

SOBRE O AUTOR

RODRIGO CAPEZ

Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), é professor licenciado de Processo Penal da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Foi diretor e coordenador do curso de Direito da Universidade Guarulhos (UnG) de 2004 a 2009. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de São Paulo, ingressou na Magistratura em 1993, após classificar-se em primeiro lugar no concurso. Foi Juiz Assessor da Vice-Presidência (2010/2011) e da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2012/2013). Em 2014, foi convocado para atuar como Magistrado Instrutor no Gabinete do Ministro Dias Toffoli, no Supremo Tribunal Federal, onde atualmente exerce as funções de Juiz Auxiliar.

PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

QUARTIER LATIN

um amálgama de interesses públicos e privados, sua lesão sempre afeta o interesse público⁵⁵⁷.

A questão do interesse público tem graves reflexos na seara da prisão cautelar.

Maurício Zanoide de Moraes aponta o grave erro de se considerar que o interesse público estaria presente na prisão preventiva por razões materiais (v.g., para garantia da ordem pública, em decorrência da gravidade do crime, do clamor público ou para resguardar a credibilidade da justiça) e deveria sempre preponderar sobre a presunção de inocência, no falso pressuposto de que este último princípio atenderia a um interesse meramente individual. A seu ver, adotada essa premissa, não haveria qualquer possibilidade de ponderação, pois, decidindo-se de antemão que o público, naquelas circunstâncias, sempre prevaleceria sobre o particular, nenhuma condição fática ou jurídica poderia inverter a relação de precedência, *a priori* estabelecida. Em outras palavras, nessa equivocada linha de raciocínio, “como o público ‘sempre’ precede (prevalece) sobre o privado, a relação de proporcionalidade já está decidida *a priori* e sem qualquer possibilidade de ponderação casuística”⁵⁵⁸.

Por esse motivo, é mister colocarem-se travas ao exercício da atividade jurisdicional, delimitando-a e controlando-a, a fim de se impedir que, a pretexto de resguardar indiscriminadamente o interesse público, solape direitos fundamentais do imputado e degenerem em arbitrariedade.

3.7.3. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

3.7.3.1. A INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE CONHECIMENTO E DE VONTADE. A QUESTÃO DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Richard Posner, juiz federal nos Estados Unidos, após constatar que muito se permite aos juízes, observa que a questão é quanto se lhes permite agir e como fazem uso dessa liberdade⁵⁵⁹ – ou, mais precisamente, do seu poder-dever.

557 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução: Joaquim Braga Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 23-25.

558 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 388-389.

559 POSNER, Richard. *A. Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11.

Para Gustavo Zagrebelsky, a “explosão” subjetivista da interpretação radica no caráter pluralista da sociedade atual, pois, à falta de um único e seguro “horizonte de expectativa” quanto ao resultado das operações de interpretação, os caminhos da jurisprudência terminam por bifurcarem-se⁵⁶⁰.

O ponto nevrálgico consiste em delimitar o espaço de atuação dos juízes e instituir mecanismos de controle do processo decisório e sua resultante, a decisão propriamente dita.

560

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 145-146. Esse autor aduz que nem mesmo a interpretação literal, consistente em atribuir à norma o significado que resulta das palavras empregadas pelo legislador no texto, conseguiria impedir a fragmentação da jurisprudência. “Quando existem distintos contextos de sentido e de valor, nem sequer a letra da lei é uma garantia de certeza. A argumentação ‘literal’ de Porcia contra a pretensão de Shylock (Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, IV, I) é uma demonstração clássica disso”. Gustavo Zagrebelsky se refere à célebre peça do dramaturgo inglês, em que a personagem Antônio, o mercador de Veneza a que alude o título da obra, contrai um empréstimo de três mil ducados com o judeu Shylock, prevendo-se no contrato, para a hipótese de seu descumprimento, a sua obrigação de entregar “uma libra justa” da própria carne, a ser cortada da parte de seu corpo que ao credor aprouvesse. Como Antônio se torna inadimplente, pois seus navios soçobramam, o agiota exige, no tribunal de Veneza, o cumprimento da cláusula penal. A Corte reconhece a Shylock o direito de cortar uma libra exata de carne do peito de Antônio, nem um grama a mais ou a menos, vedando-lhe, ainda, verter uma única gota de sangue, por não haver previsão contratual para tanto. Frustrada a execução do contrato, Shylock abandona a causa. Na sequência, é declarado culpado de tentativa de homicídio contra um cidadão veneziano, tem seus bens confiscados e é condenado a converter-se ao cristianismo. (SHAKESPEARE, William. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995, pp. 437-497. Vol. II). Rudolf von Ihering criticou acerbamente a decisão do tribunal, manifestando sua convicção a respeito da injustiça cometida contra Shylock. O judeu fez as seguintes afirmações em juízo: “A libra de carne, que dele exijo, foi comprada caro; é minha e eu a terei; Se me negardes, envergonhe-se a vossa lei! O direito de Veneza está sem força... Eu invoco a lei... A meu lado está o título que exibo”. O tribunal, na visão de Ihering, poderia declarar o título válido ou inválido. Reconhecendo, com base nas leis de Veneza, a validade do contrato, não poderia o próprio juiz, que solenemente havia proclamado o direito de Shylock, frustrar a sua execução “com uma artimanha tão desprezível e tão vil que não merece sequer uma contestação séria. Por acaso existiria carne sem sangue? Ao reconhecer a Shylock o direito de cortar do corpo de Antônio uma libra de carne, o juiz reconheceu-lhe também o direito ao sangue, sem o qual a carne não pode existir, e quem tiver o direito de cortar uma libra de carne pode, se quiser, tirar menos”. (IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 22-24 e pp. 89-90).

Ronald Dworkin idealizou a figura do juiz Hércules, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”⁵⁶¹, que, ao dispor de todas as informações, da máxima competência profissional e de tempo ilimitado, sempre encontraria a (e não apenas uma) resposta correta – *the one right answer* – para um determinado problema jurídico, dentre as diversas possibilidades contidas no marco da norma aplicável⁵⁶².

Essa criação de Ronald Dworkin é uma ficção irrealizável, pois, além de não haver juízes que detenham tais predicados e possam dispender tempo ilimitado na resolução de um problema jurídico, em Direito não existe uma única resposta correta⁵⁶³.

Para Hans Kelsen, a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, na essência, idêntica à de quem se propõe, a partir da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas). “Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, também não podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”⁵⁶⁴.

Em sua conhecida metáfora, Hans Kelsen afirma que o Direito a aplicar forma uma moldura – figura de linguagem similar é empregada por Ronald Dworkin, ao se referir ao espaço vazio no centro de uma rosca, que corresponderia a uma faixa de restrições ou limite de atuação do intérprete⁵⁶⁵ –, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação,

pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível⁵⁶⁶.

Assim, a interpretação do juiz – único intérprete autêntico, pois sua interpretação cria direito, mais precisamente, a norma jurídica concreta⁵⁶⁷ – é um ato de conhecimento e também de vontade, haja vista que

a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.⁵⁶⁸

Para Hans Kelsen, a interpretação – isto é, a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar – como ato de vontade decorre da inexistência de um método jurídico capaz de destacar uma, dentre as

limites da atuação do juiz, ou seja, a liberdade de escolha dos meios em que consiste a sua discricionariedade. Esta última, fruto das normas de fim, não é e jamais pode ser absoluta, pois o fim por elas proposto condiciona e limita *per se* a liberdade de eleição dos meios que outorgam, ainda que o texto literal da norma habilitante aparente, *prima facie*, conceder uma liberdade total ao omitir toda referência aos meios ou deixe de oferecer critérios para sua escolha concreta. (FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: lustel, 2005, pp. 60-61).

561 DWORGIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

562 FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: lustel, 2005, pp. 36-38.

563 Aulis Aarnio, partindo das premissas de Ronald Dworkin, inclusive indaga se dois juízes Hércules seriam também capazes de resolver, de forma objetiva, autênticos problemas axiológicos. Mais: para saber se a ponderação levada a cabo pelo juiz Hércules é a melhor, a mais coerente, seria necessário pressupor um meta-nível, vale dizer, um super-Hércules, e assim até o infinito. (AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 16).

564 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 368. Para Juarez Freitas, a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356).

565 DWORGIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 50-51. Tomás-Ramón Fernandez afirma que o aro da rosca, citado por Ronald Dworkin, constitui um perímetro normativo que determina o âmbito e os

566 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

567 Como observa Eros Grau, a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. “Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas”. Acrescenta que, embora todos os operadores do direito o interpretem, apenas uma categoria realiza plenamente o processo de interpretação até seu ponto culminante: o juiz, que extrai das normas jurídicas a norma de decisão e, por esse motivo, é chamado por Kelsen de “intérprete autêntico”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, primeira parte, item IV).

568 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 369. Importante registrar a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. Partindo de um conceito mais amplo de interpretação, ele afirma que os cidadãos, os grupos, os órgãos estatais e a opinião pública também “são forças produtivas da interpretação”, isto é, são intérpretes da Constituição em sentido amplo, que atuam, ao menos, como intérpretes prévios. Assim, a interpretação constitucional não se centra exclusivamente na “sociedade fechada dos intérpretes jurídicos da Constituição”, alcançando um círculo mais amplo, pluralista e difuso de participantes. Ainda que a jurisdição constitucional permaneça como intérprete de “última instância”, há uma democratização da interpretação constitucional, “na medida em que a teoria da interpretação tenha que obter respaldo na teoria democrática e vice-versa”. (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, pp. 263-266).

várias significações verbais de uma norma, como “correta”, desde que, naturalmente, se trate de significações possíveis⁵⁶⁹. Logo, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”⁵⁷⁰.

Todas essas soluções possíveis, aferíveis pela lei a aplicar, têm igual valor, mas somente uma delas se tornará norma de decisão, razão por que afirmar que uma sentença judicial é fundada na lei significa, tão somente, que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa. “Não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”⁵⁷¹.

Lênio Luiz Streck critica a metáfora da “moldura da norma”, por entender que ela encerra “um decisionismo do intérprete” e que a “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não podem ser um salvo-conduto para uma atribuição de sentidos arbitrária. Para esse autor, o caso concreto não constitui um alibi para a prática de decisionismos e arbitrariedades e nem é um “passaporte para ‘um mundo de natureza hermenêutica’, em que cada um possui o seu próprio ‘território’ de sentidos”, mesmo porque, na atribuição de sentido, “não há a primeira palavra nem grau zero de significação”. Aduz ainda que o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo não autoriza o intérprete a escolher o sentido do texto que mais lhe convier, ignorando até mesmo o seu conteúdo mínimo estrutural, o que “seria dar azo à disci-

cionariedade e/ou decisionismo típico do modelo positivista propugnado por Kelsen”. Em suma, a seu ver, afirmar que o intérprete sempre atribui sentido ao texto não significa que esteja autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária, como se o texto e a norma estivessem separados⁵⁷².

Todavia, como pondera Robert Alexy, o fato de, na base de uma decisão judicial, encontrar-se a enunciação da alternativa eleita como a melhor, e, portanto um juízo de valor, não significa que não exista uma possibilidade de objetivar esse poder de escolha, subtraindo-o do campo das convicções morais subjetivas do juiz. Essa objetivação se torna possível porque essas valorações e a conseqüente escolha do juiz devem ser fundamentadas racionalmente no ordenamento jurídico vigente e justificadas⁵⁷³.

Para Eros Grau, o Direito não conduz a soluções exatas, mas sim a um conjunto de soluções corretas, haja vista que a lógica jurídica, segundo Fábio Konder Comparato, é a da decisão e da escolha entre várias possibilidades corretas; a lógica da preferência e não da conseqüência⁵⁷⁴.

O Direito, afirma Gustavo Zagrebelsky, é uma prudência, e não uma ciência: a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles faz com que não exista uma ciência exata sobre a sua articulação, mas sim uma prudência na sua ponderação⁵⁷⁵.

569 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 366-367.

570 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

571 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366. Virgílio Afonso da Silva, para refutar as críticas à teoria dos princípios de que faltam critérios racionais de decidibilidade no processo de solução de colisões de princípios (sopesamento), baseia-se exatamente nesses ensinamentos de Kelsen. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 146-148). Eros Roberto Grau observa que a expressão moldura da norma não é precisa. A moldura da norma é, na verdade, moldura do texto, mas não apenas dele; “ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade - no momento histórico no qual se opera a interpretação - em cujo contexto eles serão aplicados, ao empreender a produção prática do direito”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93).

572 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 2012, p. 33, p. 39, pp. 260-267, pp. 348-349 e p. 367.

573 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 23-35 e 217.

574 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 24.

575 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, pp. 122-125. Eros Roberto Grau também aduz que o direito não é uma ciência, mas sim uma prudência. Ele distingue o direito - que é normativo e, portanto, não descreve, mas sim prescreve - da ciência do direito, que tem por objeto o direito em si e, portanto, estuda-o e o descreve. O direito - enquanto objeto da ciência do direito - “não é uma ciência porque, nele, não há possibilidade de definirmos uma solução exata, senão, sempre, um elenco de soluções corretas”. Como o direito reclama interpretação e a interpretação é uma prudência, no sentido do saber prático a que se referia Aristóteles, Eros Grau conclui que o direito é uma prudência. Por fim, este último autor observa que, na ciência, o desafio são as questões para as quais ainda não há respostas; na prudência, o desafio não é a ausência de respostas, mas a existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão. (GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 39-41. _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. XIV e 99-102.

Eros Grau sustenta que interpretar um texto normativo significa escolher uma das interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada: “a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação”.⁵⁷⁶ Assim, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito, onde existe apenas o aceitável (justificável), razão por que, assim como Hans Kelsen, Eros Grau nega a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto), para todos os casos jurídicos⁵⁷⁷.

Registre-se, aqui, a distinção, feita por Aulis Aarnio, entre resposta definitiva e resposta correta.

576 Sobre justificação, vide item 3.7.4.1.

577 GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 40-41. Para esse autor, “nem mesmo o juiz Hércules estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta. A concepção *dworkiniana* de *one right answer*, ademais de tudo, perece no momento em que sustentada a busca da ‘melhor teoria possível’ como ideal absoluto (...) Pois a interpretação é convencional. Não possuindo realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistente uma interpretação objetivamente verdadeira” (*Op. cit.*, p. 193). Manuel Atienza assim ordena as diversas posições a respeito da existência ou não de uma única resposta correta para cada caso difícil, tais como: i) existe uma única resposta correta, que cabe extrair dos princípios de Direito Natural; ii) existe uma única resposta correta, que deriva exclusivamente do Direito Positivo e das regras do método jurídico; iii) existe uma única resposta correta, pois o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas uma prática guiada por princípios e valores; a resposta correta é a que proporciona a melhor interpretação possível dos fins e valores que definem a prática; iv) a ideia de única resposta correta é simplesmente uma ficção que, sem embargo, cumpre uma função útil no raciocínio jurídico; v) nem sempre existe uma única resposta correta de acordo com o Direito, embora isso não queira dizer que não existam outros tipos de critérios objetivos ou quase-objetivos a guiar as decisões judiciais; vi) quase nunca existe uma única resposta correta; o Direito fixa unicamente as margens para a decisão e, dentro delas, os juízes decidem de forma subjetiva e imprevisível; e vii) a noção mesma de única resposta correta para cada caso é uma simples ideologia que cumpre a função de mascarar o poder político dos juízes. (ATIENZA, Manuel. *Sobre la única respuesta correcta*. In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 56-58). Para Lênio Luiz Streck, por resposta correta deve entender-se a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, que não seja discricionária e respeite a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), a coerência e sua integridade (no sentido de tradição, como pré-juízos ou pré-compreensões), a partir de detalhada fundamentação. A seu ver, sustentar que mais de uma decisão possa ser correta para um caso concreto “é uma aposta na discricionabilidade”. Para esse autor, “a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionabilidades, arbitrariedades e decisionismos”. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318, pp. 327-333, pp. 345-354 e p. 591).

A resposta definitiva é condição necessária para que qualquer sistema jurídico funcione corretamente, uma vez que “o uso do poder legal pressupõe que, em um determinado estado do procedimento legal, o sistema produza uma resolução com força executiva para o caso”. Ela não é, necessariamente, a resposta correta e, muito menos, a única resposta correta, conceitos que envolvem “determinados critérios formais e materiais de correção”⁵⁷⁸.

Já o conceito de resposta correta é equívoco. Em sua versão forte, que pressupõe um sistema jurídico fechado, significa que a única resposta correta sempre existe e pode ser detectada em cada caso. “A resposta está ‘escondida’ em alguma parte do ordenamento jurídico e a habilidade do juiz consiste unicamente em explicitar o que já se encontra implícito”. Já a versão fraca “aceita a ideia de que a resposta correta existe no sistema, mas nem sempre (talvez nunca) pode ser detectada”⁵⁷⁹.

Após ponderar que, além da dúvida a respeito da existência ou não da resposta correta, não há como saber se, de fato, ela foi encontrada para determinado caso, Aulis Aarnio conclui que não existe uma única resposta correta no raciocínio jurídico⁵⁸⁰.

Robert Alexy aponta que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, pois exige, em grande medida, valorações do aplicador, mediante um ato de conhecimento em que não faltam elementos volitivos. A fim de se evitar a arbitrariedade, a decisão judicial deve ser fundamentada em uma argumentação racional⁵⁸¹.

Além de racionalmente fundamentada no ordenamento jurídico, a decisão judicial deve trazer em si a pretensão de que aplica corretamente o Direito, de que sua fundamentação é acertada (pretensão de correção), levando-se em conta uma série de condições limitadoras – de acordo com Robert Alexy, a lei, o precedente⁵⁸² e a dogmática. “Não se pretende

578 AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 10.

579 AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 10-11.

580 *Idem*, *op.cit.*, p. 12.

581 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 23 e 39-40.

582 Para Robert Alexy, o precedente, fora do sistema de *common law*, tem importância

que as afirmações jurídicas e decisões judiciais sejam mais corretas, mas apenas que são corretas de acordo com a ordem jurídica vigente”⁵⁸³.

ao menos fática, e “o que se discute é a sua importância teórica”. Muitos enunciados dogmáticos estão incorporados em precedentes e seu uso traz uma contribuição à segurança jurídica, pois o “uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”. Assim, “o simples fato de que uma proposta de solução já tenha sido aplicada é uma boa razão para voltar a elegê-la”. Como regras mais gerais de uso do precedente, propõe esse autor: i) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; ii) que quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 267-271. Como já exposto no item 1.3.2, diante da inexistência de critério de solução de conflitos em termos abstratos, é possível colher do precedente “um viés para a solução de conflitos vindouros”. Desta feita, em outro caso concreto, repetidas as mesmas condições de fato do precedente, um dos princípios tenderá a prevalecer sobre o outro. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185). A par dessa aplicação geral do precedente, há cinco situações no ordenamento jurídico brasileiro em que ele dispõe de eficácia *erga omnes*: i) súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões em matéria constitucional, que “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia e normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, CF); ii) decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, que “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º, CF); iii) julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 985 e 987, CPC); iv) julgamento da repercussão geral em recurso extraordinário; e v) julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.039, CPC). Para Claudio Papagno, embora contrastantes decisões judiciais sejam uma realidade não eliminável, em determinado sentido, constituam a fisiologia da aplicação do direito, sua multiplicação desnecessária e não razoável assume conotação fortemente negativa, que atinge o próprio funcionamento do método da jurisprudência. A certeza do direito implica a necessária previsibilidade da decisão judicial e, nesse sentido, o precedente atende às exigências de racionalidade do sistema. É preciso, todavia, ao se invocar um precedente, ater-se ao seu ponto nevrálgico, representado por sua *ratio decidendi*, que, muitas vezes, não é suficientemente clara no texto do próprio precedente invocado. (PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regale probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, pp. 58-64). Lênio Streck distingue precedente de súmula. O precedente “é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal” e, nesse sentido, concretiza a norma. A súmula é a criação de um texto, com pretensão de generalidade e abstração como a lei, em que o enunciado ganha autonomia em relação a situação fática que lhe deu origem. O precedente serve para resolver um caso passado; as súmulas “servem indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros”. O autor crítica o fato de o precedente, muitas vezes, “não caber” na súmula. Para Lênio Streck, a aplicação da súmula sempre dependerá de fundamentação detalhada, a partir das peculiaridades do caso concreto. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermeneutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 394-403).

Para Robert Alexy, não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras que devem ser adotados pela argumentação para satisfazer a pretensão de correção que nela se formula. “Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões judiciais”⁵⁸⁴.

De todo modo, a impossibilidade de se justificar a existência de uma única resposta correta não retira o seu caráter de ideia reguladora: embora não se parta do pressuposto de que, para cada questão prática, haja uma resposta correta, esta é a finalidade a que se deve aspirar. “Os participantes em um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e fundamentações”. Assim, “em uma decisão judicial se formula necessariamente a pretensão de que o Direito se aplica corretamente”⁵⁸⁵.

No mesmo sentido, Aulis Aarnio anota que a única resposta correta continua sendo um pressuposto ideológico, um ideal que rege o discurso. O que se deve almejar é a melhor resposta possível, que atenda às expectativas da certeza jurídica⁵⁸⁶.

584 *Idem*, *op. cit.*, pp. 284-285.

585 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 306-307 e 318.

586 De acordo com Aulis Aarnio, a democracia já se satisfaz com a melhor justificação possível para respaldar uma decisão. A melhor solução possível se verifica quando os membros de uma comunidade jurídica ideal (CI) – o autor parte, aqui, da noção de auditório, formulada por Perelman, em que cada ponto de vista argumentativo é dirigido a um receptor ou grupo de receptores –, com base em critérios de racionalidade discursiva, podem aceitá-la. Uma vez que a comunidade jurídica não é homogênea, pois inclui grupos com diferentes opiniões, a melhor solução possível é aquela aceita pela maioria (princípio da maioria). Como não existem respostas corretas no ordenamento jurídico *ex ante*, todas as soluções bem fundamentadas são corretas *ex post*, no sentido de que são as respostas corretas dentro de um determinado marco justificativo. Chega-se, aqui, ao limite do discurso racional, em que não há como comparar as soluções entre si. Com base no conceito de comunidade jurídica ideal (CI) e no princípio da maioria, Aulis Aarnio enuncia a seguinte diretriz ou princípio regulador (PR): “Quando se tratar de um caso difícil, procure alcançar uma solução e uma justificação, de forma tal que a maioria dos membros de uma comunidade jurídica que pensem de forma racional possam aceitar seu ponto de vista e sua justificação”. AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: _____, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 17-45).

3.7.3.2. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO. JUÍZOS DE OPORTUNIDADE E DE LEGALIDADE

Segundo Manuel Segura Ortega, embora o tema discricionarie-dade judicial há muito preocupe os juristas, as discussões a seu respeito não chegaram a nenhum consenso (“*más bien el desacuerdo parece ser el denominador común*”). As divergências atinem não somente ao alcance, sentido e limites da discricionarie-dade judicial, como também à sua própria existência⁵⁸⁷.

O ponto de partida dessa discussão é: o que exatamente se entende por discricionarie-dade judicial?

A resposta a essa indagação exige uma análise do conceito de interpretação.

Interpretar, de acordo com Norberto Bobbio, “significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”⁵⁸⁸.

587 ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 9.

588 De acordo com Norberto Bobbio, a linguagem humana é um complexo de signos. “Assim, por exemplo, quando digo ‘cavalo’, me limito a produzir um som vocal, mas com isto indico uma coisa diferente de tal som. Como complexo de signos, a linguagem exige interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso). Ademais, há sempre um certo desajuste entre a ideia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la (...)”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone Editora, 1995, pp. 212-213). Eros Grau aduz que, diante de determinado signo linguístico, quando as palavras são suficientemente claras, “a ele atribuímos um específico significado, de pronto colhido, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de compreensão daquele signo (buscamos entendê-lo). Interpretar, pois, em sentido amplo, é compreender signos linguísticos”. Por outro lado, quando não existe clareza na linguagem, como antecedente necessário à plenitude da compreensão, é preciso determinar o significado das palavras e expressões; precisar o seu sentido. “Aqui, portanto, a interpretação (em sentido estrito) – exercício complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado – antecede, na medida em que a viabilidade, a plenitude da compreensão. Interpretamos, em sentido estrito, para compreender; compreender é interpretar em sentido amplo”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 69-70). Para Michele Taruffo, “signo” é uma noção de caráter relacional, na medida em que consiste na união de um significante com um significado. “Significante”, a seu ver, é a “entidade linguística

Para entender o signo de uma dada linguagem, há que se interpretá-lo, segundo Jerzy Wróblewski, atribuindo-lhe um significado de acordo com as regras de sentido dessa linguagem⁵⁸⁹.

No campo do direito, esclarece Norberto Bobbio, a questão é saber se a interpretação é uma atividade cognoscitiva puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente – que visa explicitar, com meios puramente lógico-racionais, o conteúdo de normas jurídicas já dadas – isto é, “remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa em tais signos” –, ou se, diversamente, é uma atividade criativa ou produtiva do direito⁵⁹⁰.

Para Carlos Maximiliano, o juiz não formula o direito, interpreta-o apenas. “Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie”⁵⁹¹⁻⁵⁹².

(palavra, série de palavras, frase, série de frases, discurso) que constitui o instrumento material do processo de comunicação, ou, mais propriamente, de significação, ao passo que por “significado” deve entender-se o conteúdo da significação, vale dizer, o pensamento, o conceito, a asserção ou a informação que se pretende comunicar mediante a expressão linguística que constitui o significante. Pondera esse autor que nem o significado e nem o significante esgotam, por si só, a definição de signo. Após aduzir que os critérios de interpretação permitem “decodificar” o signo, ou seja, individualizar o significado que a ele se pretende atribuir, afirma que a própria sentença pode ser interpretada como um signo: as partes interpretam a sentença como o signo que comunica a decisão, e a motivação como o signo que comunica as razões da decisão. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdoba Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 55-62).

589 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 2001, p. 22.

590 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone Editora, 1995, pp. 213-214.

591 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 48 e 65.

592 Cesare Becaria reputava a interpretação das leis, “da qual nascem as arbitrárias e venais controvérsias”, um mal. Bastaria, a seu ver, que o juiz criminal fizesse um silogismo perfeito, em que a premissa maior fosse a “lei geral”, a premissa menor “a ação conforme ou não à lei”, e “a consequência a liberdade ou a pena”. “Não há coisa mais perigosa que aquele axioma comum de que se precisa consultar o espírito da lei. Isso é um dique avariado à torrente das opiniões (...). Qualquer homem tem seu ponto de vista, qualquer homem em diferentes tempos tem um ponto de vista diverso. O espírito da lei seria, portanto, o resultado de uma boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou difícil digestão, dependeria da violência das suas paixões, da debilidade de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas mínimas forças que mudas as aparências de cada objeto no ânimo flutuante do homem. Por isso, vemos a sorte de um cidadão mudar frequentemente na passagem que faz por diferentes tribunais, e as vidas dos miseráveis serem vítimas dos falsos raciocínios ou

Ocorre que o juiz não é um mero descobridor ou revelador de significados⁵⁹³ nem o aplicador mecanicista da lei, assim referido por Montesquieu: “os juizes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”⁵⁹⁴. Essa concepção do juiz como “a boca da lei” centra-se na ideia de que o Direito está na lei e que, constituindo a lei emanação direta da razão (*ratio scripta*), deve o juiz limitar-se a pronunciar suas palavras, sendo-lhe vedado interpretá-las⁵⁹⁵.

O juiz, contudo, não é a “boca”, mas sim “a mente pensante da lei”⁵⁹⁶. Seu papel não é o de, simplesmente, reconstruir a vontade do legislador; o juiz, como intérprete autêntico, cria direito, no sentido de definir a norma de decisão⁵⁹⁷.

Hans Kelsen, ao tratar da dinâmica jurídica, afirma que uma decisão judicial não tem, como ordinariamente se supõe, mero caráter declaratório, pois ela cria a norma individual que rege o caso concreto.

O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou

dos atuais fermentos dos humores de um juiz, que toma por legítima interpretação o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente. Por isso, vemos os mesmos delitos de um mesmo tribunal punidos diversamente em diversos tempos, por haver consultado não a constante e fixa palavra da lei, mas a errante instabilidade das interpretações”. (BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 43-45). Como observado por Manuel Atienza, citando Calamandrei, Beccaria escreveu essa obra aos vinte e cinco anos de idade, sem experiência forense direta. “Não se trata, pois, propriamente, de um jurista, no sentido estrito da expressão, senão de um moralista que reage com espírito humanitário e compassivo frente à arrepiante crueldade na aplicação do Direito penal da época”. (ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 248).

- 593 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.
- 594 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.
- 595 FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madri: Lustel, 2005, p. 31.
- 596 PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 59.
- 597 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 61 e 85.

juris-‘dição’ (‘declaração do Direito’) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.

O estabelecimento da norma individual pelo juiz representa um estágio intermediário do processo que se inicia na Constituição, passa pela legislação, segue para a decisão judicial e, desta, para a execução da sanção. A norma individual, que impõe uma sanção perfeitamente determinada contra um determinado indivíduo, só é criada através da decisão judicial, que, portanto, tem caráter constitutivo.

Conclui Hans Kelsen que

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 fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.⁵⁹⁸

Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que a atividade do intérprete não consiste na mera descrição de um significado previamente existente no texto, mas sim em constituir esses significados. Adverte, porém, que a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete “não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”. Com efeito, há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima, a partir de um ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.

Invocando Aulis Aarnio, Humberto Ávila aduz que “termos como ‘vida’, ‘morte’, ‘mãe’, ‘antes’, ‘depois’, apresentam significados intersubjetivados, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação”. O intérprete, portanto, não apenas constrói, como reconstrói significados,

a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos [que permitem identificar as situações às quais certamente não se aplicam], que são, por assim dizer, constituídos

598 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 254-256.

pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁵⁹⁹

Retomando a distinção entre texto e norma, Eros Grau afirma que o conjunto das disposições (= o texto, o enunciado) constitui, tão somente, ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado propriamente dito, vale dizer, a norma, é o resultado da tarefa de interpretação. Nesse sentido, “o significado da norma é produzido pelo intérprete”⁶⁰⁰.

Para Eros Grau, a interpretação é um processo intelectual pelo qual, a partir de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, o intérprete determina um conteúdo normativo. O produto da interpretação é a norma, que, parcialmente, preexiste no invólucro do texto. O intérprete desnuda a norma, desvencilha-a de seu invólucro, e é nesse sentido que o intérprete produz a norma: ele transforma uma expressão (o texto) em outra (a norma)⁶⁰¹.

E por qual razão a norma apenas em parte preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, do enunciado?

Responde Eros Grau: porque a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir dos elementos do texto (mundo do dever-ser), mas também dos elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir dos elementos da realidade (mundo do ser). O intérprete, além dos textos normativos, toma como objeto de compreensão a realidade em cujo

599 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 32-34. Sobre a inexistência de “grau zero” de significação na interpretação, vide item 3.7.3.1.

600 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81. José Joaquim Gomes Canotilho aduz que o enunciado, disposição ou formulação faz parte de um texto normativo; já a norma é o sentido ou significado adstrito a essa disposição (enunciado, formulação de um texto normativo). Assim, “disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é parte de um texto interpretado”. Em outras palavras, “texto da norma é o sinal linguístico”, ao passo que norma “é o que se revela ou designa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1.075-1.076 e 1.091). Normas, em suma, “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30).

601 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 61, 79 e 83.

contexto se dá a interpretação, no momento histórico em que ela se dá, e também interpreta os fatos, os elementos do caso⁶⁰².

Interpreta-se o direito, segundo Eros Grau, não apenas porque os seus textos sejam ambíguos ou imprecisos, mas porque a interpretação do direito consiste em “concretar” a lei a cada caso, isto é, na sua aplicação. Interpretação e aplicação do direito constituem um só processo, uma única operação, “de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos”⁶⁰³.

Como observa Gustavo Zagrebelsky, o caso não pode ser compreendido juridicamente senão por referência à norma e esta por referência àquele; não é somente o caso que deve orientar-se pela norma, mas também a norma que deve orientar-se pelo caso.

Tomar em consideração exclusivamente os casos daria lugar a uma pura e simples “casuística”, incompatível com a existência do direito como ordenamento; tomar em consideração exclusivamente o ordenamento conduziria a uma ciência teórica, inútil para a finalidade do direito. Excesso de concreção num caso, excesso de abstração noutra.⁶⁰⁴

A atividade de interpretação/aplicação do direito parte da compreensão de textos “normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão”. Caminha-se, pois, do texto e dos fatos até a norma jurídica e, em seguida, da norma jurídica para a norma de decisão, aquela que determina a solução do caso concreto⁶⁰⁵.

602 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

603 *Idem*, *op. cit.*, pp. 71 e 86.

604 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gáscon. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 132. Para esse autor, se a interpretação não está orientada ou ligada a um caso concreto, “é um girar no vazio carente de sentido (a menos que se considere que tem sentido buscar o maior número possível de significados encerrados nos enunciados da lei, segundo um ideal de uma interpretação exclusivamente teórica que propõe a teoria pura do Direito)”. O direito, portanto, está necessariamente ancorado à realidade. (*Op. cit.*, pp. 120-122 e 145).

605 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 72-73.

É mister agora, mais uma vez, estremar interpretação de poder discricionário, desta feita sob outro prisma.

Para Ronald Dworkin, fala-se em poder discricionário quando uma pessoa tem o encargo de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Empregando a conhecida metáfora do espaço vazio no centro de uma rosca, afirma que o conceito de poder discricionário está relacionado a uma faixa de restrições ou padrões, e tem significado ambíguo.

Segundo Ronald Dworkin, o significado da expressão “poder discricionário” depende do contexto em que é empregada: em sentido fraco, significa que a autoridade pública não aplica padrões mecanicamente, pois deve fazer uso de sua capacidade de julgar; em um segundo sentido fraco, reporta-se à constatação de que uma autoridade pode tomar uma decisão em última instância, que não pode ser revista ou cancelada por nenhuma outra, e, em sentido forte, significa que seu titular, quando decide, não se sujeita a qualquer padrão estabelecido por outra autoridade⁶⁰⁶.

Enquanto Herbert Hart considera que a autêntica discricionariedade é exercida apenas nos chamados casos difíceis⁶⁰⁷, Ronald Dworkin a recusa abertamente, pois entende que, à luz do Direito, sempre existe uma resposta correta⁶⁰⁸ e o juiz, “mesmo nos casos difíceis, tem o dever

de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”⁶⁰⁹.

Eros Grau também nega, peremptoriamente, a discricionariedade judicial, isto é, a possibilidade de o intérprete autêntico produzir normas livremente, no exercício de discricionariedade. A seu ver, a

abertura dos textos de direito, embora suficiente para que o direito permaneça a serviço da realidade – daí a necessidade do emprego de conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos – não é absoluta, e o intérprete por eles estará permanentemente atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.⁶¹⁰

Em repúdio ao entendimento de que o juiz atuaria no campo de uma certa discricionariedade, Eros Grau assevera que ao juiz não compete a formulação de juízos de oportunidade, mas sim, e exclusivamente, de juízos de legalidade.

Ainda que não seja o juiz, meramente, “a boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade – não será demasiada esta repetição – é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formação.⁶¹¹

606 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 50-51. Eros Grau, ao discorrer sobre a teoria de Ronald Dworkin do poder discricionário, afirma que, “em sentido fraco, a expressão é frequentemente usada para referir que uma determinada razão impede que alguém aplique determinados *standards* de modo mecânico, exigindo que esse alguém formule um tipo de julgamento – dizendo-o ao meu modo: o *poder discricionário*, neste sentido, fraco, diz apenas com o fato de que a aplicação de qualquer ordem, indicação, conceito etc. reclama alguma interpretação; ou seja, reclama um agente capaz de raciocinar, portanto não imbecil ou idiota. Neste sentido, discricionariedade = capacidade de raciocínio. Em um segundo sentido fraco, a expressão é usada para referir que uma determinada pessoa é titular da derradeira capacidade de tomar uma decisão, que não pode ser controlada ou anulada por outra pessoa. Neste sentido, v.g., o Supremo Tribunal Federal seria dotado de poder discricionário para decidir a respeito da constitucionalidade de certo ato. Em sentido forte, poder discricionário refere que o seu titular não está vinculado, ao tomar decisões, a qualquer *standard* estabelecido por outra autoridade”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193).

607 ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 18, em especial nota de rodapé nº 22.

608 ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y limites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 9, nota de rodapé nº 3. FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Lustel, 2005, p. 38.

609 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

610 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 207-208. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. Portanto, o texto da norma atua como um limite negativo ao âmbito de liberdade de interpretação. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.093-1.094).

611 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 52-53. LÊNIO LUIZ STRECK, corretamente, aponta a impropriedade de se aproximar a discricionariedade judicial da discricionariedade administrativa. Se esta última foi concebida, classicamente, como ato da administração na qual o Judiciário não poderia intervir, indaga ele, como transplantar a insindicabilidade do mérito administrativo para o plano da decisão judicial? (STRECK, LÊNIO LUIZ. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39).

Comumente se utiliza a expressão “discricionariedade judicial” para afirmar que: i) os juízes são os últimos aplicadores do direito (suas decisões não podem ser corrigidas, fazem coisa julgada); ii) as normas jurídicas não são aplicadas mecanicamente, reclamando um intérprete; ou que iii) os juízes devem suprir lacunas do direito, quando se manifestem. “Nada disso, contudo, é discricionariedade (= juízo de oportunidade); tudo isso é interpretação (= juízo de legalidade)”⁶¹².

Assim, arremata Eros Grau, o que se tem erroneamente denominado de discricionariedade judicial é o poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas, que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). Enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos procedida, subjetivamente, pelo agente, o juízo de legalidade é atuação que o intérprete desenvolve – repita-se – atado, retido pelo texto normativo e também pelos fatos⁶¹³.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque aduz que se ao juiz fosse atribuído poder discricionário, o seu exercício restaria imune ao controle das instâncias superiores, uma vez que qualquer das soluções por ele adotada seria conforme o direito e não poderia ser revista. “Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma”⁶¹⁴.

612 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 208-209.

613 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 209-210. De acordo com esse autor, “a interpretação é expressão de uma manifestação constitutiva, que envolve uma decisão. Essa decisão é assumida – insisto – mediante a formulação de um juízo de legalidade – não de um juízo de oportunidade (= discricionariedade). Não obstante, a doutrina insiste no equívoco de confundir discricionariedade (juízo de oportunidade) com a liberdade de pensar, própria da natureza do homem”. Os pensamentos, portanto, são livres, dentro da moldura da legalidade. “Ainda quando o intérprete autêntico cogite dos princípios, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro – ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico – porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir – pondera-se o direito, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 209).

614 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*, Rio

Em suma, entendida a discricionariedade judicial como “margem de atuação”, em decorrência da imprecisão ou indeterminação do Direito, ela se confunde, em verdade, com a atividade de interpretação⁶¹⁵.

3-7-3-3. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E INDIVIDUALIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL NO PROCESSO PENAL

Hans Kelsen, ao exemplificar a indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito, cita a lei penal que prevê, para um crime, multa ou pena privativa de liberdade, e “deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado pela própria lei um limite máximo e um limite mínimo”⁶¹⁶.

A partir desse exemplo, afirma-se – erroneamente, como adiante exposto – que o juiz, na individualização da pena, tem amplos poderes discricionários, na medida em que está autorizado a escolher entre distintas alternativas fixadas pelo Código Penal (multa ou pena privativa de liberdade; fixação da pena entre o mínimo e o máximo legal; fixação do regime prisional; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, suspensão da execução da pena etc.)⁶¹⁷.

de Janeiro, Forense, nº 354, pp. 187-195, mar.abr. 2001. A seu ver, “caso se atribua à expressão ‘discricionariedade’ o significado de ‘maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes’, então o juiz a exerce. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Pinto aduz que o poder discricionário do juiz significa certa margem de liberdade de interpretação, a qual denomina “liberdade de investigação crítica”. Acrescenta que não se podem confundir as dificuldades que existem em saber qual é, substancialmente, a melhor solução, com uma indiferença que haveria em relação à escolha da solução A ou B, pois o juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais poderia escolher, indistintamente, um. Admitir esse tipo de discricionariedade importaria em subtrair a decisão a qualquer forma de controle por parte das instâncias superiores. (PINTO, Teresa Arruda Alvim. Existe a “discricionariedade” judicial? In: *Revista de processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 70, pp. 232-234, abr.jun. de 1993).

615

Lênio Luiz Streck rejeita a discricionariedade judicial, ainda que entendida como grau de liberdade dado ao intérprete (“chame-se-o como quiser”), por reputar que se trata de um espaço de anomia, não sujeito a controle contencioso, que colide frontalmente com o Estado Democrático de Direito. (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 38-47, p. 222 e pp. 268-278).

616

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 365.

617

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 71-129) e Manuel Segura Ortega (In: ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp.