

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Gabriela Oliveira Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-559-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

Apresentação

O XI Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022, na cidade de Santiago no Chile, com a temática “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”. Após 2 anos de realização dos eventos em ambientes virtuais, finalmente, foi possível retomar à realização deste evento em formato presencial, fato que registramos com grande felicidade, não só por marcar o encerramento de um triste momento histórico, mas também pela grandiosidade dos debates realizados diante da interação pessoal entre Acadêmicos, Mestres e Doutores.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” proporcionaram valiosos debates e contribuições teóricas para a pesquisa do Direito Processual, ilustrando o estado da arte do pensamento jurídico-processual atual. A construção do Estado Democrático de Direito e as modificações sociais e tecnológicas da sociedade contemporânea exigem a revisitação de institutos processuais. E, por isso, a partir dos artigos apresentados, verifica-se a grande relevância do estudo da tecnologia alinhada ao Direito Processual, de modo a buscar, na atual sociedade da informação, uma evolução da atividade jurisdicional, em equilíbrio com o acesso à jurisdição e com o devido processo legal. Assim, foram abordadas temáticas como inteligência artificial, virtualização da jurisdição, políticas de informatização, *amicus curiae*, justiça restaurativa, teorias da decidibilidade, dentre outros.

Mesmo após decorridos 6 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que algumas alterações nele trazidas são continuamente objeto de debate, com destaque para a questão dos precedentes e a atuação dos Tribunais Superiores, dentre outros. Nesse passo, foi objeto de destaque deste GT a preocupação dos processualistas com as novidades que emergem no cenário jurídico, seja por construções jurisprudenciais e doutrinárias, como é o caso do processo estrutural, seja por deliberações legislativas, como é o exemplo da desjudicialização da execução civil.

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” do XI Encontro Internacional do CONPEDI, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica.

Prof.^a Dr.^a Gabriela Oliveira Freitas

Universidade Fumec

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

A FUNÇÃO JURISDICIONAL, A DISCRICIONARIEDADE E A REPERCUSSÃO GERAL

THE JURISDICTIONAL FUNCTION, THE DISCRETION AND THE GENERAL REPERCUSSION

Lizandro Rodrigues de Sousa ¹
Wadih Brazao E Silva ²

Resumo

Este artigo redonda de pesquisa exploratória a fim de questionar se dentre as funções dos tribunais de vértice deve ou não ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já discutido em sede recursal. A finalidade do questionamento é trazer subsídios que enfrente o mesmo questionamento considerando as funções do Supremo Tribunal Federal (STF), com foco no instituto da Repercussão Geral e seu potencial de influência na realidade do tribunal nacional. O trabalho intenta perquirir se uma certa dose de discricionariedade nas correspondentes decisões de admissibilidade dos recursos extraordinários pelo STF deve ser tolerada. O trabalho considera que um primeiro fundamento para a instituição da Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário ao nosso tribunal constitucional advém do reconhecimento de que o processo evoluiu de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas, do devido processo legal e da promoção da unidade do direito (MITIDIERO, 2012). É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice. Ao final o trabalho conclui que não deve haver discricionariedade nas decisões judiciais, mas há, em certa medida, escolha, em especiais ocasiões. Desta forma, há de se constatar que o julgamento sobre se há Repercussão Geral em questão a ser submetida ao STF adquire contornos especialíssimo que o elege a uma certa dose de discricionariedade.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Discricionariedade, Repercussão geral, Interpretação, Precedente

Abstract/Resumen/Résumé

This article results in exploratory research in order to question whether or not the functions of the vertex courts should be included that of reviewing any and all disputes already discussed in appeal. The purpose of the questioning is to bring subsidies that face the same questioning considering the functions of the Federal Supreme Court (STF), focusing on the Institute of General Repercussion and its potential to influence the reality of the national court. The work

¹ Doutor em Direito pelo PPGD/UFGA. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Finama. Auditor Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Conselheiro do CARF.

² Doutorando em Desenvolvimento Sustentável pelo NAEA/UFGA. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da FINAMA. Advogado.

intends to investigate whether a certain dose of discretion in the corresponding decisions on the admissibility of extraordinary appeals by the STF should be tolerated. The work considers that a first foundation for the establishment of General Repercussion as a presupposition of admissibility of the extraordinary appeal to our constitutional court comes from the recognition that the process evolved from a means for the realization of subjective rights to a means of effective protection of rights through decisions rights, due process and the promotion of the unity of law (MITIDIÉRO, 2012). It is in this context that the process and functions of the apex courts must be conceived. In the end, the work concludes that there should be no discretion in judicial decisions, but there is, to a certain extent, choice, on special occasions. In this way, it should be noted that the judgment on whether there is General Repercussion in question to be submitted to the STF acquires very special contours that elect it to a certain dose of discretion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion, Interpretation, Precedent, Federal supreme court, General repercussion

1 INTRODUÇÃO

Este artigo redonda de pesquisa exploratória a fim de questionar se dentre as funções dos tribunais de vértice deve ou não ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já discutido em sede recursal. A finalidade do questionamento é trazer subsídios que enfrente o mesmo questionamento considerando as funções do Supremo Tribunal Federal (STF), com foco no instituto da Repercussão Geral e seu potencial de influência na realidade brasileira. Importa analisar os limites do preenchimento do conceito vago Repercussão Geral por meio de atividade interpretativa perpetrada pelo tribunal de vértice do direito constitucional brasileiro, que dará a palavra final sobre a admissibilidade de determinado tema à análise em sede de Recurso Extraordinário.

O trabalho intenta perquirir se uma certa dose de discricionariedade nas correspondentes decisões de admissibilidade dos recursos extraordinários pelo STF deve ser tolerada. Considera, neste propósito, que um primeiro fundamento para a instituição da Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário ao nosso tribunal constitucional advém do reconhecimento de que o processo evoluiu de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas, do devido processo legal e da promoção da unidade do direito (MITIDIERO, 2012). É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice.

2 O CONTROLE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

As pautas de condutas, nos dias de hoje, não se confundem necessariamente com o texto da lei e sua observância deve ter como norte sempre a isonomia e a segurança jurídica.

Pode-se afirmar que hoje o direito, e mais especificamente o direito positivo, se tem revelado cada vez mais imprescindível à vida em sociedade. A soberania da lei é a forma encontrada pelo homem para evitar abusos de poder. Desde é claro que se trate de lei socialmente legitimada.

Entre 1800 e 1900 reinou uma idolatria quase cega pelo conceito de Estado de Direito. A desconfiança quanto aos órgãos do Estado fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber

ao juiz (FERRAZ JÚNIOR, 2015). Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da Segunda Guerra Mundial.

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação dos Poderes (KERN, 2014). O juiz aplica o direito. Mas a lei escrita tem lacunas e cada vez mais precisa ser interpretada. Há também as situações problemáticas, cuja solução não está de modo expresso na lei. Ou as situações em que a própria lei deve ser avaliada, em face da Constituição. Então, a função do Judiciário não se cinge a declarar o direito, mas em certa medida, em criá-lo. Ou seja, em certa medida, o juiz cria o direito, a luz das demais regras do sistema legal.

O fato é que, contemporaneamente, as decisões já não podem mais ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal. O que redundava em um necessário relevo de destaque ao ofício dos juízes e dos tribunais.

3 PARA CADA CASO HÁ UMA SÓ SOLUÇÃO CORRETA?

A interpretação jurídica não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto (GUASTINI, 2019). A questão principal disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui o significado *correto* aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso (ÁVILA, 2008). Acrescente-se que a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação (ÁVILA, 2008).

Diante destas premissas, importa aqui a constatação de que um mesmo caso pode ser adequadamente resolvido de mais de um modo. Mas, que depois de ter havido a opção final essa forma de resolver o caso deve ser tida como a única (ALVIM; DANTAS, 2019).

Vê-se que reconhecer-se na decisão judicial a função de precedente – e portanto a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais – transforma-a em especial norma jurídica. Neste caso, deve ser considerada a mesma para todos, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de isonomia (ALVIM; DANTAS, 2019). E este norte importa à análise da função a ser

desempenhada pelos tribunais de cúpula e a inserção da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário no contexto constitucional brasileiro.

Como a interpretação é um processo que visa à redução da equivocidade do enunciado e definição da norma que se ultima mediante uma escolha - ainda que lógica e argumentativamente guiada - do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível. Dito claramente: antes da decisão definitiva de um tribunal superior, inexistente uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo (MITIDIERO, 2014; GUASTINI, 2019). Isso não quer dizer, contudo, que o processo de interpretação do Direito não possa ser racionalmente controlado.

Deve-se esclarecer que, mesmo nas hipóteses em que o judiciário cria o direito, pode-se vislumbrar, ao final do processo judicial interpretativo, que esta é a resposta para aquela questão. E neste caso, se se afirma que este caso comporta uma só decisão, não se quer, com isso, significar que essa decisão seria a aplicação automática da lei ou que, *a priori*, já houvesse a definição desta decisão.

Ou seja, não se trata propriamente da única que existia previamente: mas será única a partir de sua criação jurisdicional definitiva, tida como a correta para os casos idênticos e subsequentes (ALVIM; DANTAS, 2019).

Robert Alexy (ALEXY, 2000) assevera, com mais tolerância, que para a resolução dos litígios bastam duas teses que dificilmente podem ser postas em dúvida. A primeira diz que em uma controvérsia jurídica as partes, independentemente disto, ou seja, se existe uma resposta unicamente correta, devem reivindicar (e normalmente reivindicam) que sua resposta é a única correta juridicamente. Sem, pelo menos como *ideia regulativa*, pressupor a resposta unicamente correta, as suas afirmações e fundamentações não teriam sentido. A segunda tese tem por conteúdo que a resposta unicamente correta, se ela existisse, seria-o somente sob condições extremamente ideais, não, porém, sob as condições reais de um sistema jurídico e nem seria demonstrável intersubjetivamente de modo coercitivo ou reconhecível (ALEXY, 2000).

Interessa destacar que afirmar-se que para certo e determinado caso haverá uma decisão correta é a ideia que está por trás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, principalmente nas hipóteses em que o Judiciário tenha exercido função visivelmente criativa. Se a decisão em questão é de um tribunal superior, esta decisão

além de dever ser considerada a correta, deve ser seguida pelas instâncias judiciais inferiores ao vértice (ALVIM; DANTAS, 2019).

Neste caso principalmente a decisão não se limita a ser a regra para o caso concreto, mas, vista como precedente, assume também a função de ser o direito a casos futuros. Partir do pressuposto de que mesmo para casos já pacificados pelos tribunais de vértice haveria outras soluções possíveis decorreria o desestímulo para que precedentes devessem ser respeitados ou de que uma linha reiterada da jurisprudência, num mesmo sentido, deva ser seguida (ALVIM; DANTAS, 2019).

Nossos sistemas foram concebidos justamente para gerar segurança para o jurisdicionado, evitando-se surpresas, arbitrariedades. Portanto, o precedente é geralmente considerado como ferramenta fundamental para assegurar a concretização de valores ou princípios considerados essenciais para o ordenamento jurídico e para a sua aplicação coerente através da jurisprudência, também nos sistemas de *civil law* e não apenas naqueles de *common law* (TARUFFO, 2007).

Pode-se perguntar: qual a razão da diversidade de soluções judiciais dadas a idênticos casos concretos? Seria a existência de normas conflitantes? Ou a natureza mutável da linguagem do direito? Pode ser. Mas, há outras razões. Em países da América-Latina destaca-se a fragilidade de nossas instituições, segundo OTEIZA (2006, p. 154, tradução nossa):

A discussão sobre o papel do juiz e o valor de suas decisões como intérprete de atos normativo pode partir do pressuposto de que dita atividade se desenvolve em um cenário institucional sólido, no interior de uma democracia. Tal suposição leva a se definir certas pautas mínimas, ao menos, daquilo que entendemos por democracia. Apesar da impossibilidade de nos determos no estudo das debilidades estruturais da democracia latino-americana é possível afirmar que esta sofre de agudo processo de debilidade institucional. A fragilidade de nossas instituições cohabita com (e detém a grave responsabilidade de ser em boa medida a causa de) um dos maiores níveis de desigualdade do mundo¹.

No Brasil enfrentamos o problema do excesso de casos (principalmente nos tribunais de vértice), e para os quais muitas vezes há diversidade de interpretações. A

¹ No original: “La discusión sobre el papel del juez y el valor de sus decisiones como intérprete del dato normativo puede partir del supuesto de que dicha actividad se despliega en un escenario institucional sólido, en el marco de una democracia. Tal supuesto lleva a definir ciertas pautas mínimas, al menos, de aquella que entendemos por democracia. A pesar de la imposibilidad de detenerse en el estudio de las debilidades estructurales de la democracia latinoamericana es posible coincidir que sufre agudo proceso de debilidad institucional. La fragilidad de sus instituciones cohabita con (y tiene la grave responsabilidad de ser en buena medida la causa de) uno de los mayores niveles de desigualdad en el mundo.”

Repercussão Geral faz parte do esforço de combater este problema, tentando trazer uniformidade e coerência nas decisões, diminuir o estoque no STF, dar funcionalidade ao nosso sistema judicial com a limitação da admissibilidade à Corte Constitucional aos litígios admitindo aqueles competentes ao cumprimento de suas funções institucionais, com a conseqüente valorização das decisões dos juízes e dos tribunais intermediários.

Dentre outros institutos pensados para lidar com nosso estoque sempre crescente e conflitante de casos destaca-se a reclamação constitucional. O fato de haver reclamação constitucional² no direito brasileiro e tantos outros meios de recurso e uniformização, que à primeira vista, pode parecer algo positivo, é, na verdade, sinal de que os fenômenos que esses remédios visam a evitar não ocorrem espontaneamente (ALVIM; DANTAS, 2019). Além de se constituir em mais uma demanda a congestionar o STF. Aqueles autores ironizam: “Portanto, esses remédios e seu uso constante são algo que se deve lastimar: é como um aeroporto cujo setor mais bonito e organizado seja o de bagagem extraviada.” (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 577).

Isto porque a harmonia e a coerência interna reforçam a credibilidade externa do Poder Judiciário. Tais atributos deveriam ser resultado de adesão espontânea aos precedentes, e não fruto de correção e punição. Dantas (2016) constata com certidão o relevo que adquiriu o papel desempenhado pelos tribunais em sistemas de *civil law*, em relação à concretização da estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial. Destaca entre os intentos do novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015) – o de enfrentar um dos problemas que aflige a sociedade brasileira no âmbito jurídico: a inconsistência jurisprudencial (DANTAS, 2016).

Conforme asseverado por Dantas (2016), a legislação brasileira, antes repleta de conceitos herméticos, taxativos – fruto da tradição positivista – se viu, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, recepcionada pelas novas técnicas de elaboração legislativa cujo desenvolvimento acompanhou o novo momento pós-positivista de nossa história: princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos, cujo

² “Reclamação Constitucional: É o instituto processual pelo qual se busca preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assim como garantir a autoridade das decisões emanadas por estes. Visa também proteger a devida aplicação das Súmulas Vinculantes. De acordo o artigo 988 do CPC, a reclamação constitucional tem por objetivo preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade das suas decisões, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; admitindo-se, também, contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, conforme artigo 103-A, § 3º, da CF e artigo 7º, da Lei nº 11.417/06”. Fonte: Dicionário Jurídico, disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1547/Reclamacao-Constitucional>; acesso em: 07/01/2021.

exemplo oportuno é a expressão “Repercussão Geral”. E com este progresso, o papel desenvolvido pelos tribunais adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*, como bem prescrito no art. 926 do CPC/2015: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

4 CONCEITOS VAGOS OU INDETERMINADOS

Nem sempre convém e às vezes é impossível que a lei ou a Constituição delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica; isto é, que “descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico” (MOREIRA, 1979, p. 609). Recorre o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial e deixando ao “aplicador da norma no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato - o cuidado de ‘preencher os claros’, de colorir os ‘espaços em branco’”, nas precisas palavras de Barbosa Moreira (1979, p. 609). A doutrina costuma falar, a propósito, em conceitos juridicamente indeterminados. A indeterminação dos conceitos não é só, pois, um defeito da linguagem, mas uma característica que também tem funções positivas.

Assim procedeu o legislador ao conceber (por exemplo) a Repercussão Geral das questões constitucionais. A importância de nos determos nesta técnica de redação legislativa vem da análise da possibilidade de controle das decisões judiciais pelos tribunais superiores em aplicação de normas que usam conceitos jurídicos indeterminados e a posterior utilização destas decisões como precedentes e modelos de conduta. Haveria uma clara valorização do papel institucional dos tribunais intermediários e dos que lhes sucedem hierarquicamente: os tribunais de vértice. Tanto para qualquer uso de conceito jurídico indeterminado, como para o uso do instituto que é tema deste trabalho: a Repercussão Geral das questões constitucionais³.

³. Entendo que a Repercussão Geral não é uma cláusula geral, mas sim um conceito jurídico indeterminado. Na cláusula geral apenas definem-se valores e padrões hermenêuticos (TEPEDINO, 2002). Já o conceito jurídico indeterminado refere-se àquelas normas em que a indeterminação encontra-se no significado das mesmas, mas não nas consequências legais da subsunção dos fatos. Estas consequências já estão determinadas na norma, como estão determinadas no instituto da Repercussão Geral (a inadmissão do Recurso Extraordinário). Logo, trata-se de conceito jurídico indeterminado. As cláusulas gerais (como “a função social da propriedade”, “a função social do contrato” e “a boa-fé objetiva”, exemplos de Alvim e Dantas (2019)) são normas com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma consequência jurídica. Nos dizeres de Alvim e Dantas (2019), têm vocação mais ampla que os conceitos jurídicos indeterminados e destinam-se (frequentemente) ao legislador, e não ao juiz.

Cabe desde já alertar (mas voltaremos ao tema com mais vagar) que não coincidimos tal fenômeno com o da discricionariedade, como o faz Guastini (2019). Consideramos o conceito corrente no direito administrativo brasileiro. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, do poder de escolher dentro de certos limites a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade (o momento em que a atividade vai ser produzida) e da conveniência (em que condições vai conduzir-se o agente administrativo) do aplicador (CARVALHO FILHO, 2005). É o que se denomina poder discricionário. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição por excelência de tal poder, segundo Barbosa Moreira (1978). Alvim e Dantas (2019) preceituam que o juiz não exerce poder discricionário quando interpreta e aplica norma que contenha conceito vago ou indeterminado em sua formulação⁴.

No âmbito do direito deve-se entender por conceitos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente na norma. A indeterminação é comum aos conceitos das mais diversas naturezas (e não somente aos conceitos jurídicos indeterminados). Segundo Costa (1989, p. 37):

Nem sempre se deve considerar a indeterminação dos conceitos como uma imperfeição ou vício da linguagem cotidiana, senão como uma de suas propriedades que permite cumprir a função de expressar e valorar condutas, relações e objetos materiais. Esse é o pensamento de Sainz Moreno, para quem a vaguidade dos termos só constituir-se-á numa imperfeição quando o objetivo seja alcançar resultados exatos – o que não é o mesmo que resultados verdadeiros.

A problemática que gira em torno dos conceitos vagos é, originalmente, de natureza linguística. Tem-se, pois, a conclusão inexorável, sob o ângulo linguístico, que certo conceito indeterminado de fato possa comportar mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis. Mas aqui nos interessa o conceito vago enquanto encartado na linguagem jurídica. Desta forma, a interpretação jurídica de conceitos vagos não se reduz a uma questão somente de semântica. Trata-se, isto sim, de um problema eminentemente jurídico e, por isso, deve ser resolvido juridicamente (ALVIM; DANTAS, 2019).

A interpretação dos conceitos jurídicos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque o uso desses conceitos consiste numa técnica legislativa afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza

⁴ Contra, mas sem considerar a legislação brasileira, Guastini (2019).

justamente pela inconstância, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram verdades sociais (ALVIM; DANTAS, 2019).

Conceitos jurídicos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente (ALVIM; DANTAS, 2019).

Definidos seus contornos, fica evidente que a possibilidade de controle do acerto ou do desacerto de decisões judiciais baseadas em conceitos mais vagos é, do ponto de vista de sua factibilidade e por razões predominantemente de natureza técnica, mais difícil. Mesmo assim, pode-se afirmar que qualquer conceito jurídico pode ser aplicado, que ao ser aplicado gera uma solução, que ao ser prolatada deve ser passível de controle.

No âmbito das decisões judiciais a respeito da aplicação de conceitos mais vagos, o controle do acerto ou do desacerto torna-se mais fácil através de seu uso reiterado. Ou seja, o uso de determinado conceito jurídico, durante um espaço de tempo razoavelmente longo, pode fazer com que ele deixe de ser vago ou, pelo menos, diminua o grau de sua indeterminação (ALVIM; DANTAS, 2019). Opera-se o preenchimento do conceito vago, na expressão de Karl Engisch. Não se trata de uma valoração eminentemente pessoal do órgão aplicador do direito. A lei pode ser da opinião, por exemplo, de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz deve orientar-se. Ou que há juízos de valor de setores da sociedade em mudança que devem também ter influência no convencimento judicial (ENGISH, 1996).

“Bem de família” é exemplo de termo que adquiriu ao longo dos anos diferentes conotações que se seguiram à edição de Lei nº 8.009/1990 (BRASIL, 1990), a qual deu salvaguarda deste bem da possibilidade de penhora. Isto muito em consequência do que a sociedade, e em consequência o Judiciário, entendeu como família, que migrou da estrutura nos moldes discriminatórios e hierárquicos da família patriarcal para uma sociedade conjugal mais democratizada e de chefia colegiada (ALVIM; DANTAS, 2019).

Outro exemplo de conceito jurídico vago (e, por isso, passível de amadurecimento ou mutação) é o termo “Arguição de Relevância”, integrante do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (RE) que perdurou até o advir da Constituição de 1988. Neste caso, havia de se considerar não só os contornos legais, mas também os vetores políticos contemporâneos que conduziam àquele instituto.

Depois destas ressalvas, que caracterizavam a arguição de relevância como um ato mais político do que jurisdicional, José Manoel de Arruda Alvim Neto (1988) descreve o “amadurecimento” do instituto a partir do crescimento de um quadro de enunciados.

No âmbito do Direito Público, em especial no Direito Administrativo, tais conceitos dão lugar a problemas peculiares, distintos dos que se originam em outros ramos do ordenamento jurídico. Isto porque não se trata apenas de resolver certos problemas de interpretação e aplicação, mas também de estabelecer as razões pelas quais o poder judicial pode (ou não) revisar as decisões que, em determinada matéria, tomou a Administração Pública (COSTA, 1989).

Interpretar um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação de uma norma (em sentido lato) que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação. Não se deve, como já dito, confundir a margem de liberdade concedida ao aplicador da lei para fixar conceitos juridicamente indeterminados com a discricionariedade administrativa. O que estes fenômenos tem em comum é o fato de que em ambos é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõe padrões rígidos de atuação (BARBOSA MOREIRA, 1979).

Há, no entanto uma diferença fundamental, segundo o mestre, considerando-se dois elementos essenciais da estrutura da norma: o fato e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Para Barbosa Moreira (1979), no tratamento dos conceitos juridicamente indeterminados, a liberdade do aplicador da lei se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador (atos administrativos discricionários).

No mesmo sentido professa Carvalho Filho (2005), para quem conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, “por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma”. Em termos mais precisos (CARVALHO FILHO, 2005, p. 41):

Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que

devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele.

Mesmo ressaltando que há aqueles que entendem que não há processo de escolha nos conceitos jurídicos indeterminados, Carvalho Filho professa que não parece verdadeiro este entendimento, porque, por mais que o intérprete se esforce em delimitar a área de aplicação de tais conceitos, sempre restará uma zona de incerteza que lhes é inerente pela própria razão de ser indeterminado o conceito legal (CARVALHO FILHO, 2005).

Hodiernamente, conforme aduzem Alvim e Dantas (2019), aplicar uma regra jurídica envolve, a princípio, pelo menos três passos: a busca da significação da norma (que envolve necessariamente a concepção de exemplos em abstrato), a análise do fato concreto e a verificação, o “ajuste final”, do encaixe (ou do não encaixe do fato na norma). Assim, quando se quer chegar à interpretação de um termo jurídico se fazem duas perguntas. Uma é relativa à própria significação do termo; a outra é ligada ao próprio objeto, e consiste em se indagar se aquele determinado objeto pode ser designado por aquele termo. Mas, quanto menos precisos são os parâmetros indicadores de qual deva ser a decisão para aquele caso concreto, menos visível se torna o processo de subsunção (ALVIM; DANTAS, 2019).

Mesmo quando haja dúvida na interpretação do termo, embora seja um problema sobre o significado dos conceitos (consistente em resolver se isto pode chamar-se assim), a questão não se reduz a um problema semântico. É um problema jurídico e, como tal, deve ser focado e resolvido (ALVIM; DANTAS, 2019). Uma das consequências de se fixar que se trata de um problema jurídico é a de que o problema tem de ser resolvido juridicamente, ou seja, o resultado não pode ser a declaração de que se está diante de uma questão duvidosa. O judiciário deve ser capaz de ser taxativo. Ou se dá ou não se dá o conceito indeterminado; ou há boa fé ou não há; ou o preço é justo ou não é (COSTA, 1989); ou há Repercussão Geral ou não há. Entendo, com os autores citados, que o direito deve tender a fornecer ao jurisdicionado, na interpretação de um conceito vago, diante de um caso concreto, uma resposta, mesmo que, em tese, possa haver mais de uma.

5 EXISTE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?

Os filtros de acesso às Cortes Supremas na Argentina e nos Estados Unidos a recursos semelhantes ao nosso recurso extraordinário têm estrutura que permite identificar as decisões que os julgam a atos administrativos discricionários. Na Argentina o art. 280 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (CPCN)⁵, que positiva o filtro argentino, chega a prever que a Suprema Corte pode rechaçar o recurso extraordinário segundo sua “sã discricionariedade”. No direito norte-americano a liberdade dada à Suprema Corte é evidenciada por fatores como a influência do tribunal nos rumos de sua própria competência (TOCQUEVILLE, 1977⁶), a falta de regulamentação da admissibilidade do equivalente ao “recurso extraordinário” americano (*o writ of certiorari*, que inspirou o recurso extraordinário brasileiro) e a falta de publicidade da reunião que decide a admissão. Rodrigues (1991) aduz que a cláusula do *due process of law* é aquilo que a Suprema Corte diz que ela (cláusula) é.

E quanto à Repercussão Geral no Brasil, há discricionariedade? Para respondermos a esta pergunta devemos começar analisando se pensamos ser possível haver discricionariedade judicial no Brasil. Pelo menos no que se refere ao STF, Amaral Júnior (2019) defende o exercício de poder discricionário na escolha de temas na apreciação da Repercussão Geral para admissão do recurso extraordinário, segundo a conveniência e oportunidade de seus membros (AMARAL JÚNIOR, 2019, p. 421):

Assim, convém uma cogitação que seja estratégica e cirúrgica: talvez seja o caso de dotar o STF de juízo amplo e discricionário de oportunidade e conveniência acerca de quais processos julgará (claro, isso sem prejuízo de alguns poucos processos de julgamento obrigatório, como ações diretas e ações penais), aliás, como se dá na Suprema Corte americana e nos Tribunais Constitucionais europeus.

Com efeito, o STF já tem, para o recurso extraordinário, a repercussão geral, ainda que invertida: apenas quatro votos garantem que o recurso suba.

No Brasil, o conceito de discricionariedade, historicamente, teve menor estudo e análise na esfera judicial do que na administrativa. Isso se deve porque a

⁵ “Art. 280. Quando o Supremo Tribunal conhecer um recurso extraordinário, o recebimento do caso implicará o chamamento dos autos. O Tribunal, de acordo com sua sã discricionariedade, e com a única invocação desta norma, pode indeferir o recurso extraordinário, por falta de agravo federal ou quando as questões suscitadas forem insubstanciais ou carentes de transcendência.” (tradução nossa). No original: “Art. 280. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravo federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>. Acesso em: 15/01/2021.

⁶ “Os governos, em geral, possuem apenas dois meios para vencer as resistências que lhes opõem os governados: a força material que encontram em si mesmos; a força moral que lhes dão as decisões dos tribunais. Um governo que não tivesse outro meio que a guerra para fazer cumprir suas leis estaria bem próximo da ruína” (TOCQUEVILLE, 1977, p. 406).

discricionariedade é tratada como instituto e conceito teórico pertencente à doutrina administrativista (ABBOUD, 2014). Para Mello (2012) a discricionariedade seria a margem de liberdade que remanesça ao administrador (MELLO, 2012, p. 48):

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

O mesmo autor, em outra obra, assevera que, tratando-se de jurisdição, o título jurídico para decidir é o de dizer o direito. O que o magistrado faz ao conceder uma liminar, ao prolatar uma sentença ou ao emitir qualquer decisão judicial “é firmar que, contrastada a norma com os fatos que lhe estão submetidos, o direito impõe tal solução, a qual por ele é expresso na qualidade de oráculo do direito no caso concreto” (MELLO, 2019, p. 02).

Quando um administrador usa de discricionariedade está tomando uma decisão que, ante o direito vigente, pode ser de tal modo, tanto como poderia ser de outro modo. A decisão (já) tomada exprime que alguém faz *jus* a uma dada providência; que é direito de alguém; que é devido ao postulante o que pediu, ou, reversamente, que não é devido. Jamais resultaria de uma decisão jurisdicional a afirmação de que tal direito "pode ser reconhecido" tanto quanto "poderia não sê-lo". Seria um absurdo o Judiciário dizer, em um dado caso concreto e perante a norma aplicável, que alguém tem ou então não tem dado direito. Que são alternativas igualmente sufragadas pelo direito. Portanto, o órgão jurisdicional, ao decidir, afirma que a solução dada é a cabível, com exclusão de qualquer outra.

O próprio do Estado de Direito é encontrar-se, em qualquer de suas feições, assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos administrativos.

Quando na apreciação de atos normativos administrativos discricionários, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em sua inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada

pela prescrição ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo, desassistirá ao Judiciário assumir esta outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de intelecções, igualmente possíveis. Ora, se a intelecção administrativa não contrariava o direito, faleceria título jurídico ao órgão controlador da legitimidade para rever o ato ou decisão administrativa (MELLO, 2012b)⁷.

No mesmo sentido assevera Carvalho Filho (2005). Para este doutrinador, não pode o Judiciário entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração (ou a quem detém qualquer poder discricionário), perquirindo os critérios de conveniência oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere a outrem. O exemplo também é de Carvalho Filho (2005, p. 40):

Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. Um exemplo mostra bem a hipótese: em virtude de o Município do Rio de Janeiro ter alterado paradas e itinerários de certas linhas de ônibus, foi proposta ação contra tal fato, e o STJ, apreciando a matéria, decidiu tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência. Corretamente, portanto, a Egrégia Corte considerou inviável que razões meramente administrativas fossem objeto de apreciação pelo Judiciário.

Na teoria do direito também é extensa a polêmica sobre se há ou não discricionariedade judicial. Excelente exemplo é o embate entre a teoria interpretativa de Ronald Dworkin com o positivismo renovado de Hebert Hart (VERBICARO, 2019).

Dworkin defende a quase inexistência de discricionariedade judicial, ao assumir uma teoria mais abrangente sobre a própria compreensão do fenômeno jurídico e conceber uma ampliação do conceito de direito, capaz de oferecer uma única resposta correta para cada indagação (VERBICARO, 2019).

Já Hebert Hart afirma que “na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais, nem a legislação, nem os precedentes nos quais as normas estão supostamente contidas permitem um resultado único.” (HART, 2020, p. 15). Logo, haveria escolha no ofício judicial.

⁷ Há quem defenda, inclusive, que nos atos administrativos discricionários, a motivação é dispensável (CRETELA JÚNIOR, 2001).

Mas, mesmo Dworkin, contrário à ideia de discricionariedade judicial, reconhece a presença de uma (fraca) discricionariedade do juiz quando o caso exige sua “capacidade de julgar” ou quando “algum funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista por nenhum outro funcionário (DWORKIN, 2007, p. 51). Nestes casos os autores parecem convergir. Nesta categoria, segundo pensamos, inclui-se a decisão pelo STF sobre se um caso tem ou não Repercussão Geral.

6 DEVE HAVER DISCRICIONARIEDADE NA DECISÃO SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL?

Conforme já fundamentado, é necessário diferenciar a liberdade de que goza o magistrado no ato de decidir a respeito de conceito indeterminado da liberdade que pode contar o agente da Administração Pública em seu atuar em atos discricionários. Trata-se de dois fenômenos diferentes: A liberdade do juiz em decidir é menor daquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionariedade na esfera da Administração Pública.

Em direito público, poder discricionário só se verifica quando o agente tem, de fato, a plena opção entre praticar ou não praticar determinado ato ou serviço, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade⁸. É, pois, legítima a escolha entre duas condutas, segundo o juízo exclusivo do próprio agente do poder, de sorte que qualquer delas será uma deliberação válida (OLIVEIRA, 2013).

Por outro lado, diferentemente, mesmo que a regra legislada utilize termos vagos ou conceitos indeterminados, há parâmetros e valores que se impõem ao julgador de maneira cogente. O que se lhe exige é uma obra de interpretação que procure traduzir o sentido da vontade do direito diante das particularidades do caso concreto.

A EC 45/2004, ao inserir a Repercussão Geral como novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, teve o fito de garantir a eficiência (art. 37 da CF/88) da Corte Constitucional e lhe dar a importância constitucional que merece. A Repercussão Geral é um verdadeiro imperativo para que o STF tenha tempo suficiente para examinar as grandes questões constitucionais com profundidade e com a velocidade ideal (OLIVEIRA, 2013).

⁸ “Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, como a do desvio de poder, a dos motivos determinantes e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.”(NOHARA, 2004, p. 4).

No Brasil a industrialização e a urbanização, a partir da segunda metade do século XX, como causas de massificações, redundaram em conflitos com consequências diretas no volume de demandas no Judiciário. O processo de privatizações, que teve início no Governo de Fernando Henrique Cardoso intensificou o congestionamento do Judiciário. O período de hiperinflação por que passou o país no final do século XX foi outra fonte de demandas repetitivas, na maioria delas requerendo ao Judiciário revisões de correção monetária que até hoje estão na base de demandas repetitivas (com Repercussão Geral reconhecida) no STF (RODRIGUES, 2010). Na tabela abaixo consolidamos parte destas demandas, classificando por tema de repercussão geral aquelas demandas com mais processos sobrestados no início de 2021:

Tabela 2 - Temas de Repercussão Geral com mais Processos Sobrestados no Brasil em 2021

Quant de processos sobrestados	Nº do Tema	Nome do Tema
394.800	Tema 264	Planos Bresser e Verão
235.646	Tema 265	Plano Collor I (poupança não bloqueada pelo Bacen)
145.127	Tema 285	Plano Collor II
137.908	Tema 810	Correção monetária e juros moratórios sobre condenações impostas a Fazenda Pública
101.377	Tema 503	Desaposentação (julgado em 2020)
72.415	Tema 284	Plano Collor I (poupança bloqueada pelo Bacen)
47.508	Tema 6	Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave
46.452	Tema 1043	Validade de norma coletiva de trabalho que restringe direito trabalhista não assegurado constituc
26.804	Tema 96	Incidência de juros de mora entre a conta da liquidação e a expedição de precatório
20.146	Tema 163	INSS sobre terço constitucional de férias, gratificação natalina, adicional noturno e de insalubridade
18.178	Tema 816	Dever estatal de assegurar o atendimento em creche

Fonte: Anuário da Justiça 2021 (CONJUR, 2021) e Portal STF (BRASIL, 2021).

Apesar destes números demonstrarem a possibilidade da resolução de inúmeras demandas (que seriam levadas ao STF) através do julgamento de um único processo, Barroso e Rego (2017) constatam que a maioria dos recursos extraordinários está fora de listas de matérias como a acima, pois não é julgada pela sistemática da Repercussão Geral. Para a maior parte destes casos (a pesquisa deles inclui dados de 2007 a 2017, já na vigência da Repercussão Geral), os autores constatam a prática de “julgamento por lista” de recursos extraordinários decididos previamente e monocraticamente pelo relator com base em jurisprudência que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”. Nos termos dos autores (BARROSO; RÊGO, 2017, p. 702):

O Tribunal não prioriza a análise da relevância das discussões que lhe chegam via recursos extraordinários, mas sim a aplicação de óbices formais que, nos termos do art. 323 do RI/STF, são preferidos ao juízo sobre a relevância da matéria de fundo. Tal paradoxo, que confina o filtro de relevância a um milésimo das decisões da Corte, explica-se, ao menos em parte, pelo elevado *quorum* de dois terços exigido para a prolação de decisões formais negativas de repercussão geral. Diante disso, os ministros não aproveitam as potencialidades do novo instituto e terminam mantendo o comportamento padrão anterior, que é o de se valerem das autorizações legais (CPC/2015, art. 932) e regimentais (RI/STF, art. 21) para julgamento monocrático.

A solução para os autores a fim de tornar efetivo o filtro constitucional brasileiro é a concessão de um certo poder discricionário no tratar da questão da Repercussão Geral (BARROSO; RÊGO, 2017, 711/712):

Cortes Supremas, por sua própria natureza, têm o poder de definir sua agenda de julgamentos. Esse poder, como se procurou demonstrar, vem sendo exercido pelos ministros do STF de forma solitária, inconsistente e não transparente, por um juízo oculto de relevância veiculado predominantemente em decisões monocráticas. A repercussão geral é um instrumento pelo qual o tribunal pode recuperar sua saudável colegialidade e seu poder como instituição. Para a Corte assumir o controle da sua agenda, mais vale uma discricionariedade forte, transparente e exercida com desassombro do que uma tecnicidade mal disfarçada.

Rigorosamente, por mais vaga que possa ser a exigência do requisito da Repercussão Geral no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, e admitida certa discricionariedade, não estaria o STF livre para rejeitar arbitrariamente um recurso sob a lacônica e imotivada alegação de ausência de tal requisito. Sempre terá de proceder ao esforço dialético de demonstrar, analiticamente, como chegou ao juízo determinante da falta de Repercussão Geral (OLIVEIRA, 2013). Mas, não há como negar que, se o poder discricionário puder ser exercido no Poder Judiciário, o STF seria o primeiro e talvez único órgão judicial autorizado a exercê-lo. Sua palavra é a última. Não há recurso, como expressamente prescreve o art. 1035 do NCPC, para a Repercussão Geral, e a discricionariedade, excepcionalmente, pode estar presente. Reforça a possibilidade e a necessidade da presença da discricionariedade o fato de a escolha ser flagrante componente nos critérios da decisão.

Isto não significa abdicar da crença de que devem ser apontadas, de forma clara e precisa, as razões pelas quais a alegação de que a causa/questão é relevante, possui repercussão, foi acolhida ou rejeitada. O STF deverá fundamentar a decisão e prolatá-la em julgamento público, conforme inciso IX do art. 97 da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões.” (BRASIL, 1988).

Na averiguação da existência de Repercussão Geral da questão constitucional pelo STF pode ser considerado que há, em parte, atividade administrativa e/ou discricionária, em conjunto com o preenchimento do conceito vago por meio de atividade interpretativa perpetrada pelo tribunal de vértice do direito constitucional brasileiro, que dará a palavra final sobre a admissibilidade de determinado tema.

Em conclusão, o trabalho destaca que não deve haver discricionariedade nas decisões judiciais, mas há, em certa medida, escolha, em especiais ocasiões. Neste contexto há de se constatar que o julgamento sobre se há Repercussão Geral em questão a ser submetida ao STF adquire contornos especialíssimo que o elege a uma certa dose de discricionariedade. A busca da eficácia do processo no Brasil impõe o respeito ao decidido pelo tribunal de vértice e o prestígio do decidido nas instâncias intermediárias. É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice, dentre as quais não deve ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já apreciado em sede recursal e que se deve ter que a Repercussão Geral tem como uma razão de ser ajudar o STF a se configurar não como uma corte de justiça que aprecia todo e qualquer causa, mas como uma corte de precedentes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed RT, 2014.

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**, ano 89 - volume 779 - setembro de 2000, p. 11-46.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.21 n.124, jun/set 2019, p. 411-425.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar o sistema de repercussão geral**: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 695-713.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/.htm. Acesso em: 10/08/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**: São Paulo, n. 51(145), jan/mar. 1989, p. 34-54.

DANTAS, Bruno. (In)consistência Jurisprudencial e Segurança Jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 262/2016, Dez / 2016, p. 323-344.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Ferraz. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyer e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: Editora D'plácido,

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2020.

KERN, Christoph. The role of the Supreme Court. **Revista de Processo**, fev/2014 v. 39, n. 228, p. 15 a 36.

MELLO, Cláudio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, v. 3, n. 11, 30 set. 2019, p. 441-449.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2012a.
- MELLO, Cláudio. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.
- MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como fim do processo Civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**, vol. 229, mar / 2014, p. 51–74.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2012a.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense**, v. 75, Rio de Janeiro, 1979, p. 605/622.
- NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. **Revista de processo** / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. 31, n. 136, p. 151–195, jun., 2006.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **Doutrina brasileira do Habeas Corpus**. Editora Civilização Brasileira S. A: Rio de Janeiro, 1991.
- TARUFFO, Michele. Aspetti del precedente giudiziale. **Registrazione Tribunale di Pisa**, 11/07, in data 20 marzo 2007.
- TARUFFO, Michele. **Il vértice ambíguo**: Saggi sulla cassazione civile. Imprensa: Milano, A. Giuffrè, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política, ativismo e discrecionalidade judicial. Prefácio de José Eduardo Faria. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.