

HÁ UMA SÓ DECISÃO CORRETA?

Teresa Arruda Alvim Wambier*



laro que as noções de *certo* e *errado* são relativas. Sabemos disso.

Entretanto, isto pode não impedir que *numa dada sociedade, em determinada época*, haja noções claras do que seja *certo* e do que seja *errado*. Ou é assim, ou a vida em comum se torna impossível ou muito tumultuada.

Isto equivale a dizer-se que, se sabe, é claro, que há textos de lei que podem ser interpretados de diversas maneiras diferentes. Todas *corretas*: interpretações possíveis.

Mas, ainda assim, penso que se deve afirmar sem hesitação que *cada caso comporta uma só solução*.

É necessário, que se *precisem os contornos do sentido em que nos parece ser verdadeira a afirmação de que a cada conflito corresponde uma única decisão*, que é o que faremos a seguir. Pretendo explicar minhas razões com muita simplicidade.

Nós, da comunidade jurídica, parece que achamos sempre terem mais razão aqueles que escrevem empregando termos não usuais, neologismos da moda, linguagem difícil, com in-

* Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra (2008 e 2011). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Vice Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

termináveis notas de rodapé. E, sobretudo, nenhum exemplo.

Com este artigo pretendo outra coisa. Vou usar linguagem simples, dar exemplos. E o texto vai impregnado da esperança de que seja compreendido e de que desperte interesse e adesão pelas ideias aqui expressas!

Em que sentido se deve entender que *a cada caso deve corresponder uma única decisão tida como correta*?

Não se trata de entender que *a priori* haveria uma decisão “predeterminada” para cada situação de conflito.

Embora esta expressão – a cada caso corresponde uma única decisão correta – também tenha este significado, não é este que aqui nos interessa. Interessa-nos, isto sim, que embora, em tese, possamos admitir que um *mesmo caso* pode ser adequadamente resolvido de *mais de um modo*, depois de ter havido *opção*, ou seja, depois de o Judiciário ter sedimentado jurisprudência – principalmente se for por meio de seus órgãos de cúpula, num certo sentido, esta forma de resolver o caso *será* a única.

Assim, 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 *norma jurídica*. Como norma, deve ser *a mesma para todos*, sob pena de ofensa intolerável à isonomia.

Assim, por exemplo, se *antes* do caso concreto ser decidido pode-se, em tese (ou não), considerar abusiva a cláusula que, em seguro saúde, diz que este não cobre quimioterapia, se o contrato cobre câncer, uma vez tomada tal decisão, então esta será a decisão que deve ser tida como correta para todas as cláusulas que digam que um contrato de seguro saúde cobre a doença x, mas não a sua principal forma de tratamento.

Passemos, então, a justificar esta nossa posição.

1) Como se sabe, o movimento de pensamento subjacente à Revolução Francesa, que via no juiz *a boca da lei*, influenciou toda a Europa Continental e o juiz passou a ser visto

como alguém que “administrava” a justiça, e não como membro de um verdadeiro poder, equiparável ao legislativo e ao executivo.

O Poder Judiciário era, na verdade, como dito, subordinado aos outros dois poderes gêmeos. A atividade do juiz passou a ser privada das características de um verdadeiro poder e a ele passou a caber exigir o respeito à lei, de modo quase burocrático.

Não se falava, à época, da *interpretação* e muito menos da necessidade de *uniformização da jurisprudência*.

Mas essa concepção entrou em crise e isso vem sendo mostrado pela doutrina há algumas décadas.

E é importante que se diga: quando afirmo, com firme convicção, que para cada caso há uma só decisão correta, faço isso de forma absolutamente desvinculada da visão mecanicista da atividade do magistrado. Não tem absolutamente nada a ver com uma postura que, de forma simplista, poderia ser chamada de “positivista”, minha opinião no sentido de que a cada caso concreto corresponde uma só decisão correta.

Assim, como dizia, em crise insustentável esta concepção, os juízes passaram a ser vistos de outro modo.

Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da Segunda Guerra Mundial. Com a (re)adoção das garantias, da autonomia e da independência, pouco a pouco o Poder Judiciário foi, na Europa Continental, tonando-se um verdadeiro Poder do Estado.

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação absoluta dos Poderes. O juiz aplica o direito preexistente, sendo, portanto, sua função, em certa medida, *declaratória*. Mas a lei escrita tem lacunas e, cada vez mais, precisa ser interpretada. Há, também, situações problemáticas, cuja solução não está prevista de modo específico na lei. Então a função judicial não se cinge a declarar o direito, mas, há, hoje, a tendência a se reconhecer que, em certa dimensão, o *cria*.

Com isso queremos dizer que o juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, embora sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo sempre de forma harmônica com o sistema. Afinal, o direito não poderia ser concebido como um sistema, se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência.

2) A história tem mantido um movimento pendular entre o predomínio da *legislação* e da *jurisdição*. Sente-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, tanto no que diz respeito à sua conduta no processo quanto no que tange à interpretação da lei.

Este último aspecto resulta da complexidade e da mobilidade das sociedades atuais e da pretensão de que o direito *cubra* ou discipline a vida social, sob todos os seus aspectos.

De fato, as tarefas do juiz no Estado Social democrático vêm-se multiplicando e vem tornando cada vez mais complexa a função de decidir.

Hoje, a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas. Sabe-se que a lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decida casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo, vagos! – quando diz que a palavra *mãe*, que consta do texto legal, abrange (ou não) a mãe adotiva. O juiz decide *x* ou *y* com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade humana. E delimita situações, no mundo

empírico, em que não teria sido cumprida a função social de um contrato.

A função do juiz acaba se tornando quase que próxima, em algumas circunstâncias e sob determinadas condições, à do legislador.

3) Em face destas observações coloca-se a questão: *é o juiz que cria direito ou descobre o direito anteriormente existente?* Se o juiz descobre o direito, deve, como etapa final de sua busca, encontrar a *única* solução que seria *a correta* para o caso que está julgando?

Não se trata de teses opostas. Ambos os fenômenos ocorrem em maior ou menor grau, dependendo do caso concreto. Há situações em que o juiz mais *declara* o direito preexistente, do que *cria*. Mas casos haverá, cada vez mais frequentes no mundo contemporâneo, em que o juiz mais *cria* do que *declara*. E outros haverá, ainda, em que o juiz, ao decidir, estará *unicamente* criando a regra para o caso concreto.

Assim, *mesmo nas hipóteses em que o juiz cria direito*, pode-se vislumbrar a existência de uma *única solução correta para o caso*. Não se trata propriamente, *da única que existia previamente*: mas *será única*, a partir de sua criação tida como a correta para os casos subsequentes.

Em muitos casos, só se pode dizer que o direito existia anteriormente à decisão criativa do juiz no sentido de estar ali *in potentia*, como que “incubado”, nos princípios, nas entrelinhas das obras doutrinárias, no espírito do povo (= ethios dominante).

A ideia de que só há uma única solução para cada caso concreto, como já se mencionou, tem vários sentidos, que dependem, em parte, do contexto em que seja compreendida.

É, a meu ver, pressuposto de funcionamento do sistema e especificamente, relevante mola propulsora da atividade do juiz. Se lhe parecesse *a priori* haver diversas soluções possíveis, todas elas *corretas*, para resolver-se a situação posta à sua

apreciação, se comportaria como alguém trilhando um caminho sem saber onde vai chegar. Mas não é esta a acepção de afirmação que mais interessa aqui.

Dizer-se que para um certo e determinado caso só há *uma* decisão correta é, também, a ideia que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, *principalmente* nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa.

Nos países de *civil law*, havendo reiteradas decisões em determinado sentido, ou até mesmo havendo uma só, de tribunal superior, esta deverá ser tida como a tese *correta* e *equivocadamente* decidirá o juiz que não considerar, para voltar ao exemplo antes dado, esta cláusula abusiva.

Assim, em relação ao futuro, *esta será a única decisão correta* para casos concretos. Idênticos.

Por isso é que digo que, nesta dimensão, vê-se que a decisão do juiz não se limita a ser a regra para o caso concreto, mas, vista como precedente, assume também a função de ser o direito aplicável a casos futuros.

Quanto mais se reconhece na função jurisdicional um *quê* de criativo, em diferentes graus, mais se torna perigoso afirmar-se que cada caso pode comportar mais de uma decisão *correta*. Perigoso, pois se imagina que juristas não devam adotar posições que levem ao caos social.

