivos efeitos jurídicos dela nascentes. Como exemplos, todos eles relativos ao Código Civil italiano, indica casos como o da resolução do contrato bilateral por onerosidade excessiva (art. 1.467 CCIt⁵⁴); aqueles em que o juiz pode escolher entre duas ou mais soluções para o cumprimento da obrigação, como na

⁵³Op. cit., p. 611.

⁵⁴Art. 1467 *Contratto con prestazioni corrispettive*.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

prestação de alimentos, *in pecunia ou in natura* (art. 443 CCIt⁵⁵); os casos em que pode afastar regras previamente estabelecidas, a partir de circunstâncias particulares, o que é permitido pelo art. 717 do CCIt⁵⁶, para, a pedido de um dos herdeiros, suspender por não mais de 5 anos, a divisão de algum dos bens do espólio, quando isso possa acarretar sensível prejuízo ao patrimônio hereditário. Outros dispositivos permitem o exercício de discricionariedade judicial a partir da indicação dos critérios com base nos quais deverá decidir o litígio, como no caso dos alimentos, fixados segundo a necessidade do demandante e a possibilidade do demandado (art. 438 CCIt⁵⁷). Por fim, lembra RASELLI o disposto nos arts. 113⁵⁸ e 114⁵⁹ do Código de Processo Civil, o primeiro a permitir ao conciliador julgar segundo equidade as causas de valor inferior a 600 Liras (hoje 1.100 Euros), o segundo, a autorizar o juiz a resolver o mérito da causa também segundo equidade, tratando-se de direitos disponíveis, desde que requerido pelas partes.

RASELLI defende a natureza jurisdicional - não legislativa - das sentenças determinativas. Embora reconheça que nelas o juiz estabeleça a solução mais adequada para o caso concreto, sem aplicação imediata de um comando previsto em lei, o autor pondera que, também nessas decisões, o juiz atesta a existência de uma preexistente norma jurídica substancial para tutela dos interesses das partes. Também nos casos em que a

⁵⁵Art.443 *Modo di somministrazione degli alimenti.*

Chi deve somministrare gli alimenti ha la scelta di adempiere questa obbligazione o mediante un assegno alimentare corrisposto in periodi anticipati, o accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto.

L'autorità giudiziaria può però, secondo le circostanze, determinare il modo di somministrazione.

In caso di urgente necessità l'autorità giudiziaria può altresì porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico di uno solo tra quelli che vi sono obbligati, salvo il regresso verso gli altri.

⁵⁶Art.717 *Sospensione della divisione per ordine del giudice.*

L'autorità giudiziaria, su istanza di uno dei coeredi, può sospendere, per un periodo di tempo non eccedente i cinque anni, la divisione dell'eredità o di alcuni beni, qualora l'immediata sua esecuzione possa recare notevole pregiudizio al patrimonio ereditario.

⁵⁷Art.438 *Misura degli alimenti.*

Gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Essi devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli. Non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale.

Il donatario non è tenuto oltre il valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio.

⁵⁸Art.113 *Pronuncia secondo diritto*

Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile.

⁵⁹Art.114 *Pronuncia secondo equità a richiesta di parte*

Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.

norma atribui ao juiz poderes discricionários para resolução da controvérsia, os direitos e deveres das partes se reportam à vontade expressa do legislador, não nascendo ineditamente da decisão. Os poderes do juiz não atuam como fonte autônoma e originária da legitimidade da solução apresentada na sentença, mas como exercício de um prévio poder autorizado por lei, por razões de justiça, em determinados casos, atribuídos ao órgão jurisdicional para decisão do conflito. Daí porque a conclusão de que a obrigação do juiz de proferir provimentos jurisdicionais, uma vez estabelecido o conteúdo, nasce da vontade da lei, da mesma forma em que ocorre na aplicação de normas previamente impositivas de determinada solução.

A despeito disso, RASELLI rejeita a opinião daqueles que, como ALFREDO ROCCO, pretendem equiparar as sentenças determinativas às declaratórias.

Quando formulam normas imperativas, os órgãos legislativos impõem o comportamento que melhor atende às exigências da justiça, mediante uma declaração de vontade autoritativa, isto é, com um comando. Ao decidir com base numa norma dessa natureza, a função do juiz é essencialmente intelectual.

Por outro lado, quando o juiz exercita um poder discricionário, a ele cabe determinar o que satisfaz, no caso concreto, as exigências a que a lei se refere, fixando-lhe o conteúdo, mediante a escolha, dentre os vários comportamentos possíveis, aquele que melhor responde àquelas exigências. Aqui, cabendo-lhe escolher entre um leque de alternativas, todas elas indiferentemente legais, predomina o aspecto voluntarista de sua atividade, que, só não é completa, porque a imposição final de determinado comportamento já fora prevista pelo legislador, ainda que de forma potencial. Daí a diferença ineliminável entre as sentenças determinativas e as declaratórias em sentido amplo. O ponto comum entre ambas é que, uma vez estabelecida a vontade da lei e o comportamento concreto imposto por ela, para cumprimento de seu dever, o juiz é igualmente obrigado a atestar e realizar essa vontade. Essa atestação tem natureza autoritativa em todos os casos, que se imutabiliza depois do trânsito em julgado da sentença.

Seguindo as pegadas de CARNELUTTI, RASELLI observa a existência de processos mistos, podendo-se cogitar de sentenças determinativas puras, sentenças determinativas condenatórias e sentenças determinativas com efeitos constitutivos, bem

como em sentenças meramente declaratórias, declaratórias condenatórias e declaratórias com efeitos constitutivos. Por essa razão é que seria um erro, segundo ele, querer considerar as sentenças determinativas como uma quarta categoria de sentenças, ao lado das meramente declaratórias, das condenatórias e das constitutivas⁶⁰.

Na sequência, o autor dá exemplos de sentenças determinativas puras. Essas se verificariam quando, para estabelecer a existência de um direito substancial ou o modo com o qual esse deva ser exercitado, ocorre uma avaliação discricionária do juiz, quer para a) definir o suporte fático da norma, quer para b) determinar as consequências jurídicas da incidência normativa. Com a determinação desses elementos e a consequente atestação autoritativa da existência de uma concreta vontade de lei se exauriria a tutela jurisdicional.

Apesar do pequeno número de casos em que isso supostamente ocorreria, essa espécie seria inconfundível com as demais. O primeiro exemplo decorre da previsão do art. 8º do CCIt⁶¹, segundo o qual a ação para impedir que alguém faça uso indevido de um nome possa ser proposta ainda por quem não tenha o nome contestado, desde que demonstre um interesse fundado em **razões familiares dignas de proteção**. Também, consoante o art. 844 do CCIt⁶², permite-se a emissão de fumaça sobre o terreno alheio, quando não superem a **tolerabilidade normal**, consideradas as **particularidades do local**. Ainda, *ex vi* arts. 1.006⁶³ e 1.007⁶⁴ do CCIt, segundo os quais o usufrutuário pode retardar por **justo motivo** a execução das reparações a seu encargo no imóvel gravado (grifos do autor). Nessas hipóteses, a avaliação discricionária verte sobre o suporte fático concreto, isto é, sobre a verificação da incidência ou não da norma jurídica em determinado

⁶⁰Op. cit., p. 617.

⁶¹Art.8 Tutela del nome per ragioni familiari.

Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette.

⁶²Art.844 Immissioni.

Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.

Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.

⁶³Art.1006 Rifiuto del proprietario alle riparazioni.

Se il proprietario rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo, è in facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese [c.c. 1005]. Le spese devono essere rimborsate alla fine dell'usufrutto senza interesse. A garanzia del rimborso l'usufruttuario ha diritto di ritenere l'immobile riparato.

⁶⁴Art.1007 Rovina parziale di edificio accessorio.

Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche nel caso in cui, per vetustà o caso fortuito, rovine soltanto in parte l'edificio che formava accessorio necessario del fondo soggetto a usufrutto.

contexto.

Casos em que o suporte fático é preciso, mas o poder discricionário se exercita para determinar o conteúdo (a extensão) do direito ocorreria no caso do art. 912 do CCIt⁶⁵, pelo qual, surgindo controvérsia entre a quem águas particulares possam ser úteis, a autoridade judiciária deve disciplinar-lhes o uso, segundo as vantagens para cada um dos envolvidos e também à indústria e à agricultura.

Na sequência, RASELLI dá exemplos de sentenças determinativas puras decorrentes do exercício de poder discricionário pelo juiz tanto na determinação do suporte fático, como do conteúdo do direito.

Isso ocorreria nos casos dos arts. 1.051⁶⁶ e 1.052⁶⁷ do CCIt, relativos à passagem forçada. Antes de mais nada, cabe ao juiz estabelecer a efetiva existência do direito à passagem forçada, o que ocorre se inexistirem alternativas *menos gravosas* ao proprietário do imóvel serviente. Num segundo passo, cabe-lhe disciplinar o exercício do direito, também equanimemente. Nos casos em que a passagem fora previamente definida, se a sentença se limita a modificá-la, porque o acesso à via pública seja insuficiente, esclarece o autor estar-se diante não de sentença determinativa pura, mas de determinativa constitutiva.

⁶⁵Art.912 *Conciliazione di opposti interessi.*

Se sorge controversia tra i proprietari a cui un'acqua non pubblica può essere utile, l'autorità giudiziaria deve valutare l'interesse dei singoli proprietari nei loro rapporti e rispetto ai vantaggi che possono derivare all'agricoltura o all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o si vuol destinare.

L'autorità giudiziaria può assegnare una indennità ai proprietari che sopportino diminuzione del proprio diritto.

In tutti i casi devono osservarsi le disposizioni delle leggi sulle acque e sulle opere idrauliche.

⁶⁶Art.1051 *Passaggio coattivo.*

Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla via pubblica né può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sul fondo vicino per la coltivazione e il conveniente uso del proprio fondo.

Il passaggio si deve stabilire in quella parte per cui l'accesso alla via pubblica è più breve e riesce di minore danno al fondo sul quale è consentito. Esso può essere stabilito anche mediante sottopassaggio, qualora ciò sia preferibile, avuto riguardo al vantaggio del fondo dominante e al pregiudizio del fondo servente.

Le stesse disposizioni si applicano nel caso in cui taluno avendo un passaggio sul fondo altrui, abbia bisogno ai fini suddetti di ampliarlo per il transito dei veicoli anche a trazione meccanica.

Sono esenti da questa servitù le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti.

⁶⁷Art.1052 *Passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso.*

Le disposizioni dell'articolo precedente si possono applicare anche se il proprietario del fondo ha un accesso alla via pubblica, ma questo è inadatto o insufficiente ai bisogni del fondo e non può essere ampliato.

Il passaggio può essere concesso dall'autorità giudiziaria solo quando questa riconosce che la domanda risponde alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria.

Mais numerosos, segundo RASELLI, seriam os casos nos quais a sentença estabelece discricionariamente alguma modalidade para o exercício de um direito ou para o adimplemento de uma obrigação. Estariam nesse grupo, dentre outros casos, aqueles previstos no CCIt nos arts. 155⁶⁸, sobre a definição da guarda de filhos; 277⁶⁹, sobre a educação do filho natural; 1015⁷⁰, que permite ao juiz, segundo as circunstâncias, impor ao usufrutuário que deteriora a coisa, ou impor a prestação de garantia para fazer frente aos danos causados, ou alugá-la, ou colocá-la sob administração de terceiro, às expensas do

⁶⁸Art.155 Provvedimenti riguardo ai figli.

Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.

La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio;*
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;*
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;*
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;*
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.*

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

⁶⁹Art.277 Effetti della sentenza.

La sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento.

Il giudice può anche dare i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui.

⁷⁰Art.1015 Abusi dell'usufruttuario.

L'usufrutto può anche cessare per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni.

L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare che l'usufruttuario dia garanzia, qualora ne sia esente, o che i beni siano locati o posti sotto amministrazione a spese di lui, o anche dati in possesso al proprietario con l'obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario, durante l'usufrutto, una somma determinata.

I creditori dell'usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni e dare garanzia per l'avvenire.

usufrutuário; 1772⁷¹, que deixa ao juiz o poder de decidir a quem a coisa depositada deverá ser restituída, em caso de controvérsia entre os diversos depositantes.

Por fim, RASELLI indica casos de sentenças determinativas declaratórias, determinativas constitutivas e determinativas condenatórias.

Muito embora as causas de nulidade dos negócios jurídicos sejam normalmente determinadas precisamente em lei, em outros, impõe-se ao juiz, discricionariamente, indicá-las. Nesses casos, determinativas declaratórias seriam as sentenças. Aí se incluiriam a sentença declaratória de nulidade da doação de bem móvel de valor módico, realizada por instrumento meramente particular (art. 783 do CCIt⁷²) e a que declara a nulidade da cláusula que modifica a distribuição do ônus da prova, quando torne excessivamente difícil o exercício de algum direito (art 2.965 CCIt⁷³).

Nas sentenças constitutivas, o exercício de poderes discricionários seria mais frequente.

Em alguns casos, o suporte fático da regra jurídica seria integrado por elementos vagos, a serem discricionariamente avaliados pelo juiz. Assim, a mulher pode pedir a separação por culpa do marido quando ele, sem justo motivo, não fixa residência ou, tendo recursos, se recusa a fixá-la de acordo com esses (art. 155 do CCIt). Ainda, seria determinativa constitutiva negativa a sentença que rescinde o contrato celebrado em situações iníquas, em estado de perigo.

Em outros casos, segundo o autor, não é o suporte fático que carece de determinação discricionária, mas o próprio conteúdo do provimento, que pode ser escolhido entre várias opções. No direito italiano, a escassez das águas que banham diversas propriedades deve ser primeiramente suportada pelos proprietários mais recentes.

⁷¹Art.1772 *Pluralità di depositanti e di depositari.*

Se più sono i depositanti di una cosa ed essi non si accordano circa la restituzione, questa deve farsi secondo le modalità stabilite dall'autorità giudiziaria.

La stessa norma si applica quando a un solo depositante succedono più eredi, se la cosa non è divisibile.

Se più sono i depositari, il depositante ha facoltà di chiedere la restituzione a quello tra essi che detiene la cosa. Questi deve darne pronta notizia agli altri.

⁷²Art.783 *Donazioni di modico valore.*

La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione.

La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.

⁷³Art.2965 *Decadenze stabilite contrattualmente.*

È nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

No entanto, segundo o art. 1.092 do CCIt⁷⁴, permite-se ao juiz modificar a ordem legal, ouvidos os órgãos técnicos. Pelo art. 1.243 do CCIt⁷⁵, se o crédito oposto em compensação não é líquido, mas de fácil liquidação, o juiz pode compensar a parte certa do débito, podendo suspender a condenação em relação à parte incerta, até a efetiva liquidação.

Também bastante frequentes seriam as sentenças determinativas condenatórias, bastando apontar os casos em que a lei prevê a liquidação equitativa do dano, como, por exemplo, nos casos em que o montante não possa ser provado (art. 1.226⁷⁶). Ainda, na condenação ao pagamento de alimentos, fixados de acordo com a necessidade de quem os pede e as condições econômicas de quem os deve.

De um modo geral, RASELLI segue as linhas traçadas por CARNELUTTI, ao aceitar as noções de processo declarativo e processo dispositivo, bem como a possibilidade de mescla entre as sentenças determinativas e as outras categorias sentenciais conhecidas. Remarcável, porém, foi a defesa de uma categoria à parte, a das sentenças determinativas puras.

Certas ou não as ponderações do autor, ao menos de forma ostensiva, foi com RASELLI que os casos em que a mera *valutazione discrezionale della fattispecie*, isto é, que aquelas hipóteses em que o juiz, para proferir a sentença, tivesse de verificar a incidência de uma norma permeada por conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, integraria a categoria das sentenças determinativas.

Para a evolução histórica da categoria isso é surpreendente sob dois aspectos.

⁷⁴Art. 1092 *Deficienza dell'acqua*.

La deficienza dell'acqua deve essere sopportata da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui la deficienza si verifica.

Tra diversi utenti la deficienza dell'acqua deve essere sopportata prima da quelli che hanno titolo o possesso più recente, e tra utenti in parità di condizione dall'ultimo utente.

Tuttavia l'autorità giudiziaria, con provvedimento in camera di consiglio, sentiti gli uffici tecnici competenti, può modificare o limitare i turni di utilizzazione e dare le altre disposizioni necessarie in relazione alla quantità di acqua disponibile, agli usi e alle colture a cui l'acqua è destinata.

Il concedente dell'acqua è tenuto a una proporzionale diminuzione del corrispettivo per la deficienza dell'acqua verificatasi per causa naturale o per fatto altrui. Parimenti si fa luogo alle dovute indennità in conseguenza delle modificazioni o limitazioni di turni, che siano state disposte dall'autorità giudiziaria.

⁷⁵Art. 1243 *Compensazione legale e giudiziale*.

La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili.

Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione.

⁷⁶Art. 1226 *Valutazione equitativa del danno*.

Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa.

Em primeiro lugar, como se sabe, atualmente as normas jurídicas tem feito uso cada vez mais constante de conceitos elásticos, vagos, em não poucos casos, de profundo conteúdo axiológico. Apenas para dar exemplos banais, a lei da ação popular diz ser nulo o ato lesivo ao patrimônio das pessoas jurídicas nela elencadas por inexistência dos motivos, o que se verifica, segundo a própria lei trata de esclarecer, quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou **juridicamente inadequada** ao resultado obtido (art. 2º, 'd', combinado com art. 2º, parágrafo único, 'd', da L. 4.717/65⁷⁷) (gn). A lei de improbidade administrativa diz ser ímprobo o ato praticado com inobservância a princípios da administração pública (art. 11 da L. 8.429/97⁷⁸), dentre os quais se inserem os da **moralidade** e da **eficiência** administrativas (art. 37, *caput* da CF⁷⁹). Segundo o art. 1.638 do CCB⁸⁰, perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que, dentre outros atos, castigar **imoderadamente** o filho ou praticar atos **contrários à moral e aos bons costumes**. A esses casos, sem

⁷⁷Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

[...]

⁷⁸Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

⁷⁹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

⁸⁰Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

grandes dificuldades, muitos outros poderiam ser agregados.

Ora, se isso é verdadeiro, não seria desarrazoado pensar que as sentenças determinativas, a que a doutrina, de modo geral, sempre reservou espaço bastante reduzido, de tão numerosas, passariam a ser a regra, ao menos naqueles sistemas jurídicos que se valham de muitas regras de conteúdo fluido, como o nosso. A reboque dessa conclusão, seria questionável a própria utilidade científica da sentença determinativa como categoria em si mesma. De fato, se a maioria das sentenças for determinativa, valeria a pena estudá-las separadamente das demais, buscando algo que lhes fosse exclusivo ? Haveria sentido prático em falar-se em sentenças determinativas e sentenças não determinativas ?

Em segundo lugar, antes de RASELLI, e mesmo para grande parte da doutrina que se lhe seguiu, a especificidade das sentenças determinativas não estaria na investigação judicial da ocorrência ou não da *fattispecie*, da verificação ou não da incidência de uma norma jurídica com conteúdo permeado por conceitos vagos, mas na fixação ou determinação de algum aspecto da relação jurídica dali nascida, normalmente a extensão dos direitos, deveres, pretensões ou obrigações das partes. Sentenças determinativas típicas, isto é, reconhecidas como tais pela generalidade dos autores, por exemplo, seriam as em que o juiz fixa o *quantum* devido a título de alimentos ou dano moral, disciplina o regime do exercício do direito de visitas dos pais aos filhos ou estabelece o traçado da passagem forçada.

Evidentemente, a exatidão das teorias jurídicas e dos conceitos nelas inseridos, em certa medida, é um problema semântico e de coesão lógica. Idealizada a teoria ou estabelecido o conceito, a correção do modelo explicativo depende do uso constante dos mesmos conceitos para identificar sempre os mesmos fenômenos, da manutenção da mais rigorosa coerência com as premissas assumidas, e da harmonia com as demais categorias concebidas, em vista a alcançar as melhores explicações para resolver os problemas práticos e teóricos que eventualmente se levantem.

No entanto, a posição assumida pelo autor que mais se dedicou ao estudo deixou em aberto um espaço para a revisão do próprio conceito de sentença determinativa. Isso porque, embora a categoria apareça na obra de vários processualistas, a julgar pelo que até

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

agora visto, a ela nem sempre foi dado o mesmo sentido. A bem da boa compreensão do tema, ainda num plano conceitual, cabe um esforço na tentativa de indicar os exatos contornos da categoria.

Ressalte-se também que, a partir da correlação estabelecida entre ela e a discricionariedade judicial, propositadamente ou não, RASELLI fez migrar a sentença determinativa da teoria da sentença para a dos poderes do juiz, um dos principais eixos em torno do qual gira a busca pela efetividade do processo, tema central do processo civil contemporâneo, processo civil de resultados. Bem se vê a mudança no móvel que levou os processualistas a abordarem a categoria. Se, no início, preponderaram considerações de natureza conceitualistas, bem compreensíveis num contexto de autonomia científica do direito processual, posteriormente, motivações políticas e de fundo eminentemente prático explicaram a atenção pela categoria.

1.6 O CETICISMO DE PROTO PISANI

PROTO PISANI encerra estudo dedicado às sentenças constitutivas com instigantes observações a respeito das determinativas⁸¹. Nestas, segundo observa, a norma (lei, atos administrativos, contratos) dita a disciplina dos interesses em conflito, apontando as situações subjetivas nascidas aos envolvidos (pretensões, obrigações, faculdades, sujeições) de maneira bastante elástica, impondo ao juiz uma atividade hermenêutica de integração do texto normativo para definir-lhes os limites no caso concreto.

Como nota o autor, a natureza elástica da norma não impede que, independentemente da intermediação de uma decisão judicial que determine a exata solução do caso, a própria norma opere diretamente sobre os fatos, regulando o conflito. Quando, por exemplo, os artigos 1.226 e 2.056⁸² do CCIt dispõem que, se o montante exato do dano não puder ser provado, cabe ao juiz fazê-lo equitativamente, as

⁸¹“Appunti sulla tutela c. d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)”. In: *I diritti e le tutele*, p. 157-161.

⁸²Art.2056 *Valutazione dei danni*.

Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227.

Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

consequências jurídicas do evento danoso, isto é, o dever de indenizá-lo na medida do que é possível aferir é imposto de pronto aos próprios envolvidos. Isso é facilmente demonstrado tendo-se em mente que, se indenizados os danos em patamar reputado razoável pelo credor, independentemente de sentença que os liquide, *tollitur quaestio*, extinguindo-se a obrigação, como em qualquer caso em que de pagamento se trate. O mesmo ocorre na disciplina das águas particulares que passam por mais de um imóvel. É certo que o artigo 912 do CCIt impõe ao juiz o dever de disciplinar-lhes o uso, de modo a garantir o equilíbrio entre os interesses dos diversos proprietários, no caso de conflito entre eles. No entanto, desde que se estabeleça a necessidade de disciplina do uso racional delas, a lei cria aos próprios interessados o poder de fazê-lo, equitativamente.

Disso decorre a conclusão de PROTO PISANI de que as únicas hipóteses em que se poderia falar de uma determinação genuinamente originária por sentença dos direitos e obrigações das partes ocorreria em casos excepcionalíssimos, situados ou no âmbito da jurisdição voluntária, como naqueles em que o juiz é chamado a gerir interesses de incapazes, determinar o objeto do contrato deixado a um terceiro que não o faz, ou o faz arbitrariamente (art. 1.349 CCIt), ou no da indicação do termo da obrigação, à falta de disposição das partes ou de terceiro.

No mais, a categoria das sentenças determinativas, abrangente daqueles casos em que o juiz, à míngua de integração voluntária dos interessados, é chamado a especificar equitativamente o objeto das obrigações individualizadas pela lei ou pelo contrato apenas à base de critérios altamente elásticos, parece-lhe constituir “*una inutile complicazione, un eccesso di qualificazione che rischia di complicare fenomeni già complicati*”⁸³.

Na realidade, o pensamento de PROTO PISANI leva a um esvaziamento expressivo da categoria, para limitá-la àqueles casos em que o pronunciamento judicial atua diretamente sobre uma relação jurídica existente entre as partes, complementando algum aspecto faltante, imprescindível, portanto, à fruição de um direito. Se não me equivoco, as sentenças determinativas se inseririam, segundo sustenta o autor, no contexto daquelas situações em que uma norma de regência (contrato, lei, ato administrativo) com conteúdo relativamente elástico, à fruição de um direito, atribui **exclusivamente** ao Judiciário o dever de emitir um pronunciamento jurisintegrativo, aqui entendido no sentido que lhe deu CELSO NEVES, de “atividade originariamente atribuída aos órgãos do

⁸³Op. cit., p 160.

Poder Judiciário, coadjuvante do aperfeiçoamento de atos e negócios jurídicos que sem ela não alcançariam validade.” (grifo no original)⁸⁴.

O mérito de PROTO PISANI foi chamar a atenção para a existência de casos em que a atividade de determinação prudencial da extensão, do modo de exercício ou do objeto de direitos ou poderes jurídicos não pode ser feita senão recorrendo-se ao processo. Os casos que apontou, a que se poderiam somar os da dosimetria da pena nas sentenças criminais condenatórias ou nas civis também condenatórias que reconhecem a prática de ato de improbidade administrativa, ilustram-no.

Restringir a eles as hipóteses de sentenças determinativas, no entanto, sob o argumento de que nos casos em que a determinação das consequências jurídicas da incidência normativa poderiam ser feita pelos interessados, se concordes, não me parece ser a melhor postura metodológica a ser seguida. O que a diferença entre os grupos de casos sugere, no máximo, é a possibilidade de estabelecer a distinção entre sentenças determinativas necessárias e sentenças determinativas não-necessárias.

A meu sentir, não é o caso de simplesmente defenestrar os casos que se inserem no segundo grupo do contexto das sentenças determinativas, haja vista que a característica central da categoria remanesce em ambos: a fixação (exclusivamente judicial ou não), a partir do exame de critérios normativos elásticos, indeterminados, vagos, da extensão, modo de exercício ou objeto do direito reconhecido pelo processo. O fato de a atividade de determinação, que nos dois casos tem a mesma natureza, poder também ser feita pelos interessados, ou só pelo Judiciário, discrimina espécies de um mesmo gênero, apenas isso.

1.7 A SENTENÇA DETERMINATIVA NO BRASIL: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

As sentenças determinativas, ou dispositivas – não há uniformidade quanto à nomenclatura, também entre nós - são mencionadas por parte considerável da doutrina brasileira. Porém, a ênfase não se dirige ao estudo da classe, em si. No tratamento de temas como coisa julgada, sentenças *rebus sic stantibus*, poderes discricionários do juiz,

⁸⁴Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento, p. 45.

sentenças de alimentos, dentre tantos outros, a categoria aparece, sem protagonizar os debates. No geral, alude-se rapidamente ao pensamento da doutrina estrangeira sobre ela – normalmente KISCH, CARNELUTTI e RASELLI -, não se aproveitando a oportunidade para um mergulho mais profundo no estudo da categoria propriamente dita.

Dentre as obras gerais, FREDERICO MARQUES, nas *Instituições*, alude à existência de sentenças (declaratórias, condenatórias ou constitutivas) em que o juiz, ao aplicar a lei, usa de algum poder discricionário para efetivação do comando. Essas, segundo ele, seriam as sentenças dispositivas, de que exemplos as de alimentos; a que fixa o rumo da passagem forçada à via pública, em favor do imóvel encravado; a que reduz a pena pela mora, no caso de cumprimento parcial da obrigação; a da que, substituindo-se a terceiro, indica o legado, dentre coisas determinadas por gênero ou pela espécie⁸⁵.

ARRUDA ALVIM, por sua vez, ainda que muito rapidamente, faz alusão às sentenças dispositivas. Segundo o autor, o que pretende a doutrina, ao assim denominá-las, é realçar que nelas existiria um *quid* ou uma carga bem mais acentuada de *disposições* sobre o direito do que nas demais espécies, disposições que, a rigor, poderiam ser feitas pelos próprios interessados. No entanto, também para ele, inexisteriam razões para falar-se em categoria autônoma por isso, tão somente. Nelas haveria principalmente caráter constitutivo ou declaratório, a depender do caso. De observar ainda, segundo o autor, a função normativa que tais sentenças podem assumir, como no caso da regulamentação do direito de visita aos filhos. Isso, no entanto, não autorizaria falar em nova classe de sentenças, já que comum a alguns tipos de sentenças constitutivas a eficácia *ex nunc*. Além disso, observa ser frequente a pluralidade de partes, no caso das sentenças dispositivas, considerando haver nelas, praticamente sempre, um caráter de disciplina global de relações de uma classe, o que ocorre, por exemplo, nos dissídios coletivos⁸⁶.

DINAMARCO, a seu turno, nas já consagradas *Instituições*, ao discorrer sobre a tutela jurisdicional no processo civil de conhecimento, observa que as sentenças dispositivas ou determinativas nada têm de peculiar sobre o aspecto processual. A diferença única estaria em que a fonte formal de direito substancial na qual se fundamentam não é a lei editada pelo estado, mas a equidade. A função desempenhada por elas será ou declaratória, ou constitutiva, ou condenatória, a depender do caso. O autor

⁸⁵*Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 537.

⁸⁶*Manual de direito processual civil*, p. 591.

ainda ressalta a confusão não raro feita entre a natureza dispositiva da sentença com a eficácia de reportar-se a obrigações futuras, como na condenação a alimentos. Na realidade, o que indica a dispositividade da sentença seria o fundar-se em equidade, e não a disposição para o futuro⁸⁷. AMARAL SANTOS, autor de um dos manuais mercedamente mais influentes da literatura processual brasileira, parece ter sido vítima disso, ao definir sentenças determinativas como aquelas “que decidem relações jurídicas continuativas”⁸⁸.

TOMÁS PARÁ FILHO, a quem devemos um dos raros trabalhos sobre a sentença constitutiva no direito brasileiro, também discorre sobre a categoria. Para ele, sentenças determinativas, dispositivas ou de equidade são expressões equivalentes designativas de idêntica realidade substancial. Pondera, ainda, que diversa é a estrutura do silogismo contido na decisão judicial, nesses casos, haja vista que, na premissa maior, não figura um preceito de lei, mas um princípio de equidade, ou considerações de oportunidade, caldadas em imperativos de justiça. Isso, como trata de ressaltar, ocorreria apenas nos casos expressamente previstos em lei, como observa o artigo 114 do CPC de 1939⁸⁹. Nas sentenças dessa natureza, o juiz fixa o conteúdo de uma norma legal que não define claramente o suporte fático, nem prevê as consequências jurídicas de sua incidência. Porém, nega a possibilidade de ver nas sentenças determinativas atividade legislativa, exatamente pela contradição existente entre equidade (justiça do caso concreto) e lei (norma geral e abstrata). No caso específico das sentenças normativas trabalhistas, embora reconheça que seja o próprio tribunal o criador das novas condições de trabalho para todos os empregados, sustenta que, examinadas em profundidade, essas decisões patenteiam a preexistência de norma substancial, ainda que de conteúdo vago, que disciplina o caso. Daí porque, também nessas, as novas condições de trabalho não despoem originariamente, *ab ovo*, da decisão judicial. Como nas outras sentenças determinativas ou dispositivas, o dever jurisdicional de compor os conflitos, antes de tudo, advém da própria lei. Destaca, ainda, que as sentenças determinativas podem ser de mera declaração, condenação ou constituição, devendo sempre, porém, expressar o exercício de um poder discricionário do juiz⁹⁰.

⁸⁷*Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 215.

⁸⁸*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. III, p. 55.

⁸⁹Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá si fosse legislador.

⁹⁰*Estudo sobre a sentença constitutiva*, p. 126 a 134.

ALFREDO BUZAID analisa a categoria em seu conhecido estudo sobre a ação renovatória, atribuindo natureza determinativa à sentença em que o juiz, com base no Dec. 24.150/34, lei então vigente, fixava o valor da locação, havendo discordância entre locador e locatário (art. 8º, 'b'⁹¹). Ajuizada ação renovatória, o locador, disso não discordando, poderia se opor ao valor proposto pelo inquilino, caso não atendesse ao valor locativo real do imóvel, em face das condições gerais de valorização do lugar, na época da renovação do contrato. A rigor, as partes querem a prorrogação do contrato, mas dissentem quanto ao valor locativo. Nesses casos, o contrato é prorrogado, cabendo ao juiz determinar o novo aluguel. “A função judicial não se limita aí a constituir o efeito jurídico, forma *ex novo* o comando concreto, completando a norma de direito material”⁹². Também de natureza determinativa a sentença nos casos de revisão do contrato de locação, prevista no art. 31 do mesmo normativo⁹³. Se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato amigável, ou, em consequência das obrigações estatuídas pela lei, sofresse variações, além de 20% das estimativas, poderiam locador ou locatário, findo o prazo de três anos da data do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado. Isso não alcançado, recorrer-se-ia ao Judiciário, cabendo ao juiz introduzir algo de seu, pessoal e específico ao enunciado geral resultante da lei, não arbitrariamente⁹⁴.

CELSO NEVES, em conhecidíssimo estudo sobre a *Coisa Julgada Civil*, depois de referir-se ao pensamento de CHIOVENDA e CARNELUTTI sobre as sentenças dispositivas, observa que, em nosso sistema processual, a vedação de decidir de novo as questões já decididas, relativas à mesma lide (art. 289, II do CPC de 1939, substancialmente igual ao art. 471, I do atual⁹⁵), não alcança os julgamentos segundo equidade, desde que se

⁹¹Art. 8º A contestação do locador, além da defesa de direito que lhe possa caber, ou que se regulará pelos princípios geraes, ficará adstricta, quanto á materia do facto, ao seguinte:

[...]

b) que a proposta do locatario, excluindo a valorização trazida pelo locatario ao ponto ou lugar, não atende ao valor locativo real do immovel, em face das condições geraes de valorização do lugar, na época da renovação do contracto.

[...]

⁹²*Da ação renovatória*, p. 359.

⁹³Art. 31. Se, em virtude da modificação das condições economicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contracto amigavel, ou, em consequencia das obrigações estatuidas pela presente lei, soffrer variações, além de 20% das estimativas feitas, poderão os contractantes (locador ou locatario), findo o prazo de tres annos da data do inicio da prorogação do contracto, promover a revisão do preço estipulado.

§ 1º O processo para essa revisão será o mesmo fixado por esta lei, para a prorrogação do contracto.

§ 2º Este direito de revisão poderá ser exercido de tres em tres annos.

⁹⁴Op. cit., p. 423.

⁹⁵Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

haja modificado o estado de fato sob o qual a sentença foi proferida. Arvorando-se em LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL e LIEBMAN, pondera que as sentenças dessa categoria passam em julgado, nos limites do estado de fato. Modificado esse, a parte interessada poderá pedir nova decisão por ação da mesma natureza da que foi proferida no primeiro processo, dispensando-se ação rescisória⁹⁶.

Bastante original é a contribuição de ADA PELLEGRINI GRINOVER. Em *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*, a autora aponta a natureza determinativa dessa, que, por conter implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, autoriza o juiz a agir por equidade. Isso, segundo ela, explicaria processualmente o fenômeno das modificações na forma de cumprimento da condenação penal passada em julgado, já no curso do processo de execução. Não se trataria, porém, de inexistência de coisa julgada, pois justamente em atenção ao comando tornado imutável da sentença é que se operariam as modificações sucessivas⁹⁷.

Em tempos recentes, o interesse pela categoria foi revigorado pelo emprego bastante frequente das chamadas “cláusulas gerais” e de “conceitos jurídicos indeterminados” em normativos importantes, como o Código Civil de 2002 e o de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, por exemplo, insere-se o trabalho de SORAYA LUNARDI⁹⁸. Partindo da noção de sentença determinativa como aquela capaz de complementar ou modificar o conteúdo de relação jurídica alterada por fato superveniente, ou de preencher o conteúdo impreciso de norma legal, observa a autora a utilidade da categoria para harmonização de interesses contrapostos, mas igualmente protegidos pelo legislador, decorrente do emprego pela lei de terminologia imprecisa, em normas vagas. Nesses casos, para não cair na armadilha de um discurso meramente ideológico e de fácil manipulação, cabe ao juiz, na ponderação dos interesses em conflito, preencher o conteúdo da norma aberta com base em elementos hauridos do próprio sistema, com base em critérios objetivos, e não pessoais (hermenêutica integrativa). A autora ainda salienta a

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

[...]

⁹⁶*Coisa Julgada Civil*, p. 483.

⁹⁷*Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*, p. 7.

⁹⁸“A sentença determinativa re-conhecida”. In: *Perspectivas de direito privado – função do direito privado no atual momento histórico* – v.1, p. 73-93.

insuficiência da expressão “sentenças determinativas”, preferindo falar em “decisões determinativas”, ante a possibilidade de que, também ao proferir decisões interlocutórias, fixe o juiz o conteúdo da norma aberta, considerando as peculiaridades do caso concreto - essa postura, aliás, também parece ter sido a adotada por FREDIE DIDIER JR, RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, a julgar pelo nome do item do *Curso* em que a categoria é estudada⁹⁹. Na linha da grande parte da doutrina brasileira, observa SORAYA LUNARDI que as sentenças (*rectius*, decisões) determinativas poderão ter quaisquer das cargas eficaciais das tradicionalmente reconhecidas (declaratória, constitutiva, condenatória, a que soma executiva *lato sensu* e mandamental, por aderir ao pensamento de PONTES DE MIRANDA), não se podendo falar em nova classe, mas em modo de ser das anteriores. Como exemplo de sentença determinativa para modificação de relação jurídica por força de fato superveniente, cita ela a fundada na teoria da imprevisão (art. 317 do CCB¹⁰⁰), em que o Judiciário intervém nas relações privadas para promover a estabilidade e segurança das relações contratuais. Casos de sentenças determinativas em que o juiz, discricionariamente, integra o conteúdo de norma aberta, dariam os artigos 421¹⁰¹ e 422¹⁰² do CCB, que dispõem sobre função social do contrato, probidade e boa-fé na respectiva execução.

No mesmo espírito, adverte AUGUSTO PASSAMANI BUFULIN¹⁰³ para a importância da motivação do juiz nas sentenças determinativas, forma de controle da atividade por ele desenvolvida nesses casos. Segundo o autor, a previsão do Código Civil de 2002 de normas abertas, em que presentes inúmeros conceitos normativos vagos permitiu ao juiz aplicar com maior precisão a norma de decisão ao caso concreto. Isso, porém, trouxe a reboque um maior ônus argumentativo ao magistrado no momento de decidir, para evitar o risco de que a apreciação judicial se converta num exercício de arbítrio por parte do aplicador da lei.

Mesmo sem caber à jurisprudência estabelecer definições para categorias

⁹⁹*Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 300.

¹⁰⁰Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

¹⁰¹Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁰²Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁰³“Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas”. In: *Revista de Direito Privado*, v. 37, p. 27 e ss.

científicas, parece-me de algum interesse apontar o que entendem os tribunais por sentença determinativa.

No agravo em recurso especial 200100735380, o vocábulo “determinativa” foi usado no sentido “impositiva”, “ordenatória”, e não no de definidora de limites, fixadora de conteúdo ou de modo de exercício¹⁰⁴.

Evidentemente, não é esse o sentido que sentença determinativa tem neste trabalho. No entanto, nos demais acórdãos em que há alusão à categoria, ela tem algum dos sentidos mencionados pela doutrina.

Assim é que, no agravo em recurso especial 201000870133, sentença determinativa foi entendida como a que julga relações jurídicas continuativas, e que transita em julgado como qualquer outra, admitindo, porém, revisão por fatos supervenientes, por trazerem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁵.

Nos embargos infringentes em ação rescisória 200900286612, o STJ afirmou tratar-se de juízo de equidade o feito para fixação de honorários, na hipótese prevista no

¹⁰⁴Agravo no recurso especial. Processual civil. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Terceiro. Ato judicial. Mandado de segurança. A ausência da confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra "c" do permissivo constitucional. Na hipótese de execução definitiva de **sentença determinativa** de reintegração de posse, proferida em processo que não foi integrado pelo terceiro comodatário, este pode impetrar mandado de segurança com o objetivo de impedir violação ao seu direito líquido e certo. (AGRESP 200100735380, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:19/11/2001 PG:00266.) (gn).

¹⁰⁵PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE TARIFA PROGRESSIVA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.445/07. NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA. NÃO OFENSA À COISA JULGADA. 1. Noticiam os autos que o agravante - Condomínio Santa Mônica - ajuizou ação ordinária contra a CEDAE, com vistas a afastar a cobrança de água pela tarifa progressiva, sob o fundamento de ilegalidade. O pedido foi julgado procedente, transitando em julgado em 2006. Em 2007, entrou em vigor a Lei n. 11.445, que chancelou expressamente essa modalidade de cobrança progressiva. 2. Cinge-se a controvérsia ao momento em que a tarifa progressiva instituída pela Lei n. 11.445/07 poderia ser cobrada do Condomínio, no caso de haver sentença transitada em julgado em sentido contrário. 3. **O art. 471, inciso I, do CPC reconhece a categoria das chamadas sentenças determinativas. Essas sentenças transitam em julgado como quaisquer outras, mas, pelo fato de veicularem relações jurídicas continuativas, a imutabilidade de seus efeitos só persiste enquanto não suceder modificações no estado de fato ou de direito, tais quais as sentenças proferidas em processos de guarda de menor, direito de visita ou de acidente de trabalho.** 4. Assentadas essas considerações, conclui-se que a eficácia da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, norteadora da Teoria da Imprevisão, visto que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. 5. Com base nos ensinamentos de Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, é contundente asseverar que "a autoridade da coisa julgada material sujeita-se sempre à regra *rebus sic stantibus*, de modo que, sobrevindo fato novo 'o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, para atender a ele, adapta-o ao estado de fatos superveniente'." 6. Forçoso concluir que a CEDAE pode cobrar de forma escalonada pelo fornecimento de água a partir da vigência da Lei n. 11.445/2007 sem ostentar violação da coisa julgada. Agravo regimental improvido. (AGRESP 201000870133, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/10/2010.) (gn)

art. 20§4º do CPC, pelo qual nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, observados os costumes do lugar da prestação do serviço, o zelo profissional e as dificuldades técnicas da causa (alíneas 'a', 'b' e 'c' do art. 20, 3º do CPC¹⁰⁶). Esse, aliás, segundo a jurisprudência em geral, seria o caso mais frequente de juízo de equidade no direito brasileiro¹⁰⁷.

Como era de se esperar, os julgados não estabelecem conceitos precisos sobre o que se deva entender por juízo de equidade ou sentença determinativa. Como já realçou POSNER, juízes são generalistas e redigem suas decisões sob a pressão do tempo, sem maiores preocupações com aquela originalidade intelectual, típica dos meios acadêmicos¹⁰⁸. Os julgados não inovam em relação ao tema, reproduzindo a ideia de sentença determinativa como aquela que decide relações jurídicas continuativas e juízo de equidade como aquele em que o juiz, apreciando as particularidades do caso concreto, decide o litígio.

¹⁰⁶Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [\(Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976\)](#)

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

a) o grau de zelo do profissional; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

b) o lugar de prestação do serviço; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. [\(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994\)](#)

¹⁰⁷PROCESSUAL CIVIL. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. REFERÊNCIA À FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VALOR DA CAUSA NO LUGAR DE VALOR DA CONDENÇÃO. AUSÊNCIA DE EFEITOS INFRINGENTES.

[...]

3. Mantém-se a decisão embargada quanto ao restante. A revisão dos honorários estabelecidos, utilizando-se do juízo de equidade, exigiria o revolvimento dos documentos dos autos, o que é vedado nesta instância ante o óbice da Súmula 7/STJ. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar o erro material apontado. (EAREs 200900286612, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/11/2010.) (gn)

¹⁰⁸POSNER, Richard A. *How judges think*, p. 206.

1.8 SALDO DO CAPÍTULO

Este capítulo teve por finalidade expor a trajetória das sentenças determinativas ao longo da história. Se muitos fossem os estudos específicos a respeito da categoria, nada disso teria sido necessário. A rigor, apenas KISCH, ainda no início do século passado, e RASELLI, há mais de 50 anos, analisaram-na com maior vagar¹⁰⁹. Durante muito tempo, no tocante à teoria das sentenças, grande parte das atenções se voltaram à classificação quanto aos efeitos produzidos. Nas bibliotecas, pululam estudos sobre sentenças declaratórias e condenatórias; em menor número, mas em quantidade mesmo assim bastante razoável, até sobre constitutivas. Nos últimos anos, graças à polarização em torno do processo civil de resultados, categorias cuja independência científica sempre foi questionada caíram no gosto da doutrina; é o caso das mandamentais e das executivas *lato sensu*. Talvez pelo fato de a doutrina ter fechado posição sobre a impossibilidade de ver nas sentenças determinativas quarta espécie de sentença, a categoria ficou encravada, por assim dizer, nos estudos sobre as outras classes reconhecidas, ou sobre temas correlatos, como os juízos de equidade, os poderes discricionários do juiz, ou as relações entre lei e sentença na aplicação do direito. Daí porque, senão outro mérito, este capítulo teve ao menos o de mostrar o estágio atual das discussões sobre as sentenças determinativas, de onde se partirá na busca dos limites aos poderes do juiz nas sentenças dessa natureza, finalidade do estudo.

Pela exposição foi possível ver o que levou a doutrina a estudá-las e o contexto em que elas se inseriram na elaboração teórica de cada um dos autores que discorreram sobre elas, as ideias formuladas a respeito da categoria, e ainda extrair algumas questões candentes suscitadas ao longo dos mais de 100 anos que nos separam do início de tudo, da Alemanha da virada do século XIX.

Considerando, porém, que o capítulo que ora se encerra se resumiu apenas ao levantamento de questões, antes de abordar o tema central do trabalho, convém assumir uma postura pessoal em relação a elas. Assim, na sequência do estudo, estarão em foco problemas como o conceito de sentença determinativa, a relação da categoria com as demais classes de sentenças existentes, com os juízos de equidade, com os poderes

¹⁰⁹Agrego ainda metade do livro de JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva: la constitución jurídica procesal*, mas sem grande originalidade.

discrecionários do juiz e com os conceitos jurídicos indeterminados. Ainda, a sentença como ato de criação do direito, a eventual natureza legislativa ou administrativa das sentenças determinativas, bem como os casos em que aparecem no direito brasileiro.

2 QUE SE DEVE ENTENDER POR SENTENÇA DETERMINATIVA

O capítulo anterior serviu para mostrar o desenvolvimento das sentenças determinativas no curso da história. Limitei-me a expor alguns pontos-de-vista sobre a categoria, destacando o de KISCH, com quem a categoria nasceu – ou pelo menos ganhou maior expressão - e o de RASELLI, autor do mais importante estudo até hoje escrito sobre ela. No meio disso, noticiei como as sentenças determinativas foram vistas pela doutrina europeia e pela brasileira, indicando ainda julgados nacionais em que se aludiu a elas. Na primeira parte, os objetivos foram agrupar os dados esparsamente produzidos sobre a categoria e os problemas que ela suscita.

Isso feito, cumpre-me indicar minha visão sobre os aspectos mais significativos da categoria. De início, impõe-se o básico, a apresentação de uma noção própria de sentença determinativa.

Sentenças determinativas são aquelas em que cabe ao juiz determinar extensão, modo de exercício ou objeto de posição jurídica de vantagem (direito subjetivo, poder jurídico *etc*), de acordo com as circunstâncias do caso.

O que lhes justifica a existência é o fato de que os critérios estabelecidos por algumas normas jurídicas para definição da extensão, do modo de exercício ou do objeto dessas posições jurídicas de vantagem são imprecisos, fluidos, inexatos, quando não simplesmente indeterminados, impondo atuação mais ativa do juiz para solução do processo, a partir do exercício do que prefiro denominar prudencialidade, em substituição ao termo discricionariedade, mais ao gosto da doutrina sobre o tema.

As sentenças determinativas se diferenciam das sentenças não determinativas porque, nas últimas, os critérios definidos em lei para fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de outras posições jurídicas de vantagem são predeterminados a partir de critérios objetivos.

Em certa medida, a noção acima enunciada não discrepa da que foi paulatinamente construída pela doutrina no pouco mais de século que separa os dias atuais dos primeiros ensaios sobre a categoria, na Alemanha de KISCH e MAYER. Mesmo

assim, convém expor circunstanciadamente as razões que me levaram a delimitar a categoria nesses termos.

Para tanto, melhor talvez seja principiar pela indicação de alguns exemplos de sentenças determinativas, no sentido antes enunciado. Em seguida, para melhor depuração da categoria, apontarei o que se poderiam chamar “falsos casos” de sentenças determinativas, casos que, embora apresentem alguma semelhança com a categoria, e possam, por isso mesmo, até terem sido catalogados como tais, devem dela ser excluídos.

2.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS: DELIMITAÇÃO A PARTIR DE EXEMPLOS

As sentenças determinativas se explicam a partir da existência de posições jurídicas de vantagem (direitos subjetivos, poderes jurídicos *etc*) cuja extensão, modo de exercício ou o próprio objeto devem ser indicados em consonância com circunstâncias de fato reputadas relevantes para tanto pela ordem jurídica. São posições jurídicas que se podem graduar, matizar, dosar, de acordo com vicissitudes concretas. A norma jurídica, nessas hipóteses, apenas institui em favor de alguém direito ou poder jurídico, cuja extensão, modo de exercício ou o próprio objeto podem variar de acordo com parâmetros fluidos, imprecisos, dotados de alto grau de subjetividade.

Nessas hipóteses, cabe aos destinatários da norma definir a dimensão faltante do direito (extensão, modo de exercício, objeto) em consonância com os parâmetros e dentro dos limites para tanto estabelecidos pela norma geradora. Na falta de consenso entre os destinatários da norma jurídica, não restarão alternativas senão a heterocomposição do conflito, quer por particular escolhido por eles, quer por agente do estado (juiz). Constante de sentença judicial a definição da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica de vantagem controvertida, determinativa ela será.

Os exemplos de sentenças determinativas são bastante variados, resistindo a sistematização. Mesmo assim, ainda que imperfeitamente, para facilitar o desenvolvimento do trabalho, acredito na necessidade de agrupá-los. A partir deles e das noções que serão apresentadas nas seções do trabalho que se seguirão, o próprio leitor, por esforço próprio,

poderá por analogia identificar outros casos de sentenças dessa natureza.

O **primeiro** grupo de sentenças determinativas se alicerça nos direitos ou poderes cuja extensão, modo de exercício ou objeto a lei permite sejam definidos de acordo com as circunstâncias do caso concreto para representar uma sanção proporcional ao comportamento de quem contrariou a ordem jurídica¹¹⁰. Dentro desse grupo podem-se inserir os casos do *ius puniendi* do estado nascido do cometimento de crime ou de ato de improbidade administrativa; do direito à indenização, nos casos em que entre o dano e a gravidade da culpa houver excessiva desproporção (art. 944 do CCB, parágrafo único¹¹¹), ou mesmo naqueles em que a vítima tenha concorrido culposamente para ocorrência dele (artigo 945¹¹² e parágrafo único do artigo 738 do CCB¹¹³). Ainda, do direito à cobrança da cláusula penal, que deve ser reduzida equitativamente se a obrigação principal tiver sido parcialmente cumprida (artigo 413 do CCB¹¹⁴). Em todos esses casos, por não ser pré-fixada em lei a determinação da extensão da posição jurídica de vantagem discutida, subordina-se isso a um juízo prudencial por parte dos interessados ou do juiz – no caso da punição pelo ato de improbidade ou crime, exclusivamente judicial –, que verte sobre conceitos jurídicos insusceptíveis de apreciação objetiva, variando de caso a caso.

Num **segundo** grupo, é possível reunir aqueles casos decorrentes da necessidade de remunerar o desempenho de um serviço. Exemplo disso é o previsto no artigo 2099 do Código Civil italiano¹¹⁵, que deixa a determinação judicial a retribuição ao prestador de

¹¹⁰O vocábulo sanção, aqui, é empregado em sentido amplo, abrangente também dos casos de indenização por equidade.

¹¹¹Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹¹²Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹¹³Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstenendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

¹¹⁴Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹¹⁵Art. 2099. *Retribuzione*

La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta nella misura determinata [dalle norme corporative], con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito.

In mancanza di [norme corporative o di] accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice.

Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura.

serviços, na falta de disposição contratual ou de regulamento corporativo a respeito da remuneração; ou mesmo o no artigo 20, §3º do Código de Processo Civil brasileiro¹¹⁶, que disciplina a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o grau do zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido para tanto. Também aqui, impõe-se um juízo prudencial do magistrado para determinação da remuneração do prestador de serviços, de acordo com os parâmetros fluidos, subjetivos, indicados em lei, diante da falta de valores pré-fixados sobre a extensão do direito de crédito decorrente da atuação profissional.

Ainda é possível pensar num **terceiro** grupo, esse formado pelos direitos a reparação por ofensa a bens jurídicos cuja importância não se expressa em termos meramente econômicos. É o caso do direito a reparação pela lesão a bem de relevante valor histórico, ambiental ou cultural. Idealmente, diante da lesão de bens dessa natureza, impõe-se a restituição das coisas ao estado em que se encontravam. Em boa parte dos casos, porém, isso é inviável, impondo-se ao ofensor o fornecimento de bem (inclusive dinheiro) ou realização de atividade, como forma de compensar os danos produzidos. Nesse grupo, em que é possível incluir a compensação pelo dano moral, diante da impossibilidade de avaliação objetiva da correspondência entre o dano provocado e o *quantum* reparatório, esse não pode ser senão que estimado prudencialmente, em vista da própria natureza do bem lesado¹¹⁷.

Um **quarto** grupo é formado por posições jurídicas que se podem chamadas interdependentes.

Em alguns casos, o exercício ou a fruição de determinada posição jurídica de

¹¹⁶Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [\(Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976\)](#)

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

a) o grau de zelo do profissional; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

b) o lugar de prestação do serviço; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

¹¹⁷Note-se a intercambialidade dos critérios reputados relevantes pela lei para dimensionamento concreto dos direitos. Assim, por exemplo, à determinação do *quantum* adequado à reparação pelo dano ambiental, a par de considerar a relevância específica do bem lesado, pode-se ainda reputar relevante o grau de culpa do ofensor. Muito embora a responsabilidade civil, nesses casos, seja objetiva (art. 14, §1º da L. 6.938/81), o elemento subjetivo, nessa hipótese, atuaria não para indicar o *an*, mas o *quantum* debeatur.

vantagem por parte de seu titular não colide com o exercício ou a fruição de posição jurídica de vantagem alheia. Se empresto determinada soma de dinheiro a prazo, por exemplo, vencido esse, nasce em minha esfera jurídica o direito de exigir a devolução da quantia. Embora o exercício de meu direito de crédito possa descontentar o devedor, sob o prisma legal, tal descontentamento é irrelevante. Aqui, o interesse à satisfação de meu crédito não encontra limites em nenhum interesse do devedor juridicamente reconhecido. Isso ocorrendo, meu direito, por assim dizer, é autodefinível, absoluto, no sentido de que sua extensão não está condicionada a nenhum outro interesse prestigiado pela lei, não se podendo falar em conflito ou colisão entre interesses legítimos meu e do devedor. Nesse caso, eventual conflito se passa num plano extrajurídico.

Noutros casos, porém, o exercício ou a fruição de determinada posição jurídica de vantagem se choca com o exercício ou a fruição de posição jurídica de vantagem alheia. Isso porque aos interesses juridicamente protegidos de um dos envolvidos se contrapõem outros, igualmente albergados pela ordem jurídica. Nessas hipóteses, para viabilizar o exercício simultâneo de todas as posições jurídicas conflitantes, o direito positivo subordina a extensão e/ou o modo de exercício de umas à das demais, reciprocamente. À raiz desses casos está a necessidade de manter o equilíbrio jurídico entre os interessados. A tais posições jurídicas de vantagem podemos chamar interdependentes, heterodefiníveis ou relativas.

Exemplo típico de direito dessa natureza é o aos alimentos de direito de família. Suposta a existência do *an debeatur*, a extensão do *quantum* varia de caso a caso para acomodar, de um lado, as necessidades do credor e, de outro, as possibilidades do devedor. Note-se que, nesse caso, alimentado e alimentante titularizam interesses juridicamente amparados, cabendo-lhes definir o pensionamento de modo a otimizar o direito de ambos à manutenção digna, a partir da realidade concreta de cada um. Não se chegando a consenso, remédio não há senão demandar em juízo a determinação do valor, ou mesmo a forma do pensionamento (alimentos *in natura*, para o caso de o alimentante não poder pagá-los em pecúnia, sem suportar um ônus extraordinário), o que se fará no dispositivo da sentença condenatória de procedência. Tanto no caso de consenso entre as partes, como na determinação por sentença, o processo de individualização da extensão do direito ao pensionamento, o *quantum debeatur*, busca identificá-lo a partir de elementos que, para o caso específico, mais adequadamente componham os interesses conflitantes.

Diga-se o mesmo dos casos de interdição, em que caberá ao juiz, em consonância com as peculiaridades do incapaz, determinar a exata extensão dos poderes do curador¹¹⁸. Para tanto, note-se que, se por um lado, ter-se-á em mente a natureza protetiva da interdição, de outro, não se desconsiderará a necessidade de, naquilo que possível, preservar alguma margem de autonomia ao curatelado.

Nesse grupo, por igual, é possível ainda incluir o direito a redução das prestações nos contratos de execução continuada ou diferida, caso se tornem excessivamente onerosas, por acontecimentos supervenientes extraordinários e imprevisíveis, a ponto de ensejarem vantagem extrema de um dos figurantes do negócio jurídico em relação ao outro (Art. 480 do CCB¹¹⁹). Isso pela presença do traço marcante desse grupo de casos, a necessidade de harmonizar interesses contrastantes.

A um **quinto grupo** ainda se pode fazer alusão. Cuida-se do formado por aqueles direitos ou poderes jurídicos cujo objeto é definível apenas em termos bastante abstratos, do que decorre a necessidade de que o conteúdo e o modo de exercício tenham de ser determinados segundo as circunstâncias do caso concreto. Por falta de nomenclatura específica os chamarei de direitos (ou poderes jurídicos) de objeto definível, mas de conteúdo variável.

Pense-se, por exemplo, no direito à saúde. Sua existência é certa, sendo ele, inclusive, reconhecido constitucionalmente¹²⁰. Ainda que de forma vaga, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, definiu-o como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, no que foi repetido pela Conferência Internacional de Alma-Ata (Cazaquistão), em 1978. O conteúdo concreto do direito à saúde, porém, é insusceptível de predeterminação, cabendo aos interessados na aplicação da norma jurídica ou, na falta de consenso, em última análise, ao Judiciário, indicar-lhe objeto e/ou o modo concreto de exercício.

Assim é que, no caso de um portador de determinada enfermidade, o direito à saúde pode se consubstanciar na submissão a tratamento hospitalar de longo prazo, no

¹¹⁸Art. 24 do CCB. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.

¹¹⁹Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹²⁰Art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

fornecimento de medicamento específico contra ela ou em intervenção cirúrgica que a fulmine, custeados pelo estado, por exemplo.

Na mesma linha, é o caso do direito à boa qualidade do ar atmosférico, que pode se concretizar mediante o fechamento de uma fábrica emissora dos poluentes; pela mudança de localização dela para região mais afastada e despovoada da cidade, mais propícia à dispersão segura dos gases emitidos; pela instalação de sistema de filtragem ou de qualquer outro mecanismo de tratamento desses antes de serem lançados no ar; ou pela troca dos insumos químicos originariamente empregados no processo de produção para outros mais custosos, mas menos danosos ao meio ambiente.

Nos exemplos fornecidos acima, o conteúdo concreto do direito à saúde e do direito ao meio ambiente adequado, dentre todas as possibilidades possíveis, dependerá das circunstâncias do caso analisado.

Como quer que seja, os agrupamentos acima sugeridos, idealizados para melhor sistematização da matéria, são imperfeitos, porquanto difícil a inserção das espécies numa ou noutra classe. Assim, aceita-se a crítica de quem aponte alguma arbitrariedade na exclusão do grupo dos chamados direitos interdependentes das hipóteses de determinação judicial da remuneração por serviços prestados¹²¹. O mesmo se diga do grupo que congrega os casos de imposição de sanção pela prática de crime ou ato de improbidade administrativa, em que necessário equilibrar o *ius puniendi* do estado com o direito do punido à individualização da pena.

Por causa diversa, mas também reconhecendo alguma indefinição entre os grupos, é possível divisar alguma semelhança entre o direito aos alimentos devidos entre pais e filhos e aqueles direitos à reparação por ofensa a bens jurídicos cuja importância transcende aspectos meramente econômicos. Tanto num caso como no outro, o *quantum debeat* não pode ser apurado com bases objetivas, só podendo ser estimado. Isso porque o juiz, ao apreciar as condições pessoais dos envolvidos, as toma apenas como referência para fixação dos alimentos. Pela própria finalidade da provisão, idealizada para fazer frente ao desenvolvimento integral do menor, de modo a abranger também as funções as demandas intelectuais e morais, sujeitas a variações diante da dinâmica cotidiana, ela

¹²¹Ao indicar a devida, o juiz deve buscar sempre o montante adequado, zelando pelos interesses de prestador e tomador de serviços.

expressa mais ou menos imperfeitamente as necessidades do credor¹²².

Os próximos tópicos servirão para lapidar melhor a noção apresentada, com mais exemplos e indicação de casos que, embora ilustrativos da categoria, a meu sentir, nela não devem ser inseridos. Antes disso, porém, vejamos a gênese das sentenças determinativas, isto é, o que explica a existência delas.

2.2 GÊNESE DAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS: FUNDAMENTO E TÉCNICA LEGISLATIVA

Os pontos de que agora me ocupo são os seguintes: por que existem sentenças determinativas ? e qual é a técnica legislativa em que se assentam ?

2.2.1 Por que existem sentenças determinativas ?

Para a primeira pergunta, a resposta me parece simples. Sentenças determinativas existem diante da incapacidade, ou mesmo da inconveniência de a lei prever, *a priori*, a extensão, o modo de exercício ou o objeto de algumas posições jurídicas de vantagem¹²³.

As relações sociais são tão dinâmicas e variadas, e têm por escopo a satisfação de interesses tão diversos, que a determinação antecipada da extensão, do modo de exercício ou do objeto de algumas posições jurídicas delas surgidas poderia levar a iniquidades contrárias ao senso comum de justiça. Daí as posições jurídicas em que apenas a existência seja um dado *a priori*, determinado por lei, cabendo aos interessados, mediante autocomposição, ou ao juiz, como terceiro, nos casos de dissenso, ou mesmo nos das sentenças determinativas necessárias, determinar a extensão, o modo de direitos ou o

¹²²A fixação final dos alimentos, a rigor, tem nas despesas quantificáveis do menor apenas uma referência, não servindo de indicativo preciso da “extensão da necessidade”. Em linguagem econômica, embora o alimentando gere custos fixos, muitos são os variáveis, que, porque pontuais, não ensejam o ajuizamento de ação revisional. Já contando com essa variação natural é que os alimentos, embora expressem a “monetização” das necessidades do alimentando, são fixados pelo juiz por aproximação, tendo nelas um marco relevantíssimo, embora não exclusivo, para determinação do *quantum*.

¹²³Por lei, a bem da precisão das ideias, nesse específico contexto, entenda-se qualquer fonte de onde possam emanar direitos (norma jurídica, vontade negocial).

objeto de posições jurídicas dessa natureza. São a grandeza da vida e a incapacidade de o legislador lidar com isso que, em última análise, justificam a existência das sentenças determinativas e a própria natureza ineliminável dessas.

Em alguns casos, poder-se-ia até cogitar da substituição da fixação da extensão ou do modo de exercício do direito pelos interessados ou pelo juiz, em consonância com as circunstâncias concretas do caso, por uma normativamente pré-concebida. Se, por um lado, isso traria maior previsibilidade às relações sociais, por outro, inegáveis os riscos de cometimento de graves injustiças.

No caso do arbitramento da verba honorária, por exemplo, em vez de confiar ao juiz a determinação com base na complexidade da causa, no lugar da prestação do serviço, no zelo profissional e no tempo dispendido para prestação do serviço (art 20, § 3º do CPC ¹²⁴), nada obstaria que a lei a prefixasse em 10% do valor da condenação, se os autos do processo pesassem até 2Kg, 15%, se pesassem entre 2Kg a 5Kg e 20%, se pesassem mais do que isso. Caso isso acontecesse, à fixação do *quantum* não se imporia qualquer esforço judicial para dosimetria. Aí, porém, as portas à injustiça estariam totalmente abertas, diante da necessidade, segundo o senso comum, de remunerar o trabalho de acordo com os critérios que, bem captados pela lei, desaguaram no texto do CPC vigente.

2.2.2 Técnica legislativa: as normas jurídicas quadro

A técnica de que se vale o legislador para viabilizar o exercício da atividade determinativa¹²⁵ (jurisdicional ou não), por sua vez, segunda das perguntas que esta seção do trabalho visa responder, é a das normas jurídicas quadro, normas que deixam margem à indicação da extensão, do modo de exercício ou do objeto das posições jurídicas “a determinar” segundo as circunstâncias do caso. A determinação concreta desses aspectos

¹²⁴Art. 20, § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973](#))

a) o grau de zelo do profissional; ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973](#))

b) o lugar de prestação do serviço; ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973](#))

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973](#))

¹²⁵Por atividade determinativa entendo a que serve à indicação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de alguma posição jurídica. Trata-se da atividade judicial que está à base das sentenças dessa natureza.

fica a cargo do juiz ou dos próprios figurantes da relação jurídica, dentro do espaço permitido pela norma.

Alegoria que poderia representar a técnica legislativa aqui indicada e o condicionamento que exerce sobre a atividade determinativa dos interessados ou do juiz é a do teatro, em que o palco limita o espaço de atuação dos atores, assim como a lei limita a atuação do juiz ou dos sujeitos de direito envolvidos. Dentro dele, porém, a performance será mais ou menos livre, a depender dos critérios indicados pelo diretor da peça.

2.2.3 Espécies de normas quadro

As normas que viabilizam o exercício de atividade determinativa, quer por particulares, quer pelo juiz, ditas normas-quadro, resistem a sistematização. Todas elas, porém, comungam o fato de criarem posições jurídicas cuja concreta extensão, modo de exercício ou objeto sejam definíveis mediante o emprego de termos ou expressões mais ou menos fluidas ou imprecisas. Com isso, tais normas impõem ao responsável pela atividade determinativa, juiz ou particulares envolvidos, a fixação do aspecto faltante do direito a partir de um juízo prudencial, que leva em consideração circunstâncias do caso específico.

Algumas delas podem oferecer os **limites** máximo e mínimo da atividade determinativa a ser exercida pelo juiz e os **critérios** de que se valerá para tanto. É o caso do exemplo acima citado, da fixação dos honorários, em que o intervalo permitido varia entre 10 a 20% do valor da condenação, segundo os **critérios** indicados nas alíneas do §3º do art. 20 do CPC¹²⁶.

¹²⁶A fixação de honorários nos mostra ainda uma variação sobre o mesmo tema. Isso porque, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, serão eles fixados também por atividade determinativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo 3º do art. 20 do CPC. Note-se que, nesse caso, regulado pelo art. 20 §4º do CPC, o *quantum* não está bitolado pelo intervalo de 10% a 20% do valor da condenação, não estabelecendo a lei limites predefinidos à atuação do magistrado. Segundo jurisprudência do STJ, caberá a ele, nessas hipóteses, manter-se dentro de patamar bastante elástico, que pode ir do irrisório ao exorbitante. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REVISÃO - PREMISSAS FÁTICAS NÃO DELINEADAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ.

1. Em princípio, descabe ao STJ revisar valores de sucumbência fixados nas instâncias ordinárias, pois eles são arbitrados em consideração àquilo que se desenvolveu no processo e por intermédio de juízos de equidade, circunstâncias que não podem ser reavaliadas nesta Corte, nos termos da Súmula 7/STJ.

Há normas, por outro lado, que expressamente indicam **critérios e limites** norteadores da atividade determinativa, no entanto, de forma tão vaga, que o juiz tem diante de si um campo muito mais aberto do que na hipótese da fixação dos honorários. Observe-se, por exemplo, a regra constante do art. 413 do CCB¹²⁷, que permite ao juiz a redução equitativa da pena, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante dela for manifestamente excessivo, atento à natureza e à finalidade do negócio. Nesse caso, além de os limites máximos ou mínimos dessa redução não serem objetivamente dispostos na regra – fala-se apenas em redução equitativa –, os critérios são igualmente bastante vagos (natureza e finalidade do negócio), o que impõe ao magistrado grande sensibilidade para definição concreta do *quantum* da multa. Também, a do art. 928 do mesmo Código¹²⁸, a indicar ao juiz o emprego da equidade como critério para determinar o *quantum* da indenização pelos prejuízos causados pelo incapaz, que tem como limite o máximo o mínimo necessário à subsistência dele.

Há ainda regras jurídicas quadro que estabelecem **critérios** para determinação da extensão de alguma situação jurídica, **extensão essa predefinida** em seu máximo e mínimo, restringindo de maneira muito mais notável a liberdade judicial no desenvolvimento da atividade determinativa. Exemplo típico disso são as regras sobre a dosimetria da pena, previstas no Código Penal¹²⁹.

2. Em situações excepcionalíssimas, o STJ afasta o rigor da Súmula 7 para exercer juízo de valor sobre o quantum fixado a título de honorários advocatícios, com vistas a decidir se são eles irrisórios ou exorbitantes.

3. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça não pode, em recurso especial, refazer o juízo de equidade de que trata o art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo dispositivo legal, sem que o acórdão recorrido deixe delineada a especificidade de cada caso, porque isso, necessariamente, demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que é vedado a esta Corte, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 64.529/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013).

Como quer que seja, tanto num como noutro caso, a despeito da variação entre as regras, estabelecendo ambas uma moldura dentro da qual se desenvolverá a atuação prudencial do juiz, viabiliza-se a atividade jurisdicional determinativa.

¹²⁷Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹²⁸Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹²⁹No contrabando (art. 334 do Código Penal), por exemplo, a pena-base a ele cominada varia de 1 a 4 anos de reclusão. Sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e inexistindo agravantes, sabe-se que o *quantum* da pena montará ao mínimo ali estabelecido, 1 ano. Observando-se o oposto (circunstâncias judiciais desfavoráveis e múltiplas agravantes), por outro lado, sabe-se de antemão que a pena não ultrapassará os 4 anos. Embora a incidência de causas de aumento ou de diminuição de pena na última fase

Sobre a pena criminal, uma última observação se impõe. Note-se que, a despeito de os critérios legalmente relevantes ao exercício da atividade determinativa na sentença penal condenatória serem abertos, gizados em fórmulas mais ou menos fluidas, tudo aquilo que repercute na dosimetria¹³⁰ está previsto em lei expressamente, inadmitindo-se ao juiz valer-se de interpretação extensiva, analogia, de recurso a princípios ou a equidade para exasperação da sanção. Na medida do possível, diante da natureza artesanal da individualização da pena, é assim que o direito penal busca restringir o campo de atuação do juiz, modo com que procura impedir que liberdade se transforme em arbítrio.

Ainda no estudo das normas jurídicas que viabilizam o exercício de atividade determinativa, é o caso de mencionar aquelas que simplesmente criam direitos sem extensão nem modo de exercício preconcebidos, e que também não fornecem critérios para

da dosimetria possa levar a pena para além ou aquém do máximo ou mínimo legais, ainda assim, os limites máximos e mínimos da sanção penal são predeterminados. Assim, aproveitando o exemplo do crime de contrabando, pense-se na modalidade tentada. Sob o prisma do acusado, na melhor das hipóteses, a sanção penal a que estará sujeito será de 4 meses (1 ano menos a diminuição máxima de 8 meses); na pior, de 2 anos e 8 meses (4 anos menos a diminuição mínima de 1 ano e 4 meses).

Embora os limites máximos e mínimos da pena sejam previamente conhecidos, vale realçar que, ainda assim, na dosimetria da pena na sentença criminal, há verdadeiro exercício de atividade determinativa judicial. Isso porque ao juiz cabe dosar a reprimenda prudencialmente, atento a todos os critérios legalmente reputados relevantes (circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena), de acordo com os dados concretos do caso.

Mas não se trata de tarefa simples. Para não avançar nas três fases da dosimetria penal, tome-se, por exemplo, a primeira delas, relativa à análise das circunstâncias judiciais a que faz menção o art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima), com base nas quais o juiz fixará a pena-base conforme necessário e suficiente tanto à prevenção de novos crimes como ao castigo pelo cometido pelo acusado.

A primeira dificuldade com que se depara o juiz é que conduta social do criminoso, comportamento da vítima, reprovabilidade social da conduta (= culpabilidade), consequências do delito, por exemplo, só implicarão na exasperação da pena-base, se as circunstâncias do caso demonstrarem a real necessidade disso. Assim, por exemplo, um furto de quinhentos Reais certamente ensejará um aumento da pena-base acima da mínima legal, se perpetrado contra pobre trabalhador pobre que acabou de sacá-los no banco, no final do mês, ao receber o salário. Não, porém, se praticado contra um magnata, que os usaria para pagamento dos ingressos de uma peça teatral qualquer. Embora a lei penal preveja objetivamente os limites máximo e mínimo da pena do furto, os critérios pela lei reputados relevantes à fixação da pena, nem sempre comungam da mesma objetividade.

A segunda dificuldade decorre da inexistência de *quantum* predefinido legalmente atrelado à verificação de cada uma das circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição de pena. Aproveitando o exemplo acima, se o furto dos quinhentos Reais perpetrado contra o trabalhador exige a exasperação da pena-base, em que medida isso ocorrerá? Se é certo que a pena máxima do furto não superará 4 anos, em atenção aos limites previstos no art 155 do Código Penal, as circunstâncias específicas do caso implicarão em quantos dias, meses ou anos o aumento da pena-base? Diante disso é que se impõe a dosimetria da resposta penal do estado em desfavor do acusado, a ser realizada prudencialmente pelo juiz, atento aos fins de sua atividade, nesse caso, em estrita conformidade com o necessário e suficiente tanto à prevenção de novos crimes, como punição do acusado.

¹³⁰Exceção a isso são as chamadas atenuantes inominadas, a que faz menção o art 66 do Código Penal (“A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”). Como quer que seja, trata-se de solução legislativa que só alcança circunstâncias favoráveis, jamais contrárias, ao acusado.

que os interessados ou o juiz possam determiná-los concretamente. Nessas hipóteses, há uma liberdade ainda maior no juízo prudencial levado a efeito pelo juiz ou pelos interessados. Pense-se, por exemplo, no direito à indenização pela ofensa a bens jurídicos cuja relevância transcende aspectos meramente patrimoniais, como o dano moral ou o ambiental.

Nesses casos, a lei simplesmente prevê a indenizabilidade, sem definir expressamente quaisquer critérios, sequer fluidos ou abertos, para fixação do *quantum* indenizatório. Inexistindo predeterminação legal do valor¹³¹, as decisões aí proferidas, por natureza, são determinativas, porque decorrentes de um juízo prudencial do magistrado, sobre a dimensão monetária adequada para fazer frente aos danos sofridos, maior ou menor, a depender das circunstâncias do caso. Para evitar a eventual prolação de decisões absolutamente dantescas que um sistema tão aberto como esse pode gerar, a tendência é o surgimento de *standards* doutrinários ou jurisprudenciais mais ou menos rígidos para guiar os responsáveis pela atividade de determinação do *quantum debeatur*.

Nessa linha, ainda que com alguma indefinição, os tribunais tem mantido certo comedimento nos limites máximos de condenação, para assim evitar a chamada “indústria do dano moral”. Nas decisões, segundo ampla pesquisa recentemente elaborada pela Fundação Getúlio Vargas para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em 1044 acórdãos selecionados das Justiças Estaduais, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, há menção frequente a critérios mais ou menos vagos, como proibição do enriquecimento sem causa, necessidade de compensação à vítima, razoabilidade, circunstâncias fáticas. Reconhece-se também a função punitivo-pedagógica da condenação, muito embora isso não tenha servido para elevar os valores indenizatórios, de modo geral¹³². Os limites máximo e mínimo, por sua vez, devem manter-se entre a

¹³¹Algumas leis tarifam a indenização por danos morais. É o caso da Lei das Telecomunicações (L. 4.117/1962), que determinava entre 5 a 100 salários mínimos a indenização por calúnia, difamação ou injúria; a Lei de Imprensa (L. 5.250/67), que limitava 200 salários mínimos a indenização pelos atos do jornalista profissional e da empresa exploradora do meio de informação; ou o Código Brasileiro de Aeronáutica L. 7.565/1986), que predeterminava a indenização pelos atos praticados pelo transportador, no exercício do contrato, aos valores nela indicados em OTNs. Com a superveniência da Constituição de 1988, que protege amplamente os direitos de personalidade, o tarifamento caiu no ostracismo, como dá notícia a súmula 281 do STJ, especificamente quanto à Lei de Imprensa (“A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”). Mais recentemente, em vista da entrada em vigor do Código Civil de 2003, editou-se o enunciado 544 nas Jornadas de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, que, interpretando os arts. 186 e 944 da lei, enunciou: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

¹³²PÜSCHEL, Flavia Portella. *Série Pensando o Direito: Dano moral*. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>, acesso em

larguíssima faixa compreendida entre o exorbitante e o irrisório¹³³.

O que pretendi mostrar é a impossibilidade de tratar as normas quadro monoliticamente, como se todas apresentassem uma mesma estrutura e atribuíssem ao juiz poderes de atuação constantes – fosse esse o caso, abrir-se-iam as portas para a construção de uma teoria geral dos poderes do juiz nas sentenças dessa natureza.

2.3 FALSOS CASOS DE SENTENÇAS DETERMINATIVAS

Nos itens anteriores, procurei definir o que entendo por sentenças determinativas. Apresentei conceito, forneci exemplos, agrupei alguns casos a partir de caracteres comuns e indiquei a técnica legislativa que lhes possibilita o surgimento. Para minimizar eventuais dúvidas sobre os exatos contornos da categoria, penso que menção a figuras que apresentam alguma afinidade com ela deva ser de alguma utilidade. Por contraste, espero jogar luz em pontos eventualmente ainda obscuros, revelando com maior nitidez o fenômeno que ora se estuda.

2.3.1 Aplicação do direito x incidência normativa

Num contexto legislativo que não indica o que sejam sentenças determinativas, é

15/07/2013, p 98-99.

¹³³AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL DE ORIGEM AO PROFERIR DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia. Assim, uma vez que o quantum arbitrado a título de reparação por danos morais não se apresenta ínfimo ou exagerado, à luz dos critérios adotados por esta Corte, a sua revisão fica obstada pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 292.982/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/05/2013)

livre a doutrina para estabelecer o que melhor lhe aprouver. Considerando o posicionamento de parte dela que lhe elastece a abrangência (RASELLI, por exemplo), cumpre-me esclarecer que restrinjo as sentenças determinativas àquelas em que um juízo sobre as circunstâncias do caso é relevante à fixação da extensão da posição jurídica demandada, a seu modo de exercício ou a seu objeto, isto é, à **aplicação** judicial do direito objetivo. Se o juízo o for somente para saber se é ou não o caso de **incidência** de certa norma ao caso levado a julgamento, sem que disso se siga atividade determinativa jurisdicional, de sentença determinativa não se cogitará.

Nas sentenças determinativas, a lei faz depender de critérios subjetivos, fluidos, imprecisos a extensão o modo de exercício ou o objeto de alguma posição jurídica. Nos falsos casos de sentenças determinativas que ora examino, a lei também emprega critérios de mesma natureza (subjetivos, fluidos, imprecisos), no entanto, como requisito para incidência da norma jurídica sobre o suporte fático¹³⁴.

Nessa linha, não vejo na sentença que resolve o contrato por *onerosità eccessiva*, por exemplo, natureza determinativa nenhuma, como o fazia RASELLI (art. 1.467 do CCIt¹³⁵). Não há dúvidas de que a presença da onerosidade excessiva só poderá ser constatada caso a caso, mediante um juízo prudencial apto a verificar “*se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili*”. No entanto, reconhecida a ocorrência dos fatos constitutivos

¹³⁴Nisso, segundo JUDITH MARTINS COSTA consistiria uma das diferenças fundamentais entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo a prestigiada autora, “os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do “fato” em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los in concreto de forma apta -, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa.”... Por outro lado, “na cláusula geral, a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limites na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais as quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema”. *A boa-fé no direito privado*, 326-327.

Para os fins deste trabalho, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tem o mesmo sentido.

¹³⁵Art.1467 *Contratto con prestazioni corrispettive*.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

da pretensão à resolução do contrato, a sentença desconstitutiva do negócio jurídico nada mais faz que satisfazer o direito de exigir do estado-juiz a resolução em favor do demandante. Nesse caso, não é possível se pensar em exercício de atividade determinativa¹³⁶.

No entanto, optando o prejudicado pela onerosidade excessiva não pela resolução do contrato, mas pelo restabelecimento do equilíbrio contratual, mediante a redução da prestação ou alteração do modo de executá-la, a sentença que redefinir os termos do negócio jurídico de maneira a readequá-lo à nova realidade, inquestionavelmente, será determinativa.

Tampouco considero determinativa a sentença que anula doação de bem móvel de *valor módico*, não realizada por instrumento público (art. 783 do CCIt¹³⁷); a que anula cláusula que modifica a distribuição do ônus da prova, quando torne *excessivamente difícil* o exercício de determinado direito (art 2.965 CCIt¹³⁸); a que rescinde o contrato celebrado em *situações iníquas*, em estado de perigo (art. 1.447 do CCIt¹³⁹).

Em todos esses casos, reputados por RASELLI de sentenças determinativas, o juízo prudencial do magistrado é relevante não à determinação da extensão ou do modo de exercício do direito demandado em juízo, mas à análise da verificação da incidência ou não de regra jurídica sobre a qual ele se funda.

Evidentemente, nada impediria que se dessem contornos mais amplos à categoria, a ponto de nela incluir as sentenças proferidas com base em regras com suporte fático formado por termos cuja extensão só pudesse ser precisada segundo as circunstâncias. Inexistindo em lei um conceito de sentença determinativa, pode o estudioso estabelecer livremente as premissas em que se alicerçam as conclusões sobre o tema, que estarão certas, se formarem um sistema coeso com a realidade que se busque explicar.

A escolha por mim tomada, de considerar determinativas apenas as sentenças em que o juiz, ao decidir a causa, estabelece prudencialmente a extensão, o modo de exercício

¹³⁶A solução é a mesma no contexto do direito brasileiro, consoante dispõem os arts. 478 a 480 do CCB.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

ou o objeto de algum direito subjetivo ou poder jurídico, de acordo com as circunstâncias do caso, em realidade, decorre da maior ênfase emprestada ao momento culminante da atividade jurisdicional, correspondente ao próprio escopo técnico do processo, consubstanciado na aplicação do direito objetivo.

Bem verdade é que, para tanto, imprescindível atuação do juiz na revelação da regra aplicável ao caso. Voltando a um dos exemplos de RASELLI de sentença por ele considerada determinativa, para decidir sobre pedido de anulação da doação de bem imóvel feita por contrato particular, antes de mais nada, deverá o juiz verificar se era de módico valor o bem, de acordo com as circunstâncias da celebração do contrato (art. 783 do CCIt). No entanto, forçoso é convir que essa atividade, apesar de toda importância, apenas prepara o terreno para o que de mais importante ocorre no processo, a anulação propriamente dita, ato judicial de aplicação do direito. É por isso que, segundo penso, natureza **determinativa** só deve ser atribuída àquelas sentenças em que, no ato de aplicação do direito, em si, o juiz fixe a extensão, o objeto ou o modo de exercício do direito subjetivo feito valer em juízo¹⁴⁰.

2.3.2 Sentenças determinativas e integração de negócios jurídicos

As sentenças com as quais o juiz, com base num juízo prudencial atento às peculiaridades do caso concreto, integra negócios jurídicos a partir da indicação de

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹³⁷Art. 783 Donazioni di modico valore.

La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione.

La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.

¹³⁸Art. 2965 Decadenze stabilite contrattualmente.

È nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

¹³⁹Art. 1447 Contratto concluso in istato di pericolo.

Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata.

Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

¹⁴⁰Não que uma perspectiva seja melhor do que a outra. O importante é que tudo o que dela dependa seja com ela coerente. O que traz certo alento é que o ponto de partida aqui adotado repousa exatamente no cerne da atividade jurisdicional do estado, exercida por meio do processo, a aplicação do direito objetivo.

elemento que os interessados deixam a terceiro, seja particular, seja juiz, não são determinativas. Falta-lhes uma das características dessa espécie de sentenças: a indicação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de posição jurídica de vantagem. O ponto merece alguma atenção, porquanto prestigiosa doutrina insira dentre as determinativas sentenças dessa espécie.

O próprio KISCH, por exemplo, um dos precursores no estudo da categoria, entendia ser determinativa a sentença no caso em que um dos figurantes de negócio jurídico, sentido-se prejudicado pela escolha da prestação devida feita pelo outro ou por terceiro, pedisse a substituição por aquela julgada adequada pelo juiz, como permite o §315, abs 2 do BGB¹⁴¹. Também seria determinativa a sentença pela qual o juiz escolheria o encargo a ser cumprido para recebimento do legado, em bases razoáveis, substituindo-se a terceiro ou ao testador (§ 2156 do BGB¹⁴²). Mesmo no direito brasileiro, FREDERICO MARQUES, nas *Instituições*¹⁴³, ainda sob a vigência do CCB de 1916, entendia ser determinativa a sentença com que o juiz escolhe o objeto do legado determinado pelo testador apenas pelo gênero, *ex vi* art. 1.929 do CCB¹⁴⁴.

Quanto ao ponto, certo é que a só integração do ato ou do negócio jurídico, por si só, ainda que a partir de peculiaridades específicas do caso, não bastam à inserção da sentença que as promovem na categoria.

Ao escolher o objeto do legado determinado pelo testador apenas pelo gênero, o juiz apenas integra do negócio jurídico de onde se originam direitos ao legatário. O mesmo ocorre ao escolher o juiz o encargo a ser cumprido para recebimento do legado, em bases

¹⁴¹Section 315

Specification of performance by one party

(1)Where performance is to be specified by one of the parties to the contract, then in case of doubt it is to be assumed that the specification is to be made at the reasonably exercised discretion of the party making it.

(2)The specification is made by declaration to the other party.

(3)Where the specification is to be made at the reasonably exercised discretion of a party, the specification made is binding on the other party only if it is equitable. If it is not equitable, the specification is made by judicial decision; the same applies if the specification is delayed.

¹⁴²Section 2156

Legacy for a special purpose

When the testator makes a legacy whose purpose he has specified, the testator may leave the determination of the performance of the legacy to the reasonable discretion of the person charged or of a third party. The provisions of sections 315 to 319 apply with the necessary modifications to such a legacy.

¹⁴³*Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 537.

¹⁴⁴Art. 1.929. Se o legado consiste em coisa determinada pelo gênero, ao herdeiro tocará escolhê-la, guardando o meio-termo entre as congêneres da melhor e pior qualidade.

Art. 1.930. O estabelecido no artigo antecedente será observado, quando a escolha for deixada a arbítrio de terceiro; e, se este não a quiser ou não a puder exercer, ao juiz competirá fazê-la, guardado o disposto na última parte do artigo antecedente

razoáveis, substituindo-se a terceiro ou ao testador.

A rigor, nesses casos, a atividade jurisdicional apenas viabiliza a criação de algum direito subjetivo. Se eventual direito nascido do ato ou negócio jurídico completado pela sentença for daqueles cuja extensão, modo de exercício ou objeto tenha de ser fixado com base nas circunstâncias do caso, a sentença que isso fizer, essa sim, será determinativa. Uma coisa é a determinação judicial da extensão, do modo de exercício ou do conteúdo de um direito. Outra, a integração do ato ou negócio jurídico que dá origem a esse direito.

2.3.3 Integração de capacidade jurídica

O menor sob tutela poderá ser judicialmente emancipado, ouvido o tutor, segundo o art. 5º, parágrafo único, I do CCB¹⁴⁵. A menos que se pense que a atividade do juiz, nesses casos, seja meramente homologatória, a emancipação será negada se a instrução do feito demonstrar a imaturidade do menor para o exercício dos atos da vida civil, em geral. A sentença que, a partir das circunstâncias do caso, reconhecendo a aptidão do menor, emancipa-o, não é determinativa. Isso, pela mesma razão que não é determinativa a sentença que anula a doação de bem móvel de valor módico, esse, apurado de acordo com o caso concreto, não realizada por instrumento público, *ex vi* art 783 do Código Civil Italiano (vide item 2.3.1).

Embora em ambos os casos a decisão judicial dependa do exame das circunstâncias concretas para revelar a *modicidade do valor* do bem doado ou da *maturidade* do menor, ao anular a doação ou emancipar o menor, o juiz não atua na determinação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de alguma posição jurídica, sem estabelecer qualquer modulação, sem exercer qualquer juízo prudencial para adequá-lo ao caso concreto.

¹⁴⁵Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

[...]

2.3.4 Sentenças determinativas e relações jurídicas continuativas

A leitura apressada de alguns autores pode induzir à crença de que sentenças determinativas são as que decidem relação jurídica continuativa. AMARAL SANTOS, por exemplo, a cujo pensamento já se fez menção (item 1.7), definiu sentenças determinativas exatamente como aquelas “que decidem relações jurídicas continuativas”¹⁴⁶.

Mesmo na prática, há certa confusão sobre o tema.

Na apelação cível 9604000888, o TRF4, em ação do INSS visando cancelamento de auxílio-doença concedido por determinação judicial fundada em modificação do estado de saúde do beneficiário, falou em sentença determinativa como aquela que admite revisão “se houve modificação no estado de fato ou de direito”¹⁴⁷.

No agravo de instrumento 08342742519874036100, tirado em execução de sentença estrangeira sobre guarda de filhos, o TRF3 empregou a expressão sentença dispositiva para designar a suscetível de ser revista, por não ser imutável¹⁴⁸.

Segundo o agravo em recurso especial 201000870133, a 2a Turma do STJ

¹⁴⁶*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. III, p. 55.

¹⁴⁷PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO VISANDO CANCELAMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA CONCEDIDO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO PROPOSTA PELO INSS. IDADE DE 55 ANOS NÃO AFASTA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. 1. Tratando-se de sentença determinativa ou dispositiva, admite-se a sua revisão se houve modificação no estado de fato ou de direito. E, para comprovar-se a alteração de estado, no caso, imprescindível a realização de novos exames médicos. 2. Ademais o benefício o foi deferido judicialmente só por meio de processo judicial, com a instrução devida, poderá ser alterada a situação jurídica gerada pela decisão que determinou a concessão do benefício temporário. 3. O fato de não necessitar mais o segurado caso atingir a idade de 55 anos submeter-se, periodicamente, aos exames periciais feitos pela Autarquia não afasta a obrigatoriedade da realização da perícia judicial sem a qual não pode o julgador decidir se existe, ainda, a incapacidade. 4. Apelação provida, em parte, para anular a sentença e que realizada a instrução devida. (AC 9604000888, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TRF4 - QUINTA TURMA, DJ 10/12/1997 PÁGINA: 108405.)

¹⁴⁸PROCESSUAL CIVIL: EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CLAUSULA AJUSTADA NA SEPARAÇÃO. DIREITO DE VISITA. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOTIVOS SUPERVENIENTES E RELEVANTES. RECURSO IMPROVIDO. I - A SENTENÇA EXEQUENDA, QUE SE INCLUI NA CATEGORIA DAS SENTENÇAS DISPOSITIVAS, PELA NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA DECIDIDA, E SUSCETÍVEL DE REVISÃO, POR NÃO SER IMUTÁVEL. II - DEPOIS DE SUA PROLAÇÃO, SOBREVINDO MUDAÇÃO DO ESTADO DE FATO ANTERIOR, EM DECORRÊNCIA DE MOTIVOS COMPROVADAMENTE RELEVANTES, E LICITO AO JUIZ, A BEM DAS FILHAS, DAR NOVA REGRAÇÃO AO DIREITO DE VISITA DO GENITOR. III - ASSEGURADO AO PAI O DIREITO DE VISITAR E DE TER AS FILHAS EM SUA COMPANHIA, E DE SE RECONHECER O ACERTO DA DECISÃO GUERREADA. IV - AGRAVO IMPROVIDO. (AI 08342742519874036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ARICE AMARAL, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DOE DATA:12/04/1993 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

consignou que o art. 471, inciso I, do CPC reconhece a categoria das chamadas sentenças determinativas, que transitam em julgado como quaisquer outras, mas que, por veicularem relações jurídicas continuativas, a imutabilidade de seus efeitos só persistiriam enquanto não sucedessem modificações em estado de fato ou de direito. Como exemplos de sentenças determinativas, lembrou as proferidas em processos de guarda de menor, direito de visita ou de acidente de trabalho¹⁴⁹.

Antes de apontar o acerto ou desacerto do vínculo entre sentenças determinativas e relações jurídicas continuativas, é necessário indicar que se entende por estas.

Não há definição legal do que sejam relações jurídicas continuativas. O art. 471, inciso I do CPC as menciona, porém, sem as conceituar. Diz apenas ser possível revisar o que estatuído em sentença, sobrevindo modificações do estado de fato e/ou de direito, em que se fundamentou a decisão. A própria lei de alimentos, equivocadamente, disse não transitar em julgado a sentença condenatória dessa espécie¹⁵⁰. Paulatinamente, porém, percebeu-se que a conclusão a que chegou o legislador tinha por premissa as circunstâncias da época em que proferido o julgado e que a ação de modificação se fundava exatamente na alteração delas. A rigor, antes de representar exceção à teoria da coisa julgada, a possibilidade de modificar a conclusão do julgado a confirmava¹⁵¹.

¹⁴⁹..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE TARIFA PROGRESSIVA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.445/07. NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA. NÃO OFENSA À COISA JULGADA. 1. Noticiam os autos que o agravante - Condomínio Santa Mônica - ajuizou ação ordinária contra a CEDAE, com vistas a afastar a cobrança de água pela tarifa progressiva, sob o fundamento de ilegalidade. O pedido foi julgado procedente, transitando em julgado em 2006. Em 2007, entrou em vigor a Lei n. 11.445, que chancelou expressamente essa modalidade de cobrança progressiva. 2. Cinge-se a controvérsia ao momento em que a tarifa progressiva instituída pela Lei n. 11.445/07 poderia ser cobrada do Condomínio, no caso de haver sentença transitada em julgado em sentido contrário. 3. O art. 471, inciso I, do CPC reconhece a categoria das chamadas sentenças determinativas. Essas sentenças transitam em julgado como quaisquer outras, mas, pelo fato de veicularem relações jurídicas continuativas, a imutabilidade de seus efeitos só persiste enquanto não suceder modificações no estado de fato ou de direito, tais quais as sentenças proferidas em processos de guarda de menor, direito de visita ou de acidente de trabalho. 4. Assentadas essas considerações, conclui-se que a eficácia da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula rebus sic stantibus, norteadora da Teoria da Imprevisão, visto que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. 5. Com base nos ensinamentos de Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, é contundente asseverar que "a autoridade da coisa julgada material sujeita-se sempre à regra rebus sic stantibus, de modo que, sobrevindo fato novo 'o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, para atender a ele, adapta-o ao estado de fatos superveniente'." 6. Forçoso concluir que a CEDAE pode cobrar de forma escalonada pelo fornecimento de água a partir da vigência da Lei n. 11.445/2007 sem ostentar violação da coisa julgada. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGRESP 201000870133, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/10/2010 ..DTPB:.)

¹⁵⁰L. 5.478/58, art. 15: A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

¹⁵¹Sobre a coisa julgada nas sentenças de alimentos, vide FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, disponível em

Sobredito dispositivo não fala em sentenças em que o juiz, com base nas circunstâncias do caso, define a extensão, objeto ou o modo de exercício de direito. Se o fizesse, indicaria o que penso ser a essência da atividade determinativa. Daí se percebe a inexistência de identidade entre sentença determinativa e sentença que julga relação jurídica continuativa.

Há relações jurídicas que se protraem no tempo, sem que a mudança do contexto em que nasceram lhes modifique extensão ou modo de exercício¹⁵². Há também casos de relações jurídicas continuativas alcançadas pela mudança das circunstâncias, a que não correspondem sentenças determinativas. Às vezes, pode ocorrer de a própria lei estabelecer um dever de prestar continuado fixo, cuja existência, tão somente – não o *quid*, o *quantum*, nem o *quomodo debeatur* –, sejam afetados por particularidades mutáveis no tempo. Basta pensar no caso do benefício de 1 salário mínimo mensal, previsto no artigo 20¹⁵³ da lei que organiza a assistência social (LOAS, L. 8.742/93), a que faz jus toda pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. A sentença que condena o INSS ao pagamento de LOAS não é determinativa, eis que nada mais faz o juiz senão indicar o *quantum* legalmente estabelecido, sem que no montante do direito as circunstâncias concretas tenham quaisquer consequências. Alterada a sorte financeira do particular, passando ele a receber o necessário à própria manutenção, a própria existência do direito ao benefício é atingida. Eventual sentença de cessação do benefício nada mais fará senão extingui-lo, sem que se possa pensar em exercício de atividade determinativa

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%282%29%20-formatado.pdf>, acessado em 11/08/2013.

¹⁵²Na aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, atingido o exigido por lei, salvo os reajustes legais periódicos para recomposição do valor real, o *quantum* não sofre alterações, por ser pré-fixado em lei. Proferida sentença concessiva de benefício dessa natureza, não haverá atividade determinativa nenhuma – senão a que a própria lei trata de realizar –, apesar da periodicidade do pensionamento.

¹⁵³Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. ([Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011](#))

§ 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. ([Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011](#))

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. ([Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011](#))

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

para, por exemplo, diminuir o benefício, na medida em que as condições financeiras do beneficiário melhorem.

Com o auxílio-doença, passa-se o mesmo. Devido ao segurado incapacitado para o trabalho¹⁵⁴, o benefício é pré-fixado em lei¹⁵⁵. Na sentença que o concede, o juiz não fixa a extensão do direito, de acordo com o grau da incapacidade, não se podendo falar em atividade determinativa. *A fortiori*, na sentença que o extingue. Daí o equívoco da apelação cível 9604000888, acima indicada, em que o TRF4 chamou determinativa a sentença que cancelou auxílio-doença anteriormente concedido por determinação judicial fundada em modificação do estado de saúde do beneficiário. Não se permite ao juiz modular o *quantum* pensionatório de acordo com as circunstâncias - estas, no benefício, interferem apenas no ser ou não-ser, não no montante do que deva ser; não há possibilidade judicial de gradação do direito, donde a impossibilidade de falar-se em atividade determinativa.

O equívoco de identificar sentenças que decidem relações jurídicas continuativas com sentenças determinativas, bem esclarecidas as coisas, possivelmente deita raízes nas sentenças que condenam a alimentos, nas que dispõem sobre a guarda dos filhos, ou mesmo nas que decidem o regime de aproveitamento das águas particulares pelos donos das propriedades por onde passam. É o equívoco decorrente de extrair das características das espécies mais marcantes de sentenças determinativas o todo da categoria; de tomar-se a parte pelo todo.

As sentenças que condenam ao pagamento de alimentos, de fato, são determinativas. Não, porém, pela natureza continuada do pagamento, mas porque a extensão do direito, mais precisamente, das prestações, está sujeita a atividade determinativa dos figurantes da relação jurídica ou do juiz. Inexiste, repita-se, correlação necessária entre sentenças determinativas e relações jurídicas continuativas.

As sentenças que decidem sobre a guarda dos filhos são determinativas, como também as que disciplinam o regime de aproveitamento das águas particulares pelos donos das propriedades por onde passam, ou, no geral, aquelas em que necessário ajustar um

¹⁵⁴Art. 60, L. 8.213/91. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

¹⁵⁵Art. 61 da L. 8213/91. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei.

modus vivendi entre os sujeitos de alguma relação jurídica. Nos casos em que impossível a autocomposição, cabe ao juiz acomodar equitativamente os interesses em conflito. A depender das particularidades do caso, a sentença assume as vestes de verdadeiro estatuto regulatório da vida das partes, dispondo para o futuro. Isso, diante da própria natureza mais ou menos duradoura do vínculo entre elas. O dispositivo das sentenças, nesses casos, pode em muito se distanciar dos modelos mais tradicionais, consagrados em expressões como “isto posto, julgo procedente o pedido do autor para condenar o réu ao pagamento da soma X”, para “anular o contrato Y”, para “mandar que se abstenha de praticar o ato Z”, ou para “declarar a existência da relação jurídica W”. A depender do caso, para satisfazer todos os interesses em confronto, na sentença que dispõe sobre a guarda de filho menor no divórcio de casal, por exemplo, o juiz a deferirá em favor de um dos genitores, podendo fazer as mais diversas ressalvas a respeito de muitos aspectos da vida do menor, para cuja criação a presença de ambos é quase sempre fundamental. Para acomodar a posição de mãe, pai, da criança e dos eventuais outros filhos do casal, a depender das particularidades do caso, a sentença entrará em detalhes como quem levará ou buscará a criança no colégio, nas aulas de futebol ou de inglês; quem ficará com ela nas férias, nos feriados ou nos aniversários dos avós *etc.*

Situações como essa são também bastante comuns nas relações entre vizinhos. Imagine-se, por exemplo, a (difícil) convivência entre um escritor e um pianista, moradores próximos um do outro. Demandada pelo escritor a proibição de o pianista tocar na própria casa, a depender das circunstâncias devidamente provadas nos autos, o que impediria o juiz de, em vez de proibir as atividades do músico, estabelecer condições especiais para que sejam desenvolvidas, de modo a preservar o silêncio necessário à produção literária do primeiro, assim harmonizando os interesses contrastantes. A sentença, nesse caso, por exemplo, poderia definir horários em que o uso do piano fosse proibido; poderia, ainda, prever alguma flexibilização maior dos horários permitidos às vésperas de um concerto importante, ou nas ausências do escritor. Tudo isso, porém, desde que tais soluções, pelas provas produzidas nos autos, fossem as que melhor garantissem aos envolvidos seus respectivos direitos, segundo prudente avaliação judicial. A conclusão constante da sentença, tanto no caso dos vizinhos, como no da guarda do filho do casal, indicando a extensão dos direitos das partes, atento às peculiaridades do caso, consubstancia verdadeira atividade determinativa, dotando a decisão aí proferida, *a*

fortiori, de igual natureza.

Por fim, a afastar quaisquer dúvidas sobre a inexistência de qualquer correlação entre sentenças determinativas e relações jurídicas continuativas, como observado noutras partes do trabalho, as sentenças de danos morais, as que fazem a dosimetria da pena criminal ou da sanção de improbidade, as de reparação civil nos casos de culpa recíproca são alguns dos tantos exemplos de sentenças determinativas em que não se decide relação jurídica continuativa.

3 SENTENÇAS DETERMINATIVAS, EQUIDADE E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Em doutrina e em jurisprudência, é sempre estabelecida a correlação, senão mesmo a própria identificação conceitual, de sentenças determinativas, sentenças de equidade e sentenças nas quais o juiz decide exercitando poderes discricionários. Diante disso, é de todo pertinente analisar se e em que medida essa correlação é verdadeira.

3.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS DE EQUIDADE

3.1.1 Panorama geral sobre a correlação entre sentenças determinativas e de equidade

Alguns autores sustentam a absoluta identidade entre sentenças determinativas e sentenças de equidade. É o caso de TOMÁS PARÁ FILHO, a quem se deve um dos raros estudos específicos sobre as sentenças constitutivas no direito brasileiro, no bojo das quais as determinativas eram analisadas. Segundo ele, o que caracteriza as sentenças determinativas é serem calcadas no princípio da equidade. Nelas, o juiz fixaria o conteúdo de uma norma jurídica que não define todos os elementos do caso julgado, nem prevê as consequências correlatas, deixadas em branco pelo legislador. Lembra também que as sentenças dessa natureza só poderiam ser proferidas nos casos expressamente previstos em lei, segundo prescreve o art. 127 do CPC¹⁵⁶. Salienta, ainda, que embora se possa ver na equidade a justiça do caso singular, não se poderia atribuir ao juiz a pecha de legislador do caso individual, porquanto nessas sentenças não lhe seria possível elaborar preceitos abstratos, característica central da atividade legislativa¹⁵⁷.

DE MARINI, por outro lado, nega a coincidência entre sentença de equidade e sentença determinativa. Nessa última, segundo pondera, o juiz tem o poder discricionário de determinar apenas o conteúdo de um ou mais elementos do suporte fático legal, e sua

¹⁵⁶Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁵⁷*Estudo sobre a sentença constitutiva*, p. 127-129.

atividade se limita a verificar a própria incidência da norma jurídica sobre o suporte fático e a especificar os efeitos jurídicos disso decorrentes, sem integrá-la ou formulá-la¹⁵⁸.

Na jurisprudência, fala-se com grande frequência em julgamento por equidade para fixação de honorários, ex vi art. 20§4º do CPC¹⁵⁹.

Nesse cenário, diante da necessidade de apurar ainda mais as ideias em torno das sentenças determinativas, é de todo relevante indicar em que medida é possível vinculá-las às sentenças de equidade. Para alcançar esse objetivo, essa seção do trabalho será desenvolvida da seguinte maneira: num primeiro momento, serão indicadas algumas noções de equidade, assim realçando os traços essenciais desse conceito tão polissêmico. Ainda, serão rapidamente indicadas as funções da equidade no direito, as classificações normalmente feitas de equidade pela doutrina e uma noção de sentença de equidade. Por fim, serão apontadas as relações eventualmente existentes entre essas e as sentenças determinativas.

3.1.2 Equidade: noção

O vocábulo equidade é polissêmico. Ainda hoje, de que se trate, remanesce um mistério. Como realça PONTES DE MIRANDA,

¹⁵⁸*Il giudizio di equità nel processo civile: premese teoriche*, p. 246 e ss.

¹⁵⁹Segundo se expôs noutra parte do trabalho, esse caso consubstancia típico caso de sentença determinativa, em que ao juiz cabe fixar prudencialmente o *quantum* da verba honorária, de acordo com os parâmetros legais ali presentes, em consonância com as particularidades do caso. No AgRg no AREsp 290.435/PE, por exemplo, a 2ª Turma do STJ aludiu a equidade, equiparando-a àquilo que é razoável. A ementa é a seguinte: PROCESSO CIVIL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA.

VERBA HONORÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. REVISÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.

[...]

3. Ao STJ, só é permitido modificar valores fixados a título de honorários advocatícios caso sejam eles irrisórios ou exorbitantes, o que não se aplica ao caso.

4. A questão do valor dos honorários fixados é irrelevante quando o juízo de origem afirma, expressamente, que foram eles estabelecidos de forma razoável, sendo inviável, nesses casos, a revisão dos valores pelo Tribunal Superior.

5. No presente caso, o Tribunal a quo analisou os elementos fáticos para concluir que a verba honorária foi estimada com equidade, não havendo razões para sua majoração, situação que impede a revisão no Superior Tribunal de Justiça, por esbarrar no óbice previsto na Súmula 7/STJ.

[...]

(AgRg no AREsp 290.435/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 10/06/2013)

A rigor, equidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenuie a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder.¹⁶⁰

O vocábulo é empregado generalizadamente pelas legislações.

Assim é que o art. 113, número 37 da Constituição Federal de 1934, que assegurava “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade”, estabelecia como garantia individual a vedação ao *non liquet*, de sorte que “nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”¹⁶¹. O art. 114 do CPC de 1939, dispunha que o juiz, quando autorizado a julgar por equidade, decidiria como se legislador fosse¹⁶², mais ou menos na linha do art. 1º, inc., II do Código Civil Suíço¹⁶³; o art. 127 do CPC versa sobre os juízos de equidade, limitando-os aos casos previstos em lei¹⁶⁴; o 6º da L. 9.099/95 dispõe que “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”; o 2º da Lei de Arbitragem (L. 9.307/96), franqueia o uso da arbitragem de equidade ao lado da de direito como forma hétero-compositiva privada dos litígios¹⁶⁵; o 413 do CCB fala em redução equitativa da cláusula penal, nos casos em que parcialmente cumprida a obrigação; o 473 do mesmo código prevê a modificação equitativa do contrato como causa à

¹⁶⁰Comentários ao Código de Processo Civil, t. II, p. 345-346.

¹⁶¹Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.

¹⁶²Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.

¹⁶³Art. 1, 2 do Código Civil Suíço: *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

¹⁶⁴Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁶⁵Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

manutenção de sua execução, na onerosidade excessiva¹⁶⁶; o 928 prevê a indenização equitativa a ser paga pelo incapaz para fazer frente aos danos que causou¹⁶⁷; o 944 falar em fixação equitativa da indenização, nos casos de desproporção entre o dano causado e o grau de culpa¹⁶⁸; dentre outros. No entanto, em nenhum momento, estabelece-se um conceito ou uma ideia de equidade.

No curso da história, equidade sempre esteve presente, mas com diversos significados. Em Aristóteles, por exemplo, equidade (*epielkeia*) vinha ligada à necessidade de abrandamento da lei, que, pela natureza abstrata, se aplicada a alguns casos, diante de especiais circunstâncias que apresentassem, poderia trazer enormes injustiças. A equidade, nesse contexto, seria um corretivo do rigor da lei, ponte para aproximar justiça e direito. Vista sob esse prisma, a *epielkeia* aristotélica é a raiz do que hoje se denomina equidade particular, e se exteriorizava como regra de decisão de determinado caso concreto.

A *aequitas* da Roma clássica guardava semelhança com a *equity* medieval inglesa. Ambas expressavam uma ideia de justiça surgida da necessidade de renovar o *ius civile* e a *common law*, diante dos novos fenômenos sociais da época. Correspondiam ao sentimento coletivo de justiça vigente, e se exteriorizavam em normas gerais, regulatórias da vida em sociedade. Nisso se percebe a diferença entre o sentido de equidade aristotélico, particular, de solução do caso concreto, do de equidade geral, de que foram paradigmas a *aequitas* e a *equity*, mais próximas de suma justiça ou de direito natural.

As oscilações porque passou a noção de equidade é sentida pelos ordenamentos jurídicos, em geral. No caso do brasileiro, parágrafos acima foram indicados alguns dispositivos em que se fala em equidade. Sem que o conceito tenha sido apresentado, cumpre ao intérprete indicar o sentido com que em cada um deles apareceu.

Independentemente do conceito de equidade a que se adira, como acertadamente observa ANTONIO CARRATA, uma das ideias nele presentes é a da possibilidade de que o juiz não se valha da aplicação rígida das regras de direito, para chegar à solução do caso

¹⁶⁶Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

¹⁶⁷Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹⁶⁸Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

olhando para fora dos limites materiais impostos pelo direito vigente^{169 170}. Nesses casos, a equidade é vista naquele sentido geral presente na *aequitas* e na *equity*, servindo como verdadeira fonte de direito, integrando o direito vigente para resolução dos casos.

Além disso, é latente na ideia de equidade a de solução mais adequada ao caso. No art. 413 do CCB, que permite a redução equitativa da pena se cumprida parcialmente a obrigação principal ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, equidade é empregada naquele sentido aristotélico de *epielkea*, em que os rigores da lei são temperados pela atuação judicial para dar solução mais justa ao conflito¹⁷¹. Isso também ocorre no art. 944 do mesmo Código, que dá ao juiz o poder de dosar a indenização se entre a gravidade da culpa e o dano houver excessiva desproporção. Em âmbito tributário, igual se dá na possibilidade de a lei autorizar a autoridade administrativa a conceder remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo, dentre outros critérios, a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso (art. 172, I e IV do CTN¹⁷²).

3.1.3 Que se deve entender por juízo ou sentença de equidade ?

Pensemos em 3 situações:

a) Inexiste regra jurídica para disciplina do caso que as partes submetem a juízo.

Porque se vedou o *non liquet*, não cabendo a lei afastar da apreciação do Judiciário lesão

¹⁶⁹*Poteri del giudice: Commentario del Codice di Procedura Civile a cura di Sergio Chiarloni*, p. 304

¹⁷⁰Isso, aliás, parece subjazer ao art. 113, número 37 da Constituição Federal de 1934, que possibilitava julgar por equidade, nos casos de omissão legal, ou mesmo ao texto da lei de arbitragem, que discrimina a arbitragem de direito da arbitragem de equidade.

¹⁷¹No mesmo sentido, porém, em relação ao direito espanhol, CONCA, Javier Prieto de Paula. *La equidad y los juicios de equidad*, p. 68.

¹⁷²Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

- I - à situação econômica do sujeito passivo;
- II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;
- III - à diminuta importância do crédito tributário;
- IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;
- V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Quanto à dicção do artigo, embora o apenas o inciso IV fale expressamente em equidade, dos demais incisos também é possível extrair o emprego do critério, porquanto possibilitem à autoridade administrativa, total ou parcialmente, conceder remissão do crédito tributário, atento às características pessoais do sujeito passivo da obrigação (incisos I, II), ou características materiais do caso (incisos III e V).

ou fundada ameaça de lesão a direito (art. 5º, inc. XXXV¹⁷³), ou o pedido é julgado improcedente, ou se decidirá por equidade. Muito embora a Constituição de 1988 não tenha repetido a fórmula da de 1934 (art. 113, número 37), que falava expressamente em equidade; e os arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁷⁴, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (D.L 4.657/42) e 126 do CPC¹⁷⁵ atual só falem em analogia, costumes e princípios gerais de direito para julgamento dos casos nas hipóteses de vazio de regra jurídica, o “caldo normativo” de sabor conhecido, mas não plenamente identificado, passa por um dos muitíssimos sentidos de equidade geral, de sorte que ela, embora não mencionada, ainda comparece para integrar lacunas da ordem jurídica, dando-lhe completude¹⁷⁶.

b) O juiz analisa o caso e percebe que a regra jurídica aplicável aos semelhantes, por singularidades pertinentes ao trazido pelas partes, geraria resultados injustos, contrários ao ordenamento jurídico visto em sua integralidade. Se, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁷⁷), é-lhe possível afastar a regra legal, adotando a que, segundo ele, corresponda à que o legislador teria editado, se tivesse previsto a circunstância peculiar diferenciadora¹⁷⁸. Aqui opera a noção aristotélica de *epieikeia*.

c) Há regra jurídica aplicável ao caso, que não predetermina completamente o teor da sentença, deixando ao juiz determinar o que falta, atento a circunstâncias do caso,

¹⁷³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁷⁴Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁷⁵Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973](#))

¹⁷⁶Sobre o debate na atualidade a respeito da eterna discussão sobre a existência de lacunas no direito foi feita em obras como a de ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. *Lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2005.

¹⁷⁷Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹⁷⁸No mesmo sentido parece ser a ponderação de NELSON NERY JR, ao observar que “a autorização legal, ainda que tácita, para que o juiz, no confronto entre norma e fato, aplique a lei atendendo a seus fins sociais e ao bem comum (LICC 5º e LPC 5º) significa possibilidade de que decida por equidade, considerada em seu conceito moderno evolutivo”. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 476.

da maneira mais razoável, justa ou equânime possível. A regra jurídica apenas estabelece uma posição jurídica de vantagem (direito subjetivo, poder jurídico etc), sem predeterminar o respectivo objeto, modo de exercício ou extensão.

Das três hipóteses indicadas acima, apenas as duas primeiras consubstanciam verdadeiros juízos de equidade, pois apenas nelas se aplica regra de equidade para resolução do litígio, cabendo ao juiz atuar “como se legislador fosse”.

Na terceira, a equidade igualmente comparece, não, porém, para disciplinar o caso como um todo. Em 'c', cabe ao juiz atuar como juiz que é, aplicando a regra jurídica que incidiu, sem que tenha sido observada. O que se atribui ao juiz, aqui, apenas é o poder de indicar o aspecto faltante da relação jurídica. **Porém, a equidade não serve de fundamento da decisão adotada, mas como critério para determinação do que falta.** A dificuldade de se estabelecerem as diferenças decorre exatamente da natureza polifacética do vocábulo equidade - o ponto será melhor examinado no item que tratar das relações entre sentença de equidade e sentença determinativa.

3.1.4 Natureza objetiva do juízo de equidade

Ao permitir a lei que o juiz aplique regra de equidade, característica central dos juízos de equidade, ela não lhe atribui poder de resolver a demanda mediante aplicação de regra formulada a partir de critérios pessoais. Antes de serem indivíduos, juízes são órgãos jurisdicionais, responsáveis pela administração da justiça, uma das expressões da soberania do estado. A eles, no exercício de suas funções, cabe aplicar o direito objetivo, outra das expressões do poder soberano do estado. Nos estados contemporâneos, em que todo poder emana do povo (CF art. 1º, parágrafo único¹⁷⁹), aos que em nome dele o exercem, no que também se incluem os julgadores, impõe-se a maior diligência possível na leitura dos interesses sociais predominantes no contexto histórico em que vivem, na execução de suas atividades típicas. Assim, da mesma forma que ao Legislativo se impõe a melhor vocalização possível desses interesses, mediante a edição de normas jurídicas aptas a promovê-los, ao Judiciário, ao julgar, também se impõe esforço no mesmo sentido.

¹⁷⁹Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Considerando a missão de cada um dos poderes do estado, o cenário que se abre diante dos juízes é muito menos amplo do que aquele se coloca diante do legislador, porque as normas jurídicas limitam as atividade daqueles, não lhes sendo possível julgar como queiram¹⁸⁰. Por isso é que, à falta de disciplina normativa para resolução do litígio trazido ao processo, vedado o *non liquet*, deve o juiz ou julgá-lo improcedente, ou decidi-lo mediante equidade, aplicando sempre a solução que melhor expressa os valores prestigiados socialmente em determinado momento histórico.

Note-se bem: valores sociais, não valores pessoais. Esta correto, portanto, MANDRIOLI, ao afirmar que a regra de equidade é elaborada pelo juiz, com base em determinadas orientações sociais e morais, de tudo análogas àquelas que inspiram o legislador ao ditar normas de direito¹⁸¹. Nesse sentido é que se deve afirmar que o julgamento por equidade é objetivo. Por isso é que art. 114 do CPC de 1939 aludia ao “como se legislador fosse”.

Disso se extrai o absurdo que seria cogitar-se de quarta hipótese, em que o juiz desconsidera a regra jurídica prevista pelo sistema que disciplina o caso de maneira justa para decidir a seu bel-prazer. Por mais iluminado que seja o juiz – e a iluminação é uma virtude que, a menos que se seja muito humilde, todos julgam possuir -, o avanço da ideia de estado de direito a repele.

Nessa linha, a extensão do art. 6º da L. 9.099/95, que permite ao Juiz adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum é ampla, mas não ilimitada. Admite-se aplicação de regra de equidade em caso de omissão normativa; também a de regra de equidade para atenuar os rigores legais, nas hipóteses em que a norma existente ofenda os valores sociais reconhecidos e o sistema jurídico como um todo. Jamais, porém, a substituição da norma jurídica conforme a justiça, em sentido objetivo, pela regra de equidade fundada na “virtude” pessoal do juiz.

¹⁸⁰É de se ressaltar que, nos estados democráticos de direito, nem mesmo a atividade legislativa pode ser exercida com total liberdade, diante da necessidade de legislar-se constitucionalmente. Porém, forçoso é reconhecer que, se alguém está mais próximo da liberdade total, esse alguém é o legislador, e não o julgador.

¹⁸¹*Diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*, v. I, p. 114. Mais enfático era CALAMANDREI, citado por MANDRIOLI: “...formulazione del diritto per il caso singolo...non significa che il giudice sia libero di decidere secondo il suo capriccio individuale, ma secondo ...concezioni morali ed economiche prevalenti nella società in cui egli vive”. *Istituzioni di diritto di procedura civile secondo il nuovo codice*, I, p. 27.

Também não creio que o art. 1.109 do CPC permita isso¹⁸². Ao falar em desnecessidade de o juiz observar critério de legalidade estrita, a rigor, o texto da lei em nada inova. Isso porque toda norma jurídica é, antes de mais nada, a conclusão a que o conjunto da comunidade jurídica chega a respeito da extensão do texto normativo, o produto da interpretação do texto, não o texto, propriamente dito. “Texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o *produto da interpretação desse enunciado*”¹⁸³. Ao se cogitar na transcendência da legalidade estrita, o que se buscou dizer é simplesmente que o texto não precisa necessariamente ser interpretado restritiva ou literalmente, cabendo a interpretação sistemática, teleológica ou histórica, para alcance da função social do direito e das exigências do bem comum. Para isso, a primeira parte do artigo é desnecessária¹⁸⁴. Quanto à segunda, que fala em adoção da solução mais conveniente ou oportuna, tampouco se pode dizer que a eventualmente adotada decorra do livre arbítrio do juiz.

Antes de seguir, é necessário ressaltar que dizer que nos juízos ou sentenças de equidade há atuação judicial do tipo “como se legislador fosse” não faz delas atos legislativos¹⁸⁵. Como bem realça LIEBMAN, a diferença entre legislação e jurisdição está no objeto a respeito do qual as atividades operam: problemas abstratos para a legislação; problemas concretos para a jurisdição, com a natural consequência de que o ato legislativo é eficaz para os casos futuros, enquanto o ato jurisdicional é eficaz só em relação ao caso julgado, mesmo nos juízo de equidade, em que se vê no juiz um legislador do caso concreto¹⁸⁶.

¹⁸²Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

¹⁸³SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mito e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. , p. 616.

¹⁸⁴Poder-se-ia concluir que o que aqui defendido contraria a noção de que a lei não contém palavras inúteis. Particularmente, penso que, enquanto produto do labor humano, a lei pode ser tão ou mais contraditória do que o homem. Daí minha insistência sobre a desnecessidade da regra do art. 1109 do CPC.

¹⁸⁵Sustenta a natureza legislativa da sentença de equidade, por exemplo, DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, p. 218.

¹⁸⁶“A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”. In: *Revista de Processo*, v. 43, p. 57 | Jul / 1986DTR\1986\128, versão eletrônica, p. 3.

3.1.5 Art. 127 do CPC

Para entender qual é significado do art. 127 do CPC¹⁸⁷, que dá ao juiz poder de julgar por equidade somente nos casos previstos em lei, é necessário lê-lo em sintonia com o 126 do CPC¹⁸⁸, que veda o *non liquet* e fala em analogia, costumes e princípios gerais de direito para julgamento no caso de falta de norma legal que discipline o caso julgado.

O Código estabeleceu uma ordem a ser observada pelo juiz ao decidir, de maneira que o primeiro olhar a ser lançado para resolução dos conflitos que lhe forem submetidos é ao conjunto das normas legais. Porém, evidentemente, não às normas legais em estado bruto, mas já depois de devidamente interpretadas, segundo as exigências do bem comum e os fins sociais do direito, inclusive mediante recurso à analogia, se necessário. Não achando solução entre as normas legais, cabe ao juiz passar para o degrau seguinte, o dos costumes; em seguida, aos dos princípios gerais de direito. Em síntese, no sistema processual brasileiro, a lei é o critério principal de julgamento, servindo os costumes e os princípios gerais de direito de critérios subsidiários.

No entanto, porque ao juiz é vedado o *non liquet*, feita a pesquisa sem que nada se tenha encontrado para julgamento do caso entre as normas legais, os costumes e os princípios gerais de direito, não restarão alternativas senão criar (*rectius*: revelar) o direito aplicável à espécie, como se legislador fosse, julgando por equidade.

Caso dentre as fontes formais de direito houver solução, discrepando essa do senso coletivo de justiça diante de alguma particularidade do caso, recorrer-se-á à equidade, uma vez que aplicação do direito deve se conformar com imperativos maiores de justiça.

A rigor, sinto algum ceticismo na possibilidade de diferenciação segura entre juízo de direito e juízo de equidade. De fato, se na criação (*rectius*: revelação) da regra de equidade o juiz é um intérprete do sentimento coletivo de justiça, se o legislador, ao elaborar leis, também deve estar atento a esse mesmo sentimento, e se ao aplicar a lei o juiz observará os fins sociais do direito e a realização do bem comum, bem se compreende

¹⁸⁷Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁸⁸Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973](#))

a ponderação de ANTONIO NASI, no sentido de que

la funzione equitativa è dunque immanente al giudizio giuridico come tale, e si ricollega, a ben riflettere, all'intimo significato del concetto stesso di "giudizio" come operazione spirituale nella quale generale e particolare si adeguano e che, trasferito nel campo dell'esperienza giuridica si traduce nel concetto di "applicazione" della norma giuridica al fatto¹⁸⁹.

Na realidade, a premissa de que parte o CPC é a de que, ao julgar por equidade, o juiz vira as costas para o direito, podendo decidir o litígio em conformidade com seu sentimento pessoal de justiça. Daí o comando de contenção, que reserva ao juiz o poder de decidir por equidade somente nos casos em que a própria lei o permite. No entanto, como tenho insistido, nas sentenças de equidade, o que cabe ao juiz é decidir como se legislador fosse, buscando solução representativa de um sentimento objetivo de justiça, moldado a partir da correta leitura dos valores sociais vigentes em determinado tempo e lugar. Como realça corretamente LARENZ, ainda quando julgue *extra legem*, cabe ao juiz manter-se *intra jus*, não podendo decidir simplesmente segundo a sua opinião pessoal ou seguindo o seu arbítrio¹⁹⁰. Daí minha opinião de que o art. 127 do CPC, na prática, tem impacto menor do que a primeira vista ele mesmo sugere¹⁹¹.

Talvez a maior utilidade do que nele disposto seja o impedimento de que as partes convençionem o julgamento da causa por equidade. Fora dos casos de hétero-composição privada, em que possível estabelecer a equidade como critério para decisão do árbitro (art. 2º da Lei de Arbitragem), o direito brasileiro desconhece a solução constante do art. 114 do *Codice di Procedura Civile*¹⁹², que dá às partes o poder de substituir a lei pela equidade

¹⁸⁹Voce: Equità (Giudizio di), In: Enciclopedia del diritto, v. XV, p. 146.

¹⁹⁰*Metodologia da ciência do Direito*, p. 468.

¹⁹¹Sintomático disso é o seguinte julgado do e. STJ, assim ementado:

EQUIDADE - ARTIGO 127 DO C.P.C. A PROIBIÇÃO DE QUE O JUIZ DECIDA POR EQUIDADE, SALVO QUANDO AUTORIZADO POR LEI, SIGNIFICA QUE NÃO HAVERA DE SUBSTITUIR A APLICAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO POR SEUS CRITERIOS PESSOAIS DE JUSTIÇA NÃO HA DE SER ENTENDIDA, ENTRETANTO, COMO VEDANDO SE BUSQUE ALCANÇAR A JUSTIÇA NO CASO CONCRETO, COM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 5. DA LEI DE INTRODUÇÃO. CLAUSULA PENAL - ARTIGO 927 DO CODIGO CIVIL. NÃO SE EXIGIRA SEJA DEMONSTRADO QUE O VALOR DOS PREJUÍZOS GUARDA CORRESPONDENCIA COM O DA MULTA, O QUE IMPLICARIA SUA INUTILIDADE. E DADO AO JUIZ REDUZI-LA, ENTRETANTO, AINDA NÃO SE TENHA INICIADO A EXECUÇÃO DO CONTRATO, QUANDO SE EVIDENCIE ENORME DESPROPORÇÃO ENTRE UM E OUTRO, EM MANIFESTA AFRONTA AS EXIGENCIAS DA JUSTIÇA. (REsp 48176/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 08/04/1996, p. 10469).

¹⁹²Art.114 Pronuncia secondo equità a richiesta di parte

Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità' quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.

como critério de julgamento das causas que envolvem direito disponível, mediante acordo.

3.1.6 Sentenças determinativas e sentenças (ou juízos) de equidade

É preciso estar atento para não confundir sentenças determinativas com sentenças de equidade. Pode haver desenvolvimento de atividade determinativa (fixação prudencial da extensão, do objeto ou do modo de exercício de posição jurídica de vantagem, com base em circunstâncias concretas do caso) tanto em sentenças de equidade como em sentenças de direito. É possível pensar em sentenças de equidade, sem desenvolvimento de atividade determinativa.

Se a alguém é reconhecido direito cuja extensão, objeto ou modo de exercício não seja predeterminado por alguma regra jurídica, abstraída a possibilidade de atividade determinativa pelas partes, é o caso de exercício de atividade determinativa judicial, característica das sentenças determinativas. Se a regra jurídica for regra de direito (e não de equidade), há sentença determinativa, sem ser de equidade. Porém, pode ser que a regra que discipline o caso seja de equidade, tendo sido concebida pelo juiz. Nessa hipótese, a sentença determinativa será ao mesmo tempo de equidade. Não há razão, portanto, para empregar as expressões **sentenças determinativas** e **sentenças de equidade** como sinônimas.

A sentença que condena ao pagamento de alimentos, por exemplo, é apenas determinativa, sem ser de equidade. A lei estabelece os critérios com base nos quais a atividade determinativa será desenvolvida, cabendo ao juiz preencher o que ela deixou propositadamente em branco¹⁹³.

Pensemos agora numa decisão fundada em equidade. Segundo entendimento consolidado do STJ, estende-se a impenhorabilidade do bem de família decorrente da L. 8.009/90 ao imóvel alugado em que o devedor não mantém residência, mas cujas rendas

¹⁹³São expressivas as palavras de DE MARINI, a respeito da sentença de alimentos: “*La norma positiva delimita strettamente il campo delle possibili soluzioni in base ad elementi obbiettivi od obbiettivamente desumibili dall'esperienza comune. Il limite del bisogno, prima, ed il doppio vincolo delle condizioni economiche del somministrante e delle necessità vitali dell'alimentando, poi, anche se sono apprezzabili dal giudice, costituiscono pur sempre dei criteri empirici da cui egli non può distaccarsi e che offrono obbiettivamente una ridotta possibilità di scelta*”. *Il giudizio di equità nel processo civile*, p. 246.

são vertidas para subsistência da família¹⁹⁴. Note-se que a conclusão do tribunal destoa da interpretação autêntica feita pelo art. 5º daquela lei, que “blinda” apenas o imóvel único utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente¹⁹⁵. Entende-se que a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei n.º 8.009/90¹⁹⁶, se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência¹⁹⁷.

Assim, imagine-se que o devedor resida em imóvel próprio. Passando por severas dificuldades financeiras, decide alugá-lo por R\$ 2.000,00/mês, passando ele mesmo a morar num imóvel mais modesto, alugado por R\$ 1.000,00/mês. Os R\$ 1.000,00 que passam a sobrar são usados para complementar os rendimentos do trabalho no sustento dele e da família. Iniciada a execução e penhorado o imóvel do devedor locado a terceiro, a rigor, em vista do que dispõe o art. 5º da L. 8.009/90, a menos que o devedor retornasse ao imóvel próprio para protegê-lo da penhorabilidade, a constrição deveria ser mantida. Por um raciocínio que levou em consideração a rudeza da lei, diante da necessidade de garantir ao devedor e a sua família o mínimo existencial e de provas robustas da gravíssima situação financeira do devedor, o juiz afasta uma regra de direito para aplicar uma de

¹⁹⁴A ementa de um dentre tantos precedentes é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IMPENHORABILIDADE.

1. Não obstante a Lei 8.009/90 mencionar "um único imóvel (...) para moradia permanente", a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que a impenhorabilidade prevista na referida lei estende-se ao único imóvel do devedor, ainda que se encontre locado a terceiros, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a própria manutenção da entidade familiar.

Nesse sentido: AgRg no Ag 679.695/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28.11.2005; REsp 670.265/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.11.2005; REsp 735.780/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005; REsp 698.332/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.8.2005; AgRg no Ag 576.449/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 9.2.2005.

2. Recurso especial desprovido.

¹⁹⁵Dizem os arts. 1º e 5º da Lei 8.009/90:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

¹⁹⁶Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

¹⁹⁷AgRg no Ag 679.695/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28.11.2005.

equidade, aqui entendida no sentido aristotélico de *epieikea*, levantando a penhora. Nesse caso, embora a decisão seja de equidade, não é possível falar em exercício de atividade jurisdicional determinativa, haja vista que o afastamento da constrição é predeterminado em lei, sem comportar graduações.

Pense-se agora numa variação do exemplo anterior, em que o credor pleiteie a penhora sobre os rendimentos auferidos pelo devedor, a título de alugueres. Considerando que a máxima de julgamento albergada jurisprudencialmente leva em conta a necessidade de resguardar ao devedor e a sua família o *mínimo necessário à existência digna*, ao decidir o incidente, poderá o juiz autorizar a penhora parcial daqueles rendimentos, modulando de acordo com as circunstâncias concretas o *quantum* que, mensalmente, sujeitar-se-á à constrição. Ainda que inexistisse o permissivo do art. 650 do CPC¹⁹⁸, a meu sentir, decisão nesse sentido poderia ser tomada, aplicando-se uma regra de equidade, que atribui ao juiz o poder de exercer verdadeira atividade jurisdicional determinativa.

Em síntese, nas sentenças determinativas a atividade jurisdicional determinativa é ineliminável. Isso, por óbvio, é uma tautologia, que, senão outro mérito, tem o de mostrar o que nesse tipo de sentença é o essencial. O que caracteriza as sentenças de equidade, por outro lado, é a aplicação de uma regra de equidade. Se essa atribuir posição jurídica de vantagem cuja extensão, objeto ou modo de exercício devam ser determinadas, cuida-se de sentença de equidade, coincidentemente, também determinativa. Caso contrário, apenas de sentença de equidade se tratará a espécie.

Em síntese: o que caracteriza as sentenças determinativas é que nelas o juiz fixa a extensão, o modo de exercício ou o objeto da posição jurídica reconhecida no processo, atento às circunstâncias do caso. O que caracteriza as sentenças ou juízos de equidade é que a decisão se funda numa regra de equidade. Se a regra de equidade não determina qual será a concreta extensão, modo de exercício ou objeto da posição jurídica reconhecida no processo, caberá ao juiz fazê-lo, sendo a sentença, nesses casos, a um só tempo, de equidade e determinativa. Se a regra de equidade já predetermina a solução do litígio, a sentença será meramente de equidade, sem ser determinativa.

¹⁹⁸Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia. ([Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006](#)).

3.1.6.1 *Sentenças determinativas, sentenças de equidade e criação (rectius: revelação) judicial*

A confusão entre sentenças de equidade e sentenças determinativas talvez decorra de duas particularidades comuns a ambas.

Nas sentenças dos dois grupos, a solução final para o caso, quer a partir do estabelecimento de uma máxima extrajurídica de decisão, nota característica das sentenças de equidade, quer a partir da determinação da extensão ou do modo de exercício da posição jurídica de vantagem demandada, dado ineliminável às sentenças determinativas, depende da produção de um *quid* novo por parte do juiz.

O ponto merece algum detalhamento para que bem se compreenda em que medida é possível falar em sentenças determinativas e em sentenças de equidade como ato de criação judicial.

Na realidade, para ser bem rigoroso, assim espelhando corretamente o que ocorre nos dois tipos de sentenças, o máximo de que se pode cogitar é em um ato de **revelação judicial** - da máxima de julgamento, do direito aplicável à espécie, no caso das sentenças de equidade; na extensão do direito, da indicação de seu objeto ou de seu modo de exercício, no das determinativas. O emprego do vocábulo **revelar**, aqui, tem o sentido de mostrar o que, embora existisse, estava escondido; a rigor, o sentido é o mesmo de **constatar**, concluir depois de investigar, o que se incompatibiliza com a noção de criar, fazer algo do nada.

Nas sentenças determinativas, o que faz o juiz é fixar a extensão, o objeto ou o modo de exercício de uma posição jurídica a partir da análise das circunstâncias reputadas pela lei relevantes para tanto (*e.g.*: necessidade e possibilidade dos figurantes da obrigação alimentar). Embora a atividade determinativa seja árdua, diante do raciocínio prudencial imposto ao juiz para tanto, não lhe cabe inventar coisa nenhuma, cabendo-lhe simplesmente estar atento aos dados reais que a instrução lhe traz. O próprio verbo *determinar*, aliás, no étimo, tem raiz em *terminare*, a mesma de terminal, termo, que é sinônimo de fim, limite - a sentença apenas indica os contornos do direito, **revelando-os**.

Para não dizer que nesse tipo de sentença não há ato de criação judicial, ele, a rigor, existe, mas corresponde ao que também se verifica nos demais tipos de sentenças ou

decisões, consubstanciando-se tão somente na exteriorização de um ato oficial do estado, dirigido à concretização de uma regra geral de direito ou de equidade, na busca da resolução do litígio¹⁹⁹.

Nas sentenças de equidade, por outro lado, o ato de criação tem por objeto a regra de equidade com base na qual o caso é decidido. Aqui também a ideia de criação poderia mais corretamente ser substituída pela de **revelação ou constatação**.

Em passagem anterior deste trabalho (item 3.1.4), apresentei meu ponto-de-vista sobre o processo “criativo” que ocorre nas sentenças de equidade. O que ponderei, em síntese, é que julgar por equidade não significa julgar segundo orientação pessoal. Juizes, enquanto órgãos jurisdicionais, centros irradiativos de soberania estatal, não têm liberdade para construir a regra de equidade aplicável ao caso a partir de predileções pessoais. Antes disso, cabe-lhes buscar a solução mediante a elaboração de regra de equidade consentânea com os interesses sociais em voga em determinado momento e lugar, conformes aos valores prestigiados pela comunidade jurídica como um todo. Esse era o sentido da expressão “como se legislador fosse”, a que aludia o art. 114 do CPC de 1939. Embora a legislação brasileira atual não mais a empregue, essa é a conclusão que extraio da fonte do poder dos estados que, como o brasileiro, adota a democracia como regime.

Disso entendo que, ao “criar” a regra de equidade, o juiz na verdade apenas revela a que teria correspondido à editada pelo legislador ideal, se tivesse regrado o caso. Bem verdade é que essa revelação, embora se consubstancie num ato institucional, é formulado pela pessoa do juiz, com concepções próprias de mundo e de vida. O que pretendo deixar claro é que a regra de equidade não corresponderá a uma mera predileção pessoal do julgador, mas àquilo que ele, a partir de suas concepções pessoais, entenda representar a justiça para o caso, sob o prisma objetivo. Daí o acerto da conclusão de LIEBMAN, para quem

equità non vuole dire però arbitrio del giudice, il quale deve, como

¹⁹⁹“A custo precisará de maior fundamentação a afirmação de que a imposição da sanção concreta tem um caráter constitutivo. A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o facto de que a decisão judicial é tão só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 330.

*giudice d'equità farsi interprete del senso etico-giuridico diffuso nella società del suo tempo, che è qualche cosa come un diritto allo stato amorfo, cosicché il criterio equitativo ... possa a sua volta esser sentito come precetto generale applicabile a tutti i casi identici*²⁰⁰.

3.1.6.2 Sentenças determinativas, sentenças de equidade e juízo prudencial

Outro dado que talvez ajude a entender a confusão entre sentenças de equidade e sentenças determinativas é o de que um dos tantos possíveis significados do polissêmico vocábulo equidade é o de **prudente arbítrio**. Como nota VICENTE RÁO²⁰¹, o próprio Código Civil Suíço, ao contemplar os juízos de equidade, determina que “o juiz decidirá segundo o direito e a equidade, quando a lei se reporta ao seu prudente arbítrio ou faz depender seu julgamento da apreciação das circunstâncias ou de motivos graves” (art. 4º)²⁰².

A confusão entre sentenças determinativas e sentenças de equidade também decorre disso. De fato, muito embora tenha ressaltado que nas primeiras haja sempre a fixação da extensão, do objeto ou modo de exercício de alguma posição jurídica, o que não necessariamente ocorre nas sentenças de equidade, certo é que, para tanto, o juiz deve agir prudencialmente. Muito embora pense-se hoje em prudência como cautela, posição assumida para evitar riscos, refiro-me à prudência no sentido de sabedoria, de justa medida, de equilíbrio, como juízo prático para avaliar a proporção adequada entre as coisas, uma das quatro virtudes cardinais, ao lado da justiça, da fortaleza e da temperança. O próprio conceito de sentença determinativa que aqui se adota, sentença em que, a partir de um juízo prudencial, é determinada a extensão, o objeto ou o modo de exercício de alguma posição jurídica, ajuda a entender esse aspecto da semelhança entre sentença determinativa e equidade.

Nessa linha, a própria doutrina fala em equidade integrativa naqueles casos em que é deixada à equidade do juiz não a regulamentação completa da relação jurídica, mas só a integração dos efeitos concretos genericamente previstos pela norma, o que ocorre nas

²⁰⁰ *Manuale di diritto processuale civile*, I, p. 59.

²⁰¹ *O direito e a vida dos direitos*, p. 94.

²⁰² Art. 4 do Código Civil Suíço:

Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

sentenças determinativas²⁰³. Em jurisprudência, por igual, já se falou em equidade integrativa para designar o método para arbitramento do valor do dano moral, exemplo típico de atividade judicial determinativa²⁰⁴.

Como quer que seja, embora inequivocamente haja pontos de contato entre sentenças determinativas e sentenças de equidade, a diferença entre as categorias é sensível, não se podendo cogitar de equidade substitutiva como modalidade de juízo ou sentença de equidade, nem da própria identidade entre as duas categorias, como procurei demonstrar.

3.2 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

3.2.1 O estado da questão e plano de trabalho

Direta ou indiretamente, a vinculação entre sentenças determinativas e discricionariedade judicial sempre esteve presente em doutrina e em jurisprudência.

LIEBMAN, por exemplo, identificou as sentenças determinativas ou dispositivas como aquelas “nas quais o juiz decide 'segundo as circunstâncias' ou 'segundo a equidade', e está revestido em certa medida de um poder discricionário”²⁰⁵. CHIOVENDA, como noutra parte deste trabalho se observou, que preferia falar em sentenças dispositivas, sustentou que, nelas, a lei remeteria a decisão à discricção judicial, atuando o juiz como verdadeiro árbitro²⁰⁶. BETTI, por sua vez, ao diferenciar as sentenças constitutivas das determinativas e dispositivas, disse que, enquanto as primeiras representam a decorrência lógica derivada da declaração de um direito potestativo a uma mudança de um estado

²⁰³DE MARINI, Carlo Maria. *Il giudizio di equità nel processo civile*, p. 191.

²⁰⁴DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS CAUSADOS POR SAQUE INDEVIDO. I – Origina dano moral a demora da Caixa Econômica Federal (CEF) em corrigir o erro apontado pelo correntista, conquanto não causado por conduta do banco. II - As alegações do ofendido são parâmetro suficiente para que, balizadas por um juízo de razoabilidade sobre os fatos e o direito afirmados, possam servir para o reconhecimento in re ipsa de dano moral. III – Fixação do valor determinada segundo a **equidade-integrativa**. IV - Provimento parcial do apelo do correntista. V – Desprovimento do apelo da CEF. (AC 200202010102016, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 - SEXTA TURMA, DJU - Data::27/07/2005 - Página::249.) (gn)

²⁰⁵*Eficácia e autoridade da sentença*, p. 23.

²⁰⁶*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 257.

jurídico, tanto as determinativas como as dispositivas decorrem de uma apreciação discricionária que o juiz é chamado a fazer, maior nas dispositivas, menor nas determinativas, sempre consonante com as particularidades do caso concreto. Ao pedir uma sentença determinativa ou dispositiva, a parte invoca uma norma de natureza instrumental que atribui ao juiz um poder discricionário em relação ao estado de coisas presente, do que é habitual em tais sentenças a possibilidade de revisão decorrente da superveniência de novos fatos²⁰⁷. Em seu conhecido estudo sobre interpretação da lei e dos atos jurídicos, esclarece que aquilo que denomina de discricionariedade de apreciação (decisão), contraposta à de interpretação, é excepcionalmente deferida à função jurisdicional do estado, ocorrendo nas sentenças dispositivas e nos casos em que se admite uma apreciação equitativa do juiz ou lhe é deferida uma jurisdição de equidade²⁰⁸.

Outros autores, embora sem aludir a sentença determinativa, apontaram exercício de discricionariedade em hipóteses que, estudadas pelos que mais detidamente se debruçaram sobre a categoria, foram classificadas como de típicas sentenças determinativas.

Assim é que, sobre a sentença que decide sobre a guarda de filhos, EDGARD DE MOURA BITTENCOURT afirma a possibilidade de que o juiz, no interesse do menor, em face das circunstâncias, regulamente a guarda, impondo ao guardião, seja terceiro ou o genitor, tal ou qual orientação, ou que evite este ou aquele comportamento, no desempenho de um poder discricionário²⁰⁹. Sobre as medidas cautelares inominadas²¹⁰, GALENO LACERDA ressalta a natureza discricionária e, em regra, jurisdicional delas, ostentando o juiz, para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, discricionariedade quase absoluta²¹¹. Sobre a tutela inibitória, em excelente estudo dedicado à execução judicial em matéria ambiental, CARLOS ALBERTO DE SALLES observa a natureza complexa da execução das sentenças proferidas com fulcro no art. 461 do CPC (tutela das obrigações de fazer e de não fazer)²¹², que permite ampla possibilidade de escolha das providências necessárias à satisfação dos resultados práticos almejados pelo demandante. A

²⁰⁷*Diritto processuale civile italiano*, p. 549.

²⁰⁸*Interpretação da lei e atos jurídicos*, p. 87.

²⁰⁹*Guarda de filhos*, p. 98-99.

²¹⁰A natureza determinativa das cautelares inominadas será tratada no item 4.4 do trabalho.

²¹¹*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 95-97.

²¹²A natureza determinativa da tutela das obrigações de fazer e não fazer será tratada no item 4.2 do trabalho.

consequência mais notável disso seria exatamente o aumento da discricionariedade judicial²¹³. No tocante à dosimetria da pena na sentença criminal, há muito a doutrina a relaciona ao exercício de juízo de discricionariedade.

GIROLAMO BELLAVISTA, em estudo dos anos 30 do século passado, sustenta tratar-se de discricionariedade *sui generis*, que denomina vinculada e controlada. Isso, em vista da existência de critérios legais a dirigir o trabalho do magistrado na dosimetria e da possibilidade de recurso para o tribunal para questionar eventual desacerto da decisão²¹⁴. A sobredita opinião, provavelmente tenha pesado muito a disciplina legislativa da dosimetria da pena no direito italiano. Até hoje, o *Codice Penale* expressamente fala em poder discricionário ao tratar da questão. Segundo o art. 132 do CPit, nos limites fixados na lei, o juiz aplica a pena discricionariamente, cabendo-lhe indicar os motivos pelo que o faz, sem ultrapassar os limites mínimos e máximos estabelecidos para cada um das penas, salvo nos casos expressamente previstos em lei²¹⁵. Mesmo à luz do direito brasileiro, a conclusão a que entre nós se chegou é a mesma, malgrado a inexistência de fórmula legislativa semelhante à peninsular. Isso se extrai a partir do que massivamente consignam os tribunais sobre o tema²¹⁶. Em alguns casos, chegou-se inclusive a falar em **discricionariedade vinculada**, expressão antitética, provavelmente para deixar claro que a operação não segue critérios orientados pelas concepções pessoais de vida, de justiça ou

²¹³Execução judicial em matéria ambiental, p. 251.

²¹⁴Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, p. 28-35.

²¹⁵Art.

132.

Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: limiti.

Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge.

²¹⁶PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. É permitido ao julgador **mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena** a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o julgado é claro em fixar a existência da reincidência específica, o que motivou o quantum de 1/3, fato que justifica o referido incremento da reprimenda.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 161.022/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013).

de direito do órgão jurisdicional responsável pela aplicação da pena²¹⁷. Se esse foi o objetivo, trata-se de medida hoje desnecessária, ante a pacífica conclusão de que toda discricionariedade é, antes de tudo, legal, não passando tudo o que pela lei não se balize de mero arbítrio. Como quer que seja, a imprecisão se atenua diante da importância de que, apesar do tanto que se consolidou o estado de direito, isso não caia no esquecimento.

É igualmente discricionária a dosimetria das sanções por ato de improbidade administrativa. Como realça TEORI ALBINO ZAVASCKI, embora ostentem natureza civil, essas compartilham com as criminais a mesma finalidade pedagógico-intimidatória. Disso a comunhão de alguns princípios de direito penal com de direito administrativo sancionador²¹⁸. Os tribunais brasileiros, a esse respeito, enfatizam a necessidade de aplicação das sanções, a partir de um juízo de proporcionalidade, juízo de ponderação para o caso concreto²¹⁹.

Diante disso, num trabalho dedicado ao estudo das sentenças determinativas, natural é que algo se diga sobre as relações eventualmente existentes entre elas e

²¹⁷HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de **discricionariedade vinculada**.

[...]

(HC 176.405/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 03/05/2013) (gn)

²¹⁸*Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 116.

²¹⁹PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MANIFESTAÇÃO SOBRE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF.

[...]

7. Ademais, embora seja cediço nesta Corte Superior que as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92 não são necessariamente cumulativas e que cabe ao magistrado a sua dosimetria - conforme se depreende do parágrafo único do citado dispositivo -, também é certo que a pena fixada em juízo de proporcionalidade e com base em critérios como a extensão do dano e/ou o proveito patrimonial obtido pelo agente não pode ser revista por esta Corte em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. Nesse sentido: REsp 1021851/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 713.537/GO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22.11.2007; e REsp 631.301/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 25.9.2006.

[...]

(AgRg no AREsp 19.850/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)

discricionariedade judicial. Para tanto, de plano, fixarei uma noção de poder discricionário, a partir das noções desenvolvidas pela doutrina do Direito Administrativo, que mais se aprofundou no estudo do tema. Na sequência, analisarei em que medida é possível falar em discricionariedade judicial. Finalmente, esclarecerei se possível enxergar alguma conexão entre sentenças determinativas e discricionariedade judicial.

3.2.2 Noção de discricionariedade

O vocábulo discricionariedade, embora caríssimo ao direito, não é de uso exclusivo do jurista. Em linguagem vulgar, discricionário é sinônimo de arbitrário, remetendo a falta de limites e alheio a controle.

No direito, a discricionariedade é estudada com maior atenção pelas disciplinas de direito público, em especial, pelas de direito do estado, e, ainda mais especificamente, pelo Direito Administrativo²²⁰. O móvel é a necessidade de delimitar o âmbito de controle sobre os atos do poder público como instrumento de consolidação da separação de poderes e do estado de direito. Daí a acertada e constante tentativa de expungir do sentido técnico a ideia de arbitrariedade, presente no sentido vulgar, tão ao gosto dos estados totalitários.

Mesmo assim, remanesce como um dos mais controvertidos conceitos da teoria geral do direito. Todo administrativista tem um conceito próprio de discricionariedade.

Restringindo-me aos brasileiros, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO descreveu-a como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”²²¹. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a seu turno, falou em margem de liberdade remanescente ao administrador para eleger, segundo parâmetros razoáveis, um dentre dois ou mais comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, para cumprir o dever de adotar a solução mais consentânea à satisfação da finalidade legal²²².

²²⁰No particular, estudo bastante abrangente sobre o tema se encontra em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

²²¹Op. cit. p. 66.

²²²*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48.

Como não seja objetivo deste trabalho o estudo da discricionariedade propriamente dita, metodologicamente, penso ser possível estabelecer as relações entre ela e as sentenças determinativas aproveitando-me das ideias centrais que a doutrina tratou de atrelar a ela, sem descer a maiores minúcias, restringindo-me àquilo que tenha alguma utilidade ao tema aqui estudado.

Nesse contexto, à noção de discricionariedade, costumam-se atrelar as noções de a) liberdade de ação atribuída por lei; b) de oportunidade e conveniência como critérios eletivos entre as opções legalmente franqueadas ao administrador para satisfação do interesse público; c) de validade legal de todas as opções abertas pela norma jurídica ao administrador, desde que igualmente idôneas à realização do interesse público motivador da prática do ato.

Quanto a supra 'a' (liberdade de atuação atribuída pela lei), é de se enfatizar que, com a definitiva consagração do estado de direito, todo poder, discricionário ou vinculado que seja, é atribuído ao administrador sempre pela lei e para satisfação de interesse público. Como realça CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, como decorrência do princípio da legalidade, a discricionariedade só pode existir como “poder 'intra' legal e estritamente dependente da lei, estritamente subordinado à lei”²²³. Nisso, aliás, consiste a diferença entre poder *discricionário* e *arbítrio*, em que inexistem limites à atuação do agente público, senão as consubstanciadas em meras predileções pessoais do agente. Se, em sentido vulgar, discricionariedade e arbítrio se confundem, o mesmo não ocorre em sentido técnico-jurídico.

Ainda sobre a liberdade de atuação permitida por lei, característica central da discricionariedade, parece-me correta a distinção feita por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO entre discricionariedade em abstrato e discricionariedade em concreto. Segundo a percepção do autor, a ordem jurídica, a depender da norma que disciplina o caso, não predetermina a atuação do administrador em dada situação, franqueando-lhe espaço de atuação para realização dos objetivos políticos do estado. No entanto, diante das circunstâncias do caso concreto, em algumas situações, é possível concluir que aquelas tantas possibilidades legalmente franqueadas, na realidade, se reduzem a ponto de indicar uma única idônea à plena satisfação da finalidade pública almejada com a atuação do estado. Nesse caso, o que era discricionariedade em abstrato,

²²³Op. cit., p. 13.

em concreto, se transforma em vinculação do administrador. Verdadeira discricionariedade em concreto haveria nas hipóteses em que inviável identificar entre duas ou mais opções de atuação, no momento da prática do ato, a que melhor realizaria os objetivos políticos do estado^{224 225}.

Por fim, realço a impossibilidade de ampliar a ideia de discricionariedade a ponto de nela incluir a **interpretação de normas jurídicas** em branco, integradas por elementos que imponham apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, expressões vagas ou termos abertos, com fito de avaliar se é ou não o caso de incidência da norma jurídica que as contém²²⁶. Isso porque, metodologicamente, para definir a extensão do poder

²²⁴Op. cit., p. 38-41.

²²⁵As ponderações de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao que parece, encontraram ressonância nos tribunais. O seguinte julgado bem o demonstra:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERTÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

[...]

4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

[...]

Recurso especial improvido.

(REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009)

²²⁶Um exemplo ilustra o ponto ora sustentado. Considerando o caráter descentralizado e hierarquizado do Sistema Único de Saúde (art. 198 da CF), a decisão do diretor de posto de saúde de encaminhar paciente que demanda atendimento de *maior complexidade* a hospital de referência nada tem de discricionária. Embora formulada depois de um juízo interpretativo sobre a expressão *maior complexidade*, sendo isso constatado, não há margem de liberdade na tomada de decisão do agente público. É indubitável que essa operação lógica, consistente na verificação da disciplina jurídica do caso, é imprescindível à atuação administrativa.

Concretamente, no julgamento do REsp 1162281/RJ, o STJ analisou caso análogo ao acima descrito. Cingia-se a lide a determinar se o alto renome de uma marca pode ser reconhecido e declarado judicialmente, ou se está obrigatoriamente sujeito a procedimento administrativo junto ao INPI. Na fundamentação, com base em HELY LOPES MEIRELLES, o acórdão assentou a impossibilidade de que o Judiciário se substituísse à administração na prática de ato omitido, cabendo-lhe, por outro lado, impor que essa o pratique, inclusive, dentro de prazo razoável. No entanto, no caso em questão, em que houve decisão do INPI reconhecendo o alto renome de marca, conceito normativo cuja presença depende de expertise técnica,

discrecionário da administração, penso ser mais adequado focar o ato administrativo enquanto atuação estatal efetivamente exteriorizada, ato de poder genuinamente estatal, atributo de que não compartilha a avaliação sobre a incidência ou não da norma jurídica sobre o suporte fático concreto, que pode ser feita doutrinariamente, inclusive. Se o objetivo é identificar o *poder* discrecionário que se coloca à disposição do agente público para cumprimento das missões a ele atribuídas pela ordem jurídica, mais adequado é focar no ato administrativo, esse sim, modificador da realidade sensível, e não no juízo meramente intelectual feito pelo tomador de decisões.

Quanto a supra 'b' (oportunidade e conveniência como critérios eletivos entre as opções legalmente franqueadas ao administrador para atingimento do interesse público), é importante ponderar que a margem de liberdade atribuída ao agente no momento da tomada de decisão pode dizer respeito não apenas ao que será feito (conteúdo do ato

inexistiriam alternativas à administração, senão conceder o registro. O acórdão foi assim ementado:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MARCA. ALTO RENOME. DECLARAÇÃO. PROCEDIMENTO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES.

1. Embora preveja os efeitos decorrentes do respectivo registro, o art. 125 da LPI não estabeleceu os requisitos necessários à caracterização do alto renome de uma marca, sujeitando o dispositivo legal à regulamentação do INPI.
2. A sistemática imposta pelo INPI por intermédio da Resolução nº 121/05 somente admite que o interessado obtenha o reconhecimento do alto renome de uma marca pela via incidental.
3. O titular de uma marca detém legítimo interesse em obter, por via direta, uma declaração geral e abstrata de que sua marca é de alto renome. Cuida-se de um direito do titular, inerente ao direito constitucional de proteção integral da marca.
4. A lacuna existente na Resolução nº 121/05 - que prevê a declaração do alto renome apenas pela via incidental - configura omissão do INPI na regulamentação do art. 125 da LPI, situação que justifica a intervenção do Poder Judiciário.
5. Ainda que haja inércia da Administração Pública, o Poder Judiciário não pode suprir essa omissão e decidir o mérito do processo administrativo, mas apenas determinar que o procedimento seja concluído em tempo razoável. Dessa forma, até que haja a manifestação do INPI pela via direta, a única ilegalidade praticada será a inércia da Administração Pública, sendo incabível, nesse momento, a ingerência do Poder Judiciário no mérito do ato omissivo.
6. Por outro lado, os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes.
7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1162281/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013)

De relevante para o que aqui se analisa, o acórdão consignou:

“De forma semelhante, ao se manifestar acerca do alto renome de uma marca, o INPI também agirá com discricionariedade técnica, pois realizará sua análise com base na interpretação da legislação aplicável, inclusive sua própria resolução, e, presentes os requisitos fixados, estará em princípio obrigado a conceder o registro, ou seja, haverá duas possibilidades de interpretação, mas não duas possibilidades de atuação.

Em síntese, conclui-se que os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma **discricionariedade técnica e vinculada**, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes” (gn).

A ideia por trás do que o julgado denominou discricionariedade vinculada, em verdade, nada mais é do que a vinculação do administrador ao comportamento previsto em lei (registro), evidenciando a diferença entre a (mal) chamada discricionariedade interpretativa e a discricionariedade de atuação.

administrativo), mas também a a) se é ou não o caso de agir; b) se for o caso de agir, sobre quando agir; e, finalmente, c) suposta a escolha pela ação e determinado o momento em que deva ocorrer, que instrumento será usado. Isso, obviamente, para melhor satisfação do interesse público, dentro de parâmetros legalmente estabelecidos.

Para análise posterior que se fará sobre a existência ou não de discricionariedade judicial e a relação dessa com as sentenças determinativas, tais pontos são dignos de nota, considerando as bitolas muito mais estreitas que informam o desempenho dos juízes²²⁷.

Quanto a supra 'c' (validade legal de todas as opções abertas pela norma jurídica ao administrador, desde que igualmente idôneas à realização do interesse público impositivo da prática do ato), disso decorre o ponto culminante de toda teorização sobre os atos administrativos discricionários, o alheamento desses ao controle jurisdicional. De fato, se todas as opções disponíveis ao administrador forem indiferentes jurídicos, no sentido de serem todas legalmente amparadas pela ordem jurídica, para materialização das opções políticas do estado, terá ele um espaço de liberdade para atuação, constitucionalmente assegurado pelo princípio da separação dos poderes (art. 60, §4º, inc. III da CF²²⁸).

3.2.3 Discricionariedade judicial

São intensas as discussões sobre a existência ou não de discricionariedade judicial.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, em relatório produzido para congresso internacional de direito processual, nega o exercício de discricionariedade na

²²⁷Aos juízes, antes de mais nada, cabe um verdadeiro dever de julgar os pedidos que lhe são submetidos (vedação ao *non liquet*), suposta a presença de todos os requisitos impostos pelas leis processuais (pressupostos processuais e condições da ação), nos termos em que apresentados pelas partes (correlação entre pedido, causa de pedir e sentença), que devem indicar precisamente em que sentido pretendem seja o direito objetivo aplicado (certeza do pedido). Além disso, embora juízes e administradores apliquem a lei, os primeiros não o fazem de ofício, nem para satisfação de um interesse próprio, como os últimos. Tudo isso, a meu ver, pelo menos à primeira vista, afasta a discricionariedade decisória do juiz.

²²⁸Cuida-se, aliás, de cláusula constitucional pétrea, segundo a CF:

Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

atividade jurisdicional do estado, porquanto essa sirva à declaração e concretização dos direitos dos litigantes. Na realidade, a expressão discricionariedade judicial é equívoca, tratando-se apenas da maior ou menor liberdade judicial de juiz adaptação ou interpretação das as normas aos casos concretos, de sorte que o magistrado não tem a possibilidade de optar por uma dentre várias possibilidades de aplicar a norma. Dele se espera que aplique a norma da única cabível, dando ao caso esperada pelo legislador. Nos casos em que as normas jurídicas contenham conceitos indeterminados, embora a decisão pressuponha grande liberdade de investigação crítica do juiz, na aplicação dessas regras, não há juízo de conveniência e oportunidade, típicos da discricionariedade. Segundo o autor, constatando-se a subsunção da situação descrita pela parte a alguma regra, não haverá alternativas senão aplicá-la. Nesse contexto, portanto, não haveria poder de opção por uma dentre várias soluções possíveis²²⁹.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também nega a possibilidade de falar-se em discricionariedade na função jurisdicional. Citando STASSINOPOULOS²³⁰, pondera que liberdade de escolha é incompatível com a noção de coisa julgada, só se podendo falar em discricionariedade na chamada jurisdição voluntária, em que, em realidade, o juiz atua como órgão administrativo²³¹. Reportando-se a EROS GRAU²³², enfatiza que à autoridade judicial não cabe fazer juízos de oportunidade, mas, sim, de legalidade²³³.

Por outro lado, CAPPELLETTI, em estudo bastante conhecido, observa que, ao menos na interpretação judiciária do direito, existe algum grau de discricionariedade, decorrente da necessidade de colmatar lacunas legislativas e resolver ambiguidades e incertezas dos textos legais. Interpretar implica fazer escolhas, agregando o juiz algo de próprio ao texto legal, donde também o exercício de atividade criativa na interpretação. Nesse contexto, remata que a diferença entre o processo legislativo e o jurisdicional seria menos de natureza do que de grau²³⁴.

²²⁹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Discricionariedade judicial”. In: *Revista Forense*, v. 97, n. 354, p. 187-195.

²³⁰STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 141-142.

²³¹*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 73.

²³²GRAU, Eros Roberto. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 191.

²³³Op. cit., p. 74.

²³⁴“Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, *de grau*, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais

AHARON BARAK, Presidente da Suprema Corte de Israel de 1995 a 2006 e Professor na Faculdade de Direito Radzyner de Herzliya, sustenta a existência de discricionariedade judicial, não se podendo falar em uma única resposta legítima para cada problema jurídico. Isso, porém, não ocorreria nos casos fáceis ou intermediários, restringindo-se aos difíceis. Cuida-se, segundo ele mesmo pondera, de posição intermediária, a meio caminho entre os que a rejeitam ou a aceitam totalmente. Mesmo nos casos difíceis, todavia, a discricionariedade não é absoluta, inexistindo por parte do juiz poder de decidi-los com base nos padrões que mais lhe agradem²³⁵. Os limites são formais e substanciais. Dentre os primeiros, pondera ser possível reduzi-los ao dever de imparcialidade do juiz, informativo dos deveres a ele também cabentes de tratar igualmente as partes e não ter interesse pessoal no resultado do processo. Fundamental, ainda, é o dever de motivar as decisões²³⁶. Quanto aos limites substanciais, ao juiz cabe exercitar razoavelmente a própria discricionariedade, cabendo comportar-se como se comportaria um juiz razoável nas circunstâncias do caso. A razoabilidade seria objetiva e racional, não podendo o juiz atuar arbitrariamente, atentando ao desenvolvimento do sistema normativo, às instituições judiciárias que o criam e aplicam e às relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário²³⁷. A discricionariedade judicial estaria presente nas 3 principais atividades desempenhadas pelos juízes: a) na exata reconstrução histórica dos fatos, isto é, na conclusão a que deve chegar o juiz diante das provas trazidas ao processo; b) na identificação da disciplina normativa do caso, do direito aplicável à espécie; e c) na interpretação das normas jurídicas, vale dizer, na identificação da extensão, do âmbito de incidência delas²³⁸.

Não discrepa disso a conclusão a que chegou ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ. Segundo ele, é incontroverso que nas diversas fases do processo o juiz encontre espaços nos quais possa exercitar discricionariedade. Quer pela linguagem aberta dos textos normativos, pela natureza dos fatos em torno dos quais gira a controvérsia, pela heterogênea e caótica produção legislativa, ou mesmo pela tendência de o Legislativo deixar a solução de problemas sociais complexos ao Judiciário, é certo que, na

vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional” (gn). *Juizes Legisladores ?*, p. 26-27.

²³⁵*La discrezionalità del giudice*, p. 39-48.

²³⁶Op. cit. p. 30.

²³⁷Op. cit., p. 32.

²³⁸Op. cit., p. 21-25.

determinação concreta do direito, o juiz nem sempre encontra uma única resposta, cabendo-lhe escolher uma dentre várias legalmente legítimas. O autor ainda reconhece as mesmas áreas de discricionariedade judicial apontadas por AHARON BARAK: a) na reconstrução histórica dos fatos; b) na identificação da disciplina normativa do caso; e c) na interpretação das normas jurídicas, agregando a relativa à escolha das consequências da incidência de determinada norma, que apenas delinea uma área dentro da qual se operarão as escolhas judiciais²³⁹.

Na jurisprudência, comumente se fala em discricionariedade judicial para fundamentar a possibilidade de indeferimento de provas postuladas pelas partes^{240 241}, o deferimento de medida cautelar²⁴², ou mesmo para qualificar a natureza da dosimetria penal feita na sentença criminal condenatória²⁴³.

²³⁹Discrezionalità del giudice o risposta corretta ? In: *Revista de Processo*, v. 83, Jul-Set. 1996, p. 128-164.

²⁴⁰APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR É PRESCINDÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CESSIONÁRIO PARA A AÇÃO DE EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. NÃO HOUVE INÉRCIA DO EXEQUENTE. EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO PROVADO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS [...] 7. Afastaram-se as nulidades, consistentes na ausência de prova documental e na realização da perícia. O indeferimento da prova documental aloca-se dentro da discricionariedade judicial decorrente do poder instrutório do juízo (art. 130 do CPC), além do que a não produção desta prova, oportunamente e na fase de postulação, acarretou a preclusão em desfavor dos apelantes-embargantes. [...]

(AC 200651030007549, Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 18/04/2013.)

²⁴¹PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. PRELIMINARES REJEITADAS. TIPIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DEFESA PRELIMINAR. CPP, ART. 514. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO. INEXIGIBILIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXAME PERICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA. [...] 7. Cabe ao alvedrio judicial resolver sobre a produção antecipada de prova, sem que daí decorra ofensa aos direitos e garantias do acusado. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (ACR 00137059320024036105, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/07/2010 PÁGINA: 278 .FONTE_REPUBLICACAO:.)

²⁴²PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DEFERIMENTO LIMINAR. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. EQUIDADE. COMPORTA-SE NOS LIMITES DO PODER DE CAUTELA JUDICIAL, A DECISÃO QUE DEFERE, EM VISTA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, A SUSPENSÃO DOS ATOS TENDENTES A EXECUÇÃO DE DÉBITO HIPOTECÁRIO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SOLUÇÃO EQUITATIVA RECOMENDADA, PARA EVITAR QUE, PESSOA DE PARCOS RECURSOS FINANCEIROS SEJA DESALOJADA DE SUA MORADIA, ENQUANTO BUSCA NA JUSTIÇA A LIBERAÇÃO DE DEPOSITOS DO FGTS, A FIM DE REGULARIZAR SEU DÉBITO. AGRAVO DESPROVIDO. (AG 8904027810, SILVIO DOBROWOLSKI, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 25/10/1989.)

²⁴³HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE.

3.2.4 Afinal, existe discricionariedade judicial ?

A resposta a sobredita questão depende de duas iniciais considerações de natureza metodológica.

A primeira delas é a seguinte: em passagem anterior do trabalho, algumas posições doutrinárias sobre a existência ou não de discricionariedade judicial identificaram-na não apenas na decisão do caso, propriamente dita. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ, por exemplo, falava em discricionariedade judicial na a) reconstrução histórica dos fatos; b) na identificação da disciplina normativa do caso; e c) na interpretação das normas jurídicas, e d) na relativa à escolha das consequências da incidência de determinada norma, que apenas delinea uma área dentro da qual se operarão as escolhas judiciais²⁴⁴. Além disso, no curso do processo, antes de proferir a decisão com a qual encerra o ofício jurisdicional, o juiz pratica atos de impulso processual, atos em que exercita poder de polícia para garantia da ordem e disciplina na atuação de partes e eventuais terceiros que participem do processo, atos desprovidos de carga decisória, sem natureza tipicamente jurisdicional. Nesse contexto amplo, é necessário refletir se sobre todos esses ângulos é cabível discutir a existência ou não de discricionariedade judicial.

De minha parte, penso só fazer sentido perquirir a existência de discricionariedade – se é que ela existe - na atividade jurisdicional do estado a partir da análise daquilo que essencialmente a consubstancia. Não tenho dúvidas de que, no curso do processo, vários juízos, muitos deles decisivos para o resultado final, devem ser tomados. Saber em que sentido determinada norma deve ser interpretada; dentre todas as

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. MAJORAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENALIDADE. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL. PENALIDADE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

GRAVIDADE CONCRETA. REGIME FECHADO. INAPLICABILIDADE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Mostra-se devido o aumento na pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, lembrando que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial, não obedecendo a critérios rígidos ou puramente objetivos. Assim, existindo ocorrências de vetores negativos do art. 59, correta e razoável a elevação da pena-base.

[...]

(HC 208.314/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 19/04/2013)

²⁴⁴Discrezionalità del giudice o risposta corretta ? In: *Revista de Processo*, v. 83, Jul-Set. 1996, p. 128-164.

possíveis reconstruções históricas decorrentes da instrução corresponde a que, de fato, teria ocorrido; ou qual a disciplina jurídica do caso, constituem preocupações centrais na vida de qualquer processo. No entanto, se o interesse da discussão é na análise da discricionariedade na função jurisdicional do estado, o melhor a fazer é focar naquilo que lhe representa o ponto culminante, para o qual converge toda relevância dos esforços empreendidos ao longo do processo, segundo BOTELHO DE MESQUITA, a aplicação do direito objetivo, mediante a produção de efeitos de fato e/ou de direito dirigidos à transformação de fatos contrários à ordem jurídica em fatos conformes a essa ordem²⁴⁵. Com esse corte, o que busco é analisar a discricionariedade como atributo presente (ou não) no ato que efetivamente exterioriza a manifestação do poder soberano do estado no processo.

Esclarecido isso, a segunda questão metodológica se coloca da seguinte maneira: É possível transpor ao domínio da atividade jurisdicional do estado as ferramentas empregadas para análise da discricionariedade na atividade desempenhada pela administração pública? Considerando as noções estabelecidas nas seções anteriores sobre os atos administrativos discricionários, seria possível dizer que, em âmbito judicial, tais atos seriam os que consubstanciam a aplicação do direito objetivo, mediante escolha de uma entre duas ou mais soluções, à luz da conveniência e oportunidade dessa para realização das opções políticas do estado?

No âmbito administrativo, diante da dinâmica dos fatos sociais e da missão que o administrador é chamado a desempenhar, a discricionariedade é a regra porque, sem ela, impossível adaptar a atuação dos diversos órgãos da administração à necessidade de concretamente realizar as finalidades políticas do estado.

Ao Judiciário, por outro lado, no processo, não é dada a possibilidade de agir com base em conveniência e oportunidade na aplicação do direito, porque, em favor do particular que demanda a realização de um direito subjetivo violado, há um direito instrumental contra o estado à produção de alguma modificação jurídica ou fática, em sentido determinado, voltada à realização daquele direito subjetivo – segundo BOTELHO DE MESQUITA, aliás, esse direito instrumental é o próprio direito de ação²⁴⁶.

²⁴⁵Da ação civil. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. I, p. 106.

²⁴⁶“Chamamos de jurisdição esta atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce a favor dos destinatários da norma, em cumprimento a um dever para com eles, nascido do impedimento legal, em que se encontram, de produzir os mesmos efeitos por seus próprios meios.

Preenchendo o particular lesado os requisitos necessários à concessão da tutela jurisdicional, aqui entendida como providência de mérito a si favorável, o que o estado tem é uma obrigação de prestá-la, não lhe cabendo fazer nenhum juízo sobre a conveniência ou oportunidade de agir para realização do direito insatisfeito. Sob o prisma do agir ou não agir, portanto, não tem os órgãos jurisdicionais do estado a possibilidade de escolha, inexistindo liberdade de ação (ou inação), mas total vinculação à satisfação da obrigação de prestar tutela, a que corresponde o direito de ação.

No tocante ao momento de agir, viu-se que a discricionariedade administrativa também a abrange, de modo que, além de ser possível à administração pública atuar com base em conveniência e oportunidade, também lhe é possível determinar se é o caso de praticar algum ato, o conteúdo do ato a praticar, e também o quando o praticar.

Na atividade jurisdicional, porém, escolher o momento do julgamento não é uma opção. De fato, traduzindo-se a relação processual num conjunto de atos dirigidos à realização da ordem jurídica, por meio da aplicação do direito objetivo, praticados todos os atos processuais necessários à decisão, as partes tem o direito subjetivo a ela, naquele momento, não cabendo ao juiz postergá-la. Isso, aliás, é o que consta expressamente do CPC, cujo art. 125, inc. II, que impõe ao órgão jurisdicional velar pela rápida solução do litígio²⁴⁷.

Nesse ponto, é necessário apontar a verdadeira deturpação encontrada em alguns julgados, que protraem o exame de pedido de liminar no aguardo das informações da autoridade coatora, com base numa pretensa faculdade judicial. A rigor, se, de plano, a parte demonstra os requisitos à concessão da medida, o juiz está obrigado, ou, em linguagem mais apropriada a este contexto, vinculado à concessão da medida, não lhe cabendo fazer juízo de valor sobre a conveniência ou oportunidade quanto ao momento de decidir.

Em relação ao conteúdo do ato, a regra é a de que ao juiz não é dado decidir optando por indiferentes legais. Ao contrário do administrador, para quem atos de natureza diversa podem se mostrar igualmente idôneos à realização do interesse público, cabendo a

A Existência deste dever cria, para os destinatários da norma, o correspondente poder de exigir o seu cumprimento. A esse poder damos o nome de direito de ação”. Op. cit. p. 99

²⁴⁷Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

[...]

II - velar pela rápida solução do litígio;

ele escolher o mais conveniente e oportuno para tanto, no desempenho da atividade jurisdicional, não há poder de opção, mas vinculação à solução jurídica apontada pelas partes no pedido, na defesa e nas provas que forem produzidas no processo^{248 249}.

Feitas essas observações, penso que os casos em que a lei autoriza o juiz a optar entre indiferentes são pouquíssimos. Sem qualquer ambição de exaurir os exemplos em que isso ocorre, restrinjo-me aos que encontrei no Código Civil brasileiro.

O art. 883 do CCB²⁵⁰, inserido no capítulo sobre o pagamento indevido, dispõe que não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Nesse caso, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. Imagino a situação em que duas pessoas pactuam o empréstimo de soma a juros exorbitantes (usura), delito capitulado no art. 4º, 'a', da L. 1.521/51²⁵¹, dos crimes contra a economia popular. O contrato foi garantido, por exemplo, com notas promissórias em valor muito superior ao do empréstimo. Promovida a execução do título, revelada no curso da demanda a efetiva *causa debendi*, uma das possibilidades é o prosseguimento do feito mediante a assunção do polo ativo da ação pelo Ministério Público. Depositado o valor objeto do empréstimo, quer por ato voluntário do devedor, quer por atuação forçada do estado, ao juiz caberá autorizar o levantamento da soma em favor de estabelecimento local de beneficência, à sua livre escolha²⁵². Sendo dois ou mais

²⁴⁸Mesmo nos casos em que admitida a apresentação de pedido genérico, a generalidade não vai ao ponto de permitir ao autor a dedução de pleito de deferimento “da providência que melhor tutele os meus interesses, no entender de Vossa Excelência”, diante do princípio dispositivo (art. 2º do CPC).

²⁴⁹Mais adiante (5.3.5, item 'b') será sustentado que, demonstrando as provas a existência de mais de uma solução igualmente apta à realização do direito do autor, ao réu caberá escolher aquela a que se submeterá. Em última análise, cuida-se da aplicação do princípio da menor oneração ao réu dos meios executivos (Art. 620 CPC: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor). Nesse caso, o juiz está vinculado à escolha feita pelo réu, não se podendo falar em discricionariedade eletiva.

²⁵⁰Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

²⁵¹Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; ([Vide Lei nº 1.807, de 1953](#))

[...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

²⁵²Sob o ponto de vista procedimental, penso que o único cuidado seja a convocação das entidades beneficentes para que demonstrem interesse no recebimento do numerário - a medida é necessária para afastar favorecimentos indevidos a uma ou outra instituição, garantindo-se a imparcialidade da escolha. Fora isso, sob o ponto de vista da escolha, em si, a lei não estabelece absolutamente nenhum critério especial para

os estabelecimentos que preencham os requisitos (ser do local da demanda e dedicar-se a fins beneficentes), poderá o juiz eleger qualquer um deles - a seu critério, diz a lei -, inexistindo dever de proceder prévio juízo sobre a solução “mais adequada para o caso”, ou sobre a “mais pobre dentre todas do local”, ou qualquer outro indicativo da direção a tomar. Vale realçar que nem a doutrina nem a jurisprudência, que poderiam trazer subsídios à exegese da regra de modo a impor ao juiz a observância de critérios outros que não à própria consciência, fazem-no. Elas, por exemplo, poderiam indicar que a mais humilde da localidade devesse ser beneficiada. Fosse esse o caso, a decisão já não dependeria de mera *opinio* judicial, subordinando-se, antes disso, ao exercício de um prévio juízo quanto à satisfação da escolha ao critério legalmente estabelecido. Por essas razões é que entendo possível falar-se em decisão entre indiferentes jurídicos.

Na mesma linha, o art. 1.797 do CCB²⁵³ estabelece que até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; ao testamenteiro; **a pessoa de confiança do juiz**, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. Aqui, mais uma vez, a lei permite que o juiz, ao decidir, consulte a si mesmo para escolher dentre as pessoas disponíveis, o administrador da herança, suposta a falta ou escusa das demais.

Os exemplos são do Código Civil brasileiro, marco regulatório fundamental do direito privado. Mesmo assim, permitem concluir pela absoluta excepcionalidade dessas hipóteses.

Indicar a lei critério decisório diverso da pura apreciação do juiz, por mais vago ou indeterminado que seja, é o tanto quanto basta para afastar a possibilidade de opção judicial entre indiferentes jurídicos²⁵⁴.

orientar a escolha judicial.

²⁵³Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

²⁵⁴O caso da escolha judicial do objeto da prestação nas obrigações alternativas, em que, suposta a pluralidade de optantes, não haja acordo unânime entre eles (art. 252 §4º do CCB), a meu sentir, é diverso

Como se isso não fosse bastante para afastar a discricionariedade do âmbito judicial, é relevante lembrar que, diante da ordem jurídica, as atividades administrativa e jurisdicional se relacionam de maneira diferente. Na atividade jurisdicional, a aplicação do direito é a finalidade específica; na administrativa, por outro lado, o direito serve como limite para atuação, essa, voltada à satisfação do interesse público²⁵⁵.

Consistindo a missão da atividade jurisdicional do estado na aplicação da regra jurídica que, apesar de ter incidido, não foi respeitada, para cada caso, uma só é a solução possível. A não ser que se adote uma visão absolutamente relativista de ordenamento jurídico, concebendo-se tantos ordenamentos quantos sejam os sujeitos que o operam, cabendo ao juiz aplicar o direito objetivo e sendo ele um só, a regra é que não haja liberdade para escolha entre o conteúdo da decisão, a não ser naqueles excepcionalíssimos casos em que a lei expressamente atribua ao juiz o poder de decidir optando entre verdadeiros indiferentes legais. Na atividade administrativa, por outro lado, diante da complexidade da vida em sociedade, da variedade de problemas enfrentados pelos agentes do estado e da circunstância de que, para eles, a lei serve como bitola de comportamento – não como indicativo determinante –, invertem-se os termos da equação, de modo que, desde que ajam dentro dos limites permitidos em lei, têm eles liberdade para escolher o ato administrativo a praticar para satisfação do interesse público.

Como quer que seja, o que é necessário frisar é que, mesmo nos casos em que a ordem jurídica permite ao juiz optar por soluções indiferentes perante o direito, não se está aí diante do exercício de discricionariedade judicial, por faltar à atividade desenvolvida no processo o aspecto central da categoria, as ideias de conveniência e oportunidade, vistas sob o triplice ângulo, relativas ao conteúdo e ao momento da atuação, bem como à necessidade ou não de atuação.

dos anteriores, não se podendo falar em discricionariedade judicial. Muito embora a lei não indique absolutamente nenhum critério decisório, a interpretação doutrinária indica que a exegese correta do dispositivo é a que atribui ao juiz o dever de escolher a melhor dentre as opções possíveis. Embora o parâmetro legal seja extremamente vago, certo é que ao juiz, para aplicar corretamente a regra, deve realizar um juízo sobre a escolha que, no caso concreto, melhor a satisfaça (Nesse sentido são as ponderações de Hamid Charaf Bdine Jr, in: *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, p. 172).

²⁵⁵Como enuncia OVÍDIO BAPTISTA, “o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo”. *Curso de processo civil*, v. 1, t. I, p. 26.

3.2.5 Sentenças determinativas e discricionariedade judicial

Negada a própria discricionariedade judicial, em si, não há razões para investigar as relações entre ela e as sentenças determinativas. Nesse contexto, a pergunta a ser respondida consiste em saber a partir do que a doutrina fala em sentença determinativa como ato de discricionariedade judicial, noutras palavras, de onde emana a (equivocada) correlação entre as categorias.

Em primeiro lugar, forçoso é convir que à base da discricionariedade administrativa e das sentenças determinativas estão regras jurídicas que criam posições subjetivas cujo modo de exercício, extensão ou objeto não é por elas predefinido. O máximo que fazem é estabelecer critérios fluidos, subjetivos, com base no qual tais aspectos faltantes serão determinados judicialmente. Cuida-se das regras jurídicas quadro, que restringem a atuação lícita do administrador, nos atos administrativos, ou do juiz, nos jurisdicionais, ao espaço por elas criado, sem previa determinação de nenhuma solução, que deverá ser buscada com atenção às circunstâncias do caso. A correlação entre sentenças determinativas e discricionariedade está na comunhão da técnica legislativa que embasa as duas categorias, que faz mais subjetiva a atuação de juiz e administrador, diante da necessidade de determinar extensão, modo de exercício ou objeto de alguma posição jurídica, com base em critérios não objetivos ou fluidos. Nesse contexto, fala-se em sentença determinativa como ato jurisdicional discricionário, porquanto a norma jurídica não fixe previamente a solução do problema, o que também ocorre com a norma jurídica que concede ao administrador opção para escolher, de acordo com as circunstâncias do caso, a linha de atuação que melhor realize as opções políticas do estado.

Em segundo lugar, penso que a correlação tantas vezes vista em doutrina entre sentenças determinativas e discricionariedade decorra da importância de RASELLI para construção dessa classe de sentenças. Para ele, sentenças determinativas estavam visceralmente ligadas à ideia de discricionariedade judicial, justiça e equidade²⁵⁶.

A única possibilidade de atrelar sentenças determinativas a discricionariedade

²⁵⁶ “... la nozione di sentenza determinativa si presta a comprendere tutti i casi in cui il giudice esercita un potere discrezionale, il che equivale a decidere secondo giustizia ed equità: ... le valutazioni, compiute dal giudice in questo tipo di sentenze si differenziano essenzialmente da quelle necessarie per applicare al caso concreto una norma di legge completa in tutti i suoi elementi e cioè nella determinazione della fattispecie ed in quella delle conseguenze che ad essa vengono ricollegate.” “Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze”. In: *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, p. 371.

judicial é assumindo um enorme risco metodológico, consistente em empregar a expressão “discricionariedade judicial” num sentido que, a meu ver, não é o tecnicamente correto, de preenchimento do espaço deixado em branco pelo legislador, mediante a indicação da solução correta para o caso. Isso, porém, capta apenas um aspecto da atividade discricionária, deixando de fora dado essencial a ela, o juízo de conveniência e oportunidade da solução a adotar, no interesse da realização dos fins políticos do estado. Nesse caso, a concessão científica seria tão grande e as confusões seriam tão perigosas que melhor seria simplesmente insistir em apontar o equívoco que é ver a existência de relações mais sérias entre sentenças determinativas e discricionariedade judicial. Seria como sustentar a possibilidade de pensar na correlação entre as categorias, desde que se entendesse discricionariedade judicial em sentido atécnico, ou desprovido de dado essencial, de algo que, sem ser discricionariedade judicial, é chamado como tal. À ciência, precisão é imprescindível.

Como que seja, por questões práticas, é aceitável falar-se em sentenças determinativas como aquelas em que o juiz fixa extensão, modo de exercício ou objeto de posição jurídica de vantagem, discricionariamente. Mais exato, por aquilo que se expôs, seria substituir-se o *discricionariamente* por *prudencialmente* ou *subjetivamente*. Porém, diante da preferência doutrinária pela discricionariedade, nada obsta a que se empregue o vocábulo, com alguma prudência – penitencio-me pelo trocadilho –, ciente do real significado técnico de discricionariedade e da atividade desenvolvida pelo juiz nas sentenças determinativas.

4. SENTENÇAS DETERMINATIVAS E OUTRAS CATEGORIAS DE SENTENÇAS

Dando sequência ao trabalho, já expostas a formação histórica da doutrina sobre a categoria, minha perspectiva pessoal sobre ela, as conexões dela com a equidade e com a discricionariedade judicial, é chegada a hora de indicar em que ponto se situam as sentenças determinativas na moderna classificação das sentenças, e de dar exemplos de sentenças determinativas constitutivas, determinativas condenatórias e determinativas declaratórias.

As determinativas não são quarta categoria de sentenças, ao lado das declaratórias, condenatórias e constitutivas; nem sexta, para os que aceitam a autonomia científica das mandamentais e executivas²⁵⁷. Como realça LIEBMAN, as sentenças determinativas não deixam de pertencer, segundo os seus efeitos, a uma das três categorias mencionadas, pouco importando se caiba ao juiz compor o conflito de interesses a partir da aplicação de uma regra de direito material com conteúdo elástico e que deva ser precisado caso a caso²⁵⁸. Daí o acerto de PONTES DE MIRANDA ao dizer que “as sentenças em que o juiz aplica regra *de arbítrio* ('conforme as circunstâncias', 'se for justo', 'por equidade', etc.) não serão classe à parte de sentença. A distinção concerne à regra legal, e não à sentença”^{259 260 261}.

Na realidade, o fundamento do esquema de classificação das sentenças leva em

²⁵⁷Por comodidade, será adotado o esquema ternário, muito embora já tenha sustentado a existência de 5 classes de ações e sentenças, noutra ocasião. *Estudo sobre a autonomia da sentença mandamental*, dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Dr. José Ignácio Botelho de Mesquita. Inédito, FADUSP, 2003.

²⁵⁸*Eficácia e autoridade da sentença e outros estudos*, p. 24.

²⁵⁹*Tratado das ações*, t. I, p. 162.

²⁶⁰LANCELLOTTI: “*La distinzione delle sentenze dispositive dalle altre specie può effettuarsi, dunque, sotto un criterio quantitativo di minore previsione legislativa degli elementi della fattispecie legale e di una maggiore possibilità per il giudice di ricorrere a nozioni e criteri direttivi desunti altrimenti che dalla legge*”. Verbete “Sentenza civile”. In: *Nuovissimo Digesto Italiano*, v. XVI, p. 1147.

²⁶¹Entre nós, mais recentemente, observa HUMBERTO THEODORO JUNIOR: “Estar-se-ia diante de um novo tipo sentencial? Evidentemente que não. Toda sentença consiste em definir a solução de um litígio, segundo a vontade normativa extraída do ordenamento jurídico. Se o juiz tem maior e mais efetiva participação nessa definição, isto decorre da própria vontade da lei que, através de cláusula geral ou conceito indeterminado, o credenciou a exercer uma atividade mais criativa que habitual.

O provimento jurisdicional, porém, continuará sendo, conforme a pretensão acolhida, um ato de declaração, de condenação ou de alteração da situação jurídica das partes. [...] O fato de se valer o sentenciante de critérios diferentes para pesquisar e revelar a norma concreta não muda a natureza do provimento jurisdicional”. “As sentenças determinativas e a classificação das ações”. In: *Teoria quinária da ação*, p. 328.

conta o efeito preponderante apresentado por cada uma delas, que pode consistir, a depender do caso, ou a) na declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou de autenticidade ou falsidade de documento (sentença declaratória); b) na criação, modificação ou extinção de uma relação ou de um estado jurídico (sentença constitutiva positiva ou negativa); ou c) na criação de um título que habilita o vencedor à deflagração de nova relação jurídica processual, de execução forçada ou não forçada (sentença condenatória).

Ao proferir sentença declaratória, condenatória ou constitutiva, o estado satisfaz pretensão do demandante dirigida ao estado-juiz para que declare, constitua ou condene, de modo que há correspondência entre poder de exigir (= pretensão) a prolação de sentença declaratória, constitutiva ou condenatória e a respectiva sentença (declaratória, constitutiva e condenatória). Bem verdade que isso é uma tautologia, mas ela ajuda a demonstrar que inexistente razão para tratar as determinativas como quarta (ou sexta) espécie de sentença.

A rigor, as sentenças determinativas não consubstanciam o acolhimento por parte do estado-juiz de pretensão autônoma do demandante à produção de um juízo prudencial, ou a indicação da extensão, modo de exercício ou objeto de alguma posição jurídica, em si. O que se exige do estado, sendo ou não determinativa a sentença, na realidade, é sempre a prolação de sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, consubstanciando-se o exercício da atividade determinativa, correspondente à produção de um juízo prudencial para fixação da extensão, do modo de exercício ou do conteúdo de uma posição jurídica de vantagem, meio necessário para declarar-se, constituir-se ou condenar-se. Não há pretensão autônoma à atividade determinativa, devendo ser ela necessariamente desenvolvida pelo estado-juiz se dessa natureza for a sentença proferida.

Antes que isso gere quaisquer mal-entendidos, isso não quer dizer que inexistam por parte do lesado pretensão à atividade determinativa do estado, e que o juiz seja livre no desempenho da atividade de determinação. Na realidade, o poder de exigir o desempenho dela está “embutido”, por assim dizer, no de exigir declaração, constituição ou condenação, inexistindo autonomamente. Isso é o que explica a afirmação de ROSEMBERG feita a respeito das sentenças proferidas para diminuição judicial da pena, no caso de cumprimento parcial do contrato (§ 343 do BGB²⁶²), de que “*en estos casos ...; debe*

²⁶²Section 343 Reduction of the penalty

*desprenderse (a determinação) de los fundamentos y se encuentra en la condena a la prestación determinada no disminuida ...”*²⁶³.

4.1 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS CONSTITUTIVAS

A correlação entre sentenças determinativas e sentenças constitutivas é encontrada em doutrina. COUTURE, para quem as determinativas eram as sentenças “em que o juiz atua como verdadeiro árbitro, estabelecendo condições até então não especificadas para o exercício de um direito”²⁶⁴, via nelas espécie de sentença constitutiva, ao lado das que criam estados jurídicos novos, e das que produzem efeitos jurídicos de natureza tal que não poderiam ser obtidos a não ser mediante colaboração dos órgãos judiciários. Nas determinativas, o direito indubitavelmente preexistiria à sentença, cabendo ao juiz declará-lo. A sentença, porém, apenas faria cessar o estado de indeterminação do direito, substituindo-o por outro específico, regulando a forma concreta de seu exercício.

CHIOVENDA, a seu turno, consoante destacado noutra parte deste trabalho (item 1.2), fez singela menção à categoria, a que preferia chamar “sentença dispositiva”, identificando-a como subclasse das sentenças constitutivas. Nelas, a lei remeteria a decisão ao arbítrio, à descrição judicial, quer imediatamente, quer por via de correção de anterior determinação de terceiro. O ponto de partida era a impossibilidade de ver nas dispositivas quarta classe de sentenças, haja vista que a tradicional classificação ternária, que discrimina as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, parte dos efeitos por elas produzidos, e não da natureza ponderada da atuação do juiz nessas sentenças²⁶⁵.

O móvel que levou à aproximação das sentenças determinativas das sentenças constitutivas é o *novum* criado tanto por uma como por outra. Nas primeiras, ele corresponde à solução para o caso concreto, nas situações em que a norma não

(1) If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded.

(2) The same also applies, except in the cases of sections 339 and 342, if someone promises a penalty in the event that he undertakes or omits an action.

²⁶³ *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 41.

²⁶⁴ *Fundamentos do direito processual civil*, p. 244.

²⁶⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 257.

predetermina a extensão, objeto ou o modo de exercício de posição jurídica de vantagem, cabendo ao juiz a indicação concreta do que falta; nas segundas, à criação, modificação ou extinção de alguma relação ou estado jurídico.

A aproximação entre as duas categorias, porém, feita nesses termos, parece-me um erro.

Fosse isso correto, todas as sentenças, por implicarem uma inovação mínima que seja no plano jurídico, seriam constitutivas. Afinal, como bem pondera FAZZALARI, “... *deve ritenersi che la sentenza 'giurisdizionale' – sia di 'condanna', sia di 'accertamento', sia 'costitutiva' - è sempre di natura ... costitutiva, nel senso che incide nella sfera sostanziale dei litiganti creando una nuova situazione*”²⁶⁶.

De fato, com as sentenças condenatórias, por exemplo, a partir do nascimento do título, cria-se na esfera jurídica do vencedor o direito à execução da sentença. Com as declaratórias, nasce o direito de fazer valer a declaração constante da sentença contra o adversário, extrajudicialmente, e que, em futuros processos, se exterioriza praticamente na possibilidade de invocar a eficácia positiva ou negativa da coisa julgada. Nas sentenças constitutivas, a constitutividade (criação de uma nova situação jurídica, a modificação, ou mesmo a extinção) é a resposta do estado ao exercício de um direito à constituição, de que é titular o vencedor. Por parte desse contra o estado, há um direito, no plano pré-processual à produção do “novo”, que se exaure com a prestação jurisdicional do estado, provendo o “novo”. Nas sentenças determinativas, em que se pede, por exemplo, a condenação pela prática dos danos morais, o que nasce em favor do lesado, e se exerce por ele contra o estado por meio do pedido, é a pretensão à condenação do réu ofensor, que se satisfaz não mediante a indicação do *quantum debeatur*, tão somente, mas com a condenação do réu ao pagamento daquilo que a atividade determinativa do juiz fixou.

Exemplos de sentenças determinativas constitutivas são as que decretam divórcio, naquilo em que fixam por falta de consenso entre os pais as condições sobre a guarda, criação e educação dos filhos. Havendo-o, porém, a sentença é constitutiva negativa, no tocante ao divórcio, mas meramente homologatória, quanto à guarda, criação e educação dos filhos, o que a faz, no ponto, constitutiva integrativa de forma²⁶⁷.

²⁶⁶Verbete Sentenza civile. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XLI, p. 1251.

²⁶⁷Numa das pouquíssimas referências às sentenças determinativas, que prefere denominar dispositivas, PONTES DE MIRANDA pondera o seguinte: “Ora, essa resolução (sobre guarda dos filhos, quotas para criação e educação deles) contem exatamente um dos problemas mais sutis de direito processual: o problema

Embora as ponderações de PONTES DE MIRANDA da nota anterior tenham sido feitas ainda à luz do CCB de 1916, elas servem perfeitamente ao contexto do hoje vigente, a julgar pela disciplina da guarda, feita pelo art. 1584²⁶⁸. Inexistindo acordo entre os pais, ao juiz caberá regulamentar a guarda, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe, atividade tipicamente determinativa. Unilateral que seja a guarda, caberá ao juiz, em favor do genitor sob cuja guarda não esteja o filho, autorizar e disciplinar o direito de visitas (art. 1589 do CCB²⁶⁹). Quanto às visitas dos avós, embora o instituto esteja previsto em artigo sobre a guarda unilateral (art. 1589, parágrafo único do CCB), diante da importância do convívio entre netos e avós, nada obsta a que se regule a questão, também na compartilhada. Em todas essas hipóteses, cabendo ao juiz decidir sobre o modo de exercício do direito de guarda, consoante as particularidades do caso, para melhor satisfação dos interesses do menor, a decisão, quanto ao ponto, será determinativa. Exaurindo-se no estabelecimento do estatuto regulatório para a guarda do menor a

da sentença em que o juiz tem de emitir declaração de conteúdo ainda não determinado. Tal sentença (cf. WILHEM KISCH, *Urteilslehre*, 110 s.) não é gênero à parte das sentenças de condenação, declarativas, constitutivas, executivas e mandamentais; é espécie de cada uma delas, mas principalmente da constitutiva ou da executiva. No caso dos desquites, essas sentenças chamadas “dispositivas” (*verfügende Urteile*) tem a função de dispor, na falta do acordo, sobre aquela pensão e aquela cota. [...] Não se pense em caso de simples determinação ao modo do arbitrador; porque o juiz, aí, coopera, por si, no desquite litigioso; e não arbitra – homologa, no desquite amigável”. *Tratado das ações*, t. IV, p. 425-426.

²⁶⁸Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

²⁶⁹Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. [\(Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011\)](#)

prestação jurisdicional pretendida pela parte feita valer no pedido, sem que se vá a ponto de condenar-se o réu, ou declarar-se existência ou inexistência de relação jurídica em face dele, a sentença, além de determinativa, é apenas constitutiva.

Também constitutiva determinativa é a sentença de interdição de incapaz, naquilo que fixa a extensão e o modo de exercício dos poderes do curador. Segundo o art. 24 do CCB, nomeando-se curador ao incapaz, ao juiz caberá fixar-lhe os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias²⁷⁰. Muito embora o art. 1.772 do CCB²⁷¹ admita a determinação concreta dos poderes do curador apenas nos casos dos deficientes mentais, dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos (art. 1.767, III) e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental (art. 1.767, IV²⁷²), o enunciado 574 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, estabelece que “a decisão judicial de interdição de verá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”²⁷³.

Muito embora o CCB atual, a exemplo do anterior²⁷⁴, fale em “sentença que

²⁷⁰Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.

²⁷¹Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.

Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

²⁷²Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

²⁷³Segundo a justificativa apresentada, “É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção. Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782. Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado. Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a gradação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais”. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>.

²⁷⁴No CCB de 1916, o artigo era o 452.

declara interdição”²⁷⁵, a sentença nesses casos proferida é constitutiva de estado jurídico novo, estado jurídico de interdito, sujeito à curatela²⁷⁶. Muito embora haja prévia constatação da causa biopsicológica geradora (toxicodependência, prodigalidade etc), a interdição nasce com a sentença. Como bem pondera OVÍDIO BAPTISTA, “a ação de interdição é constitutiva porque o estado de interdição é criação do ato sentencial. Antes dele havia o enfermo mental, não o interdito, assim como, antes da sentença que 'declare' a falência, falido não existe”^{277 278}.

Cabendo ao juiz modular prudencialmente o modo de exercício dos poderes do curador, de modo a buscar um meio-termo entre a necessidade de proteção do interdito, decorrente de suas limitações cognitivas, e do poder de auto determinar sua própria esfera jurídica, é determinativa constitutiva a sentença de interdição, no particular.

Quanto às sentenças revisionais, aliás, inserem-se dentre as constitutivas determinativas as que modificam o contrato por onerosidade excessiva (art. 317 CCB²⁷⁹). No entanto, é necessário lembrar que a onerosidade excessiva pode servir tanto para que o devedor demande em juízo a revisão contratual, como para defender-se em eventual demanda para cobrança da prestação devida, nos termos em que originariamente pactuada. Apresentada como exceção, a onerosidade excessiva, se procedente, levará à modulação da extensão do direito do autor, hipótese em que não se estará diante de sentença constitutiva determinativa, mas condenatória determinativa.

Evidentemente, a lista das sentenças constitutivas determinativas aqui apresentada é meramente exemplificativa.

Antes de seguir adiante, é necessário relembra que a noção de sentença determinativa seguida neste trabalho, distinta da compartilhada por parte da doutrina, impede de considerar determinativas constitutivas algumas sentenças reputadas por ela

²⁷⁵Art. 1.773. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

²⁷⁶Na sujeição do interdito à curatela está o *quid* específico da sentença, segundo BARBOSA MOREIRA. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. In: *Temas de direito processual (quarta série)*, p. 186.

²⁷⁷*Curso de processo civil*, v. 1, t. I, p. 137.

²⁷⁸No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA: “Todas as incapacidades, exceto a resultante da idade (porque nasce com o homem e se extingue com o advento do dia certo, ou em virtude de ato de outrem, suplementando a idade), exigem decisão judicial. O louco, para ser louco, prescinde de ato judicial; e o surdo-mudo. Mas a interdição só existe se houve a decisão do juiz.”. *Tratado das ações*, t. IV, p. 3.

²⁷⁹Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

como tais.

Como exposto em item anterior (item 1.5), RASELLI apontava que, em alguns casos, o suporte fático de regra jurídica seria integrado por elementos vagos, a serem discricionariamente avaliados pelo juiz, de acordo com as particularidades do caso. Assim, segundo o art. 155 do CCIt, a mulher poderia pedir a separação por culpa do marido, quando ele, *sem justo motivo*, não fixasse residência, ou, tendo recursos, recusa-se a fazê-lo *de acordo com esses*. Segundo ele, a sentença constitutiva negativa, por essas razões, seria determinativa.

A meu ver, como tratei de apontar anteriormente (item 2.3.1), sentenças dessa natureza não são determinativas. Duas são as situações a extremar. Na primeira, de que exemplo a hipótese indicada acima, a “discricionariedade”, o subjetivismo judicial, não verte sobre o ato de aplicação do direito objetivo propriamente dito, mas reside num juízo que lhe é prévio, sobre a extensão e potencial aplicabilidade ao caso trazido a juízo pelas partes de regra jurídica em que figure conceito indeterminado. Na segunda, a que relaciono as sentenças determinativas, o juízo prudencial, dito subjetivo, porquanto necessário à determinação da extensão ou do modo de exercício da posição jurídica a ser objeto da decisão judicial (direito subjetivo, poder jurídico, ...), exterioriza-se no próprio ato de aplicação do direito objetivo. Daí a importância de discriminação dos casos. Por essa razão, não é possível falar-se em sentença desconstitutiva determinativa no caso de coação²⁸⁰ 281.

É impossível pensar que todas as sentenças determinativas regulamentares sejam constitutivas.

Pensemos no caso em que dois vizinhos, cansados de brigar pelo fato de um deles desenvolver atividade produtora de barulho excessivo, resolvam de comum acordo pleitear

²⁸⁰Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

²⁸¹Nesse particular, é necessário lembrar a ineliminável presença nas regras jurídicas de elementos que, sendo vagos, fluidos, imprecisos, dotam a atividade jurisdicional de interpretação ou aplicação do direito de maior subjetivismo, prudencialidade ou “discricionariedade”, como se queira chamar (vide item 3.2.5). Se tais elementos estão no preceito primário da norma, em que estabelecido seus pressupostos fáticos de incidência, o subjetivismo verte sobre a interpretação normativa. Se, por outro lado, tais elementos estão no preceito secundário, servindo de critério para a determinação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica criada pela incidência da norma sobre o suporte fático suficiente, o subjetivismo, a prudencialidade, ou a “discricionariedade”, concentra-se na atividade de aplicação do direito objetivo. Neste segundo caso, está-se diante de sentença determinativa.

em juízo o estabelecimento de um estatuto regulatório de convivência, com fixação de horários permitidos, intensidade máxima do som, ou eventuais medidas mitigadoras da poluição ambiental (arts. 1277 e ss do CCB²⁸²). Bem verdade é que, na prática, o *plerunque fit* seja o ajuizamento de ação de um deles para proibir o outro de emitir ruídos, ou adotar medidas mitigadoras - caso isso aconteça, a sentença proferida será condenatória determinativa. Porém, nada obsta a que ambos recorram ao Judiciário para que ele estabeleça por sentença o *modus vivendi*; cuidar-se-ia de feito de jurisdição voluntária. Limitando-se a isso o pedido, não se pleiteando o não fazer, a sentença será constitutiva determinativa, por caber ao juiz fixar o modo de exercício mais adequado do direito de propriedade entre eles, mantendo o justo equilíbrio entre os respectivos titulares.

4.2 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Por comodidade expositiva, no grupo das sentenças condenatórias serão incluídos casos que, segundo os defensores da teoria quinária das sentenças, a rigor, deveriam figurar dentre as mandamentais ou executivas *lato sensu*.

Dentre as condenatórias se insere o maior número de sentenças determinativas existentes. Não que aquelas, por apresentarem alguma peculiaridade especial, exerçam um tipo de *vis atrativa* sobre estas. Cuida-se tão somente de reconhecer que, no geral, os direitos prestacionais, origem das sentenças que impõem a outrem pagar, fazer ou não-fazer algo, são os mais abundantes no mundo jurídico.

²⁸²Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

Assim, são exemplos de sentenças determinativas dessa natureza as que condenam ao pagamento de alimentos ou danos morais; ou as sentenças sancionatórias, como a condenatória penal ou a por ato de improbidade, no tocante à dosimetria das reprimendas. Também a sentença que julga pedido de indenização por ato ilícito absoluto, quando reconhecida a discrepância entre a culpa do agente e a extensão do dano produzido. São sentenças que impõe um pagar, cujo *quantum debeatur*, segundo norma jurídica de direito material, se sujeite a atividade jurisdicional determinativa.

Noutros casos, o cerne da atuação determinativa do juiz é um direito com objeto abstratamente determinável, mas cujo conteúdo concreto só pode ser determinado consoante as circunstâncias do caso. Imagine-se a obrigação de preservar bens de relevante valor cultural²⁸³. Nesse contexto, pense-se no ajuizamento de ação civil pública para restauração de imóvel dessa natureza, em que se peça para reconstruí-lo, de modo a deixá-lo no estado original, diante da precariedade da conservação. No curso do processo, a partir de complexa perícia multidisciplinar, percebe-se que o atendimento do pedido, embora tecnicamente possível sob o prisma da engenharia, não é a melhor solução sob o prisma histórico-cultural. Isso porque, segundo os historiadores ouvidos no curso do processo, parte do imóvel foi à ruína em vista de importante episódio de singular relevância histórica (ataque terrorista, guerra, terremoto), mostrando-se mais adequada para alcançar a finalidade almejada com a propositura da demanda a mera consolidação do que sobrou do bem²⁸⁴. Nesse caso, muito embora o pedido tenha sido para reconstrução do bem, diante da realidade emergente do processo, o que se impõe ao juiz é condenar o réu (poder público ou particular, a depender do caso) à consolidação das ruínas, com que se alcança a finalidade pretendida pelo autor. A decisão, nesse caso, é condenatória determinativa,

²⁸³Art. 216 da CF. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

²⁸⁴Guardadas as proporções, foi o que ocorreu com a cidade romana de Pompéia, atingida pela erupção do vulcão Vesúvio, em 79 d.C.

porquanto o juiz tenha imposto ao réu a prática do ato que **mais adequadamente** tutela o direito demandado no processo.

O art. 461 do CPC, ao disciplinar a tutela das obrigações de fazer e de não-fazer, ampara essa conclusão, ao estabelecer que “o juiz concederá a tutela específica da obrigação **ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento**” (gn).

A essa altura, poder-se-ia contra argumentar que a segunda parte do *caput* do artigo, ao falar em “procedente o pedido”, não se aplicaria ao caso, haja vista que, no exemplo, não se julgou procedente o pedido de reconstrução do bem, mas o de consolidação das ruínas. Não há dúvidas disso. No entanto, não é menos certo que o direito discutido no processo (o direito transindividual à preservação do patrimônio histórico), foi reconhecido. Abstraída a inexactidão técnica de falar em **procedência do direito** – a rigor, direitos existem ou não existem; pedidos, esses sim, podem ser procedentes ou improcedentes -, o que ocorreu, no exemplo, foi exatamente o acolhimento de pedido diverso do originariamente deduzido, mas que, na prática, em vista do quadro emergente da instrução, representou-lhe o sucedâneo. Que isso também expressa a ideia de **equivalente prático**, teleologicamente considerado, constante do *caput* do art. 461 do CPC, não tenho dúvidas²⁸⁵.

O que pretendo demonstrar é apenas mais uma visão, relevante ao estudo das sentenças determinativas, por permitir ao magistrado fixar concretamente o *quid debeat*, a partir da identificação do equivalente prático, isto é, da medida substitutiva mais idônea a satisfazer o interesse do demandante, nos casos em que apenas genericamente previsto em lei, se inviável o atendimento do pedido tal qual originariamente deduzido por ele²⁸⁶.

²⁸⁵O mesmo se diga da ação para fechamento da fábrica que dispersa no ar poluentes nocivos ao meio ambiente. Na realidade, o que a lei abstratamente reconhece é o direito ao meio ambiente adequado. Constatado durante a instrução que a colocação de filtros nas chaminés é suficiente para satisfazer o direito feito valer pelo autor, a sentença que impõe essa solução ao réu é condenatória (ou mandamental, a depender da teoria classificatória de sentenças a que se adira), mas simultaneamente determinativa do concreto objeto do direito abstratamente reconhecido, ao meio ambiente adequado.

²⁸⁶Não é por outra razão, aliás, que certa parte da doutrina italiana tem atribuído à chamada tutela inibitória natureza determinativa-constitutiva, porquanto “*accertata l'avvenuta violazione, deve specificare da quali comportamenti ulteriori il responsabile si deve astenere non solo per non ripetere la violazione ma anche e soprattutto per non perpetuarne e aggravarne le conseguenze*”. Nesse sentido, LUIGI MONTESANO, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare (diritto vigente e riforme opportune)*, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, p. 25, citado por VALENTINA CARNEVALE, em “Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Gen-Feb 2007, n. 1, p. 78.

É de se pensar, ainda, em sentenças condenatórias determinativas, nos casos em que caiba ao juiz modular o modo de exercício do direito por ele reconhecido, mediante fixação de prazo para cumprimento da obrigação imposta em sentença. Exemplo pode ser extraído da disciplina da tutela das obrigações de fazer ou de não-fazer.

Segundo o §4º do art. 461 do CPC²⁸⁷, tanto na sentença como na liminar eventualmente concedida, o juiz poderá fixar prazo **razoável** para o cumprimento da decisão. O art. 461-A, que regra a tutela específica das obrigações de entrega de coisa, por igual, permite ele a fixação de prazo para cumprimento do *decisum*²⁸⁸. Embora ele não fale expressamente em prazo razoável – só alude a fixação de prazo -, é evidente que as peculiaridades do caso é que guiarão o magistrado nessa tarefa. Também aqui, em vista das autorizações legislativas plasmadas em sobreditas regras-quadros, caberá ao juiz, prudencialmente, indicar o termo para cumprimento da obrigação, a partir da fixação de prazo para respectivo cumprimento, exercendo verdadeira atividade determinativa. Tratando-se de sentença condenatória, evidencia-se a natureza condenatória determinativa da decisão.

No entanto, nem todo caso em que haja determinação judicial de prazo para cumprimento de obrigação é de sentença condenatória determinativa. Nada impede que cláusula contratual o estabeleça, antecipando eventual disputa judicial entre as partes; algo como a cláusula de eleição de foro. A própria lei, inclusive, pode dispor sobre prazos para cumprimento da sentença. É o que acontece, por exemplo, na lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. No art. 63 são

²⁸⁷Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. ([Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

[...]

²⁸⁸Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

[...]

preestabelecidos prazos para cumprimento da sentença, segundo os critérios definidos de antemão pelo legislador, razão pela qual, nesses casos, não haverá exercício de atividade judicial determinativa²⁸⁹. Nas hipóteses em que caiba ao juiz determinar o prazo, originariamente, atento ao que razoável para cumprimento da obrigação, haverá sentença condenatória determinativa. Naqueles em que o juiz fixa prazo para tanto, aplicando regra contratual ou legal que previamente disciplinou o caso, evidentemente, não.

Antes de passar adiante, porém, é importante esclarecer que o fato de que a regra do art. 461 do CPC viabilizar a prolação de decisões determinativas não quer dizer que todas as decisões proferidas nas ações que tenham por objeto a satisfação de obrigação de fazer ou não-fazer sejam dessa natureza. Isso não ocorrerá nos casos em que o conteúdo do direito demandado for a realização ou a abstenção de uma conduta determinada previamente pela lei ou pelo negócio jurídico que eventualmente serviu de fonte da obrigação, porque aí inexistirá a necessidade de juízo prudencial do magistrado para prolação da decisão. Havendo tutela pelo equivalente, porque a equivalência precisa ser encontrada mediante juízo prudencial de acordo com as circunstâncias concretas do caso julgado, haverá o desenvolvimento de atividade judicial determinativa. Nos outros casos, não.

²⁸⁹Art. 63. Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes. [\(Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

§ 1º O prazo será de quinze dias se:

a) entre a citação e a sentença de primeira instância houverem decorrido mais de quatro meses; ou
b) o despejo houver sido decretado com fundamento nos incisos II e III do art. 9º ou no § 2º do art. 46.

c) o despejo houver sido decretado com fundamento no art. 9º ou no § 2º do art. 46. [\(Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

§ 2º Tratando-se de estabelecimento de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público, respeitado o prazo mínimo de seis meses e o máximo de um ano, o juiz disporá de modo que a desocupação coincida com o período de férias escolares.

§ 3º Tratando-se de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, e o despejo for decretado com fundamento no inciso IV do art. 9º ou no inciso II do art. 53, o prazo será de um ano, exceto no caso em que entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de um ano, hipótese em que o prazo será de seis meses. [\(Redação dada pela Lei nº 9.256, de 9.1.1996\)](#)

§ 4º A sentença que decretar o despejo fixará o valor da caução para o caso de ser executada provisoriamente.

4.3 SENTENÇAS DETERMINATIVAS E SENTENÇAS DECLARATÓRIAS

Do fato de nas sentenças determinativas haver determinação concreta do modo de exercício, do objeto ou da extensão de uma posição jurídica, em casos em que a lei não os predeterminou, poder-se-ia pensar na incompatibilidade delas com as sentenças declaratórias. Imaginar que seriam incompatíveis sentenças declaratórias e sentenças determinativas, no entanto, é um erro cuja premissa é a crença de que, na declaração, o juiz retorna ao passado, encontrando o que lá já estava, o que não ocorreria nas sentenças determinativas. De novo, nessa linha, nada surgiria; donde se eliminaria qualquer tipo de criacionismo sentencial.

Isso, porém, é um erro. Havendo declaração da existência de relação jurídica consubstanciada em direito ou poder jurídico cuja extensão ou modo de exercício venha a ser indicada prudencialmente pela sentença, estar-se-á diante de sentença declaratória determinativa. Há exemplos disso.

Basta pensar que o interesse do autor pode se restringir a que o juiz declare, apenas, a existência do direito de ser indenizado por danos morais praticados pelo réu, montante a tantos Reais; ou, ainda, que o autor tem direito a passagem forçada, que singra o terreno do réu pelo caminho x ou y, tudo conforme aquilo que for determinado em sentença. Na realidade, quer nas sentenças condenatórias, quer nas constitutivas, quer nas declaratórias, a atividade jurisdicional determinativa pode estar presente, sem que isso afete a natureza da tutela prestada, que continua a ser de condenação, constituição ou declaração. Uma coisa são os efeitos produzidos pela sentença: condenar o réu, assim fazendo nascer na esfera jurídica do vencedor acesso às vias executivas; criar, extinguir ou modificar um estado jurídico; declarar a existência duma relação jurídica. Outra, totalmente diferente, é o tipo de juízo necessário à determinação da extensão ou modo de exercício da posição jurídica de vantagem demandada.

Ainda na classe das declaratórias determinativas, lembro da previsão constante do

art. 27 da L. 9.868/99²⁹⁰, que permite ao STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tendo em vista “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, a regra propicia ao tribunal a) excluir do alcance da decisão, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo como decorrência dela; b) não atribuir efeito retroativo à decisão, a despeito de sua declaratividade; c) ou mesmo fixar para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos, cuidando-se de formalização de um mecanismo de ponderação de valores. Segundo o autor, o que o tribunal, ao dosar os efeitos da decisão, por exemplo, “é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, como boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade de vencimentos, razoabilidade”²⁹¹.

4.4 NATUREZA DETERMINATIVA DAS CAUTELARES INOMINADAS

O art. 798 do CPC²⁹², que dá poderes ao juiz para decretar as chamadas medidas cautelares inominadas, é outra regra que autoriza a atividade determinativa jurisdicional. Segundo formulação doutrinária generalizadamente aceita, a finalidade das cautelares inominadas é garantir a utilidade prática do futuro provimento de mérito, sem as amarras resultantes da adoção de um sistema de medidas cautelares clausuladas. De fato, como bem realça SERGIO LA CHINA, a jurisdição de urgência tem em si certa *vis*, que justifica comportamentos excepcionais e transgressivos que a jurisdição ordinária não pode, nem deve ter²⁹³.

²⁹⁰Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²⁹¹*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 187.

²⁹²Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

²⁹³“Dal giudice giudicante al giudice pianificante”. *Rivista di Diritto Processuale*, Lug-Ago 2007, n. 4, p. 852.

Nesse caso, o que o juiz pode ou não determinar está indicado no artigo seguinte. Segundo o art. 799 do CPC²⁹⁴, ao juiz cabe autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens ou impor a prestação de caução, para alcançar os objetivos idealizados com a concepção do instituto. A essa altura, poder-se-ia imaginar que a dicção legal, ao predefinir as providências a serem determinadas pelo juiz, minimizaria o subjetivismo da atuação do magistrado, que se restringiria a examinar se é ou não o caso de atuar o poder geral de cautela, adotando uma das medidas ali previstas. Porém, note-se que atribuindo a lei ao juiz o poder de *autorizar ou vedar a prática de determinados atos*, é-lhe aberto um leque quase que ilimitado de possibilidades. A atividade decisória prudencial do juiz, nesse contexto, consiste exatamente em determinar que medida será usada por ele usada no caso concreto para garantir a utilidade prática do provimento de mérito. Assim fazendo, estará ele indicando o modo de exercício do direito processual à cautela. Note-se que, nas cautelares inominadas, o único critério legal para orientar a decisão é a da idoneidade da medida para assegurar o cumprimento das finalidades técnicas do poder geral de cautela, isto é, assegurar a utilidade prática da decisão de mérito, o que levou a MONIZ DE ARAGÃO a falar que, nesse terreno, é essencial confiar no bom senso e na prudência do juiz e contar com o controle dos tribunais²⁹⁵. Dessa forma, a lei permite ao juiz disciplinar, ainda que temporariamente, a relação entre as partes, com base numa decisão prudencial, tomada de acordo com o que as circunstâncias do caso²⁹⁶.

²⁹⁴Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

²⁹⁵MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 57, 1o trimestre de 1988, p. 46.

²⁹⁶Como lembra OVÍDIO BAPTISTA, a intervenção em bens litigiosos pode ser decretada em ações de dissolução de sociedade, divisão, petição de herança, dentre outras, quando a medida mais severa do sequestro não for recomendada (*Do processo cautelar*, p. 120-121.).

Imagine-se, nessa linha, uma ação para partilha dos bens do casal cujos consortes, por alguma vicissitude da vida, tornaram-se inimigos capitais. Na pendência do processo, para evitar o perecimento dos bens e a melhor produção de rendimentos, uma das partes requer o sequestro dos bens do casal, colocando-os sob administração de terceiros. Diante da múltiplas opções abertas pela lei processual, para alcançar a finalidade pretendida pelo requerente, poderia o juiz adotar outras medidas, regrido a situação das partes da maneira mais adequada, à luz do que as provas produzidas lhe demonstrassem. Até a solução definitiva do caso, a fazenda do casal poderia ser administrada pelo esposo, com melhor traquejo para as lidas agropecuárias, a quem caberia também alienar os carros do casal, depositando o produto da venda em juízo; o restaurante, a seu turno, poderia ser administrado pela esposa, que, aliás, já o fazia antes mesmo da crise conjugal. Nesse contexto, o juiz regulamentaria, ainda que provisoriamente, a administração dos bens do casal, dentro dos limites e critérios bastante flexíveis estabelecidos por lei, exercendo verdadeira atividade determinativa.

5 OS PODERES DECISÓRIOS DO JUIZ NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS

5.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Nos itens anteriores, expus minhas impressões sobre os aspectos mais relevantes no estudo das sentenças determinativas. Dentre outras coisas, procurei assentar que elas correspondem às sentenças com que o juiz, a partir de um juízo prudencial, fixa a extensão, o modo de exercício ou o objeto de uma posição jurídica de vantagem; que tais sentenças se explicam diante da impossibilidade ou até mesmo da inconveniência de a ordem jurídica predeterminar extensão, modo de exercício ou objeto concreto de posições jurídicas dessa natureza; que a técnica legislativa que atribui ao juiz o poder para tanto emana das chamadas normas jurídicas quadro, criadoras de um espaço mais ou menos amplo de atuação, sempre respeitados os limites impostos em lei; e que as situações ensejadoras da prolação de sentenças determinativas, de tão variadas, resistem a sistematização.

Se é certo que a ordem jurídica impõe critérios para e limites ao exercício da atividade determinativa por parte do juiz – nenhum poder pode ser absoluto –, quais seriam eles ? Num estudo dedicado às sentenças determinativas, sentenças em que trabalha o juiz com subjetividade – como vimos, não raro, fala-se em discricionariedade judicial –, dar resposta a essas questões é o que de mais básico se espera.

Isso, porém, não é tão simples.

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, a cujo pensamento a esse respeito já se fez menção, reputava as sentenças em que o juiz devia emitir pronunciamento de conteúdo ainda não determinado, um dos mais sutis do direito processual²⁹⁷.

Em alguns casos, a discussão dos limites da atuação do juiz não chega sequer a ser percebida como “verdadeiro problema”, como algo merecedor de especial atenção. A determinação dos honorários devidos nos termos do que dispõe o artigo 20, §3º do Código

²⁹⁷*Tratado das ações*, t. IV, p. 425.

de Processo Civil brasileiro²⁹⁸, por exemplo, apesar do açodamento com que isso tem sido feito na prática, exige do magistrado inequivocamente grande sensibilidade, diante dos critérios legalmente indicados para tanto (zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo por ele despendido). No entanto, para facilitar o exercício da atividade determinativa, a própria regra estabelece o intervalo mínimo e máximo da condenação (10 a 20% do valor da condenação), sendo digno de nota, ainda, que o direito será reconhecido sempre na forma de uma condenação pecuniária. O mesmo se diga a respeito da sentença que possibilita a redução equitativa da pena contratualmente estipulada, nos casos de cumprimento parcial da obrigação ou de manifesta desproporção do valor, consideradas finalidade e natureza do negócio²⁹⁹. Determinar concretamente o *quantum* da redução exigirá do magistrado grande dose de prudência e um elevado senso de justiça. No entanto, suas dificuldades se limitarão – como se isso não fosse problema bastante –, a um só eixo, o da quantificação do excesso a ser expurgado.

Noutros casos, porém, os problemas sobre os limites e os critérios que guiarão a atividade determinativa do juiz começam a ser sentidos de maneira ainda mais nítida. Sob certa medida, algo parecido com a fixação de honorários comentada no parágrafo anterior ocorre na fixação do *quantum debeatur* na sentença que condena à reparação por danos morais. Obviamente, ninguém duvida das grandes inquietações por que passam os juízes responsáveis por julgar esses casos. Bem visto o problema, não seria de todo equivocado compará-los a artesãos, tamanha é a delicadeza necessária à exteriorização objetiva, em termos pecuniários, daquilo que, a um só tempo, mostre-se necessário e suficiente para fazer frente à lesão sofrida pelo autor a seu moral individual, a rigor, alto insusceptível de apreciação comparativa com o que quer que seja; isso, por si só, já é missão bastante

²⁹⁸Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [\(Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976\)](#)
[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

a) o grau de zelo do profissional; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

b) o lugar de prestação do serviço; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

²⁹⁹Art. 413 do CCB. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

tormentosa. Aqui, porém, a inquietação sobe um pouco de tom, na medida em que é válido indagar se, em vez de condenar em pecúnia, poderia o juiz condenar o réu a praticar ato que lhe pareça mais adequado a compensar o autor pelo dano moral experimentado.

A realidade forense pode nos brindar com vários exemplos que, mais ou menos nessa linha, bem mostram a complexidade dos problemas a serem enfrentados.

Em seção anterior deste trabalho, fiz menção a uma hipotética ação civil pública promovida pelo Ministério Público em face da INFRAERO para fechamento de um aeroporto - o de Congonhas, por exemplo -, sob alegação de que, se no passado ele não apresentava problemas para segurança viária, hoje, em vista dos avanços da aviação civil e do aumento do volume de chegadas e partidas diariamente realizadas, o funcionamento dele comprometeria de maneira inquestionável a segurança do transporte aéreo de passageiros. Some-se a isso a poluição sonora e do ar atmosférico causada pelos aviões no entorno do aeroporto. Na contestação, a ré pondera que eventuais acidentes anteriormente ocorridos no local nada tinham a ver com a localização do aeroporto, ou com o estado de conservação das pistas, tendo sido fruto de falhas dos pilotos das aeronaves envolvidas. Sobre a localização do aeroporto, inclusive, ponderou que a centralidade dele era um dos seus maiores atrativos à população. Sustentou, ainda, que o transporte aéreo é serviço público essencial, devendo ser prestado ininterruptamente, e que a poluição sonora e ambiental, embora existente, é imanente à operação do aeroporto, devendo ser tolerada por todos, também em homenagem à essencialidade do serviço.

Devidamente instruído o feito, produzida ampla prova pericial, em vez de acolher o pedido do Ministério Público, (= fechar o aeroporto), ou a contestação do réu (= deixar tudo como está), o juiz sentencia o feito fixando um novo regime de funcionamento do aeroporto, limitando os horários dos voos das 7h às 22h, permitindo pousos e decolagens apenas de aviões passageiros (proibição de transportes de carga) e em intervalos mais espaçados; ainda, determinou o reasfaltamento das pistas com materiais de última geração, aptos a garantir melhor frenagem e tração das aeronaves; a abertura de novas áreas de escape ainda foi imposta à ré. Tudo isso, note-se bem, em conformidade com as soluções técnicas indicadas pela perícia regularmente produzida no processo. Na linha do que observei no item 4.2, cuida-se de sentença condenatória determinativa regulamentar.

A sentença do juiz, a rigor, parece traduzir a solução mais adequada para o caso,

sob o prisma dos interesses em conflito, na medida em que possibilitou a continuidade do funcionamento do aeroporto, agora, porém, de maneira mais segura aos usuários do serviço público e dos moradores da vizinhança. No entanto, ela suscita uma série de questões que evidenciam a relevância da discussão sobre os poderes decisórios dos juízes nas sentenças determinativas. Por exemplo: a) qual o fundamento jurídico para que o juiz profira sentenças determinativas regulamentares ?; b) sendo o pedido do autor para fechamento do aeroporto, a sentença regulamentar não ofenderia a regra da correlação entre pedido e sentença (art. 460 do CPC³⁰⁰) ?, seria o caso de falar-se em sentença de procedência parcial ? c) adotando o juiz solução diversa das teses sustentadas por autor e ré no curso do processo, a sentença não teria ofendido o princípio do contraditório ?; d) considerando que o serviço de transporte aéreo é concedido pela União a particulares (art. 20, XII, 'c' da CF³⁰¹), seria válida a sentença no ponto em que, sem ouvir a União e as empresárias do setor aéreo exploradoras do serviço, impactou no contrato de concessão ?

A esse exemplo muitos outros se poderiam agregar, sem grandes dificuldades. Cada um deles, a seu turno, traria uma série de novas inquietações. Discorrer sobre todas elas seria impossível, tamanha a riqueza das possibilidades. Mesmo assim, é necessário buscar algum tipo de sistematização dos problemas emergentes da prática das sentenças determinativas. Somente a partir disso será possível sugerir algumas linhas de atuação para avaliar a real extensão dos poderes decisórios do juiz nas sentenças dessa natureza.

5.2 CRITÉRIOS DECISÓRIOS NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS

5.2.1 A “teoria geral do caso concreto”

No contexto do estudo dos poderes decisórios do juiz nas sentenças

³⁰⁰Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³⁰¹Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

determinativas, a primeira questão que se coloca diz respeito aos critérios de que ele deverá se valer para fixar corretamente a extensão ou o modo de exercício da posição jurídica (direito, poder *etc*) objeto do mérito da demanda judicial. Como fixar corretamente a sanção pelo ato de improbidade administrativa ? Como arbitrar devidamente o valor dos danos morais ? Que medidas adotar para compor com o equilíbrio necessário o conflito de vizinhança levado a juízo ? Como resolver a disputa pela guarda dos filhos do casal ?

Nesse terreno, inexiste uma fórmula geral, um “critério universal de bem julgar”, apto a indicar ao juiz a correta solução do caso. No particular, é inviável a tentativa de estabelecer um modelo geral explicativo do fenômeno, não se podendo ir além da concepção de uma grande “teoria geral do caso concreto”.

Porém, não me esquivando da necessidade de apontar ao menos que seja uma direção, um rumo a nortear o exercício da atividade determinativa pelo juiz e o respectivo controle dela pelas partes, se se quisesse pensar numa chave-mestra, numa ferramenta apta a destrancar as portas que conduzem à tão sonhada “fórmula mágica”, o máximo que se poderia dizer é que ela certamente será extraída a partir da análise do perfil técnico, isto é, do papel da posição jurídica discutida no processo, no contexto das normas de direito material em que a atividade determinativa será desenvolvida. **De forma mais clara, é atento à disciplina de direito material do direito subjetivo, do interesse ou do poder jurídico levado a juízo que caberá ao juiz encontrar a solução correta para o caso.**

Bem compreendida a enunciação feita acima, os parâmetros que servem à correta decisão, nessas hipóteses, não diferem dos observados para prolação de sentenças não determinativas. Isso porque, a rigor, o que muda entre as sentenças determinativas e as sentenças não determinativas é a estrutura da norma de direito material que o juiz aplica num e noutro caso. Nas determinativas, cuida-se das normas jurídicas quadro, que não predeterminam a solução para o caso trazido a juízo pelas partes, assim impondo ao juiz o poder-dever de dimensioná-la prudencialmente, segundo as circunstâncias concretas - os critérios estabelecidos por algumas normas jurídicas para definição da extensão, do modo de exercício ou do objeto dessas posições jurídicas de vantagem são imprecisos, fluidos, inexatos, quando não simplesmente indeterminados, emprestando à decisão maior subjetividade.

Assim é que, para fixação dos alimentos devidos, o critério a ser seguido pelo juiz

será o consagrado no binômio necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado, cabendo levar-se em conta que o pensionamento deverá fazer frente não apenas às necessidades vitais do primeiro, mas também a seus anseios morais e intelectuais. Para saber o que se deve entender por equitativo, nas demandas em que se pleiteia a redução da cláusula penal nos casos em que excessivamente ajustada ou de descumprimento parcial do contrato, o art. 413 do CCB traz como critério balizador da decisão judicial a natureza e a finalidade do negócio³⁰². Para regulamentar a guarda do filho menor, pautar-se-á o juiz nas necessidades específicas deste, ou na distribuição de tempo necessário ao convívio do menor com o pai e com a mãe³⁰³. Se as regras para solução dos conflitos de vizinhança servem para garantir aos envolvidos o exercício mais harmônico possível dos direitos de todos, é nesse sentido que se devem dirigir os esforços do juiz na resolução desses litígios, e assim por diante.

Que se deva exatamente entender por necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado, nas ações de alimentos; por equitativo, nas em que se pleiteia a redução da cláusula penal nos casos em que excessivamente ajustada ou de descumprimento parcial do contrato; ou por necessidades específicas do filho, ou da distribuição de tempo necessário ao convívio do menor com o pai e com a mãe, nas de guarda, é algo que, pela especificidade, escapa ao foco deste trabalho. Muitas obras voltadas a cada um desses temas já foram produzidas, não sendo o caso de, nesse particular, inovar em relação ao que nelas se meditou.

Embora reconheça que a fórmula gizada a partir do “da análise do perfil técnico, do papel da posição jurídica discutida no processo, no contexto das normas de direito material em que a atividade determinativa será desenvolvida” seja bastante abstrata e, conseqüentemente, de utilidade prática bastante limitada, creio que dela se possa extrair algo de certa relevância aos juízes, servidores públicos que, embora de inegável qualificação técnica, não são mais do que homens de “carne e osso”.

Na realidade, o que pretendo realçar é que os critérios, por mais abertos que

³⁰²Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

³⁰³Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [\(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

[...]

II – **decretada pelo juiz**, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

sejam, **não estão situados na “cabeça do juiz”**, mas em algo publicamente conhecido, exteriorizado pelas normas constantes do ordenamento jurídico de determinado estado, em dado momento. Assim, na fixação dos alimentos, na redução equitativa da multa contratual ou na regulamentação da guarda e do direito de visitas, caberá ao juiz atuar de acordo com as normas de direito material pertinentes ao caso. Concretamente, qual será o valor do pensionamento, da multa ou como será fixada a guarda e o regime de visitas, dependerá dos parâmetros estabelecidos pelo direito material e, por óbvio, das circunstâncias de cada caso.

5.3.2 Eixos de determinação: aspectos quantitativos e qualitativos da decisão

A partir do delineamento dado às sentenças determinativas nos capítulos anteriores, é possível afirmar que em torno de **dois eixos** pode girar a indefinição gerada a partir do emprego das normas jurídicas quadro, atributivas de poderes para decidir determinativamente, “conforme as circunstâncias”.

O **primeiro** deles, o **eixo quantitativo**, é bem visível nas sentenças em que ao juiz se impõe o dever de arbitrar o *quantum debeatur* nas sentenças que condenam ao pagamento de indenização por lesão a direitos extrapatrimoniais, como nos casos de dano moral ou dano ambiental; por ato praticado por incapaz; nas hipóteses em que entre o grau de culpa e a extensão do dano se observe significativa desproporção; de pensionamento de alimentos *in pecunia*; de honorários advocatícios judiciais etc. Também se inserem nesse grupo os casos de fixação de prazo razoável para cumprimento de obrigação de fazer ou de

dar, como previsto nos arts. 461, §4º³⁰⁴ e 461-A³⁰⁵ *caput* do CPC, respectivamente. Ainda, na dosimetria das sanções de suspensão de direitos políticos e multa civil por ato de improbidade³⁰⁶; ou do *quantum* das penas privativas de liberdade na sentença penal condenatória. Nesses casos, as possibilidades de atuação judicial são predefinidas por lei, vertendo a atividade determinativa sobre o valor da condenação, duração da sanção ou sobre o prazo para cumprimento da sentença.

O **eixo qualitativo** é o **segundo** em torno dos quais pode girar a indefinição criada a partir do emprego das normas jurídicas quadro, atributivas de poderes para o juiz decidir determinativamente. Cuida-se dos casos em que o juiz impõe às partes uma

³⁰⁴Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. ([Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

[...]

³⁰⁵Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

³⁰⁶Art. 12. da L. 8.429/92: Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: ([Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009](#)).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

medida ou uma série de medidas definidoras de um a) *modus vivendi* entre elas³⁰⁷; de b) via alternativa à reparação pela prática de ato contrário a direito que não pecuniária³⁰⁸, ou daqueles em que determina o c) conteúdo específico de posições de vantagem que a ordem jurídica atribui ao respectivo titular apenas genericamente (e.g: direito à saúde, direito à prestação adequada de serviços públicos etc). Nesse contexto, a principal inquietação concerne ao grau de liberdade judicial para imposição dessas medidas, noutras palavras, que medidas o juiz pode adotar para resolver esses casos e a que ponto lhe é permitido chegar.

A discussão sobre os poderes do juiz na determinação dos aspectos quantitativos da decisão não será objeto de análise mais aprofundada. Não que sobre eles as perplexidades sejam menores. É que trabalhos importantes já se debruçaram sobre o estudo da quantificação do dano moral³⁰⁹, do dano ambiental³¹⁰, dos alimentos³¹¹, das indenizações por equidade³¹², e das demais hipóteses que se inserem nesse grupo. Preferência será dada ao estudo dos poderes de que dispõe o juiz para indicação das **medidas adequadas** à realização das posições jurídicas discutidas no processo (**eixo qualitativo**), diante da pouca discussão doutrinária e jurisprudencial sobre critérios sistemáticos para enfrentamento do tema.

³⁰⁷No caso do vizinho incomodado pelo barulho excessivo gerado pela fábrica próxima à sua casa, não há lei que predefinida se a fábrica deve ser fechada ou se a colocação de filtros basta para garantir o direito à saúde e ao sossego. De acordo com as circunstâncias, caberá ao juiz determinar a medida adequada para o caso.

³⁰⁸Ilustram bem tais hipóteses os casos de compensação por danos provocados ao meio ambiente. Assim, imaginem-se os danos irreversíveis que a barragem de uma hidroelétrica causou à fauna, à flora e aos ribeirinhos de determinada região. É possível que a compensação dos danos se faça em pecúnia, hipótese em que a atividade determinativa do juiz recairá sobre o *quantum debeatur*. No entanto, não raro tais casos se resolvem mediante a imposição de uma série de atos coordenados à compensação integral dos danos. Nesse contexto é que se coloca o problema da tipologia das medidas necessárias à compensação ambiental por prestações equivalentes, para cujo equacionamento impõe-se o exercício de atividade jurisdicional determinativa.

³⁰⁹MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro-Recife-São Paulo: Renovar, 2009.

³¹⁰Por exemplo, ARAÚJO, Romana Coêlho. *Valoração econômica do dano ambiental em inquérito civil público*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/publicacoes>.

³¹¹Registre-se a fundamental obra sobre o tema, CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos*. SP: RT, 2013.

³¹²Dentre tantas: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. SP: Atlas, 2003.

5.2.3 Eixo qualitativo: problemas para reflexão

O problema de que adiante se tratará atinge mais de perto as sentenças nas quais o juiz determina o objeto ou o modo de exercício das posições jurídicas levadas pelas partes ao processo.

No mais das vezes, a lei não prevê que medidas podem ser adotadas concretamente pelo Judiciário para adequadamente resolver a crise de direito material levada ao processo. Nesse contexto, ao juiz cabe indicar um ato ou mesmo uma série de atos coordenados entre si, teleologicamente ligados, voltados à produção da solução correta para o caso.

Inexistindo sistematização legal, doutrinária ou jurisprudencial sobre o que seria permitido ou proibido nessa matéria, vem à mente a questão dos limites dos poderes decisórios do juiz nas sentenças determinativas dessa natureza. A seguir, indicarei alguns exemplos de problemas que podem surgir no cotidiano forense. Mais tarde, os casos servirão, ainda, para testar os critérios que serão apresentados para resolvê-los.

a) Em passagens anteriores do trabalho, fiz menção a hipotética ação civil pública promovida pelo Ministério Público em face da INFRAERO para fechamento de um aeroporto - o de Congonhas, por exemplo. Devidamente instruído o feito, produzida ampla prova pericial, em vez de acolher o pedido do Ministério Público, (= fechar o aeroporto), ou a contestação do réu (= deixar tudo como está), seria possível ao juiz sentenciar o feito fixando um novo regime de funcionamento do aeroporto, limitando os horários dos voos, permitindo pousos e decolagens apenas de aviões passageiros (proibição de transportes de carga) e em intervalos mais espaçados; ainda, determinando o reasfaltamento das pistas com materiais de última geração, aptos a garantir melhor frenagem e tração das aeronaves? Considerando que a prestação de serviços públicos com qualidade e segurança é dever do poder público, poderia ainda o Judiciário compelir o réu a, em determinado prazo, produzir e implementar um plano que garantisse isso, conforme os critérios estabelecidos tecnicamente no curso do processo?

b) na ação para perda do poder familiar do pai pela prática de atos previstos no

art. 1.638 do CCB³¹³, a partir das provas produzidas, dando-se conta o juiz de que a suspensão é medida bastante, seria possível determiná-la até que o genitor demonstrasse, mediante frequência a tratamento psicológico ou a cursos para pais, que está preparado para exercer o múnus corretamente ?

Os exemplos acima são de sentenças determinativas com as quais o juiz fixa o modo de exercício concreto de posições jurídicas de vantagem. Note-se, contudo, que o problema dos limites da atividade determinativa confiada aos juízes na imposição de medidas aptas a solucionar conflito entre as partes ocorre também nos casos em que essa atividade serve à fixação do *quid debeatur* de um direito ou poder jurídico. Isso pode ocorrer se discutidas posições jurídicas com objeto determinável, mas cujo conteúdo só possa ser determinado em concreto, como o direito à saúde ou o direito ao meio ambiente.

Também ocorre naquelas hipóteses de sentenças determinativas condenatórias em que reconhecido algum dano extrapatrimonial, que se resolve não no pagamento de quantia equivalente, mas na imposição de alguma atividade ou entrega de coisa. Aqui, muito embora a condenação esperada consista no retorno ao *status quo ante*, em muitos casos isso é impossível, senão até mesmo indesejado pelo próprio lesado, que prefere ver o réu condenado ao pagamento de quantia equivalente ao dano extrapatrimonial sofrido. Inviável a recuperação do próprio bem lesado, sendo o caso de compensar-se o respectivo titular com a imposição de alguma medida substitutiva a cargo do ofensor, até que ponto iriam os poderes decisórios do juiz ? Antes que o abstratismo prejudique a compreensão do problema e a concepção de eventuais soluções, é melhor fornecer alguns exemplos.

c) Causados danos irrecuperáveis a bem integrante do patrimônio ambiental natural (eg. morte de animais raros que viviam em parque florestal destruído por incêndio), como medida de compensação, a pedido do autor, poderia o responsável ser condenado a doação de equipamentos (veículos utilitários, barcos, aparelhos de GPS, computadores) a órgão público ambiental responsável pela fiscalização da área ? Casos como esse não tem sido tão raros no cotidiano do direito ambiental, em vista do desaparecimento das repartições públicas responsáveis pela defesa do meio ambiente.

³¹³Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

5.2.4 Liberdade x Arbítrio: observações necessárias

Esses exemplos estão longe de exaurir os casos em que ao juiz se impõe o dever de indicar prudencialmente o modo de exercício de determinada posição jurídica. Contudo, oferecem boa perspectiva das dificuldades sentidas por ele ao decidir, e pelos demais sujeitos envolvidos no processo, a quem a ordem jurídica oferece o direito de, pelos meios impugnativos cabíveis, contestar o acerto da atividade por ele desempenhada.

Em vista da falta de um rol de medidas que podem ser adotadas pelo juiz para resolução de casos dessa natureza, abre-se diante dele um campo enorme para o exercício do que, sem grande precisão, tem sido denominado “criatividade” judicial.

Se esse contexto, por um lado, é de inequívoca insegurança jurídica, permissiva da adoção de soluções eventualmente arbitrárias, por outro, propicia desenvolver algo que, no contexto dos *remedies* fundados na *equity* do direito anglo-americano, expressivamente já foi chamado de “*tayloring the remedie*”³¹⁴, talhar uma solução sobre medida para o caso, atento às peculiaridades que apresente.

Ressalte-se, no entanto, mais uma vez, que essa “alfaiataria judicial”, essa criatividade exercitada pelo magistrado, a rigor, não pertence a ele, a quem cabe, no máximo, tão somente vocalizá-la. O emprego da expressão “tão somente”, contudo, de maneira nenhuma diminui a relevância das atividades exercidas pelo juiz, enquanto operador do direito e membro de poder da república, para resolução das causas dessa natureza que lhe sejam submetidas à apreciação. O que quero com isso enfatizar é o que noutro ponto do trabalho tive a oportunidade de defender (item 3.1.5), uma ideia técnico-jurídica de equidade³¹⁵, consistente na necessidade de que todo trabalho de “criacionismo”

³¹⁴“The measurement or shaping of the remedy is partly a product of the court's ideas about the nature and scope of the underlying right and partly a product of balancing. The term tailoring is sometimes used to refer only to the latter, but it is used here to include any effort to determine the details of the injunctive remedy.” DOBBS, Dan B. *Law of remedies*, p. 81-82.

³¹⁵O que disse foi o seguinte: “julgar por equidade não significa julgar segundo orientação pessoal. Juizes, enquanto órgãos jurisdicionais, centros irradiativos de soberania estatal, não têm liberdade para construir a regra de equidade aplicável ao caso a decidir a partir de predileções pessoais. Antes disso, cabe-lhes buscar a solução mediante a elaboração de regra de equidade consentânea com os interesses sociais em voga em determinado momento e lugar, conformes aos valores prestigiados pela comunidade jurídica como um todo. Esse era o sentido da expressão “como se legislador fosse”, a que aludia o art. 114 do CPC de 1939. Embora a legislação brasileira atual não mais a empregue, essa é a conclusão que extraio da fonte do poder dos estados que, como o brasileiro, adota a democracia como regime”. Ao final, reporte-me ao pensamento de LIEBMAN, para quem “*equità non vuole dire però arbitrio del giudice, il quale deve, como giudice d'equità farsi interprete del senso etico-giuridico diffuso nella società del suo tempo, che è qualche cosa come un diritto allo stato amorfo, cosicchè il criterio equitativo ... possa a sua volta esser sentito come precetto*”

judicial opere-se dentro de marcos racionais objetivos, único caminho, dentro dos estados democráticos de direito, apto a minimizar o subjetivismo na aplicação desse - embora tenha buscado diferenciar sentenças de equidade de sentenças determinativas, não creio que as conclusões a que cheguei sobre as primeiras não se possam aplicar às segundas.

Aliás, a própria alegoria acima invocada também sugere a necessidade de trazer esse exercício de criação judicial a paragens mais tranquilas, mais previsíveis, colocando-a a serviço da realização do direito objetivo, tal qual interpretado pela consciência jurídica coletiva. O trabalho do alfaiate, bem assim como o do artesão, bem vistas as coisas, situa-se dentro de referenciais técnicos consonantes com o momento histórico em que se vive, com a matéria-prima com a qual se trabalha e, sobretudo, com o destinatário final da peça a ser produzida. Por mais que se prestigie a liberdade de inovação do artista, ela simplesmente de nada valerá, correndo até mesmo o risco de cair no ridículo, se inadequada ao corpo que pretende vestir. Tanto na moda como no direito, em muitos casos, bem pequenas podem ser as diferenças entre o grotesco e o belo, entre o arbitrário e o legal. É preciso estar atento para reconhecer coisas conceitualmente tão diversas, mas, na prática, tão parecidas. A tarefa não é simples.

5.2.5 Eixo qualitativo: sistematizando critérios

a) adequação concreta

Pela própria generalidade, não se pode negar o acerto da afirmação de SYDNEY SANCHES, que, no contexto dos limites ao poder para concessão de cautelares atípicas, exemplo de decisão determinativa, ao discorrer sobre os critérios de eleição da medida correta, aludiu à noção de **adequação**³¹⁶. Para os demais casos de sentenças determinativas em geral, outro não me parece ser o critério a se seguir.

Por medida adequada entendo aquela que, se observada, leva à realização dos direitos reconhecidos no processo, na maior medida possível, sem geração de ônus *generale applicabile a tutti i casi identici*".

³¹⁶Poder cautelar geral do juiz (no processo civil brasileiro), p. 102.

excessivos ao vencido ou a terceiros. A noção é simples e será concretamente melhor definida ao examinarem-se os casos hipotéticos que expus anteriormente. Mesmo assim, alguns esclarecimentos gerais desde já precisam ser feitos para lapidação dessa ideia.

O **primeiro** deles é que, ao pensar em medida adequada, é necessário avançar além da ideia de mera idoneidade abstrata. A rigor, essa observação é um tanto quanto óbvia, haja vista que a medida que leva à realização dos direitos reconhecidos no processo, evidentemente, variará de caso a caso. O que talvez a justifique seja o fato de que, para identificá-la, deverá o magistrado estar atento não apenas às características gerais do direito reconhecido no processo, mas, sobretudo, às circunstâncias concretamente presentes em cada um dos casos por ele decididos. A observação pode soar truista, mas a ideia de adequação deve ser complementada com a de concretude, não sendo desarrazoado se cogitar numa mais abrangente, de adequação concreta, no sentido de aderente às circunstâncias do caso.

Para ilustrar isso, pensemos num caso de dano ambiental irreversível. Abstratamente, duas soluções básicas podem ser idôneas para resolver o problema: a) condenar o agressor a compensar pecuniariamente a perda do bem, em *quantum* que lhe seja equivalente, a ser vertido ao fundo de direitos difusos; ou b) condená-lo à implementação de medida ou de uma série de medidas compensatórias diversas do pagamento de dinheiro (criação de áreas de preservação, desenvolvimento de projetos de educação ambiental³¹⁷, ...) - poder-se-ia ainda cogitar de um misto entre as duas soluções³¹⁸. Abstratamente, segundo o direito posto, ambas são possíveis e idôneas à

³¹⁷No particular, concordo totalmente com CARLOS ALBERTO DE SALLES, que, em magnífica obra sobre *Execução judicial em matéria ambiental*, observa: “Tratando-se sempre de situação irreparável, pois de maneira contrária seria caso de tutela específica, a possibilidade de fixação de medida de compensação em espécie, consistente em equivalente não-pecuniário, não encontra qualquer óbice formal ou material em nosso sistema jurídico, embora não expressamente previsto. Esse tipo de medida é de grande utilidade, respondendo ao problema de como melhor compensar o interesse lesado, notadamente em situações mais localizadas, atingindo aquelas pessoas mais diretamente afetadas pelo dano ambiental”. *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 320.

³¹⁸Em ação civil pública, é pacífica a possibilidade de cumulação das obrigações de recomposição *in natura* e de compensação pecuniária pelos danos causados a bem integrante do patrimônio ambiental. O seguinte julgado do STJ o ilustra:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a

compensação dos danos ambientais irrecuperáveis. A concretamente adequada para resolver os diversos casos com que se depararem os magistrados responsáveis por julgá-los dependerá das particularidades, das circunstâncias presentes em cada um deles. É isso o que tenho em mente ao falar em adequação ou idoneidade concreta.

b) necessidade ou menor oneração

Vale advertir para a existência de outro critério complementar ao de concretude, o de necessidade. A necessidade, neste contexto, liga-se à noção de que as decisões judiciais não podem criar limitações outras que não as estritamente imprescindíveis à realização da posição jurídica violada feita valer no processo. Cuida-se da vedação geral às ingerências desnecessárias na vida dos participantes do processo ou de terceiros à realização da posição jurídica de vantagem reconhecida na sentença.

Bem compreendidas as coisas, a ideia não é desconhecida da legislação processual civil brasileira. Noutro contexto, o do processo de execução, mas pelo mesmo fundamento, o art. 620 do CPC prescreve que se por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor³¹⁹. Essa regra realça que, se por um lado o processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo que merece por lei, por outro, não pode causar maior gravame ao vencido e a terceiros do que o necessário à realização do direito reconhecido no processo. A partir da conjugação dessas ideias, aliás, chega-se àquilo que corresponde à prestação jurisdicional justa, no sentido

cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva.

3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur.

(REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

³¹⁹Art. 620 CPC: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

de exata. Em síntese: ainda que determinada medida seja idônea, isto é, abstratamente adequada à realização da posição jurídica reconhecida no processo, se desnecessária, não poderá ser imposta pelo juiz na decisão. Se bem compreendi um dos legados mais importantes deixados por CHIOVENDA, o que ora se sustenta nada mais é do que a aplicação no contexto das sentenças determinativas da ideia de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³²⁰; nem mais, nem menos³²¹.

Porém, à aplicação do critério da necessidade, pressuposto é a existência de duas ou mais soluções que, devidamente implementadas, sejam **igualmente** adequadas à realização do direito reconhecido em sentença. Muito embora a menor onerosidade se inspire em ideais maiores de justiça, é de se reconhecer que entre ambas, menor onerosidade e adequação concreta, na prática, podem surgir situações de enorme tensão, que impõem ao magistrado grande dose de prudência no momento de decidir. Se, por um lado, no exercício de determinar as medidas adequadas à realização do direito reconhecido no processo, não é possível a imposição de medidas excessivamente onerosas, por outro, não é possível deixar de realizá-lo. Nessas situações extremas, parafraseando DINAMARCO, inexistindo medidas mais amenas capazes de conduzir à realização do direito reconhecido no processo, que se determinem as mais severas³²².

Para ilustrar a situação, basta pensar no exemplo sempre lembrado da fábrica que dispersa na atmosfera poluentes causadores de danos ao meio ambiente. Promovida ação civil pública para encerramento das atividades, constatada por perícia técnica a possibilidade de que, mediante a implementação de medidas alternativas à constante da inicial (e.g colocação de filtros antipoluentes nas chaminés, tratamento dos gases antes de serem dispersados no ar ou de mudanças nas substâncias químicas empregadas no processo produtivo da fábrica), seja garantido o resultado prático equivalente ao pleiteado por meio

³²⁰*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 67.

³²¹Como acertadamente observa VINCENZO VARANO, citado por LUIZ GUILHERME MARINONI, a respeito das *injunctions* do sistema anglo-americano, “Muito embora a inadequação dos *legal remedies* seja em regra suficiente para legitimar a *injunction*, entende-se que o juiz pode negá-la quando conclui que a concessão poderá causar um prejuízo excessivo, injusto e irracional ao réu, não obstante o dano que o autor possa sofrer por ficar confinado aos limites dos remédios *at law*”. *Tutela inibitória*, p. 112.

³²²As ponderações exatas de DINAMARCO foram: “Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos”. Essa noção foi construída para analisar a extensão do art. 620 do CPC, que, segundo o mesmo autor, não pode ser manipulada como escudo a serviço dos maus pagadores, nem como impedimento para que o Judiciário ofereça tutela jurisdicional adequada a quem a mereça. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 58.

do pedido, evidentemente, não será o caso de impor-se ao réu o fechamento de suas portas.

Havendo várias alternativas igualmente adequadas à realização do direito reconhecido no processo, como no caso acima, nenhum problema existiria em adotar-se aquela reputada **pelo próprio réu** a menos onerosa para si. A solução aqui sustentada nada mais é do que decorrência natural da aplicação da ideia da menor onerosidade e da disciplina das obrigações alternativas instituída pelo CCB, segundo a qual ao devedor cabe a escolha da prestação, quando outra coisa não se tiver estipulado³²³. Processualmente, para tais casos, atento ao que dispõe o art. 288 do CPC³²⁴, caberá ao juiz garantir ao responsável pelo cumprimento da obrigação a possibilidade de fazê-lo por quaisquer dos meios idôneos à satisfação do direito reconhecido pela sentença, ainda que na inicial o autor não tenha deduzido pedido alternativo.

Aplicando-se isso ao exemplo imaginado acima, em que igualmente idôneos foram considerados a) a colocação de filtros antipoluentes nas chaminés; b) o tratamento dos gases antes de serem dispersados no ar ou c) mudanças nas substâncias químicas empregadas no processo produtivo da fábrica, o poluidor poderá escolher a economicamente menos onerosa a si, sem que contra isso se insurja o vencedor³²⁵. Muito embora a disciplina do art. 288 do CPC não tenha sido pensada para esses casos, ela os resolve a contento, de maneira afinada com as noções abordadas acima, de menor onerosidade e de adequação concreta.

c) otimização de direitos

Em várias partes do trabalho fiz menção à classe dos direitos interdependentes,

³²³Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

³²⁴Art. 288. O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo.

³²⁵Nesse ponto, adiro àquilo que exposto por ARRUDA ALVIM, ARAKEN DE ASSIS e EDUARDO ARRUDA ALVIM, nos comentários ao art. 288 do CPC: “O pedido alternativo normalmente deverá ser solicitado pelo autor, mas mesmo que este não o faça, deve o juiz assegurar ao réu o direito de que a obrigação seja cumprida de forma alternativa. (...) Não poderá o referido autor insurgir-se contra tal decisão. Mesmo que, eventualmente, o autor tenha solicitado o cumprimento da obrigação de uma só forma, nem por isto estará o juiz vinculado a acolher a forma de cumprimento da obrigação pretendida pelo autor. Prevalece a regra do parágrafo único deste artigo em análise”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 656.

direitos cujo exercício concreto é limitado pelo exercício de outros direitos. São exemplos disso o direito de propriedade do dono de um imóvel, em relação ao mesmo direito dos donos dos imóveis vizinhos; o direito do pai de visitar o filho que está sob a guarda materna, dentre tantos outros.

Cuidando-se de direitos interdependentes, a medida ou o conjunto de medidas adequadas para solução do caso precisa garantir a realização simultânea de todos aqueles reconhecidos no processo, da melhor forma possível, de modo a assegurar que todas as posições jurídicas (de autor, de réu e de eventuais terceiros interessados) possam ser exercitadas em seu grau máximo, de acordo com as limitações que esses direitos exercem uns em relação aos outros. Nesse contexto, adequada será a medida ou o conjunto de medidas representativas de uma verdadeira solução de compromisso entre todos os direitos reconhecidos, o que só pode ser aferido caso a caso, a depender das circunstâncias.

No contexto dos direitos de vizinhança, por exemplo, tornou-se célebre a síntese feita por SAN TIAGO DANTAS, que aludia ao princípio da coexistência dos direitos como guia para orientação do magistrado para o equacionamento desses conflitos³²⁶. Em realidade, tal solução nada mais é que a aplicação, no campo específico dos conflitos vicinais, de um critério geral útil à resolução dos casos envolvendo posições jurídicas interdependentes, a que se poderia denominar critério do equilíbrio, da harmonia, da “convivência ótima entre direitos”, da “máxima conformação possível”, ou de qualquer outro termo ou expressão em cuja raiz esteja a noção de convivência entre direitos.

Identificados os limites para o melhor exercício possível dos direitos interdependentes, caberá ao juiz estabelecer as medidas a serem seguidas pelas partes, formadoras de um verdadeiro estatuto regulatório de convivência entre elas, segundo as peculiaridades do caso.

³²⁶Segundo o jurista, “o princípio da coexistência dos direitos leva a se tolerar, do prédio vizinho, todos os incômodos que não chegam a comprometer o exercício do domínio próprio, e que, se fossem feitos cessar comprometeriam o domínio alheio. Se alguém se queixa das imissões que lhe advém do prédio contíguo, como por exemplo de que nele se fazem atos estrepitosos, deve o juiz por em cotejo o incômodo que esses ruídos acarretam para o reclamante, e a privação que para o vizinho representaria a sua cessação imediata. Ser-lhe-á fácil, levando em conta os hábitos sociais, estimar de que lado estaria o maior agravo, para em consequência decidir se os atos são dignos do seu amparo, ou se pelo contrário os prejuízos são de molde a exigir sua repressão”. *Conflito de vizinhança e sua composição*, p. 275.

5.2.6 Eixo qualitativo (segue): inconveniência de as medidas adequadas serem predefinidas em lei

Para evitar eventual arbítrio judicial decorrente da atribuição de poderes tão amplos para determinação das medidas adequadas para solução dos casos, não seria melhor que o legislador simplesmente estipulasse um rol fechado de possíveis provimentos de que poderiam lançar mão os juízes ?

A concepção de um rol fechado de medidas seguramente eliminaria eventuais atuações judiciais arbitrárias; bastaria que fossem constitucionais e observadas pelos juízes. Muito embora um sistema como esse pudesse ser concebido, na prática, o inconveniente maior seria o risco de que, à míngua de previsão da medida adequada no rol, a posição jurídica de vantagem feita valer em juízo e reconhecida em sentença não recebesse a devida proteção.

Bem ponderadas as coisas, seria a inversão dos papéis desempenhados por direito material e direito processual no sistema de direito positivo; o retorno a algo parecido com os primeiros momentos do processo civil romano do período das *legis actiones*. A realização do direito material ficaria restrita àquilo que o rol taxativo das medidas processuais impositivos poderia promover. Sair-se-ia do campo do autoritarismo judicial para ingressar-se no da tutela jurisdicional insuficiente e, conseqüentemente, injusta. A inconstitucionalidade remanesceria; só seria deslocada de lugar. Aos poucos, a necessidade de fazer justiça prevaleceria, sendo inevitável o abrandamento do rol, que passaria a ser visto como meramente exemplificativo.

Fosse a garantia contra abusos estatais um valor em si mesmo, algo a ser perseguido pelo sistema processual até as últimas conseqüências, a solução do rol taxativo seria a correta; mas, como se disse, os inconvenientes seriam enormes. A própria maneira de pensar as relações entre direito material e direito processual deveria ser revista.

Noutro contexto tal solução foi adotada. É o caso do processo penal brasileiro. Nele, o rol taxativo aparece, por exemplo, nas medidas cautelares pessoais alternativas à prisão preventiva. Segundo a sistemática trazida à luz pela L. 12.403/11, presentes os requisitos ao exercício do poder cautelar, consubstanciados na “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente

previstos, para evitar a prática de infrações penais”, caberá ao juiz, segundo as circunstâncias do delito e as condições pessoais do investigado ou do acusado, impor-lhe a medida adequada para o caso³²⁷. Cuida-se de decisão determinativa no contexto processual penal, em que toca ao juiz, ainda que provisoriamente, fixar o modo de exercício do direito de liberdade do investigado ou do acusado, segundo os critérios estabelecidos em lei e as circunstâncias do caso. Contudo, as medidas adequadas estão limitadas taxativamente às previstas no art. 319 do CPP³²⁸. Como última *ratio*, presentes os requisitos à decretação da prisão preventiva, será ela a medida a ser tomada³²⁹.

Não é o caso de aprofundar o tema. No entanto, muito embora o rol previsto no art. 319 do CPP seja bastante amplo, seria possível argumentar que ele é meramente exemplificativo. O ponto de partida para chegar a essa conclusão é o fato de que, se o sistema prevê a prisão preventiva como limite máximo ao poder cautelar do juiz criminal

³²⁷Art. 282 do CPP. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

³²⁸Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

³²⁹Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

para decretação de medidas cautelares pessoais, tudo o que abaixo disso estivesse, se adequado, seria permitido. Em vez de decretar-se a prisão preventiva, decretar-se-iam as eventuais medidas que, mesmo alheias ao rol, fossem concretamente idôneas a fazer frente ao fato que a ensejou. Abstraído o acerto ou erro da posição, o que subjaz a ela é o princípio do *favor rei*, pulverizado por todo sistema penal e processual penal, a garantir o investigado, o acusado e o condenado contra abusos indevidos do estado³³⁰.

Exatamente para evitar os inconvenientes técnicos que a opção pelo rol fechado pode trazer é que em situações bastante conhecidas, em que cabe ao juiz fixar o modo concreto de exercício de alguma posição jurídica de vantagem, atuando determinativamente, faz-se menção às noções de adequação, necessidade ou a fórmulas outras que atribuam flexibilidade suficiente à melhor, mais equânime ou mais justa composição do conflito.

Assim é que o art. 798 do CPC prevê a possibilidade de o juiz determinar as medidas provisórias que julgar **adequadas**, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação³³¹.

Na mesma linha, na tutela das obrigações de fazer ou de não fazer, o juiz poderá determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461 *caput*), sendo-lhe permitido “determinar as medidas **necessárias**,

³³⁰Ainda no campo penal, poder-se-ia invocar outro exemplo em que a solução do “rol taxativo” foi empregada. Ao estabelecer as penas restritivas de direitos, o CP, no art. 43, limita-as às de a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana. Quanto à de interdição temporária de direitos (supra 'd'), o art. 47 do CP, por sua vez, estabelece taxativamente a possibilidade de aplicação de a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; c) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; d) proibição de frequentar determinados lugares; e e) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos. Assim, na eleição da pena adequada, o juiz, avaliando as condições subjetivas do condenado e as circunstâncias do delito, não poderá impor qualquer medida, mas aquelas estabelecidas taxativamente em lei.

³³¹O art. 799 não restringe a extensão do art. 798. Embora a letra do artigo fale em “ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”, nele também se prevê a possibilidade de o juiz “autorizar ou vedar a prática de **determinados atos**” (gn). A fórmula é tão abrangente que tudo quanto seja adequado à garantia da eficácia prática da sentença do processo principal pode ser imposto pelo juiz, desde que não seja vedado pela lei.

O direito processual italiano, no tocante aos *provvedimenti d'urgenza*, também se vale da fórmula elástica fundada no critério da idoneidade: Art. 700 CPCIt: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (art. 461 §5º)³³².

Essa mesma ideia de liberdade dos meios de tutela rege a compreensão dos poderes decisórios do juiz nas sentenças proferidas em ação civil pública, em homenagem ao princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional³³³.

5.2.7 Eixo qualitativo (segue): limites de fato e de direito à decretação das medidas adequadas ?

Em vista da impossibilidade ou, no mínimo, da inconveniência de que a lei predefina uma lista fechada de medidas de que os juízes possam se valer no exercício da atividade determinativa, coloca-se a questão dos limites dos poderes dos juízes nessas situações.

Quanto aos **limites de fato**, basta inverter o critério da adequação concreta sugerido anteriormente para balizar os esforços do juiz no exercício da atividade determinativa, no eixo qualitativo. Cabendo ao juiz adotar a medida ou o conjunto de medidas concretamente adequadas segundo as circunstâncias do caso, para decidir os que por ventura venha a apreciar, arbitrárias serão as que se mostrem inadequadas para solução do litígio. Aqui, penso que as considerações acima expendidas são suficientes para

³³²Lembro que o juiz não exercita atividade determinativa ao impor as medidas coercitivas mais adequadas, segundo as circunstâncias do caso, para realização da decisão. Minha conclusão decorre do conceito adotado de atividade determinativa. Para que uma sentença seja determinativa, a margem de liberdade dada pela norma jurídica ao juiz verte sobre a posição jurídica de vantagem que constitui o *meritum causae*. Diante da falta de predeterminação legal, cabe ao juiz fixar concretamente a extensão, o modo de exercício ou o objeto dessa mesma posição jurídica de vantagem, segundo as circunstâncias do caso. As multas processuais, por outro lado, não representam o *meritum causae*, servindo como medidas de apoio à realização da decisão. Embora na imposição de multas processuais para dissuadir o réu a cumprir ordem judicial atue o juiz “discrecionariamente”, quer em vista da necessidade de aquilatar o *quantum* da multa, quer da possibilidade de optar por uma dentre possíveis alternativas colocadas a sua disposição para forçar o cumprimento do comando (multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e/ou coisas etc), nisso não vejo exercício de atividade jurisdicional determinativa; é uma questão de premissa.

³³³É apenas aparente a restrição feita pelo art. 3º da LACP, ao dizer que a tutela poderá ter por objeto condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. A um, em vista da complementação oferecida pelo art. 83 do CDC, segundo o qual “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.” A dois, porque, no direito brasileiro, o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer é feita por meio dos mecanismos previstos no art. 461 do CPC, idênticos aos previstos no art. 84 do CDC.

esclarecer minha percepção sobre os limites de fato ao exercício dos poderes do juiz nas sentenças determinativas, a partir de raciocínio *contrario sensu*.

Quanto aos **limites de direito**, por outro lado, a despeito de toda abertura dada a partir da premissa chiovendiana de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³³⁴, de plano, é de se afastar a possibilidade de o juiz determinar a observância de medidas vedadas pela ordem jurídica, trate-se ela de vedação expressa ou emergente da leitura do sistema jurídico como um todo, a partir de interpretação sistemática ou principiológica.

Essa, aliás, foi a mesma conclusão a chegou CHIOVENDA, em lição sobre a extensão e limites da atuação da lei no processo. Disse ele: “todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível, e não seja contrário a uma norma geral ou especial de direito, deve considerar-se admissível”³³⁵. Com base nisso, o autor repudiava medidas como a prisão civil ou a perda da propriedade, ou medidas com caráter penal ainda que atenuado, como as multas judiciais, que só seriam possíveis se admitidas pela lei³³⁶.

A formulação de CHIOVENDA ajuda a explicar o porquê de as sanções por ato de improbidade serem as expressamente consignadas no art. 12 da L. 8.429/92³³⁷, delas

³³⁴*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 67.

³³⁵Op. cit. p. 69.

³³⁶Falou-se em arresto de pessoa ou do direito de propriedade, bem como em sequestro de natureza coercitiva. Op. cit. p. 68.

³³⁷Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: ([Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009](#)).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

não podendo se afastar o juiz para punir o condenado, ainda que, concretamente, entenda-se que outras medidas poderiam ser mais adequadas para prevenção geral e especial à improbidade administrativa, e para repressão do ato efetivamente praticado³³⁸.

Ajuda ainda a explicar as razões pelas quais, num conflito de vizinhança em que se reconheça a prática de algum ato abusivo do direito de propriedade, ainda como medida extrema, não se possa impor ao vencido a perda do imóvel.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

³³⁸Praticado ato de improbidade administrativa consistente na fraude a licitações públicas mediante uso de pessoas jurídicas de fachada exclusivamente para isso, seria de todo adequado que essas fossem formalmente encerradas. O encerramento, porém, não pode ser decretado como sanção decorrente do ato de improbidade, dependendo de pedido autônomo em ação separada ou na própria ação de improbidade administrativa, a depender das circunstâncias (mesmo juiz competente para julgamento de ambas, mesmas partes *etc*). O fundamento está na nova L. 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, em especial arts. 5º e 19.

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

[...]

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

[...]

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

[...]

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

[...]

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

[...]

Além disso, é necessário partir da premissa de que cumuláveis pedidos outros na ação de improbidade, que não o de condenação por ato dessa natureza e de aplicação das sanções respectivas.

Pela possibilidade de cumulação, confira-se o seguinte julgado do STJ: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. CABIMENTO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. ARTS. 292 DO CPC. 19 DA LEI Nº 7.347/85 E 83 DA LEI Nº 8.078/90.

[...]

2. A Lei nº 7.347/85 -LACP- prevê a utilização subsidiária do Estatuto de Ritos, autorizando vários tipos de provimentos jurisdicionais para a defesa dos interesses difusos e coletivos, que devem ser estendidos às situações descritas no art. 3º da LACP.

Exemplo mais atual de medida proibida vem das inúmeras ações intentadas por particulares para obtenção de medicamentos. Nessas demandas, o que busca o autor é a satisfação do direito constitucional à própria saúde, que, embora tenha objeto determinável, tem o respectivo conteúdo e modo de exercício determinado de acordo com as circunstâncias particulares do caso concreto. Tais sentenças, servindo a isso, são determinativas, cabendo ao juiz indicar se a realização do direito do autor se dará mediante intervenção cirúrgica, fornecimento do medicamento por ele pleiteado ou eventualmente de outro, ou por tratamento médico diverso (tratamento no exterior, por exemplo), segundo as indicações periciais, respeitadas as condições de saúde do paciente. Nesse contexto, como acertadamente pondera MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO, medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não poderiam ser concedidos pelo Judiciário. O mesmo autor, porém, corretamente ressalta que se o medicamento for autorizado por agência congênere estrangeira (*Food and Drug Administration* ou *European Medicines Agency*, por exemplo) e a falta de registro na ANVISA decorrer de entraves burocráticos, em situações extremas, para evitar danos irreversíveis ao paciente, poderia o Judiciário determinar o fornecimento do fármaco³³⁹.

3. Admite-se a cumulação de pedidos em ação civil pública, desde que observadas as regras para a cumulação previstas no art. 292 do CPC.

O art. 21 da Lei nº 7.347/85 remete-se à regra do art. 83 do CDC que autoriza a obtenção de provimento jurisdicional de qualquer natureza: condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo.

[...]

(REsp 547.780/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 271).

Em doutrina, igualmente entende compatível a cumulação SUSANA HENRIQUES DA COSTA, “Cumulação de pedidos em ações de improbidade administrativa”. In: *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei 8.429/92*, p. 399-415.

Na prática, a cumulatividade de pedidos outros (anulação de atos ou contratos administrativos, imposição de fazer ou não fazer, entrega de coisa) com o de reconhecimento de ato ímprobo e aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, deve ser cuidadosamente analisada, caso a caso. Não raro a ampliação do *petitum* leva à da *cognitio* judicial e, conseqüentemente, ao do *thema probandum*, gerando delongas desnecessárias na marcha do processo.

Atualíssimas ainda hoje as ponderações de JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, na introdução de sua *Doutrina das acções*: “3a Que não basta sabêr, que n'êste, ou n'aquêlle caso, compete esta, ou aquella Acção; é preciso sabêr, quantas se-podem intentar para obtêr o mêsmo fim; para que se-cumulem, se fôrem compatíveis; ou para que se-escôlha a mais comoda, se fôrem incompatíveis. 4a Que é não menos conveniente sabêr, quando a Acção se-pode intentar contra uma só pessôa, e quando é forçoso intental-a contra pessôas diversas; porque dão incomparavelmente maiôr enfado as demandas em que os réos são muitos.

[...]

6a Que nenhum Alumno, apenas acaba seus estudos na Universidade, deve-se logo têr por habil para julgar, e advogar, sem primeiro lêr e praticar muito; e nenhuma coisa deve temêr tanto qualquér principiante, como intentar qualquér Acção, sem primeiro reflectir maduramente sôbre o direito do autôr, e sôbre o mêio de que mais convém usar. *Doutrina das acções*, p. 19-20.

³³⁹“Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde”. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 383. Note-se que a importação e fornecimento do fármaco sem

Muito embora CHIOVENDA não tenha concebido tal formulação para definir, no eixo qualitativo, os limites dos poderes do juiz nas sentenças determinativas, sem grandes dificuldades, ela bem poderia ser usada para isso. Tanto assim que a conclusão a que chegou CHIOVENDA serviu de base para que DINAMARCO sustentasse que medidas executivas não podem chegar a ponto de “degradar o obrigado, humilhando-o com medidas incompatíveis com a dignidade humana”³⁴⁰, ao discorrer sobre os limites ao poder do juiz na determinação das medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação (art. 461 do CPC). Tais sentenças, ao possibilitar a imposição de medidas voltadas à obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento específico da obrigação, são genuinamente determinativas, haja vista que a identificação judicial do que se possa considerar equivalente e, consequentemente, das providências adequadas para realização do direito reconhecido no processo, são feitas a partir das circunstâncias do caso concreto, mediante avaliação prudencial por parte do juiz.

Além das medidas acima indicadas, dentre aquelas vedadas pela ordem jurídica, aponto ainda as que violam o princípio constitucional da separação de poderes. O ponto é relevante, em especial nos casos em que o juiz é levado a atuar determinativamente, impondo à administração pública medida ou conjunto de medidas que, segundo as circunstâncias do caso, revelem-se aptas à realização da posição jurídica discutida no processo. Ainda que aptas, não será dado ao juiz impô-las, se implicarem ingerência indevida na esfera de poder constitucionalmente atribuído **com exclusividade** à administração pública para, no exercício de suas opções puramente políticas, agir como, quando e com os instrumentos que entender mais convenientes e/ou oportunos³⁴¹.

registro na ANVISA configuraria crime hediondo (art. 273, §1º - B do CP c/c art. 1º, VII – B da L. 8.072/90). Muito embora controversa, a imposição ao poder público de fornecer o medicamento não registrado também me parece defensável, diante de uma ponderação concreta entre os riscos à vida e à saúde do paciente e as causas que impediram o registro no órgão sanitário. De fato, se o fármaco for comprovadamente a melhor alternativa de tratamento do paciente e se o registro na ANVISA só não foi formalizado por meros problemas burocráticos, a necessidade de satisfazer o direito à saúde autorizaria o Judiciário a impor ao Executivo o dever de fornecê-lo. Na prática, a decisão judicial consubstanciaria autêntica excludente supra-legal de culpabilidade, a afastar a natureza criminosa da conduta.

³⁴⁰*Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 452.

³⁴¹Para defesa do meio ambiente, as conclusões a que chegou CARLOS ALBERTO DE SALLES não destoam do que aqui se sustenta. No seguinte trecho o autor discorre sobre a noção das *political questions* nos Estados Unidos e sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário em entidades públicas e privadas. Diz ele: “Assim, medidas judiciais de intervenção em entidades públicas mostram-se juridicamente viáveis, desde que respeitem os limites da clausura orçamentária e não substituam o Executivo naquelas funções que lhe são próprias, relacionadas com a vontade política do Estado. Nos Estados Unidos, de forma mais razoável, os limites da revisão judicial dos atos administrativos são dados pelas *political questions*, isto é,

Note-se, porém, que paulatinamente a área blindada contra a atuação do Judiciário sobre os demais poderes tem se tornado cada vez mais restrita. A chamada “acionabilidade” dos direitos fundamentais de terceira geração, por exemplo, aqui considerada como a possibilidade de “*acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais*”³⁴², de realização jurisdicional dos direitos dessa natureza, decorrente do amadurecimento das instituições brasileiras, culminou com a hoje inquestionável inserção do Judiciário como ator responsável pela realização das políticas públicas de estado³⁴³.

Muito embora o Executivo seja, por excelência, o responsável pela implementação delas, se disso, por ação ou inação, emergir lesão a direitos individuais e/ou difusos, caberá ao legitimado defender-se em juízo, o que levará ao Judiciário, atento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), por meios subrogatórios ou coercitivos, atuar sobre as ações de política pública do estado.

Assim, questões que antes eram vistas como seguramente inseridas dentre as de “política de estado”, ou dentre os chamados “atos políticos”, têm sido objeto de atuação jurisdicional, sobretudo no julgamento das diversas ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados para implementação de direitos sociais. A despeito da perda de terreno que a zona proibida de intervenção do Judiciário tem sofrido, naturalmente, ainda remanesce uma região cinzenta geradora de insegurança à doutrina e à

aquelas questões definidas em precedentes judiciais, que, por sua natureza, são consideradas de domínio exclusivo do executivo. No Brasil o princípio da separação de poderes precisa ser entendido sob um critério mais elástico, a fim de permitir melhor coordenação dos poderes do Estado, longe de restrições dogmáticas impeditivas do inteiro exercício das funções atribuídas ao Judiciário.

Assim, diante das inovações de nosso ordenamento processual, que ora permitem ao juízo a adoção de providências mais eficazes para atingir o objetivo de executar as obrigações de fazer, positivas ou negativas, é justo supor a legalidade de medidas judiciais de intervenção, seja em empresas privadas, seja em entidades públicas. Com essa possibilidade, encerra-se o vasto rol de providências processuais cabíveis para execução das obrigações de fazer e de não fazer”. *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 295.

³⁴²A definição, com itálico do próprio autor, é de KAZUO WATANABE, que prefere o emprego do termo “justiciabilidade”. “Controle jurisdicional das políticas públicas” - ‘Mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 216. O termo, ao que parece, vem do inglês, “*justiciability*” definido no *Black's Law Dictionary* (p. 882) como “*the quality or state of being appropriate or suitable for adjudication by a court*”.

³⁴³Segundo sustenta KAZUO WATANABE, sob a perspectiva da acionabilidade, é possível dividir os direitos sociais em três categorias: a) os emanados da ideia de dignidade humana, correspondentes ao denominado “mínimo existencial”; b) os fundados em normas constitucionais com “densidade suficiente”, cuja judicialização independe de ponderação por parte do Legislativo ou do Executivo por meio da criação de políticas públicas específicas; c) os fundados em normas constitucionais programáticas. Para o autor, são imediatamente judicializáveis os direitos sociais incluídos nos 2 primeiros grupos. Cuidando-se da promoção do mínimo existencial, remata ele, a reserva do possível não pode ser invocada. Op. loc. cit., p. 224.

jurisprudência³⁴⁴. Uma coisa, porém, é certa: há muito ela não mais se resume aos atos administrativos vinculados ou aos elementos vinculados dos atos discricionários³⁴⁵.

5.2.8 Eixo qualitativo (segue): Em síntese, que medidas o juiz deve e que medidas ele não pode determinar ?

É conveniente apresentar um resumo de tudo o que se disse a respeito dos critérios e limites ao exercício dos poderes decisórios do juiz nas sentenças determinativas.

Concentrando-me naquilo que, por falta de nome melhor, convencionei denominar eixo decisório qualitativo, das medidas que devem ser determinadas pelo juiz

³⁴⁴“... a vedação persiste, desde que se considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos. No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 47.

³⁴⁵No REsp 493811/SP, a 2ª Turma do STJ chegou ao ponto de entender possível ao Judiciário, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, impor ao Executivo a inclusão de verba orçamentária para execução de política pública de promoção dos direitos das crianças e adolescentes.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente. Interposta apelação, entendeu o TJSP que o programa contra toxicod dependência de jovens funcionava insuficientemente, impondo-se o aperfeiçoamento desse, que não previa tratamento dos casos mais graves, impositivos, inclusive, de eventuais internações. Reconheceu-se o dever do Poder Público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal.

Opostos Embargos Infringentes pelo réu (Município de Santos), a eles foi dado provimento, sob o argumento de que a criação de programas sociais dessa natureza ficavam a critério da administração pública, com base em juízo de conveniência e oportunidade.

No julgamento do Recurso Especial do *Parquet* paulista, entendeu o STJ que o programa já havia sido criado por resolução do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, e que não mais caberia ao Executivo discutir se iria ou não implementá-lo. Sobre a alegação de impossibilidade financeira, disse a relatora do recurso: “A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?”. Ao fim, deu provimento ao recurso, determinando a reativação em sessenta dias do programa e inclusão no seguinte orçamento municipal de verba própria e suficiente para atender ao programa.

O acórdão foi assim ementado: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido.

(REsp 493811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004, p. 236)

para realização da posição jurídica de vantagem reconhecida no processo, é possível dizer que caberá a ele implementar aquelas concretamente mais adequadas a tanto, donde possível extrair-se um princípio geral de orientação, o **princípio da adequação concreta da medida**. Cuidando-se de decisão sobre aquelas posições jurídicas que, por falta de nome melhor, convencionei chamar “direitos interdependentes”, a adequação da medida levará em conta a necessidade de possibilitar o exercício mais amplo de todos, de modo a garantir-lhes a **fruição otimizada**.

No direito processual brasileiro, da noção de máxima efetividade da tutela jurisdicional, é possível dizer que todas as medidas aptas à realização da posição jurídica reconhecida no processo, desde que não sejam vedadas expressamente pela lei ou por interpretação sistemática da ordem jurídica, podem ser determinadas pelo juiz, podendo-se falar em **princípio da liberdade regrada dos instrumentos de efetivação dos direitos**.

Se, consoante as circunstâncias concretas do caso, mais de uma medida se mostrar apta à realização plena da posição jurídica reconhecida no processo, caberá ao juiz determinar a menos gravosa ao réu, aplicando-se o **princípio da menor onerosidade da medida**.

5.2.9 Testando os critérios

No item 5.2.3 imaginei alguns exemplos práticos que colocam dúvidas sobre os reais limites do poder dos juízes no exercício da atividade determinativa do modo de exercício e do objeto de algumas posições jurídicas de vantagem. Considerando que algumas diretrizes práticas de atuação foram indicadas nos itens anteriores, é o caso de tentar aplicá-las aos exemplos fornecidos, de testá-los para avaliar se servem ou não para o que realmente importa à ciência jurídica, resolver correta e equilibradamente problemas práticos ou teóricos.

a) Caso aeroporto

O primeiro exemplo é o da ação civil pública promovida pelo Ministério Público

em face da INFRAERO para fechamento de um aeroporto - o de Congonhas, por exemplo. Devidamente instruído o feito, produzida ampla prova pericial, em vez de acolher o pedido do Ministério Público, (= fechar o aeroporto), ou a contestação do réu (= deixar tudo como está), seria possível ao juiz sentenciar o feito fixando um novo regime de funcionamento do aeroporto, limitando os horários dos voos das 7h às 22h, permitindo pousos e decolagens apenas de aviões passageiros (proibição de transportes de carga) e em intervalos mais espaçados; ainda, determinou o reasfaltamento das pistas com materiais de última geração, aptos a garantir melhor frenagem e tração das aeronaves? Considerando que a prestação de serviços públicos com qualidade e segurança é dever do poder público, poderia ainda o Judiciário compelir o réu a, em determinado prazo, produzir e implementar um plano que garantisse isso, conforme os critérios estabelecidos tecnicamente no curso do processo?

Inicialmente, cumpre destacar que a posição jurídica veiculada em juízo é daquelas a que, por falta de nome melhor, convencionei chamar interdependente. Inúmeros interesses juridicamente tutelados devem ser harmonizados na operação do aeroporto: o interesse na prestação ininterrupta do serviço de transporte aéreo, concedido pela União (art. 21, XII, 'c' da CF³⁴⁶); o na prestação segura desse mesmo serviço; o interesse à saúde dos vizinhos, incomodados pelo barulho e pela poluição ambiental produzida pelos motores dos aviões; todos eles interesses difusos. No plano individual, é necessário lembrar que pessoas jurídicas determinadas titularizam direitos e obrigações que podem vir a ser direta ou reflexamente alcançados pela sentença: a INFRAERO, enquanto empresa pública federal responsável pela administração e operação da infraestrutura aeroportuária; os particulares arrendatários dos hangares, dos espaços internos do aeroporto (lojas, restaurantes, ...), e as companhias de aviação civil, cujos contratos serão alcançados pelo fechamento do aeroporto; dentre outros.

Voltando-se o pedido ao fechamento do aeroporto, é a INFRAERO que deverá figurar no polo passivo da demanda, porquanto titular dos poderes jurídicos diretamente alcançado pelos efeitos da sentença (poderes de administração e operação aeroportuários). Muito embora a eventual sentença de procedência cause impactos nas esferas jurídicas de

³⁴⁶ Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

terceiros (arrendatários de hangares, empresárias de aviação civil etc), diante do grande número deles e do atraso que a participação de todos causaria ao andamento de um feito instaurado exatamente pelos perigos decorrentes do funcionamento do aeroporto, não seria o caso de admiti-los como assistentes simples da ré, embora a tanto estivessem legitimados (art. 50 do CPC³⁴⁷)³⁴⁸.

Se as provas produzidas ao longo do processo levassem à conclusão de que o resultado prático almejado pelo autor (um serviço aeroviário prestado com segurança e qualidade aos usuários e à vizinhança) efetivamente poderia ser alcançado sem a necessidade do encerramento das atividades do aeroporto, medida que traria grandes transtornos à população e à administração pública, mas mediante as providências acima indicadas, nada obstaría que elas fossem adotadas. Inicialmente, lembro que nenhuma delas se pode dizer vedada expressamente por lei, ou pela ordem jurídica vista em seu conjunto. Em segundo lugar, a prova produzida demonstrou que as medidas são concretamente idôneas à realização do direito reconhecido no processo. Ainda, a lei processual, mais precisamente, o art. 461-A do CPC, permite a adoção de medidas judiciais que garantam o resultado prático equivalente ao pleiteado pelo autor, diante da fórmula elástica empregada pelo dispositivo, que prevê a possibilidade de determinação das “medidas necessárias, tais como...”, sem estabelecer um rol taxativo³⁴⁹. Atento a isso, aliás, é que seria plenamente possível ao juiz, suposta a prova da necessidade das medidas,

³⁴⁷Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

³⁴⁸Eventual indeferimento de ingresso dos assistentes estaria amparado pelo art. 125, II do CPC, que impõe ao juiz velar pela rápida solução dos litígios que lhe forem apresentados.

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

[...]

II - velar pela rápida solução do litígio;

[...]

Eventuais insurgências dos terceiros se resolverão em ações próprias para cobrança ao poder público de perdas e danos decorrentes da extinção dos contratos com ele firmados.

³⁴⁹Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. ([Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. ([Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002](#))

impor o reasfaltamento da pista ou a abertura de áreas de escape mais amplas, aptas a garantir a segurança dos voos - muito embora o §5º fale apenas em “desfazimento de obras”, o emprego da expressão “tais como”, viabiliza a imposição da realização de obras.

Quanto à possibilidade de o Judiciário compelir o réu a apresentar e implementar, em determinado prazo, plano que garanta o direito à prestação do serviço aeroportuário com segurança e qualidade aos usuários e à vizinhança do aeródromo, conforme os critérios técnicos que venham a ser estabelecidos no curso do processo, pelas razões que acima indiquei – idoneidade da medida e inexistência de vedação legal -, nada obstará que a sentença fosse proferida nesses termos.

Essa solução, aliás, está prevista em diversas leis italianas mais ou menos recentes. SÉRGIO LA CHINA, em estudo notável, observa a existência de várias hipóteses em que o ordenamento jurídico daquele país vem permitindo que o juiz atue mais na linha do que denominou “*giudice pianificante*”³⁵⁰ ³⁵¹. Nesse contexto, a Lei 125 de 10/04/1991, que dispõe sobre medidas positivas para realização da igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, no art. 4º, ponto 7, observa que o juiz, na sentença que reconhece prática discriminatória, pode impor ao empregador a apresentação de um plano de remoção dessa, em prazo definido na mesma sentença³⁵².

Conquanto a solução possa parecer um pouco heterodoxa à luz da lei brasileira, disso não é possível extrair que ela não possa ser empregada entre nós. É impossível não

³⁵⁰Pela figura, “*il giudice è un po' meno giudice e un po' anzi organizzatore, programmatore, pianificatore di attività proprie future distese in un arco di tempo non predefinito, orientatore e suggeritore ed istruttore di scelte pratiche altrui, controllatore non del già fatto ma di quel che l'obbligato si propone di fare e farà, con valutazioni di adeguatezza pratica, di opportunità, di tempistica ...*”. “Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso)”. In: *Rivista di diritto processuale*. Anno LXII, Lug-Ago. Milano: CEDAM, 2007. p. 847-861.

³⁵¹Figura assemelhada àquela que SÉRGIO LA CHINA denomina “*giudice pianificante*” ou juiz administrador é encontrada nos feitos da denominada jurisdição voluntária, em que cabe ao Judiciário a administração pública de interesses privados, inexistindo obrigação de o juiz, ao decidir, “observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (Art. 1.109 do CPC). Bem verdade é que da jurisdição *inter volentes* para a *inter nolentes* há uma grande distância. Como quer que seja, nota-se uma aproximação de uma e de outra. Realço também a semelhança do “*giudice pianificante*” ao juiz de falências e recuperações judiciais, diante do plexo de poderes que lhe são conferidos pela lei, necessários ao desenvolvimento dos processos dessa natureza, em que interesses variadíssimos precisam ser harmonizados, nas diversas etapas em que se desdobram tais feitos.

³⁵² 4.7. *Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 6, ordina al datore di lavoro di definire, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le organizzazioni sindacali locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché il consigliere regionale per la parità competente per territorio, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nella sentenza il giudice fissa un termine per la definizione del piano.*

reconhecer certa virtude nesse modelo, sobretudo para superação dos problemas suscitados pelo caso do aeroporto, em que o equacionamento das posições contrastantes de autor e réu depende da implementação de soluções técnicas bastante complexas e, conseqüentemente, custosas. Havendo também por parte do réu, enquanto ente integrante do poder público, interesse na boa prestação do serviço aeroportuário, e tendo a INFRAERO acumulado grande conhecimento técnico sobre o assunto, inclusive quanto aos custos financeiros das soluções a serem implementadas, bem se percebem as vantagens na dedução de pedido para que o Judiciário compila o réu a, ele mesmo, produzir e implementar, num prazo razoável, um novo plano para funcionamento do aeroporto, de acordo com os critérios judicialmente impostos.

Independentemente da solução que se adote, quanto à possibilidade de a sentença divorciar-se do pedido deduzido pelo autor, o ponto será melhor tratado no item 6.2.4 do trabalho. Como quer que seja, desde já afirmo que inexiste qualquer ofensa à regra da correlação entre pedido e sentença, haja vista que o fechamento do aeroporto (pedido original do autor) e as medidas ao final impostas pela sentença (limitação dos horários e da frequência dos voos etc; ou mesmo a imposição de que o réu apresente a implemente plano de readequação do funcionamento do aeroporto) representam formas de exteriorização de um mesmo direito, do direito ou interesse difuso à adequada prestação dos serviços aeroviários, que o autor coletivo fez valer em juízo. Mantendo-se constante o bem jurídico postulado e julgado e respeitado o princípio do contraditório, a regra da correlação não serve de óbice a que o juiz, em vez de determinar o fechamento do aeroporto, adote outra solução reputada adequada para assegurar a obtenção do mesmo resultado prático pretendido pelo autor. O ponto, no entanto, repita-se, será discutido com maior profundidade mais adiante (item 6.2.4).

b) Caso da perda / suspensão do poder familiar

O segundo caso imaginado vem do direito de família. Na ação para perda do poder familiar do pai pela prática de atos previstos no art. 1.638 do CCB³⁵³, a partir das

³⁵³Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;

provas produzidas, dando-se conta o juiz de que a suspensão é medida bastante, seria possível ao juiz fazê-lo, impondo ainda ao genitor frequência a tratamento psicológico ou a cursos que o preparem para exercer o múnus convenientemente ?

De início, cumpre destacar que sentença que decidisse nesses termos seria determinativa, por representar a exteriorização do poder conferido ao juiz de fixar o modo de exercício concreto do poder familiar, de acordo com as circunstâncias do caso.

A rigor, a partir da regra da congruência entre pedido e sentença, poder-se-ia pensar que a solução não poderia ser outra senão o julgamento de procedência, extinguindo-se o poder familiar, ou de improcedência, mantendo-o. No entanto, o próprio art. 1.637 do CCB parece permitir a decretação da suspensão, na ação para perda do pátrio poder, se ameaçadas a segurança pessoal e/ou patrimonial do menor³⁵⁴, haja vista cuidar-se de medida decerto menos traumática ao convívio familiar. Desde que devidamente comprovado no curso do processo que a suspensão é medida suficiente para garantir a segurança pessoal e material do menor, inexistiriam problemas em admitir-se a suspensão na ação para perda, cuja sentença bem poderia ser vista como de procedência parcial do pedido. Desde já, porém, cumpre assinalar que a superação da regra da congruência só será possível se assegurado às partes o contraditório; em que termos isso deve ser feito será objeto de análise em momento posterior do trabalho (item 6.2.4).

A questão central nesse caso, feitos os devidos esclarecimentos, é a possibilidade de o juiz impor ao pai frequência a cursos de capacitação para o exercício do poder familiar e a submissão a tratamento psicológico. Ainda que a pertinência das medidas para segurança do menor venha a ser indicada pela perícia psicossocial realizada no curso do processo, iriam os poderes do juiz ao extremo de coartar a possibilidade de o próprio pai escolher se se submeterá ou não ao tratamento psicológico ?

O ponto não é expressamente tratado por lei.

O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por exemplo, diz que

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

³⁵⁴Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

“aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a **obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais**” (gn). Quem daí procure extrair o poder de impor frequência a cursos e a tratamento psicológico sob o argumento de tratar-se de cumprimento de obrigação judicialmente consignada em sentença, à toda evidência, incidiria num deslize facilmente reconhecível, consistente em atribuir ao juiz poderes ilimitados, incompatíveis com o contexto político-jurídico típico dos estados democráticos de direito. Decerto isso não legitima as medidas.

O art. 23 também do ECA, a seu turno, diz que “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. O parágrafo único do mesmo artigo diz ainda que “não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”. Muito embora aí se faça menção aos programas oficiais de auxílio, dentre os quais seguramente figuram os cursos de capacitação e o tratamento psicológico, o que o dispositivo cria, na verdade, não é a obrigação parental de submissão a eles, mas a obrigação de o estado garantir vagas às famílias que eventualmente estejam na situação prevista no texto. Daí, por igual, não é possível extrair a legitimidade da imposição.

No caso imaginado, creio que muito embora o juiz possa suspender o pátrio poder, não lhe será possível ir ao ponto de ordenar ao pai que se submeta aos cursos e tratamentos. Aqui, forçoso é reconhecer que muito embora o convívio entre pais e filhos seja fundamental ao desenvolvimento destes, ainda mais importante é ter em mente que esse mesmo convívio, para beneficiar o menor, não pode ser imposto “de fora para dentro” pelo estado ou por quem quer que seja, devendo se alicerçar no sincero e honesto esforço de todos os integrantes da família de conviver harmonicamente. Assumida essa premissa, penso que ou o pai, por interesse próprio, se submete aos cursos e ao tratamento psicológico que o ajudem a exercer o pátrio poder como se espera, ou é o caso de simplesmente renunciar à ideia da imposição “de fora para dentro” - o pressuposto da imposição das medidas é a má vontade do pai de melhorar-se como tal, incompatível com o amor que deve haver entre pais e filhos. Nesse ponto, lembro que o planejamento familiar, por dizer respeito não apenas à escolha sobre ter ou não filhos, ou sobre o número deles, também alcança o tipo de educação a ser dada aos filhos e o tipo de configuração

que assumirá a família (pais casados, solteiros, divorciados ou unidos estavelmente; pais que vivem na companhia dos filhos ou sem a companhia dos filhos; vivendo juntos ou separados; etc). Garantindo a CF que a ninguém senão aos integrantes da família caberá fazer o planejamento familiar, não creio que ao juiz seja dado suspender o pátrio poder e impor ao pai a submissão a cursos ou a tratamento³⁵⁵. O que será possível ao juiz, isso sim, é decretar a suspensão até que o pai volte a reunir condições de exercer dignamente o múnus. Considerando que a perícia realizada no curso do processo indicou que isso poderia ocorrer sem maiores esforços, bastando que o pai se submetesse aos cursos e ao tratamento psicológico, a sentença poderia ser revista se isso efetivamente ocorresse (Art. 471 do CPC)³⁵⁶.

c) Caso da doação de equipamentos a órgãos ambientais

O caso da doação de equipamentos era o seguinte: causados danos irreversíveis a bem integrante do patrimônio ambiental natural (*e.g.* morte de animais raros que viviam em parque florestal destruído por incêndio), como medida de compensação, a pedido do autor, poderia o responsável ser condenado a doação de equipamentos (veículos utilitários, barcos, aparelhos de GPS, computadores) a órgão público ambiental responsável pela fiscalização da área ? Como ressaltei, casos como esse não tem sido tão raros no cotidiano do direito ambiental, em vista do desaparecimento das repartições públicas responsáveis pela defesa do meio ambiente.

Quanto ao tema, é necessário lembrar que a melhor solução para fazer frente a danos perpetrados ao meio ambiente é o retorno das coisas ao estado em que se encontravam antes de ocorrerem, ao *status quo ante*. No entanto, no exemplo imaginado, a

³⁵⁵Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³⁵⁶Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

reparação *in natura* é impossível, realidade com que frequentemente se deparam os operadores de direito ambiental. Nesse contexto, coloca-se o problema da compensação do dano pelo equivalente, tarefa das mais tortuosas para os que militam na área, em vista da necessidade de encontrar equivalentes ambientais aptos a restabelecer o equilíbrio rompido com a perpetração dele. Da necessidade colocada ao juiz de comparar valores incomparáveis, bem se percebe as dificuldades da operação. A sentença será determinativa por isso, exatamente pelo fato de a ordem jurídica atribuir ao juiz, mediante o exercício de um juízo prudencial, a fixação do objeto da obrigação do ofensor.

A meu sentir, muito embora a imposição por sentença da entrega de coisas não seja vedada pela ordem jurídica, quer expressamente, quer por leitura sistemática que se lhe faça – diariamente dezenas ou centenas de sentenças que determinam a entrega de coisas são proferidas pelos diversos juízos brasileiros –, penso que a ordem para entrega dos equipamentos aos órgãos ambientais não seria viável pela falta de adequação concreta da medida, ao lado do da legalidade dessa, outro dos requisitos reputados essenciais ao exercício legítimo da atividade jurisdicional determinativa.

De fato, cuidando-se da morte de animais raros que viviam em parque florestal destruído por incêndio, a condenação a compensação dos danos mediante entrega de equipamentos (veículos utilitários, barcos, aparelhos de GPS, computadores) ao órgão público ambiental responsável pela fiscalização da área não teria qualquer utilidade para compensação da função ambiental perdida. Não que a doação de equipamentos não pudesse ser imposta. Ela seria possível se os bens servissem à implementação um conjunto de medidas impostas pela sentença para reprodução em cativeiro de indivíduos da espécie atingida, ou se auxiliassem na recomposição do habitat natural destruído. Fosse nesse sentido a condenação, a sentença estaria acima de qualquer censura. A simples condenação à entrega dos equipamentos, porém, útil apenas ao funcionamento dos órgãos ambientais, e não à recuperação do meio ambiente, a partir das circunstâncias do caso, por ser medida concretamente inadequada para solucioná-lo, está fora do plexo de poderes concedidos ao juiz para o exercício da atividade determinativa³⁵⁷.

³⁵⁷Nos *obiter dicta* do REsp 802.060 – RS, a 1ª Turma do STJ consignou que nas ações civis públicas em matéria ambiental, 3 podem ser as obrigações estabelecidas em sentença: “(i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis”. Concretamente, cuidava-se de ação anulatória de termo de ajustamento de conduta (TAC) celebrado entre o MP-RS e particular responsável pelo cometimento de danos ambientais. Um dos compromissos assumidos para

6 CORRELAÇÃO E CONTRADITÓRIO NAS AÇÕES DETERMINATIVAS

6.1 COLOCAÇÃO DOS PROBLEMAS

Os critérios e as limitações para o exercício dos poderes decisórios do juiz nas sentenças determinativas, que no capítulo anterior busquei sistematizar, são de natureza material, por dizerem respeito à própria fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de posições jurídicas de vantagem discutidas no processo.

Porém, problemas de natureza processual igualmente se colocam no contexto do exercício da atividade jurisdicional determinativa. Para cumprir o dever que assumiu ao

compensação do dano foi exatamente a doação de equipamentos de informática à Agência Florestal de Lajeado-RS. O acórdão chegou à conclusão de que esse tipo de obrigação é nula, considerando que as obrigações que podem figurar no TAC são aquelas que podem ser conteúdo de eventual sentença de procedência em ação civil pública. Naquilo que aqui interessa, o acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUCTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85

[...]

6. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).

Precedente do STJ:REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/08/2006)

7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7345/85.

8. Destarte, não é permitido em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública.

9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta in foco, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência de Florestal de Lajeado.

10. Nesse sentido direciona a notável doutrina:“(...)como o compromisso de ajustamento às “exigências legais” substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004).

[...]

17. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 802060/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010)

vedar a justiça privada, ao estado-juiz não basta exercitar corretamente a atividade determinativa pleiteada pelas partes nas ações dessa natureza³⁵⁸. Ainda que o mérito da demanda fosse corretamente decidido, o arbítrio judicial remanesceria se as regras do devido processo legal não fossem observadas.

Nesse particular, penso ser necessário analisar como algumas normas de direito processual devem ser aplicadas no contexto das ações determinativas. Dentre elas, destaco a que vincula o juiz a decidir aquilo que lhe pedem as partes (correlação entre pedido e sentença); a que lhes dá o poder de, argumentando e provando, influir ativamente no resultado do processo (contraditório); e a que impõe a definição do objeto do processo já em uma fase postulatória que, no processo civil brasileiro, se estabiliza precocemente (estabilização da demanda).

Os problemas surgem quando se pensa que o pedido deduzido pelo autor e a defesa apresentada pelo réu podem não necessariamente corresponder àquilo que as circunstâncias do caso, reveladas ao longo da fase instrutória, apontem ser a correta solução dele. Se isso ocorrer, poderia o juiz julgar *extra petita* ou *ultra petita* sem ofender a regra segundo a qual “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 460 do CPC) ? Considerando que a fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica discutida no processo é feita tendo em vista as circunstâncias do caso, e que as reais dimensões desse mesmo caso só se tornam plenamente conhecidas no decorrer da fase instrutória, apontando as provas para que a correta solução do litígio não se consubstancie na pretendida integralmente nem por autor nem por réu, mas numa “terceira via”³⁵⁹, poderia o juiz, de ofício, adotá-la, sem que

³⁵⁸O emprego da expressão **ações determinativas** é novo neste trabalho. Com ela se busca designar o direito subjetivo público do demandante contra o estado para que esse, na falta de autocomposição, ou mesmo naqueles casos em que se esteja diante de “ação determinativa” necessária (ex: ação penal condenatória, ação de improbidade administrativa, naquilo que se voltem à aplicação da respectiva sanção ao condenado), profira sentença determinativa, quer para fixar a extensão, o modo de exercício ou o objeto de algum direito ou poder jurídico, com base nas circunstâncias concretas do caso.

³⁵⁹A expressão “terceira via” não é nova. Ela é empregada pela doutrina italiana para identificar a solução concebida pelo juiz, diversa da sustentada pelas partes, para correta aplicação do direito objetivo. No direito peninsular a possibilidade de adoção da “*terza via*” é disciplinada no art. 101 do CPC italiano, nos termos em que modificado recentemente por lei de junho de 2009, que a subordina a prévia manifestação das partes, a quem a lei dá, inclusive, o direito de demonstrar as alegações posteriores:

Art. 101: “*Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni*

sobre ela se manifestassem as partes ?

Noutras palavras, em que medida nas ações determinativas o pedido da parte, o contraditório e a estabilização da demanda limitam o poder do juiz de selecionar as medidas mais adequadas à correta solução do conflito de interesses ?

6.2 ALGUNS EXEMPLOS

Muito embora os problemas da ultra e da extra petição não sejam exclusivos das sentenças determinativas, creio que no contexto ora examinado eles se colocam com bastante nitidez.

O que justifica a existência dessa espécie de sentenças são as normas jurídicas que apenas criam posições de vantagem em favor de alguém, sem lhes preestabelecer concretamente extensão, modo de exercício ou objeto. Tais normas, porém, indicam critérios mais ou menos fluidos, subjetivos, cuja concretização não pode ser feita senão de maneira prudencial ou “discrecionariamente”, segundo as circunstâncias de cada caso. Nisso consiste a atividade determinativa do juiz, característica das sentenças dessa natureza.

Parto da possibilidade de que o pedido deduzido pelo autor, tal qual apresentado na petição inicial, exprima apenas um *minus* ou um *aliud* em relação àquilo que as provas levadas ao processo pelas partes ou produzidas de ofício pelo juiz demonstrem ser a solução correta para o caso. Diante desse cenário, indago-me se a regra da correlação se aplicaria também nessa hipótese, ou se o juiz poderia, com maior liberdade, exercer a atividade determinativa da extensão, do modo de exercício ou do objeto do direito ou do poder jurídico cuja existência seja reconhecida em sentença, de tal maneira que ela expressasse efetivamente a vontade concreta da lei.

Na prática, essas situações são mais comuns do que se imagina. Muitas delas, inclusive, foram alvo de análise doutrinária e jurisprudencial.

No caso dos alimentos, é bem conhecida a posição do STJ sobre a possibilidade

sulla medesima questione” (grifo nosso).

de arbitramento em patamar superior ao postulado pelo autor, se reconhecidos os requisitos para tanto no curso do processo³⁶⁰. Na ação renovatória, embora controvertida a matéria, o mesmo tribunal tem julgado no sentido de que, na ação proposta pelo locador para majoração do aluguel, reconhecido pericialmente que o valor pleiteado está abaixo do de mercado, de ofício, é possível ao juiz arbitrá-lo em conformidade com este, a maior, sem ofensa à regra da congruência³⁶¹.

O exemplo da ação para fechamento da fábrica, cuja sentença acaba por impor a

³⁶⁰Nesse sentido, vide os acórdãos assim ementados:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE PENSÃO PROVISÓRIA. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. SÚMULA N. 7-STJ. MULTA APLICADA AOS ACLARATÓRIOS. IMPUGNAÇÃO DEFICIENTE.

[...]

II. O pedido de pensionamento formulado nessa espécie de demanda é meramente estimativo, não se configurando decisão ultra ou extra petita a concessão de valor maior que o postulado na exordial.

Precedentes do STJ.

[...]

V. Recurso especial não conhecido.

(REsp 595.746/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010); e

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. TERMO INICIAL. PEDIDO. JULGAMENTO ULTRA PETITA.

[...]

- Ao fixar o valor dos alimentos, não fica o Juiz adstrito ao pedido deduzido pelo autor, com vistas ao primado do conceito da verba alimentar, qual seja, a possibilidade de fazer frente às necessidades, ainda que básicas, daquele que a postula; somente nessas hipóteses é que poderá haver, segundo prudente arbítrio de cada Juiz e consideradas as peculiaridades de cada processo, o abrandamento da interpretação proibitiva do julgamento ultra petita.

- Os limites da lide e da causa de pedir são fixados na petição inicial, cabendo ao Judiciário zelar para que a linha estabelecida pelo próprio autor não seja ultrapassada em prejuízo dele ou ainda da outra parte.

[...]

Recurso especial não conhecido.

(REsp 1079190/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008)

³⁶¹Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. REVISIONAL DE ALUGUEL. SUCUMBÊNCIA. CABIMENTO. ALUGUEL. LAUDO PERICIAL. FIXAÇÃO PELO JUÍZ EM QUANTIA SUPERIOR AO VALOR PEDIDO PELO LOCADOR. JULGAMENTO "ULTRA PETITA". INOCORRÊNCIA.

[...]

- A quantia requerida pelo autor, a título de revisão de aluguel, e meramente estimativa, a depender de laudo pericial e da fixação pelo juiz, não configurando julgamento "ultra petita" estabelecer valor superior ao postulado pelo locador com remissão ao chamado "preço de mercado".

- Recurso não conhecido quanto à incorrência de sucumbência, e conhecido e provido no que atina com a fixação do "quantum" pelo juiz em valor superior estimado pela parte autora.

(REsp 168553/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 03/08/1998, p. 308).

Em sentido diverso, porém:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, II, E 535 do CPC. INEXISTÊNCIA. ART. 5º DA LICC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. AÇÃO RENOVATÓRIA. FIXAÇÃO DO ALUGUEL EM VALOR ABAIXO DAQUELE DEMANDADO PELO LOCATÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

colocação de filtro nas chaminés, a seu turno, é sempre lembrado pela doutrina para enfatizar a ampliação dos poderes decisórios do juiz na tutela das obrigações de fazer e de não fazer, inclusive para determinar providência diversa da pretendida pela parte, sem que disso se extraia qualquer ofensa à regra da congruência³⁶².

6.2.1 Indicando premissas

O problema, assim colocado, permite visualizar a tensão existente entre a regra da correlação entre pedido e sentença e a aplicação da efetiva vontade concreta da lei nas ações determinativas. Para equacioná-lo, algumas premissas precisam ser fixadas.

Por um lado, parto da de que as regras de direito processual não podem impedir a correta aplicação das regras de direito material; pensar-se o contrário implicaria inverter as relações entre direito e processo. Este, por mais importante que seja, não poderá ir além de seu real papel, o de servir “apenas” de instrumento à justa aplicação do direito objetivo.

Por outro lado, em nome do processo de resultados, da realização do direito material, também não é possível simplesmente fechar os olhos para as garantias decorrentes do devido processo legal. Nesse ponto, lembro que a regra da correlação é um dos principais instrumentos de realização prática do direito ao contraditório e da ampla

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão segundo a qual não poderá o magistrado apoiar-se em resultado pericial para arbitrar aluguel superior (na ação de majoração, proposta pelo locador) ou inferior (na ação de redução, proposta pelo locatário) àquele pretendido pela parte e explicitamente indicado em sua petição inicial, sob pena de prolatar sentença ultra petita. Precedentes.

[...]

5. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 767.300/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 296)

³⁶²Diz LUIZ GUILHERME MARINONI: “Ora, se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC excepcionam expressamente a regra da congruência entre o pedido e a sentença, e ainda afirmam que o juiz ‘determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento’, eles conferem ao juiz o poder necessário para que ele – mediante a conversão de uma obrigação em outra – possa conceder um resultado prático equivalente ao do adimplemento, deixando de atender ao pedido formulado pelo autor, que pode ser de tutela específica da obrigação originária ou de um outro resultado prático equivalente ao do adimplemento. Na verdade, se o autor desde logo postula um resultado prático equivalente ao do adimplemento, o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação originária ou um outro resultado prático equivalente ao do adimplemento”. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 122-123.

defesa, passando longe de cuidar-se de mera formalidade processual³⁶³. A essa altura do desenvolvimento jurídico dos povos, eventual acerto quanto aos fins não justifica o desacerto quanto aos meios, de maneira que a superação da tensão entre “justiça material” e “justiça processual” não ocorrerá senão com a adoção de solução de compromisso, que, a um só tempo, prestigie a liberdade no exercício dos poderes decisórios do juiz e as garantias processuais das partes.

Estabelecido isso, se as provas produzidas no curso do processo evidenciassem que a extensão, o modo de exercício ou o objeto do direito ou do poder jurídico discutidos no processo, segundo as circunstâncias concretas do caso, deversem ser fixados em patamar superior (extensão) ou em termos diversos (modo de exercício ou objeto) dos pleiteados pelas partes, como seria possível ao juiz adotar a “terceira via” em conformidade com as normas informativas do sistema processual brasileiro ?

6.2.2 *Mutatio libelli* civil ?

Para resolver o problema, poder-se-ia cogitar de solução semelhante à prevista no art. 384 do CPP brasileiro³⁶⁴, que disciplina a chamada *mutatio libelli*, cabível nos casos

³⁶³De um lado, a regra da correlação garante que o estado-juiz não decida sobre direito não demandado pela parte. Em última análise, protege-se a livre disponibilidade da esfera jurídica do particular contra ingerências indevidas do estado. De outro, o pedido do autor, antecipando que parte da esfera jurídica do réu está sob risco, direciona os esforços defensivos desse. A regra da correlação, nessa linha, impede que contra o réu seja proferida decisão que o surpreenda, por não ter sido objeto de defesa. Finalmente, não custa realçar que é atento ao pedido e à causa de pedir que o juiz saberá sobre que parte do mundo dos fatos ou do mundo jurídico incidirá o ato jurisdicional. Sobre as relações entre a regra da correlação e o contraditório, vide BARBOSA MOREIRA, “Correlação entre pedido e sentença”. In: *Revista de Processo*, v. 83, jul. 1996, p. 207 e ss. Do texto, extrai-se o seguinte trecho: “O exercício amplo do direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade. É preciso que ele saiba, ao ser convocado a juízo, ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais são as suas chances, tanto para o melhor, quanto para o pior. É preciso que ele possa avaliar desde logo qual a pior coisa que lhe pode acontecer na hipótese de derrota” (na versão eletrônica, p. 02).

³⁶⁴Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. ([Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008](#)).

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. ([Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008](#)).

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. ([Incluído pela Lei nº](#)

em que da instrução emergja prova de elemento ou circunstância do delito não constante da inicial acusatória. A ideia por trás do instituto processual penal é possibilitar que o juiz leve em conta fatos revelados no curso do processo, desde que devidamente discutidos pelas partes.

Nessa linha, dando-se conta de que a instrução do feito insinua que a extensão, o modo de exercício ou o objeto do direito possa corresponder a um *plus* ou a um *aliud* em relação ao pedido inicialmente deduzido, finda a instrução, o juiz exporia as razões de fato e/ou de direito que o convenceram disso, intimando as partes para se manifestassem sobre esse aspecto da causa, com isso obviando os inconvenientes oriundos da eventual adoção da “terceira via”³⁶⁵, do “julgamento surpresa”.

O próprio art. 101 do CPC italiano parece aderir a essa opção ao impor ao juiz, antes de decidir, o dever de ouvir as partes sobre questões anteriormente não debatidas, conhecíveis de ofício, sob pena de nulidade do julgado^{366 367}.

11.719, de 2008).

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

³⁶⁵A essa conclusão parece ter chegado VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA. Muito embora o seguinte trecho se refira à tutela específica, *a fortiori*, a solução concebida pelo autor poderia ser estendida aos demais casos em que solução diversa qualitativa ou quantitativamente fosse sugerida pelas circunstâncias concretas reveladas no curso do processo:

“Com efeito, um dos óbices a serem ultrapassados para a concessão da providência diversa da pedida é a possibilidade de prévia ciência das partes quanto a essa nova medida, pois neste caso o princípio da congruência pode ser legalmente deixado de lado, mas não o princípio constitucional do contraditório. Do contrário haverá indevido processo legal.

Destarte, no momento da elaboração da sentença, é vedado ao juiz aplicar tutela (específica) diversa da pedida em favor do autor, se as partes não tiveram a oportunidade de saber qual seria e em que consistiria essa inovação. Se a necessidade de tal providência somente for vislumbrada na fase decisória final, incumbe ao juiz intimar as partes e expor a possibilidade de poder conceder essa tutela equivalente.

Se, depois de intimadas as partes para se manifestarem acerca dessa possível sentença desvinculada do pedido, o autor concordar com o juiz e pedir alternativamente essa medida, poderá ser afastado obviamente o princípio da eventualidade”. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, p. 292-293.

³⁶⁶Art. 101: “*Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*” (grifo nosso).

³⁶⁷O projeto do novo CPC, ao que parece, aproxima-se da solução italiana, ao dispor que:

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

O texto é o da emenda aglutinativa substitutiva global, nos termos da redação atualizada até 24/02/2014.

O ponto de partida para se chegar a tal conclusão é o de que o contraditório não é apenas uma garantia processual de interesse das partes, mas também de interesse do estado. Antes de ser uma técnica para evitar o “julgamento surpresa”, o prévio debate sobre a “terceira via” seria uma tentativa de chegar à aplicação da efetiva vontade concreta da lei, a partir do valor eurístico ou epistemológico do contraditório³⁶⁸.

Sob o ângulo do réu, esse procedimento evitaria que ele sofresse consequências contra as quais não teve a oportunidade de se defender. Sob o do autor, considerando que a regra da correlação lhe garante que a sentença se manifeste apenas sobre o direito que ele fez valer em juízo, impedindo que o estado-juiz lhe conceda algo sobre o que não tenha o menor interesse, esses cuidados lhe permitiriam readequar ou simplesmente reiterar o pedido inicialmente formulado. A readequação do pedido formulado na inicial para adaptá-lo àquilo que as circunstâncias demonstrassem ser a solução mais correta para o caso, decerto, seria a hipótese mais comum. No entanto, não seria possível afastar a possibilidade de que o autor simplesmente reiterasse o pleito originariamente formulado, caso entendesse que as provas produzidas no processo, na realidade, ao contrário do entendimento do juiz, antes reforçassem a necessidade de conceder-se exatamente aquilo que pedira desde o início³⁶⁹.

Na prática, imagino que o modelo da *mutatio libelli* civil funcionaria da seguinte maneira. Tomemos o exemplo várias vezes mencionado neste trabalho da ação civil

³⁶⁸Ao valor epistemológico ou eurístico do contraditório fez alusão GIULIO UBERTIS. Diz ele: “*Non va infatti obliterato l'innegabile (e imprescindibile) valore euristico del contraddittorio: secondo le acquisizioni dell'epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se risguardanti le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto*”. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*, p. 51.

Muito embora as lições do autor italiano se refiram ao processo penal e tenham sido lançadas no contexto da investigação da verdade, elas estão em perfeita sintonia com as observações há muito feitas por CALAMANDREI, que enfatiza o interesse público na mais correta aplicação do direito, um dos fins a que aspira a dialética processual: “*Por lo tanto, el contradictorio es indispensable en el proceso, no para exacerbar la litigiosidad de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las partes o para dar oportunidad a los abogados para hacer ostentación de su elocuencia, sino en interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias encuentra fácilmente el medio más adecuado para descubrir toda la verdad, iluminada bajo sus más diversos aspectos*.” “El carácter dialéctico del proceso”. In: *Proceso y democracia*, p. 157.

³⁶⁹Penso na hipótese em que ação renovatória seja promovida pelo locador para majoração do aluguel. Constatando-se pericialmente que o valor pedido é inferior ao de mercado, mesmo assim, ao autor pode ser mais conveniente que o fixado seja aquele por ele inicialmente pedido, se o locatário é sempre pontual, apresenta boas garantias contratuais e/ou que usa zelosamente o imóvel, por exemplo. Nesse ponto, é de se dar crédito a Hamlet, que, para justificar a própria loucura, diante da perplexidade de Horácio, disse que entre o céu e a terra há mais coisas do que nossa imaginação consegue alcançar.

pública para fechamento do aeroporto, cuja instrução demonstrou que a vontade concreta da lei não corresponderia nem ao pedido do autor (pura e simples cessação das operações) nem à defesa do réu (improcedência do pedido, mantendo-se o *status quo*), mas a uma “terceira via”, consistente na fixação de um novo horário de funcionamento, na permissão de pousos e decolagens apenas de aviões passageiros (proibição de transportes de carga) e na realização de obras para ampliação das áreas de escape das pistas. Finda a instrução, o magistrado diria algo como: “considerando que as provas 'x', 'y' e 'z' evidenciam a possibilidade de que sentença fixe novo horário de funcionamento para o aeroporto, permita pousos e decolagens apenas de aviões passageiros e determine a realização de obras para ampliação das áreas de escape das pistas, considerando que isso não foi previamente objeto de discussão entre as partes, intimo-as para que, sucessivamente, se manifestem sobre o ponto”. A autor e réu, então, caberia convencer o juiz do desacerto da “terceira via”. Se as alegações complementares dependessem de provas, dever-se-ia dar às partes o direito de produzi-las. Pensar-se o contrário, a essa altura, equivaleria a “fazer as coisas pela metade”, por não fazer sentido permitir que o direito de alegar viesse desacompanhado do direito de provar o que se alegasse.

6.2.3 Mas tudo isso seria mesmo necessário ?

Decerto, a sistemática acima imaginada se não outro mérito, tem o de fortalecer a participação das partes no processo, concedendo-lhes oportunidades de debater a “terceira via” cogitada pelo juiz antes da decisão. Nesse modelo, as possibilidades de que autor ou réu se vissem prejudicados por um eventual “julgamento surpresa” seriam mínimas, algo inequivocamente positivo.

No entanto, essa “solução” tem dois inconvenientes: a) não estar prevista em lei e b) desafiar o princípio da eventualidade e o rígido modelo de estabilização do objeto do processo estabelecidos pelo CPC.

Quanto ao primeiro dos inconvenientes, poder-se-ia contra-argumentar que o princípio do contraditório, garantia constitucional dos litigantes e principal instrumento em que confiam os estados democráticos para revelação da melhor solução para os litígios

(valor eurístico do contraditório), legitimaria o modelo acima descrito, que poderia ser utilizado no dia a dia dos processos. Seria como que sustentar que, não obstante *extra legem*, a *mutatio libelli* civil se justificaria por ser *intra jus*.

Muito embora bastante sedutora, contra essa ponderação permito-me lembrar apenas que grandes seriam os riscos de que a prática da *mutatio libelli* civil, exatamente por não ter um regramento próprio, mais confundisse do que ajudasse as partes e os juízes no manejo dos casos com os quais se defrontassem, abrindo as portas para o surgimento de problemas processuais de solução tão ou até mesmo mais complexa do que aqueles que originariamente ela buscou resolver. Indago-me, por exemplo, sobre os limites do debate entre as partes. Ainda que ele se restringisse apenas àquilo que impactasse tão somente sobre a extensão, o modo de exercício ou o objeto da posição jurídica feita valer com o pedido do autor, da reabertura do debate às partes, que naturalmente poderiam inclusive postular a produção de novas provas para comprovação de seus argumentos, outros pontos que exigiriam novos debates e/ou novas provas poderiam surgir - particularmente, receio que isso possa simplesmente eternizar o feito e servir de via de entrada a todo tipo de chicana processual.

Ao lado dessa, muitas outras questões práticas decorrentes da aceitação do modelo poderiam surgir. Sem disciplina legal prévia, o risco de que a cada uma delas fosse dada solução casuística seria enorme, potencializando o surgimento de injustiças processuais às partes.

Quanto ao segundo dos inconvenientes do modelo imaginado (supra 'b'), não é demasiado relembrar que uma das características mais marcantes do processo civil brasileiro estabelecido pelo CPC de 1973 é a adoção de um rígido esquema de estabilização do objeto do processo, alicerçado no princípio da eventualidade³⁷⁰. Essa escolha legislativa, evitando marchas e contramarchas da relação processual, tem o inegável mérito de garantir o caminhar obstinado, teimoso e implacável do feito em direção à sentença, assim prestigiando a realização prática dos princípios da efetividade dos direitos e da celeridade processual³⁷¹. Incorporar a um sistema com preclusões

³⁷⁰Sobre as relações entre a regra da eventualidade, o sistema rígido de preclusões e a teoria da substanciação, vide JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 148-151.

³⁷¹JOAN PICÓ i JUNOY, ao identificar e analisar os fundamentos dos sistemas rígidos de modificação da demanda, dentre os quais se insere o brasileiro, anota que “*este sistema favorece el interés público en lograr la máxima rapidez del proceso, ya que con el se evitan eventuales suspensiones del mismo para celebrar la debida audiencia del demandado en orden a garantizar su derecho de defensa*”. *La modificación de la*

processuais tão definidas como o nosso a solução heterodoxa da *mutatio libelli* civil seria muito mais do que promover nele mero ajuste setorial. Na realidade, estar-se-ia diante de verdadeira desconstrução dos fundamentos do sistema, algo que, se respaldado por disciplina legal já seria bastante controverso, por construção doutrinária ou jurisprudencial, a meu sentir, seria inviável. Nesse particular, não custa lembrar que a própria ideia de sistema como unidade funcional, em que o todo representa muito mais do que a soma dos elementos que o compõe, resiste a modificações pontuais, por colocarem em xeque a própria harmonia do conjunto.

Como quer que seja, bem pensadas as coisas, não creio que as regras processuais atualmente existentes, tais como hoje positivadas, sejam incapazes de dar conta do problema da “sentença surpresa”, da que, inesperadamente, decide o litígio implementando solução diversa da postulada e discutida pelas partes.

Em grande medida, é isso o que ocorre naqueles casos em que o juiz toma alguma decisão com base em questões que por ele possam ser conhecidas de ofício e que não chegaram a ser suscitadas pelas partes. Isso, quer em sentença, quer em decisões interlocutórias proferidas no curso do processo, aliás, é a regra. Hoje, inexistem impedimentos a que o juiz reconheça a prescrição, a incompetência absoluta ou a coisa julgada, mesmo nos casos em que não alegadas pelas partes. Se isso acontecesse, a decisão adotaria uma “terceira via” de que elas não cogitaram. Mas nem por isso o juiz, dando-se conta de que o processo poderia se resolver com o reconhecimento de uma dessas objeções, instaria as partes para que se manifestassem expressamente sobre ela, oportunizando-lhes o contraditório; ele simplesmente a reconheceria, implementando em seguida as consequências processuais práticas decorrentes de sua decisão (extinção do processo, remessa dos autos ao juízo competente *etc*).

Se isso acontecesse, como de fato acontece cotidianamente, se o juiz simplesmente decidisse, sem reabrir às partes o debate, acredito que nem mesmo elas ficariam perplexas, ainda que a falta de perplexidade não excluísse a possibilidade de que se sentissem injustiçadas. Se isso ocorresse, restar-lhes-ia o direito de recorrer, oportunidade que teriam de realizar praticamente a garantia constitucional ao contraditório, buscando convencer o órgão revisor do desacerto da decisão impugnada. Seguramente, ninguém sustentaria que aí se estaria diante de uma sentença ou decisão “surpresa”, haja
demanda em el proceso civil, p. 44.

vista que todas essas objeções de forma nenhuma integram um círculo secreto de conhecimento reservado apenas ao juiz da causa³⁷².

Naquilo que especificamente diz com as sentenças determinativas, em que fatos revelados no curso do processo podem repercutir na fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica de vantagem feita valer em juízo, a ponto de que o juiz eventualmente implemente solução diversa da pleiteada originariamente pelas partes, não é demasiado ressaltar que a terceira via, ainda que por elas não discutida, está longe de se poder considerar inesperada. Tomando-se por base um processo em que as partes são intimadas regularmente da prática de todos os atos, dele podendo participar ativamente em todas as fases, possíveis “terceiras vias”, emergindo das circunstâncias do caso reveladas no curso da instrução, bem podem ser intuídas a partir da observação atenta de autor e réu aos documentos juntados, aos depoimentos das testemunhas ouvidas, às perícias, verificações e inspeções realizadas. Nas alegações finais, em que cabe às partes analisar criticamente tudo o que aportou ao processo e defender derradeiramente seus pontos de vista, em homenagem ao princípio da eventualidade, o que se lhes impõe, se o caso, é também tentar refutar antecipadamente outras soluções que o juiz venha a dar ao litígio, diversas das que originariamente sustentadas. Se isso não for o bastante, à parte insatisfeita com a sentença remanesce ainda o direito ao recurso, em que terá a possibilidade de impugnar a “terceira via” perante o órgão de revisão.

³⁷²A fórmula aqui empregada é inspirada em constante de conhecido artigo de SERGIO CHIARLONI, em que o processualista analisa as consequências da adoção da “*terza via*” no direito italiano.

No estudo, escrito muito antes das modificações promovidas no art. 101 do CPC peninsular, que impuseram ao juiz, sob pena de nulidade da decisão, a oitiva das partes sobre questões conhecíveis de ofício, mas não levantadas por elas, o autor se insurge contra aquilo que denomina “*involuzione formalistica della cultura delle garanzie*” (p. 570), comum ao processo civil e ao processo penal, que as celebra como fins em si mesmas. Na mesma linha daquilo que ora se sustenta, decisões sobre a falta de pressupostos processuais, por exemplo, não são “secretas”, não “*appartenendo ad un misterioso patrimonio esclusivo di conoscenze esoteriche di quest'ultimo* (do juiz)” (p. 576). Ainda segundo o autor, todas elas são questões públicas, no sentido de serem questões pertencentes ao patrimônio de conhecimento comum dos operadores do direito (p. 577). “*Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie*”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nº3, sett. 1987, p. 570-584.

O problema da decisão ou da sentença “surpresa” e da “*terza via*”, porém, foi bastante discutido pela doutrina italiana. A julgar pelas modificações promovidas posteriormente à legislação processual italiana, prevaleceu o entendimento sustentado por dentre tantos outros, CORRADO FERRI em “*Sull'effettività dell'contraddittorio*”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nº3, sett. 1988, p. 780-795.

6.2.4 Sentenças determinativas e regra da correlação

Muito embora os problemas da ultra e da extra petição não sejam exclusivos das sentenças determinativas, a partir dos exemplos fornecidos, bem se percebe que eles comparecem com relativa frequência na vida da categoria. Isso se justifica pelo que as caracteriza, diferenciando-as das demais, o fato de serem sentenças que realizam posições jurídicas de vantagem cuja extensão, modo de exercício ou objeto dependem das circunstâncias concretas do caso, que, no processo, revelam-se no curso da instrução, nem sempre da maneira exatamente esperada pelas partes.

O que ora importa responder é em que casos é possível ao magistrado julgar além ou diversamente do que pleiteado pelo autor sem violar a regra da correlação entre pedido e sentença.

O que sustento é que a regra da correlação constante art. 460 do CPC³⁷³ permite ao juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, se as circunstâncias reveladas no curso da instrução processual tenham impacto apenas e tão somente sobre o **mesmo direito ou poder jurídico** cuja extensão, modo de exercício ou objeto fora pleiteado na inicial. Falando de outra maneira, a ultra ou a extra petição proibida pela lei é aquela que implique o **reconhecimento ou a implementação de outro direito ou de outro poder jurídico, diverso daquele que o autor fez valer em juízo com o pedido originalmente formulado**.

Como discriminar os casos em que é possível julgar ultra ou extra petita sem violar a regra da correlação ?

Identificar os casos de reconhecimento ou implementação de outra posição jurídica que não aquela já veiculada na inicial, a meu sentir, é tarefa mais simples nos casos em que se busca a determinação do *quantum debeatur*, isto é, da **extensão de um direito ou de um poder jurídico**. De fato, pedidos 30% dos rendimentos mensais do réu a título de alimentos, não se estará diante de outro direito se as circunstâncias concretas

³⁷³Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

demonstrem que a necessidade do alimentando monte a 40%. Nesses casos, pode o juiz, sem ofensa à regra da correlação, decidir além do pedido. Por outro lado, demandados os danos materiais decorrentes do descumprimento de determinado contrato, se a instrução revelar que os dissabores decorrentes disso foram suficientemente severos a ponto de causar ao autor danos morais, somente em nova demanda estes poderão ser concedidos, diante da diversidade dos direitos³⁷⁴.

A tarefa não é tão singela nos casos em que os fatos revelados no curso do processo impactem na determinação do **modo de exercício** ou do **objeto** de algum direito ou poder jurídico. Nesses casos, decerto surgirão dificuldades para separar o que efetivamente pode ser visto como julgamento *ultra* ou *extra petita* permitido (ou proibido) por lei.

Noutras passagens deste trabalho sustentei a possibilidade de considerar como sendo de procedência parcial algumas sentenças, como a que determina a colocação de filtros nas chaminés da fábrica que polui o ar atmosférico, na ação em que o pedido do autor era para o fechamento do empreendimento; a que impõe ao estado o fornecimento de remédios, no caso em que o autor pedia o custeio público de tratamento médico no exterior; a que, em vez de encerrar as atividades do aeroporto situado no meio da cidade, impõe restrições quanto aos horários e frequência dos voos, e quanto ao tamanho das aeronaves; a sentença que resolve conflito de vizinhança entre um escritor e um músico, mediante o estabelecimento de um regulamento judicial de convivência, em vez de acolher *in totum* o pedido do primeiro para que o segundo fosse proibido incondicionalmente de tocar seu instrumento; a que, em vez de decretar a perda do pátrio poder, apenas o suspende.

Para chegar a essa conclusão, minha perspectiva é a de que algumas posições jurídicas de vantagem (direitos subjetivos, poderes jurídicos) têm conteúdo sempre fixo, invariável. Judicializado um direito ou um poder jurídico dessa natureza, o pedido exterioriza exatamente o direito com seu certo e único possível conteúdo.

Outras posições jurídicas de vantagem, por outro lado, têm conteúdo concreto variável de acordo com as circunstâncias, cabendo aos próprios interessados ou ao juiz, na

³⁷⁴Exceção a isso seriam os casos em que, pela interpretação do pedido constante da inicial, se concluísse que ele já abrangia o pleito de danos morais. Mas aí, bem vistas as coisas, estar-se-ia diante de fenômeno diverso.

falta de consenso entre eles, determiná-lo. É o caso do direito à saúde, do direito ao meio ambiente adequado, e dos que convencionei chamar interdependentes. Judicializados esses, o pedido deduzido pelo autor, embora identifique o direito feito valer em juízo (direito ao meio ambiente, direito à saúde etc), representa apenas a solução que o autor pretende ver implementada pela sentença, dentre tantas outras, em tese, possíveis.

Nesses casos, se o juiz, a partir das circunstâncias reveladas no curso da instrução, se dá conta de que o conteúdo concreto do direito postulado pelo autor deva corresponder a outro que não aquele originariamente pedido, nada o impede de decidir pela implementação de algo diverso. Isso porque, muito embora o juiz conceda algo diverso do pedido pelo autor, a posição jurídica de vantagem julgada ao final, o bem jurídico tutelado pela sentença, a rigor, mantem-se constante.

Assim é que, no caso do aeroporto, por exemplo, proibição de funcionamento, limitação de frequência de voos, ou do horário para pouso ou decolagens, dentre outras medidas, não obstante representem providências inequivocamente distintas da pedida, nada mais são do que graus diversos de realização do mesmo direito, do direito à correta prestação dos serviços públicos.

A mesma lógica se aplica aos outros casos indicados acima. Assim, na ação para fechamento da fábrica que lança gases nocivos no ar atmosférico, as medidas menos onerosas (colocação de filtro, modificação dos produtos químicos empregados no processo produtivo) representam formas diversas de realização do direito ao meio ambiente saudável. Na ação para resolução do conflito de vizinhança entre o músico e o escritor, o estabelecimento de um estatuto regulatório da “convivência pacífica” entre ambos define os limites concretos do exercício do direito de propriedade dos dois³⁷⁵.

Por outro lado, estar-se-ia diante de verdadeira ofensa à regra da correlação, se o juiz, a partir das provas produzidas no curso do processo, entendesse que, em vez de acolher o pleito do autor de fechamento da fábrica poluidora, devesse permitir-lhe o

³⁷⁵Sobre o problema da congruência entre pedido e sentença, uma das poucas tentativas de análise mais detalhada sobre o tema foi a feita por FRITZ BAUR, que sobre ele discorre em obra sobre a *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. A certo ponto do trabalho, sustenta o processualista alemão, mais ou menos na linha daquilo que ora se defende, que o juiz não pode decidir sobre consequência jurídica diversa do fim processual almejado pelo autor. Segundo ele, na ação para remoção de janela que perturba a propriedade do autor, seria possível a prolação de sentença que ordene que o réu a guarneça com vidro fosco e a mantenha sempre fechada, porque não é a janela que fere o direito do autor, mas a visão através dela. “Igualmente”, diz ele, “esta sentença acha-se compreendida no fim processual visado pelo autor e declara consequência jurídica de direito material”. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, p. 92.

funcionamento, mediante pagamento de compensação pecuniária³⁷⁶. Nesse caso, a compensação pecuniária, permitindo a continuidade das atividades da fábrica, seria incompatível com a finalidade pretendida pelo autor.

O mesmo se diga em relação a uma ação civil pública movida pelo Ministério Público para anulação de contrato de concessão de serviço público por falta de licitação, nos casos em que obrigatória - imagino a hipótese em que o objeto devesse ser adjudicado ao particular que oferecesse o maior preço pela exploração do serviço. Caso entendesse o juiz, pelas provas produzidas no processo, que a melhor solução para o caso seria a manutenção do contrato (para não interromper a prestação do serviço público, por exemplo), condenando-se o concessionário ao pagamento do valor que a administração deixou de ganhar caso a pluralidade de licitantes elevasse o preço pago pela concessão, a “terceira via” não poderia ser implementada - seria o caso de simplesmente julgar improcedente o pedido. Isso porque anulação por falta de licitação e condenação a perdas e danos não podem ser vistas como possíveis objetos de um mesmo direito, no caso, do direito ao acesso de todos à contratação com o estado. Se a preocupação central do magistrado era equacionar os princípios da prestação ininterrupta dos serviços públicos e da necessidade de licitação, possível seria reconhecer a nulidade da concessão, encerrando-se o contrato apenas depois de tempo hábil para que um novo fosse celebrado e executado, precedido da devida licitação, sem solução de continuidade dos serviços. Cuidar-se-ia de modulação temporal dos efeitos da sentença anulatória.

A sistematização de critérios exatos para diferenciar os casos em que o julgamento *ultra* ou *extra petita* consubstancie ofensa à regra da correlação carece de esforço doutrinário específico e mais aprofundado. Como quer que seja, não creio que eventuais respostas possam ser delineadas sem observar a necessidade de interpretar o pedido segundo o interesse prático almejado pelo autor ao ajuizar a demanda, segundo os fins por ele esperados, ou, noutras palavras, segundo o bem jurídico a que aspira³⁷⁷.

³⁷⁶No mesmo sentido, FRITZ BAUR, obra e local citados.

³⁷⁷A ideia de identidade entre bens jurídicos demandados, segundo prestigiada doutrina, é o que justifica a fungibilidade das ações possessórias (Art. 920 do CPC: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”). Segundo ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “O possuidor que se dirige ao juiz em busca de amparo contra o ato ofensivo de sua posse pretende, em realidade, que a prestação jurisdicional paralise a ação hostil, quaisquer que tenham sido as consequências já produzidas, e as faça cessar. O *petitum* é sempre pedido de proteção possessória, embora esta possa assumir mais de uma forma e a indicada pelo autor não seja a cabível. O binômio ‘ofensa à posse-proteção possessória’ é sempre o mesmo, e a variação do segundo termo corresponde a diferenças de extensão, não de essência, do primeiro. Pode-se

Para evitar quaisquer mal-entendidos, o fato de o juiz implementar o direito judicializado pelo autor, porém, com objeto diverso do pleiteado, gera-lhe interesse recursal, autorizando-lhe a insistir perante o órgão revisor da decisão do acerto da alternativa apresentada no pedido constante da inicial³⁷⁸.

mesmo afirmar que, a rigor, há uma só ação possessória, com variantes determinadas pelas condições de fato”. *Comentários ao CPC*, v. VIII, t. III, p. 358-359.

³⁷⁸É bem conhecida a posição sustentada por BARBOSA MOREIRA, a quem o interesse em recorrer emana mais exatamente do proveito prático que o provimento do recurso pode ter. Substancialmente, é o que ora também se defende. “A construção de um conceito *unitário* do interesse em recorrer, ao que nos parece, exige a adoção de uma óptica antes *prospectiva* que *retrospectiva*: a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente *esperar que se decida*, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado. Daí preferirmos aludir à *utilidade*, como outros aludem, como fórmula afim, ao *proveito* que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente. [...] É *vencida* a parte, sem dúvida, quando a decisão lhe tenha causado prejuízo, ou a tenha posto em situação menos favorável do que a de que ela gozava antes do processo, ou lhe haja repellido alguma pretensão, ou acolhido a pretensão do adversário. Mas também se considerará *vencida* a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, *tudo* que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito.” (grifos do autor). *Comentários ao CPC*, v. V, p. 296-297.

7 DEVER DE MOTIVAÇÃO E SENTENÇAS DETERMINATIVAS

7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

De forma singela, motivar a sentença é expor a conformidade dela com a ordem jurídica³⁷⁹. Como expressivamente expôs RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, “*la obligación de motivar exige al juez que dicta una decisión D que intente mostrar que D es conforme al derecho*”³⁸⁰.

A rigor, a motivação da sentença não garante o resultado correto do processo, a conformidade da decisão com a ordem jurídica, o que se conseguiria com o só fato de o juiz da causa ter aplicado acertadamente o direito objetivo. Sob esse prisma, mais valeria a sentença correta, porém, imotivada, do que aquela de que constam os fundamentos de fato e de direito da decisão, mas que tenha decidido erroneamente.

Porém, necessidades políticas, técnicas e até mesmo psico-jurídicas ligadas à natural busca do homem por conhecer as razões que levaram a que se tenha decidido como se decidiu, fizeram com que a exigência de motivação das decisões judiciais seja hoje algo tão importante como a própria correção do julgado. Contemporaneamente, parece inquestionável que as decisões judiciais devam ser não apenas material, mas também formalmente justificadas³⁸¹.

Ao tentar mostrar que o resultado do processo não foi fruto do acaso, mas da

³⁷⁹De forma mais poética, mas com o mesmo significado, escreveu CALAMANDREI: “*La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia. Desde el cielo a la tierra, y se ha comenzado a admitir que la respuesta del juez es palabra humana y no oráculo sobrenatural e infalible, que se adora y no se discute, el hombre ha sentido la necesidad de utilizar razones humanas para declarar la justicia de los hombres, y la motivación constituye precisamente la parte razonada de la sentencia, que sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.*” “La crisis de la motivación”. In: *Proceso y democracia*, p. 116-117.

³⁸⁰*Las obligaciones básicas de los jueces*, p. 145, com destaques do autor.

³⁸¹BARBOSA MOREIRA prefere o emprego da expressão “justificação formal”. Segundo observa, ao Judiciário compete zelar pela integridade da ordem jurídica, o que faz mediante a intromissão justificada na esfera jurídica das pessoas. “A intromissão é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento: é formalmente justificada, quando *se expõe, se declara, se demonstra* o fundamento”. (grifos do autor) “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. In: *Temas de direito processual, 2a série*, p. 89. No mesmo sentido, RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, “*Resulta, pues, que el derecho obliga a los jueces, no sólo a dictar decisiones correctas o conformes al derecho, sino también a intentar mostrar que las decisiones que dictan son correctas o conformes al derecho*”. Op. loc. cit.

correta aplicação das normas de direito processual e de direito material no bojo de um processo justo e da justa aplicação da lei, objetiva-se fortalecer a credibilidade do processo enquanto instrumento racional de resolução de controvérsias, e do Judiciário como responsável pelo exercício de parcela da soberania estatal. Sob esse ângulo, vale dizer, do ponto de vista do estado, consistindo a democracia no regime de governo que se alicerça na adesão da sociedade ao funcionamento das instituições responsáveis pelo exercício do poder, na legitimidade social dessas, é possível falar-se em motivação das decisões judiciais como garantia institucional do Judiciário, necessária à sobrevivência dele como terceiro responsável pela distribuição de justiça num contexto de vedação à justiça mão própria. Disso bem se percebe a relevância política da motivação das decisões judiciais, que, antes mesmo de interessar às partes ou à sociedade, interessa ao próprio estado, enquanto detentor de autoridade política incontestável no plano doméstico.

Ligado a esse aspecto, não é demasiado salientar o interesse da sociedade em conhecer o funcionamento de suas instituições, assim viabilizando o que prestigiada voz denominou “controle difuso” sobre a prestação adequada dos serviços públicos *in genere* considerados, dentre os quais se insere o da administração da Justiça³⁸². Quer a partir do interesse da sociedade, quer a partir do interesse do estado, forçoso é reconhecer a função extraprocessual da motivação das decisões judiciais³⁸³.

³⁸²“*Este principio [da motivação], en su significado más profundo, expresa la exigencia general y constante de controlabilidad, sobre la manera en la que los órganos estatales ejercen el poder que el ordenamiento les confiere y, desde esta perspectiva, la obligatoriedad de motivación de la sentencia es la manifestación específica de un 'principio de controlabilidad' más general, que resulta esencial para la noción moderna del Estado de derecho, y que también produce consecuencias análogas en campos distintos al de la jurisdicción.*” TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, p. 360.

³⁸³Em jurisprudência, reconhecendo a relevância da motivação ao controle social do adequado funcionamento do Poder Judiciário, vide o acórdão do STJ, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO. PRECEDENTES DA CORTE.

1 - E NULA A SENTENÇA QUE OMITE QUESTÃO CENTRAL POSTA NA CONTESTAÇÃO E DEIXA DE FUNDAMENTAR DEVIDAMENTE OUTRAS, DIANTE DOS TERMOS PRECISOS DO ART. 458, II, DO CPC.

2 - COMO ENSINA MOACYR DO AMARAL SANTOS, EM PRECIOSA LIÇÃO, A SENTENÇA "É ATO DE VONTADE, MAS NÃO ATO DE IMPOSIÇÃO DE VONTADE AUTORITÁRIA, POIS SE ASSENTA NUM JUÍZO LÓGICO. TRADUZ-SE A SENTENÇA NUM ATO DE JUSTIÇA, DA QUAL DEVEM SER CONVENCIDAS NÃO SOMENTE AS PARTES, COMO TAMBÉM A OPINIÃO PÚBLICA. PORTANTO, AQUELAS E ESTA PRECISAM CONHECER DOS MOTIVOS DA DECISÃO, SEM OS QUAIS NÃO TERÃO ELEMENTOS PARA CONVENCER-SE DO SEU ACERTO. NESSE SENTIDO DIZ-SE QUE A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA REDUNDA DE EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA".

3 - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 47.169/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/1996, DJ 14/10/1996, p. 38999).

No caso, cuidava-se de Recurso Especial interposto contra acórdão do TJMG que manteve decisão de primeiro grau, impugnada por falta de manifestação expressa sobre uma das teses levantadas pela defesa (capitalização de juros em contrato de empréstimo bancário). Segundo o relator, é insuficiente a motivação

Porém, ao mesmo tempo em que a motivação das decisões judiciais é de interesse do próprio estado e da sociedade, ao permitir que sejam compreendidas as razões que levaram ao juiz a decidir como decidiu, sob o prisma das partes, a motivação realiza ou viabiliza a realização de vários direitos processuais das próprias partes no processo.

Em primeiro lugar, a motivação realiza o direito subjetivo público que têm as partes de saber as razões pelas quais perderam ou ganharam, porque foram condenadas ou absolvidas, o que justificou a incursão estatal na esfera jurídica do perdedor. De fato, é da própria natureza humana buscar explicações sobre o que nos cerca, sobre o que nos move, sobre o que nos atinge. Nesse contexto, muito embora a motivação das decisões judiciais só se tenha consolidado positivamente com a ascensão vitoriosa dos estados democráticos, já como fruto da Revolução Francesa, nela vejo um imperativo inerente à dignidade humana, que só por razões especialíssimas e em casos pontuais, não é observada nos ordenamentos jurídicos contemporâneos³⁸⁴.

Além disso, a motivação da sentença ainda interessa às partes sob ângulo técnico, por servir de conduto para a impugnação do julgado. Como realça CALAMANDREI, o advogado, ao examinar a sentença para descobrir razões para recorrer, o terreno para o qual se volta é exatamente o da motivação, segundo ele, “*el espejo revelador de los errores del juzgador*”³⁸⁵ - também por essa razão, como reflexo natural disso, exteriorizando os pressupostos de fato e de direito levados em consideração pelo juiz e os critérios por ele usados para julgamento da causa, a motivação guia o trabalho dos órgãos revisionais, em caso de interposição de recursos. Por fim, inequívoca a relevância da motivação da sentença à compreensão da exata eficácia do julgado, bem como dos limites da coisa julgada³⁸⁶.

que, ao se manifestar sobre o ponto, limita-se a dizer que “a capitalização de juros, desde que pactuada, não contraria qualquer disposição legal”.

³⁸⁴ É o caso das decisões proferidas pelo conselho de sentença, nos crimes de competência do tribunal do juri.

³⁸⁵ La crisis de la motivación. In: *Proceso y democracia*, p. 118.

³⁸⁶ Na doutrina, dentre tantos, BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 86.

Na jurisprudência, reconhecendo a importância da motivação do julgado para a correta interpretação do dispositivo, indico o acórdão do STJ, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APRECIACÃO DAS QUESTÕES DENTRO DOS PARÂMETROS DA LEGALIDADE E DO BOM SENSO.

[...]

2. Acórdão a quo segundo o qual embora os motivos não lancem efeitos fora do processo com autoridade de coisa julgada, têm nítida função interpretativa e integradora do dispositivo, prestando-se para determinar com exatidão os limites objetivos do julgado. Existindo expressa menção, na motivação da sentença, de ser devida a restituição de parcelas pretendidas na inicial, há de se admitir que essa parte também integra o decisum.

[...]

7.2 HÁ ALGO DE ESPECIAL QUANTO À MOTIVAÇÃO DAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS ?

Embora o tema da motivação das decisões judiciais seja riquíssimo, diante dos objetivos deste trabalho, mais adequado é que de pronto sejam abordadas as relações entre motivação e sentenças determinativas. Nessa linha, indago-me se haveria algo de especial na motivação das sentenças dessa natureza.

A resposta para isso passa necessariamente por destacar o que as particulariza, servindo de *quid* específico em relação às sentenças não determinativas.

Como tenho insistido, o divisor de águas entre essas e as demais é o fato de que, nas determinativas, a fixação da extensão, modo de exercício ou do objeto de alguma posição jurídica de vantagem é deixada pela lei ao juiz, a quem caberá completar-lhe o aspecto faltante, orientando-se por critérios fluidos igualmente estabelecidos em lei. Isso, evidentemente, aumenta consideravelmente o subjetivismo da decisão e a possibilidade de arbítrio judicial no exercício da atividade determinativa³⁸⁷.

Disso decorre não exatamente a maior relevância da motivação nas sentenças determinativas – a relevância da motivação é inerente ao fato da decisão, determinativa ou não –, mas o maior cuidado que devem ter juízes na justificação da decisão tomada³⁸⁸. Isso,

5. Decisão recorrida que apreciou a questão dentro dos parâmetros da legalidade, da jurisprudência pacífica e do bom senso, não incorrendo, assim, em mácula à legislação processual vigente.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Resp 902.224/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 266).

³⁸⁷Como lembra BARBOSA MOREIRA, “... a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como o de 'bons costumes', 'exercício regular de direito', 'interesse público' e outros análogos; e que as hipóteses de discricção concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor da discricionariade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio”. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. In: *Temas de direito processual, 2a série*, p. 88.

³⁸⁸Muito embora direcionadas especificamente à motivação das decisões penais, no mesmo sentido são as ponderações de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, que prefere utilizar o termo de origem anglo-saxã *standards* para designar os critérios jurídicos indefinidos empregados com frequência cada vez maior pelas legislações em geral (necessidade, possibilidade, prudente arbítrio, razoável etc). Segundo sustenta, “A exigência de um empenho argumentativo do juiz na interpretação do direito fica ainda mais evidente quando se trata de atribuir um significado às expressões abertas utilizadas nos textos legais. [...] Caracterizando-se exatamente pela sua indeterminação, mobilidade e elasticidade, tais expressões, quando utilizadas pelo legislador, autorizam o juiz a exercer um poder criativo muito mais amplo do que aquele que, como visto, também existe no procedimento de interpretação. [...] Assim, nesses casos, a obrigação de fundamentar as escolhas valorativas adquire uma feição peculiar, devendo o juiz demonstrar a racionalidade do emprego do *standard* na decisão concreta, sobretudo em função do programa normativo do ordenamento como um todo, pois, como ressalta Warat, esses termos são utilizados para obter a consolidação e a aceitação de valores

obviamente, aceita a utilidade da motivação como ferramenta de controle dos atos jurisdicionais, o que parece incontestável.

Tanto isso é verdade que o projeto do Código de Processo Civil, em postura elogiável e inovadora, estabelece disciplina específica sobre a motivação das sentenças nos casos em que o juiz decidida com base em regras que contenham conceitos juridicamente indeterminados, cabendo expor, analiticamente, o sentido com que as normas foram interpretadas (Art. 499, §1º)³⁸⁹.

Embora a regra não aluda às sentenças determinativas, nem a elas se aplique exclusivamente – há normas cuja própria **incidência** depende da interpretação de conceitos vagos ou indeterminados³⁹⁰ - é certo que, se observada como esperado pelos juízes, fortalecerá o controle da sociedade e das partes sobre o arbítrio do juiz nas decisões dessa natureza.

7.3 MOTIVAÇÃO NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS: ESTRUTURA E CONTEÚDO MÍNIMO

A partir das particularidades da atividade determinativa, natural é buscar respostas sobre a estrutura, os requisitos e o conteúdo mínimo da motivação das sentenças dessa

dominantes na sociedade”. *A motivação das decisões penais*, p. 142.

³⁸⁹Conteúdo da motivação da sentença

Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

O texto é o da emenda aglutinativa substitutiva global, nos termos da redação atualizada até 24/02/2014.

³⁹⁰Noutro ponto foi assumida a premissa de que, nas sentenças determinativas, a extensão, o modo de exercício ou o objeto de alguma posição jurídica de vantagem é que dependem da concretização das expressões ou termos vagos ou indeterminados, o que se faz atentando-se às circunstâncias do caso. A lembrança é importante porque, também como assinalado (itens 1.5 e 2.3.1), ALESSANDRO RASELLI, talvez o maior entusiasta dessa categoria de sentenças, nela incluía todas aquelas em que o juiz, para decidir, usava de poder discricionário para eleger, dentre tantas possíveis, a interpretação mais correta de norma cujo suporte fático contém expressões ou termos vagos. A meu sentir, repita-se, o que caracteriza as sentenças determinativas, colocando-se-lhes como dado essencial, é a discricionariedade, a que prefiro denominar subjetividade ou prudencialidade, na determinação não da incidência da regra jurídica, mas da extensão, do modo de exercício ou do objeto de alguma posição jurídica de vantagem.

classe.

É necessário ter em mente que se a sentença, por um lado, deve ser encarada como uma manifestação de poder do estado, por outro, ela é o produto de um esforço cognitivo bastante complexo, caracterizado pela adoção das inúmeras escolhas que o juiz deve fazer para proferi-la. Partindo-se disso, da ideia de que a finalidade da atividade jurisdicional do estado é a correta aplicação da ordem jurídica e de que isso depende do igual acerto na identificação da norma aplicável ao caso e da correta reconstrução histórica dos fatos³⁹¹, a estrutura da motivação necessariamente abrangerá uma exposição apta a esclarecer de que forma foi feita a a) revelação da norma aplicável ao caso; a b) reconstrução histórica dos fatos; e a c) concretização da norma aplicável ao caso.

Ao me referir a esforço complexo, o que tenho em mente é a impossibilidade de explicar a sentença a partir da singela fórmula que a reduz à aplicação da lei ao caso concreto, a um modelo argumentativo silogístico em que a premissa maior é a norma, a menor é o fato, e no qual a decisão final defluiria naturalmente da subsunção daquela a este.

Na realidade, a decisão final, isto é, o veredito judicial sobre quem tem ou não razão, é o produto de uma série de muitas decisões técnicas sobre os aspectos acima apontadas. Tais decisões, por sua vez, embora racionalizáveis, resistem a alguma sistematização no que diz respeito à existência de um roteiro previamente estabelecido de decisão. Não à toa a discussão sobre a técnica ou a arte de bem julgar ter-se tornado quase que uma “demanda do Santo Graal” da literatura jurídica contemporânea³⁹².

A atividade de revelação da norma aplicável ao caso, por exemplo, não é tarefa puramente técnico-jurídica no sentido de depender tão somente dos conhecimentos do juiz enquanto estudioso das normas do sistema e de métodos de hermenêutica. Mesmo como expressão linguística, ela esconde uma armadilha lógica bastante intrincada, pois saber a norma aplicável ao caso, antes de mais nada, depende da prévia identificação do próprio

³⁹¹Esse é o ponto de vista sustentado por TARUFFO, que agrega aos dois fatores acima indicados a justiça procedimental como pilares da decisão justa. Diz ele: “..., parece necesario acudir a un conjunto de tres criterios: solamente de su combinación podrá brotar un esquema de valoración que permita determinar si y cuándo la decisión es justa. ... Los tres criterios a los cuales se alude son los siguientes: a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.” Em “Ideas para una teoría de la decisión justa”. In: *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, p. 203.

³⁹²Um dentre tantos esforços feitos nesse sentido é o de RICARDO LUIS LORENZETTI, constante de *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009.

caso, isto é, de um conjunto de fatos. Mas o próprio caso não é formado por quaisquer fatos, mas pelos fatos relevantes para o direito, assim considerados os integrantes do suporte fático das regras aplicáveis ao ... caso (!?). Afinal, que tem precedência no *iter* lógico que leva à decisão: a revelação da norma aplicável ao caso ou a fixação do caso, em si ? Mesmo sem qualquer aprofundamento no tema, dessa breve observação já é possível demonstrar as diversas escolhas que o juiz deve fazer para revelar a solução da lide. Obviamente, a bem do cumprimento do dever de motivar, o que lhe cabe é justificar racionalmente cada uma delas.

Quanto à reconstrução histórica dos fatos, igualmente, inúmeros são os obstáculos a serem vencidos racionalmente pelo juiz. Foram válidos os meios de prova usados pelas partes para demonstrar a existência ou inexistência de determinado fato ?; se válidos, são aptos à prova do fato ?; a partir de que ponto é possível considerar demonstrado algum fato ?; a quem cabia demonstrar esse ou aquele fato ? Também aqui são tantas e tão variadas as escolhas a serem feitas pelo juiz que é impossível estabelecer uma metodologia prévia para tanto. Certo mesmo só o dever de justificar cada uma delas.

No que mais interessa às sentenças determinativas, destaco a análise da concretização da norma aplicável ao caso, pois é aqui que se manifesta o *quid* específico das sentenças dessa natureza, como se tem insistido, consistente na fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica reconhecida no processo. Sendo inúmeras as hipóteses de sentenças determinativas, cada uma delas apresentará peculiaridades próprias. O que realço, nesse ponto, é que também aqui o juiz se depara com a necessidade de realizar um sem número de escolhas para dar ao conflito trazido pelas partes a solução correta, fazendo igualmente dessa etapa, em si mesma, uma operação complexa. Na medida do possível, caberá ao juiz expor os porquês de ter decidido como decidiu, assim satisfazendo o dever constitucional de motivação.

O emprego da expressão “na medida do possível”, porém, é proposital. O ideal é que todas as opções judiciais pudessem ser plenamente justificadas. A meu sentir, porém, por maiores que sejam os avanços científicos no campo da racionalização do discurso decisório, isso nunca será plenamente alcançado. Quando muito, é o caso de pensar-se num ideal de plenitude, na plenitude como meta a ser alcançada.

Em algumas sentenças determinativas reputo ser impossível justificar totalmente a

decisão tomada. Apenas para ilustrar, como a essa altura já parece ter ficado claro, é determinativo o capítulo das sentenças civis que define os honorários advocatícios. Se condenatória a sentença, de acordo com o art. 20, §3º do CPC³⁹³, caberá ao juiz fixá-los entre 10% e 20% da condenação, de acordo com os parâmetros nele estabelecidos (grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço e natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço). Dentro do gradiente estabelecido em lei (10% a 20%), é evidente que a fixação do *quantum* remuneratório não será totalmente aleatório, na medida em que a lei prevê parâmetros para tanto. Sendo a causa singela, a exigir do advogado as cautelas técnicas e o zelo profissional elementares, abstraídas as discussões que se possam estabelecer a respeito do que se deva considerar por causa singela, cautelas técnicas e zelo profissional elementares, o montante razoável dos honorários giraria em torno do mínimo legal, 10%. No entanto, supondo que o trabalho profissional do advogado do vencedor seja algo melhor do que o mínimo, como justificar a fixação de honorários em, digamos, 12%, em vez de 13%, ou 15%, ou em qualquer outro patamar acima do mínimo, mas aquém do máximo? O que quero dizer é que, nessas situações, inexistem fórmulas matemáticas capazes de trazer resultados exatos, inquestionáveis, ou um termômetro capaz de apontar esse ou aquele resultado específico; o **arbítrio** é ineliminável – não a **arbitrariedade**, como se verá adiante, que pode ser controlada a partir da razoabilidade da decisão.

O mesmo se diga em relação à sentença condenatória penal, no tocante à dosimetria das sanções a serem aplicadas pelo juiz ao reconhecer a procedência da acusação. Nos casos em que as circunstâncias judiciais a que alude o art. 59 do CP não são desfavoráveis ao condenado (culpabilidade, antecedentes, conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima), a fixação da pena-base é simples, montando ao mínimo legal. No entanto, havendo dados contrários ao agente, responsável, por exemplo, pela perpetração de um

³⁹³Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [\(Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976\)](#)

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

a) o grau de zelo do profissional; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

b) o lugar de prestação do serviço; [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973\)](#)

contrabando, cuja pena varia de 1 a 4 anos, como justificar que a pena será de 1 ano e 6 meses, em vez de 1 ano e 3 meses ou 1 ano e 8 ou 9 meses, ou mesmo 2 anos ?

Considerando que, nos dois casos, a atividade de determinação do *quantum* envolve um esforço para estabelecer alguma **correspondência entre grandezas diferentes**, bem se percebe que, no limite, há uma região em que a subjetividade judicial é absolutamente incontrolável.

No particular, creio que esse aspecto das sentenças determinativas, projeção no campo do processo das posições jurídicas cuja extensão, modo de exercício ou objeto devam ser fixados segundo as circunstâncias, com base num senso de proporção entre grandezas de naturezas distintas, evidencia as dificuldades de conceber a aplicação judicial do direito objetivo como silogismo perfeito³⁹⁴.

Não é o caso de ver nisso a atribuição de poderes discricionários ao juiz, pois as decisões judiciais não são feitas a partir de considerações de conveniência e oportunidade, mas com base em critérios legalmente estabelecidos. No entanto, forçoso é reconhecer que algumas opções do legislador de direito material, pautadas pela necessidade de dar maior operacionalidade às normas jurídicas e ao sistema de direito positivo como um todo tem o efeito colateral de gerar regiões infensas a um controle pleno feito pelas partes e pela sociedade.

Do ponto de vista da justiça da decisão, de sua conformidade com a vontade concreta da lei, nesses casos, o que talvez mais interesse seja a adequação do *quantum* fixado, quer de pena, quer de honorários, quer de qualquer outra posição jurídica assemelhada, a um **padrão estabelecido para casos semelhantes**. Não que os demais critérios para o exercício da atividade determinativa previamente concebidos por lei possam ser desconsiderados em nome da tentativa de aplicar soluções semelhantes a casos igualmente semelhantes, de apostar na isonomia como “critério mágico”, como solução

³⁹⁴A respeito da dosimetria da pena na sentença criminal, são lúcidas e convergentes com a conclusão que aqui se chegou as seguintes ponderações de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO: “Essa última tarefa é sobremaneira complexa, pois envolve não só as questões de direito – relacionadas à escolha e interpretação dos preceitos legais estabelecidos pelos legislador – e as questões de fato também – e sobretudo – uma apreciação final e conjunta, inevitavelmente *discricionária*, pois envolve *juízos de valor* a respeito do crime e da pessoa de seu autor, de forma a que o juiz encontre a justa medida da sanção penal para o caso concreto.” [...] “... na motivação da pena fica muito clara a insuficiência do mencionado *modelo silogístico* como esquema apto a reproduzir o raciocínio judicial quando se trata de apresentar a justificação de uma escolha discricionária; esta supõe, na verdade, uma *atividade criativa* em que faltam os *nexos necessários* que ligariam os fatos ao dispositivo”. *A motivação das decisões penais*, p. 211-212.

Deus ex machina na matéria. É que, sendo em alguns casos inviável o exercício da atividade determinativa com a precisão desejada, sobe de ponto a importância de que a decisão se mantenha em nível compatível com a tomada em casos análogos, servindo a isonomia como *plus* contra eventuais arbitrariedades, ao lado dos critérios legais preconcebidos.

Nessa linha, a rigor, na fundamentação, espaço deve se abrir para considerações a respeito dos precedentes do órgão jurisdicional responsável pela decisão (juiz ou tribunal), que servirá de base à formação de uma noção empírica de determinação razoável do aspecto faltante do direito reconhecido em juízo³⁹⁵. Na prática, como tem mostrado a jurisprudência dos tribunais superiores, diante dessas situações, é a **razoabilidade**, ou, mais exatamente, a falta dela, o parâmetro para correção de eventuais abusos³⁹⁶. O “teste

³⁹⁵Aqui, o vocábulo razoável tem o sentido de aceitável, de justificável dentro do contexto, ostentando sentido mais próximo ao do senso comum. Sob a perspectiva do direito inglês, onde a noção deita raízes, segundo explica VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, não se fala em princípio da razoabilidade, mas em princípio da irrazoabilidade, pelo qual cabe às cortes censurar decisões do Poder Legislativo ou Executivo se ela é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria. “O proporcional e o razoável”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 29.

³⁹⁶Evidência disso é a jurisprudência relativa a revisibilidade do dano moral pelo STJ, permitida apenas para casos extremos. Confira-se dentre tantos, o seguinte julgado, assim ementado: AGRADO REGIMENTAL - AGRADO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO - DANOS MORAIS - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

[...]

3.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

4.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito.

[...]

6.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 388.345/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 06/12/2013).

O mesmo se diga da revisão da sanção aplicada por ofensa à Lei de Improbidade Administrativa. Também aqui a postura dos tribunais é de respeitar a pena imposta pelo juiz natural, limitando-se o reexame às hipóteses em irrazoável. Confira-se: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA EM RAZÃO DO CARGO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CULPA E DOLO GENÉRICO. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. INAPLICABILIDADE.

[...] 4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

[...]

6. Recurso especial não provido.

de razoabilidade”, chamemo-lo assim, porém, diante da singularidade que grande parte dos casos apresenta, não pode ser visto como solução geral do problema, só alcançando aqueles rotineiramente julgados, sob circunstâncias mais ou menos semelhantes.

Como quer que seja, importante é que o resultado da atividade determinativa mantenha-se dentro de patamares razoáveis. Que é razoável, bem verdade, é questão que, como tantas outras, não permite respostas antecipadas. Mesmo assim, não é o caso de que, pelo medo de eventual arbítrio judicial, deixe o legislador de garantir manifestações inequívocas de justiça, como a indenizabilidade do dano extrapatrimonial (dano ambiental, dano moral), a redução do *quantum* indenizatório nos casos de desproporção entre culpa e dano, ou mesmo de punir o criminoso ou o responsável pelo ato de improbidade administrativa.

Sintetizar numa fórmula geral o conteúdo mínimo da motivação das sentenças determinativas é impossível. O máximo que ousar fazer é repetir as noções já apresentadas pela doutrina a respeito do conteúdo mínimo da motivação das decisões judiciais em geral, apontando a imprescindibilidade de que o juiz indique as razões de fato e de direito que o fizeram fixar a extensão, o modo de exercício ou o objeto da posição jurídica de vantagem reconhecida no processo nos termos consignados na sentença.

Assim, quanto à motivação de direito, cumpre-lhe indicar os critérios normativos eleitos para desempenho da atividade determinativa, com os quais buscou dar correta aplicação ao direito objetivo. Sob o ângulo da motivação de fato, impõe-se ao magistrado apontar que circunstâncias pertinentes ao caso foram por ele reputadas relevantes à tomada da decisão, bem como indicar os elementos de prova com os quais elas foram demonstradas.

Nessa linha, restringindo-me ao que aqui interessa (determinação da extensão, do modo de exercício ou do objeto de posição jurídica veiculada no processo), carece de motivação suficiente a sentença (determinativa) na qual, por exemplo, o dano extrapatrimonial é justificado pelo juiz com fórmula genérica do tipo “considerando as circunstâncias do caso concreto, estima-se justo fixar o dano em x Reais”³⁹⁷. Antes de tudo, impõe-se ao juiz indicar que elementos normativos usou para fixação do montante devido

(REsp 1320315/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

³⁹⁷ No mesmo sentido, MARCO ROSSETTI, *Danno non patrimoniale: cos'è, come si accerta e come si liquida*, p. 163.

(extensão do dano, motivo da ofensa, comportamento reiterado do ofensor, bem jurídico ofendido etc); porque e em que medida eles foram tomadas em consideração para determinação do valor; como eles foram provados; porque o montante fixado foi considerado suficiente à compensação do dano³⁹⁸. Cuidando-se de caso semelhante a outros por ele ou por outros órgãos jurisdicionais julgados, para demonstrar a justiça da decisão, é o caso de cotejá-la com as outras, assim robustecendo as razões de decidir.

Quanto à dosimetria das sanções por ato de improbidade administrativa, o art. 12 da L. 8.429/92³⁹⁹ indica ao juiz as sanções cabíveis para punição dos 3 tipos de ato de improbidade⁴⁰⁰, impondo-lhe ainda que considere a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente como circunstâncias relevantes à determinação dessa. Atento ainda à natureza da lei de improbidade administrativa, caberá ao juiz definir

³⁹⁸Especificamente sobre a relevância da motivação da sentença condenatória ao dano moral, MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 267-275. Segundo a autora, a motivação da sentença tem especial relevância nesses casos, em que ao juiz cabe o livre arbitramento do *quantum debeatur*, com base num sentimento geral de prudência e equilíbrio. Se tais sentimentos podem ser exteriorizados, então, devem sê-lo, para permitir que o raciocínio do magistrado possa ser compreendido. Segundo ela, “Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das consequentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos em toda sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito frequentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobremaneira, sem qualquer justificativa”. Op. cit., p. 272.

³⁹⁹Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: ([Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009](#)).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

⁴⁰⁰Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10º); e atos de improbidade que atentam contra princípios da administração pública (art. 11).

a sanção de modo que represente o necessário e suficiente à repressão e prevenção da conduta⁴⁰¹. Assim, além de indicar as razões de fato e de direito a partir das quais considerou ímprobo o ato apontado na inicial, caberá ao juiz apontar as razões que o fizeram aplicar essa e não aquela sanção, nesse e não naquele patamar, justificando-lhes a adequação para justamente punir o ato praticado e impedir eventual reiteração, a partir de elementos extraídos do caso concreto⁴⁰².

Não é o caso de apontar o conteúdo mínimo de todos os casos de sentenças determinativas. Se uma fórmula pode ser dada, ela vai no sentido de que as escolhas feitas pelo juiz no momento de decidir sejam clara e integralmente expostas, de modo a permitir

⁴⁰¹A fórmula aqui exposta é reprodução quase literal do art. 59 do CP, que também alude à suficiência e necessidade das sanções para prevenção e repressão do crime. Embora a Lei de Improbidade Administrativa não seja expressa a respeito, é essa a finalidade de todas as reprimendas previstas em regras de direito sancionador, quer penal, quer administrativo.

⁴⁰²PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOAÇÃO DE VERBA PÚBLICA A CLUBE DE FUTEBOL. INEXISTÊNCIA DE LEI QUE AUTORIZASSE TAL DESPESA. (I) SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABE AO TRIBUNAL A QUO ANALISAR MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO RECURSO DE APELAÇÃO, NEM ALEGADA OPORTUNAMENTE DURANTE O PROCESSO, SALVO AS CONEXAS COM O MÉRITO E AS DE ORDEM PÚBLICA. (II) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E O PARADIGMA. (III) OS AGENTES POLÍTICOS PODEM SER IMPUTADOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ (RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.3.2010). (IV) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EM QUE CONSISTE A VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 8.429/92. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. (V) AS SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 PODEM SER APLICADAS ISOLADA OU CUMULATIVAMENTE. DEVE O MAGISTRADO APLICAR A DOSIMETRIA TANTO NA FIXAÇÃO DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES A SEREM IMPOSTAS, QUANTO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM DA PENALIDADE. NO CASO CONCRETO, ORA EM EXAME, A INCIDÊNCIA DE TODAS AS ESPÉCIES DE PENAS, DE FORMA CUMULADA, AINDA QUE CADA UMA SEJA FIXADA NOS LIMITES MÍNIMOS LEGAIS, VIOLA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

[...]

8. De acordo com o art. 12 da Lei 8.429/92, nos casos de condenação por prática de ato de improbidade administrativa, na fixação das penas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, o Juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, fazendo atuar a ponderação entre a infração e sua sanção (proporcionalidade).

9. Deve o Magistrado aplicar a dosimetria, tanto na fixação das espécies de sanções a serem cominadas, de forma isolada ou cumulada, quanto na fixação do quantum da pena, alusiva a cada uma delas.

10. In casu, as instâncias de origem condenaram o recorrente: (i) à suspensão de seus direitos políticos por 5 anos; (ii) ao pagamento de multa civil no valor de Cr\$ 50.000.000,00 (aproximadamente R\$ 12.554,73 em valores atualizados, quando do ajuizamento da causa); (iii) ao ressarcimento integral do dano; bem como (iv) à pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos, por infringência ao art. 10, inciso IX da Lei 8.429/92.

11. No caso concreto, ora em exame, a condenação em todas as espécies de penalidades previstas no inciso II do art. 12 da Lei 8.429/92, fixada cada uma no limite mínimo legal, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

[...]

(REsp 987.598/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 19/09/2013)

às partes o controle da adequação da solução aplicada ao caso julgado.

CONCLUSÕES

Findo o trabalho, passo a sistematizar as conclusões mais relevantes a que cheguei durante a pesquisa.

CAPÍTULO 1

No capítulo dedicado ao estudo das sentenças, a doutrina, de um modo geral, depois de as classificar em declaratórias, condenatórias e constitutivas – às vezes alude-se também às executivas *lato sensu* e às mandamentais – invariavelmente menciona *en passant* “outras classificações”. Nesse contexto, insere-se o estudo das denominadas sentenças determinativas.

A primeira tentativa mais detida de análise da categoria como classe autônoma de sentenças foi feita por KISCH, em suas conhecidas contribuições à teoria da sentença. O esforço do autor se justificava perfeitamente, no contexto da então nascente ciência processual.

Segundo KISCH, em algumas sentenças a tarefa do juiz se restringiria a determinar ou modificar algum aspecto de uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, como fariam elas mesmas ou um terceiro. Em todos esses casos, a função do juiz seria tão somente fixar o conteúdo preciso da relação jurídica controvertida.

No desenvolvimento histórico da noção de sentença determinativa, a contribuição mais notável de CARNELUTTI foi a diferenciação do processo declarativo e do processo dispositivo. CARNELUTTI observou a existência de conflitos de interesses cuja solução já é disciplinada por normas de direito material, inobservadas, porém, em vista de dissenso entre as partes envolvidas. A par disso, casos ainda haveria em que o conflito não é disciplinado por nenhuma norma material, sendo-o, no entanto, por uma norma de direito processual que permite ao juiz, excepcionalmente, compô-lo mediante um comando para o caso concreto. Daí servir o processo a dois escopos diversos, quais sejam, à declaração de um estado jurídico já existente (processo declarativo), ou à constituição de um estado jurídico ainda inexistente (processo dispositivo). A partir disso, chegou à conclusão de que

as categorias de processo (declarativo e dispositivo) e de sentenças (declaratórias, constitutivas e condenatórias) poderiam se misturar, dando origem ao que denominou **processos mistos**.

Grande importância para o estudo do tema teve RASELLI, que seguiu as linhas traçadas por CARNELUTTI, ao aceitar as noções de processo declarativo e processo dispositivo, bem como a possibilidade de mescla entre as sentenças determinativas e as outras categorias sentenciais conhecidas. Inova, porém, com a defesa de uma categoria à parte, a das sentenças determinativas puras. Além disso, insere dentre as sentenças determinativas aquelas hipóteses em que a discricionariedade judicial, pedra de toque da categoria, seria necessária também à avaliação da incidência de regra jurídica com conceitos vagos.

No Brasil, as sentenças determinativas são mencionadas por parte considerável da doutrina brasileira, sem se dar ênfase ao estudo da classe, em si. No tratamento de temas como coisa julgada, sentenças *rebus sic stantibus*, poderes discricionários do juiz, sentenças de alimentos, dentre tantos outros, a categoria aparece, sem protagonizar os debates. No geral, alude-se rapidamente ao pensamento da doutrina estrangeira sobre ela – normalmente KISCH, CARNELUTTI e RASELLI –, não se aproveitando a oportunidade para um mergulho mais profundo no estudo da categoria propriamente dita.

CAPÍTULO 2

Sentenças determinativas são aquelas em que cabe ao juiz determinar extensão, modo de exercício ou objeto de posição jurídica de vantagem (direito subjetivo, poder jurídico *etc*), de acordo com as circunstâncias do caso.

O que lhes justifica a existência é o fato de que os critérios estabelecidos por algumas normas jurídicas para definição da extensão, do modo de exercício ou do objeto dessas posições jurídicas de vantagem são imprecisos, fluidos, inexatos, quando não simplesmente indeterminados, impondo atuação mais ativa do juiz para solução do processo, a partir de uma atividade prudencial.

As sentenças determinativas se diferenciam das sentenças não determinativas porque, nas últimas, os critérios definidos em lei para fixação da extensão, do modo de

exercício ou do objeto de outras posições jurídicas de vantagem são predeterminados a partir de critérios objetivos.

A técnica de que se vale o legislador para viabilizar o exercício da atividade determinativa é a das normas jurídicas quadro. As normas quadro, resistem a sistematização. Todas elas, porém, comungam o fato de criarem posições jurídicas cuja concreta extensão, modo de exercício ou objeto sejam definíveis mediante o emprego de termos ou expressões mais ou menos fluidas ou imprecisas. Com isso, tais normas impõem ao responsável pela atividade determinativa, juiz ou particulares envolvidos, a fixação do aspecto faltante do direito a partir de um juízo prudencial, que leva em consideração circunstâncias do caso específico.

Da categoria se excluem os casos em que o juízo prudencial do magistrado é necessário para avaliar se é o caso ou não de incidência de regra jurídica que contém termos ou expressões vagas sobre o suporte fático. Apesar da importância dessa etapa na prolação da sentença, a aplicação do direito representa o ponto culminante da atividade jurisdicional do estado, o que justifica a postura metodológica eleita no trabalho. Também não se incluem na categoria as sentenças integrativas de negócios jurídicos ou de capacidade jurídica.

Embora algumas relações jurídicas continuativas ensejem a prolação de sentenças determinativas (alimentos, guarda de filhos), inexistente correlação necessária entre uma e outra categoria.

CAPÍTULO 3

Equidade é vocábulo polissêmico, ao qual subjaz a noção de possibilidade de que o juiz não se valha da aplicação rígida das regras de direito, para chegar à solução do caso olhando para fora dos limites materiais impostos pelo direito vigente.

Os julgamentos por equidade, antes de corresponderem a julgamentos com base nas predileções pessoais dos juizes, são objetivos, no sentido de que neles (juízos de equidade) é necessário aplicar a solução que melhor expressa os valores prestigiados socialmente em determinado momento histórico. Eles ocorrem em dois casos. No primeiro, por inexistir regra jurídica para o caso, não cabendo a lei afastar da apreciação do

Judiciário lesão ou fundada ameaça de lesão a direito, o pedido é julgado com base numa regra de equidade. No segundo, a aplicação da regra existente para o caso, diante de peculiaridades concretas, leva a solução contrária ao ordenamento jurídico visto em sua integralidade. Cabendo ao juiz atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, é-lhe possível afastar a regra legal, adotando a que, segundo ele, corresponda à que o legislador teria editado, se tivesse previsto a circunstância peculiar diferenciadora.

O que caracteriza as sentenças determinativas é que nelas o juiz fixa a extensão, o modo de exercício ou o objeto da posição jurídica reconhecida no processo, atento às circunstâncias do caso. O que caracteriza as sentenças ou juízos de equidade é que a decisão se funda numa regra de equidade. Se a regra de equidade não determina qual será a concreta extensão, modo de exercício ou objeto da posição jurídica reconhecida no processo, caberá ao juiz fazê-lo, sendo a sentença, nesses casos, a um só tempo, de equidade e determinativa. Se a regra de equidade já predetermina a solução do litígio, a sentença será meramente de equidade, sem ser determinativa.

Mesmo nos casos em que a ordem jurídica permite ao juiz optar por soluções indiferentes perante o direito, não se está aí diante do exercício de discricionariedade judicial, por faltar à atividade desenvolvida no processo o aspecto central da categoria, as ideias de conveniência e oportunidade, vistas sob o tríplice ângulo, relativas ao conteúdo e ao momento da atuação, bem como à necessidade ou não de atuação.

É indevida a equiparação de sentenças determinativas e sentenças em que o juiz exerce poderes discricionários. A rigor, a única possibilidade de atrelar sentenças determinativas a discricionariedade judicial é assumindo um enorme risco metodológico, consistente em empregar a expressão “discricionariedade judicial” num sentido que, a meu ver, não é o tecnicamente correto, de preenchimento do espaço deixado em branco pelo legislador, mediante a indicação da solução correta para o caso. Isso, porém, capta apenas um aspecto da atividade discricionária, deixando de fora dado essencial a ela, o juízo de conveniência e oportunidade da solução a adotar, no interesse da realização dos fins políticos do estado. por questões práticas, é aceitável falar-se em sentenças determinativas como aquelas em que o juiz fixa extensão, modo de exercício ou objeto de posição jurídica de vantagem, discricionariamente. Mais exato, por aquilo que se expôs, seria substituir-se

o discricionariamente por prudencialmente ou subjetivamente.

CAPÍTULO 4

As determinativas não são quarta categoria de sentenças, ao lado das declaratórias, condenatórias e constitutivas; nem sexta, para os que aceitam a autonomia científica das mandamentais e executivas. As sentenças determinativas não deixam de pertencer, segundo os seus efeitos, a uma das três categorias mencionadas, pouco importando se caiba ao juiz compor o conflito de interesses a partir da aplicação de uma regra de direito material com conteúdo elástico e que deva ser precisado, caso a caso. A rigor, as sentenças determinativas não consubstanciam o acolhimento por parte do estado-juiz de pretensão autônoma do demandante à produção de um juízo prudencial, ou a indicação da extensão, modo de exercício ou objeto de alguma posição jurídica, em si. O que se exige do estado, sendo ou não determinativa a sentença, na realidade, é sempre a prolação de sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, consubstanciando-se o exercício da atividade determinativa, correspondente à produção de um juízo prudencial para fixação da extensão, do modo de exercício ou do conteúdo de uma posição jurídica de vantagem, meio necessário para declarar-se, constituir-se ou condenar-se. Não há pretensão autônoma à atividade determinativa, devendo ser ela necessariamente desenvolvida pelo estado-juiz se dessa natureza for a sentença proferida.

Tem natureza determinativa a decisão que decretar as medidas cautelares inominadas reputadas adequadas para garantir a utilidade de eventual sentença de procedência do processo principal.

CAPÍTULO 5

Inexiste uma fórmula geral, um “critério universal de bem julgar”, apto a indicar ao juiz como determinar extensão, modo de exercício ou objeto das posições jurídicas de vantagem reconhecidas no processo (atividade determinativa do estado), não se podendo ir além da concepção de uma grande “teoria geral do caso concreto”. O máximo que se poderia dizer é que é atento à disciplina de direito material do direito subjetivo, do interesse ou do poder jurídico levado a juízo que caberá ao juiz encontrar a solução correta para o caso.

Em torno de dois eixos pode girar a indefinição gerada a partir do emprego das normas jurídicas quadro, atributivas de poderes para decidir determinativamente: quantitativo (determinação de valor da condenação, duração da sanção ou sobre o prazo para cumprimento da sentença, por exemplo) e qualitativo (determinação de medidas que estabelecem um *modus vivendi* entre os litigantes; de via alternativa à reparação pela prática de ato contrário a direito que não pecuniária, ou do conteúdo específico de posições de vantagem que a ordem jurídica atribui ao respectivo titular apenas genericamente).

Quanto aos limites da atividade jurisdicional determinativa no eixo qualitativo, é possível dizer que caberá ao juiz implementar aquelas concretamente mais adequadas à situação concreta. No direito processual brasileiro, da noção de máxima efetividade da tutela jurisdicional, é possível dizer que todas as medidas aptas à realização da posição jurídica reconhecida no processo, desde que não sejam vedadas expressamente pela lei ou por interpretação sistemática da ordem jurídica, podem ser determinadas pelo juiz, podendo-se falar em princípio da liberdade regrada dos instrumentos de efetivação dos direitos. Se, consoante as circunstâncias concretas do caso, mais de uma medida se mostrar apta à realização plena da posição jurídica reconhecida no processo, caberá ao juiz determinar a menos gravosa ao réu, aplicando-se o princípio da menor onerosidade da medida.

CAPÍTULO 6

Nas sentenças determinativas, em que a fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica discutida no processo é feita tendo em vista as circunstâncias do caso, as quais só se tornam plenamente conhecidas no decorrer da fase instrutória, apontando as provas para que a correta solução do litígio não se consubstancie na pretendida integralmente nem por autor nem por réu, mas numa “terceira via”, pode o juiz adotá-la, ainda que sobre ela não tenham se manifestado expressamente as partes.

A adoção de um modelo semelhante a de uma *mutatio libelli* civil, ao menos na atual configuração do direito processual civil brasileiro (CPC de 1973), não seria recomendável, por apresentar dois inconvenientes: a) não estar prevista em lei e b) desafiar o princípio da eventualidade e o rígido modelo de estabilização do objeto do processo estabelecidos pelo CPC. Além disso, os chamados “julgamentos surpresa”, em

boa parte dos casos, podem ser antecipado pelas partes, num contexto em que a elas é franqueado o direito ao contraditório no curso do processo. Assim, nas alegações finais, em que cabe às partes analisar criticamente tudo o que aportou ao processo e defender derradeiramente seus pontos de vista, é-lhes possível tentar refutar antecipadamente outras soluções que o juiz venha a dar ao litígio, diversas das que originariamente sustentadas. Se isso não for o bastante, à parte insatisfeita com a sentença remanesce ainda o direito ao recurso, em que terá a possibilidade de impugnar a “terceira via” perante o órgão de revisão.

Muito embora os problemas da ultra e da extra petição não sejam exclusivos das sentenças determinativas, nelas eles ocorrem com relativa frequência. Isso se justifica pelo que as caracteriza, diferenciando-as das demais, o fato de serem sentenças que realizam posições jurídicas de vantagem cuja extensão, modo de exercício ou objeto dependem das circunstâncias concretas do caso, que, no processo, revelam-se no curso da instrução, nem sempre da maneira exatamente esperada pelas partes.

A regra da correlação constante art. 460 do CPC permite ao juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, se as circunstâncias reveladas no curso da instrução processual tenham impacto apenas e tão somente sobre o mesmo direito ou poder jurídico cuja extensão, modo de exercício ou objeto fora pleiteado na inicial. Falando de outra maneira, a ultra ou a extra petição proibida pela lei é aquela que implique o reconhecimento ou a implementação de outro direito ou de outro poder jurídico, diverso daquele que o autor fez valer em juízo com o pedido originalmente formulado.

Algumas posições jurídicas de vantagem têm conteúdo concreto variável de acordo com as circunstâncias, cabendo aos próprios interessados ou ao juiz, na falta de consenso entre eles, determiná-lo. Judicializados esses, o pedido deduzido pelo autor, embora identifique o direito feito valer em juízo (direito ao meio ambiente, direito à saúde etc), representa apenas a solução que o autor pretende ver implementada pela sentença, dentre tantas outras, em tese, possíveis.

Nesses casos, se o juiz, a partir das circunstâncias reveladas no curso da instrução, se dá conta de que o conteúdo concreto do direito postulado pelo autor deva corresponder a outro que não aquele originariamente pedido, nada o impede de decidir pela

implementação de algo diverso. Isso porque, muito embora o juiz conceda algo diverso do pedido pelo autor, a posição jurídica de vantagem julgada ao final, o bem jurídico tutelado pela sentença, a rigor, mantém-se constante.

O fato de o juiz implementar o direito judicializado pelo autor, porém, com objeto diverso do pleiteado, gera-lhe interesse recursal, autorizando-lhe a insistir perante o órgão revisor da decisão do acerto da alternativa apresentada no pedido constante da inicial.

CAPÍTULO 7

Motivar a sentença é expor a conformidade dela com a ordem jurídica. Contemporaneamente, é inquestionável que as decisões judiciais devam ser não apenas material, mas também formalmente justificadas.

Diante do subjetivismo judicial inerente às sentenças determinativas, sentenças em que a fixação da extensão, modo de exercício ou do objeto de alguma posição jurídica de vantagem é deixada pela lei ao juiz, a quem caberá completar-lhe o aspecto faltante, orientando-se por critérios fluidos igualmente estabelecidos em lei, maior deve ser o cuidado dos juízes na justificação da decisão tomada.

Partindo-se da ideia de que a finalidade da atividade jurisdicional do estado é a correta aplicação da ordem jurídica e de que isso depende do igual acerto na identificação da norma aplicável ao caso e da correta reconstrução histórica dos fatos, a estrutura da motivação necessariamente abrangerá uma exposição apta a esclarecer de que forma foi feita a a) revelação da norma aplicável ao caso; a b) reconstrução histórica dos fatos; e a c) concretização da norma aplicável ao caso. Realizar essa exposição, porém, é um esforço complexo, haja vista a impossibilidade de explicar a sentença a partir da singela fórmula que a reduz à aplicação da lei ao caso concreto, a um modelo argumentativo silogístico em que a premissa maior é a norma, a menor é o fato, e no qual a decisão final defluiria naturalmente da subsunção daquela a este. O veredito judicial sobre quem tem ou não razão, é o produto de uma série de muitas decisões técnicas sobre os aspectos acima apontadas. Tais decisões, por sua vez, embora racionalizáveis, resistem a alguma sistematização no que diz respeito à existência de um roteiro previamente estabelecido de decisão.

No que mais interessa às sentenças determinativas, destaco a análise da concretização da norma aplicável ao caso, pois é aqui que se manifesta o *quid* específico das sentenças dessa natureza, como se tem insistido, consistente na fixação da extensão, do modo de exercício ou do objeto da posição jurídica reconhecida no processo.

Em algumas sentenças determinativas reputo ser impossível justificar totalmente a decisão tomada, dada a inexistência de fórmulas matemáticas capazes de trazer resultados exatos, inquestionáveis, ou um termômetro capaz de apontar esse ou aquele resultado específico. Nesses casos, importante é que o resultado da atividade determinativa mantenha-se dentro de patamares razoáveis.

Sintetizar numa fórmula geral o conteúdo mínimo da motivação das sentenças determinativas é impossível. Quanto à motivação de direito, cumpre-lhe indicar os critérios normativos eleitos para desempenho da atividade determinativa, com os quais buscou dar correta aplicação ao direito objetivo. Quanto à motivação de fato, impõe-se ao magistrado apontar que circunstâncias pertinentes ao caso foram por ele reputadas relevantes à tomada da decisão, bem como indicar os elementos de prova com os quais elas foram demonstradas.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; e ASSIS, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Romana Coêlho. *Valoração econômica do dano ambiental em inquérito civil público*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/publicacoes>.

ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2005.

BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC, v. I*. Rio de Janeiro. 10a ed: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.

BELLAVISTA, Girolamo. *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*. Milano: Fratelli Bocca, 1939.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Discrecionalidade judicial”. In: Revista Forense, v. 97, n. 354. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 187-195.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1936.

_____. *Interpretação da lei e atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: LEUD, 1984.

BUFULIN, Augusto Passamani. “Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas”. In: *Revista de Direito Privado*, v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Mar 2009. p. 27-40.

BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. São Paulo: Saraiva, 1981.

CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, v. I. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. “El carácter dialéctico del proceso”. In: *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960.

_____. “La crisis de la motivación”. In: *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores ?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. I. Padova: CEDAM, 1936.

CARNEVALE, Valentina. Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Gen-Feb 2007. p. 63-90.

CARRATTA, Antonio e TARUFFO, Michele. *Poteri del giudice: Commentario del Codice di Procedura Civile a cura di Sergio Chiarloni*. Bologna: Zanichelli, 2011.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

LA CHINA, Sergio. Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso). In: *Rivista di diritto processuale*. Anno LXII, Lug-Ago. Milano: CEDAM, 2007. p. 847-861.

CHIARLONI, Sergio, “Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie’”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nº3. Milano: Giuffrè, sett. 1987, p. 570-584.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I. Campinas: Bookseller, 1998.

CONCA, Javier Prieto de Paula. *La equidad y los juicios de equidad*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DA COSTA, Susana Henriques, “Cumulação de pedidos em ações de improbidade administrativa”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; e COSTA, Guilherme Recena (coords). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

DANTAS, San Tiago. *Conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DÍAZ, Adrián Rentería. “Discrezionalità del giudice o risposta corretta ?” In: *Revista de Processo*, v. 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul-Set. 1996. p. 128-164.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, v. 2. Podium: Salvador, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies*. Saint Paul: West Publishing, 2001.

DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*, v. VIII, t. III (Arts. 890 a 945). Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio>

[%282%29%20-formatado.pdf](#), acessado em 11/08/2013.

FAZZALARI, Elio. “Sentenza civile”. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XLI. Milano: Giuffrè. p. 1245-1272.

FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*. Padova: CEDAM, 1970.

_____. “Sull'effettività del contraddittorio”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n°3. Milano: Giuffrè, sett. 1988. p. 780-795.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno; Loureiro, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf e outros. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador: Ministro César Pelulso. São Paulo: Manole, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

JUNOY, Joan Picó i. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1903.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*, v. VIII, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LANCELOTTI, Franco. “Sentenza Civile”, In *Nuovissimo Digesto Italiano*, Vol. XVI, Torino: UTET.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”. In: *Revista de Processo*, v. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro. 2a ed: Forense, 1981.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, v. I. Milano: Giuffrè, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. “A sentença determinativa re-conhecida”. *Perspectivas de direito privado – função do direito privado no atual momento histórico – v.1*. Coordenação: Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANDRIOLI, CRISANTO. *Diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*, v. I. Torino: Giappichelli, 2012.

MARÍN, Rafael Hernández. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DE MARINI, Carlo Maria. *Il giudizio di equità nel processo civile: premese teoriche*. Padova: CEDAM, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “Da ação civil”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias”. In: *Teses*,

estudos e pareceres de processo civil, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Tratado das ações*, t. I. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973.

_____. *Tratado das ações*, t. IV: *ações constitutivas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 57. Rio de Janeiro: Forense, 1o trimestre de 1988. p. 33-90.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro-Recife-São Paulo: Renovar, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. In: *Temas de direito processual*, 2a série, 1988.

_____. *Comentários ao CPC*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. “Correlação entre pedido e sentença”. In: *Revista de Processo*, v. 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1996.

_____. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. In: *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORIMOTO JUNIOR, Antonio. *Estudo sobre a autonomia da sentença mandamental*, dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Dr. José Ignácio Botelho de Mesquita. Inédito, FADUSP, 2003.

NASI, Antonio. Equità (Giudizio di), In: *Enciclopedia del diritto*, v. XV. Milano: Giuffrè, 1966. p. 107-146.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual*,

ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: Lael, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

PISANI, Andrea Proto. “Appunti sulla tutela c. d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)”. In: *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge e London: Harvard University Press, 2008.

PÜSCHEL, Flavia Portella (coord). *Série Pensando o Direito: Dano moral*. Fundação Getúlio Vargas e Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>, acesso em 15/07/2013.

RASELLI, Alessandro. *La magistratura del lavoro: giurisdizione ed azione*. Padova: CEDAM, 1934.

_____. “Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze”. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, v. II*. Padova: CEDAM, 1950.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Buenos Aires: Editorial El Foro, 2003.

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, t. II*. Lima: Ara Editores, 2007.

ROSSETTI, Marco. *Danno non patrimoniale: cos'è, come si accerta e come si*

liquida. Milano: Giuffrè, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; e WATANABE, Kazuo (coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz (no processo civil brasileiro)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, v. III*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil, v. 1, t. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23-50.

_____. “Princípios e regras: mito e equívocos acerca de uma distinção”. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 607-630.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

TARUFFO, Michele. “Ideas para una teoría de la decisión justa” In: *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trota, 2011.

_____. “Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho”. In: *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

TELLES, José Homem Corrêa. *Doutrina das ações: acompanhada do exemplário de libellos*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “As sentenças determinativas e a classificação das ações”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Podium: Salvador, 2010. p. 315-330.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009.

VALVERDE, José Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva: la constitución jurídica procesal*. Madrid: Rialp, 1962.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1977.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas” - 'Mínimo existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; e WATANABE, Kazuo (coords). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.