

**DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO À LUZ DO
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

*DISCRETION OF MAGISTRATE IN LIGHT OF THE
PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY*

Giovana Abreu da Silva Seger *
Felipe Osvaldo Guerreiro Moreira **

Resumo: Este artigo apresenta uma brevíssima visão acerca da atual sensação de alguns membros do Poder Judiciário de que suas decisões possuem verdadeiro caráter de ilimitação, o que caracteriza verdadeiro exacerbo à interpretação que necessariamente é levada a efeito por um magistrado. Para tanto, conceitua-se a discricionariedade e discute-se acerca de sua existência – ou não – no atual momento jurídico brasileiro. Elencados tais pontos, o cerne do estudo vem à tona, porquanto se discute até que ponto a discricionariedade judicial se sustenta à luz do princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Discricionariedade Judicial. Princípio. Segurança Jurídica. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This paper presents a very brief overview about the current feeling of some members of the judiciary that their decisions have real character of limitlessness, which characterizes true exacerbated the interpretation that is necessarily carried out by a magistrate. Therefore, to conceptualize discretion and discusses about its existence - or not - at the present Brazilian legal. Listed such points, the core of the study comes out, because discussing the extent to which judicial discretion is based on the principle of legal certainty.

Keywords: Judicial Discretion. Principle. Legal Security. Democratic State.

* Advogada. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Regional de Blumenau. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil.

** Aluno de Graduação do 8o Semestre da Universidade Regional de Blumenau.

1 INTRODUÇÃO

Não se afigura novidade para uma pessoa familiarizada com o Direito – e, evidentemente, com seus conceitos – a afirmação de Larenz, citado por Eros Roberto Grau de que “interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada”.¹

Deste modo, o presente artigo científico tem como assunto o instituto da discricionariedade judicial.

Há, entretanto, uma dúvida recorrente entre os que devem proceder à interpretação referida e, especialmente, entre os que são “alvo” de tal análise: quais são os limites impostos aos que julgam as lides? Podem estes se afastar drasticamente da norma positivada?

Para tanto, pretende-se neste artigo estudar a discricionariedade judicial, traçando seu conceito, suas principais características, averiguando-se, por conseguinte, a existência ou inexistência do controle no ordenamento jurídico.

2 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Para que se tenha uma compreensão adequada do tema proposto, faz-se necessário trazer à tona breves conceitos operacionais descritos por renomadas doutrinas jurídicas.

Nesta seara, evidentemente, a elaboração de um juízo acerca do que consiste a discricionariedade é medida que se impõe. Eros Roberto Grau² adverte que, para tanto, é preciso haver uma clara distinção de tal conceito com o de interpretação, porquanto esta se resume à formulação de juízos de legalidade, ao passo que aquela – na qual se adentrará mais à frente este estudo – é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade.

Há de se ressaltar, ademais, que o mencionado juízo de legalidade (levado a efeito na interpretação) é aquele em que o magistrado atua no campo da prudência, desenvolvendo sua

¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283.

interpretação por intermédio do contido no texto normativo, enquanto no juízo de oportunidade (verificado quando da discricionariedade) há uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente interpretativo³.

A análise da discricionariedade, entretanto, não deve ser considerada de maneira apartada da interpretação, eis que consiste a primeira em uma exacerbação da segunda, conforme adiante disposto neste artigo.

Dworkin⁴, ao tratar da temática de maneira ampla, afirmou que, em primeiro lugar, interpretar quer dizer tentar entender algo de maneira particular e especial, de modo a descobrir os motivos ou as intenções do autor; e em segundo momento significa tentar mostrar com exatidão o objeto interpretado.

Atendo-se especificamente à interpretação no âmbito jurídico, Eros Roberto Grau⁵ a concebe como um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, alcançam os intérpretes a determinação de um conteúdo normativo, o que – se analisado mais friamente – trata-se de verdadeira produção da norma.

Corroborando tal entendimento, pontua Rigaux⁶ que, quanto mais um magistrado possui relevância na hierarquia do Poder Judiciário, mais este se aproxima do exercício de uma função quase legislativa (dada a extrema importância destinada às decisões por ele proferidas).

Vem à baila a questão, de quando, pois, deve o juiz partir para interpretação como modo de resolução das lides que lhe são trazidas. Referida discussão, frisa-se, deve ter necessariamente como palco os entendimentos das escolas do Direito livre e do Direito constituído, tendo em vista suas abissais discordâncias.

Na primeira delas, consoante as lições de Bobbio⁷ fazem crer, combate-se

³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 283.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*, p. 66.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83.

⁶ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La Loi des Juges*, p. 323.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p. 122.

drasticamente o intitulado dogma da completude, o qual pode ser entendido como a abolição da crença de que o Direito estatal é completo em seu ordenamento (exatamente o oposto da segunda, que vê no Direito a característica da completude).

Tais escolas, por evidente, entendem a interpretação de maneira absolutamente distinta. Enquanto o Direito livre – levando em consideração a ocorrência de diversas lacunas no ordenamento jurídico – aduz que deve o magistrado exercer seu poder criativo para os casos que as relações sociais suscitam além e fora de toda a regra pré-constituída, o Direito constituído postula que o dever do intérprete está adstrito à atividade de tornar explícito aquilo que está implícito na mente do legislador⁸.

Tais lacunas *supra* mencionadas, as quais devem ser mitigadas por parte do intérprete, foram alvo da obra de Carnelutti citado por Bobbio, na qual mencionou-se que os métodos de complementação de um ordenamento jurídico falho podem consistir na heterointegração ou na auto-integração:

O primeiro método consiste na integração operada através do: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei). O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.⁹

Escritas breves linhas, portanto, a respeito do conceito de discricionariedade e sua inseparabilidade com a interpretação, urge questionar a existência – ou não – de tal discricionariedade por parte dos que atualmente estão incumbidos de vestir a toga.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 123.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 146 a 147.

3 EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE UMA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Nada obstante Eros Roberto Grau¹⁰ negar veementemente a discricionariedade judicial, observa-se que este o faz embasado no fato de que a designação de discricionariedade utilizada por ele é, na verdade, “(...) poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos”.

Aludido doutrinador, com a perspicácia que lhe é peculiar, teve por escopo mencionar que, ao contrário do atualmente entendido, a discricionariedade na verdade é algo inerente à condição de magistrado, não podendo ser confundida com a arbitrariedade ao decidir.

Este estudo, entretanto, tratará da discricionariedade por intermédio de seu significado atual no âmbito jurídico, intrinsecamente atrelado aos conceitos dispostos por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹¹, o qual atribui à expressão “discricionário” o significado, dentre outros, de alguém que procede algo sem restrições ou condições, de maneira arbitrária.

Tratar-se-á, portanto, da percepção de determinados setores do Poder Judiciário de que não há qualquer limitação à respectiva atuação judicante. Imprescindível mencionar o Rigaux, quando este arrazoza na seguinte toada:

Ninguém ousaria mais sustentar hoje que o juiz é apenas “a boca da lei”. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é frequentemente obscuro,

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56 a 57.

¹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 690.

antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.

Depois que o juiz declarou certos fatos estabelecidos sob a qualificação que ele lhes atribui, resta-lhe deduzir do dispositivo da norma as consequências jurídicas próprias de situação particular, sendo essa própria parte da decisão judiciária denominada "dispositivo". Os deveres que ela implica são menos complexos que as operações de qualificação que a precederam.¹²

Acerca das obscuridades referidas por Rigaux, o conceito de completude de Norberto Bobbio¹³ deve ser trazido à discussão, eis que para ele tal característica deve ser compreendida como propriedade de um ordenamento jurídico que tem uma norma para regular qualquer caso, significando, desta forma, a absoluta ausência de lacunas.

Ora, não demanda muita ponderação a conclusão de que tal ordenamento é, como a própria característica recém mencionada, impossível de ser realizado na prática.

Nesse contexto, torna-se claro que, em determinados casos, ao magistrado é necessária a resolução de problemáticas que vão além do caso fático a ele posto, porquanto para tanto é essencial sopesar, por exemplo, um confronto entre normas de idêntica hierarquia.

A respeito desta falha jurídica, François Rigaux afirma que “a principal função do juiz, antes mesmo de dirimir conflitos entre os interesses humanos, entre os direitos individuais e o bem da coletividade, é desarmar os conflitos de normas”.¹⁴

A prática jurídica leva, todavia, à conclusão de que determinados magistrados – estejam eles no topo ou na base da cadeia hierárquica do Judiciário – em pontuais momentos ultrapassam aludido poder, de tal modo que, muito embora seja a lei clara a respeito de determinado fato, aqueles entendem de maneira absolutamente diversa.

Lenio Luiz Streck¹⁵ esclarece que os juízes julgam de acordo com a sua consciência ou seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei, sob o pressuposto de que estão agindo sob o manto do poder discricionário. O referido autor critica a discricionariedade que reside na

¹² RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, p. 71.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 115.

¹⁴ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, Prefácio XV.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

transformação de juízes em legisladores¹⁶.

Exemplos não faltam, mas se furta este estudo a mencionar somente um deles: a decisão advinda do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.016.893:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO VINCULAÇÃO DO STJ. **FALÊNCIA. PROTESTO ESPECIAL. DESNECESSIDADE.** RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO. SÚMULA N. 361-STJ. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. O juízo prévio de admissibilidade do recurso especial não vincula o Superior Tribunal de Justiça. 2. **"É prescindível o protesto especial para a formulação do pedido de falência."** (REsp 1052495/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 18/11/2009) 3. "A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu." Súmula n. 361 do STJ. Concluído pelo Tribunal local que houve a devida identificação, o reexame da questão esbarra no enunciado n. 7, da Súmula do STJ. Não se exige, ademais, que a pessoa identificada tenha poderes formais para o recebimento da referida notificação. 4. Agravo regimental não provido".¹⁷ (grifo nosso)

Passa-se à comparação do embasamento jurídico de tal julgamento (a saber: alegada desnecessidade de protesto especial para fins falimentares quando do pedido de falência) com o disposto na Lei de Falências¹⁸, o que evidencia uma contradição entre o rogado em decisão judicial e o empregado na norma positivada:

"Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:
I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
(...)
§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o **pedido de falência será instruído** com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9o desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos **instrumentos de protesto para fim falimentar** nos termos da legislação específica". (grifo nosso)

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

¹⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.016.893. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 01/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16974739&sReg=200703010809&sData=20110908&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 23 jul. 2012.

O presente artigo não pretende questionar especificamente o mérito da decisão colacionada, muito menos tecer comentários a respeito do texto legal igualmente transcrito, mas sim trazer à tona um questionamento: a jurisprudência – e, via de consequência, a interpretação de um magistrado – deve prevalecer sobre o texto legal?

François Rigaux¹⁹, ao tratar do que intitula como “doutrina do precedente”, afirma que não há qualquer relação causal de coercitividade entre uma linha de precedentes e os termos da decisão de outro juiz.

Não se concebe nos dias atuais, evidentemente, a ideia exegética e absolutamente hermética de que “o código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”²⁰, muito menos no “poder criativo”²¹ exacerbadamente atribuído ao magistrado.

Firmado este pressuposto, retorna-se ao complexo caso elencado acima (contradição entre o disposto em lei federal e determinada decisão do STJ), e uma dúvida persiste: de que maneira devem portar-se os magistrados inferiores no sistema hierárquico do Judiciário?

Se forem contra o legalmente previsto e acolherem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, estarão desrespeitando o que Rigaux²² denomina de relação dinâmica entre legislador e juiz. Ademais, evidentemente estarão contrariando vigência de lei federal, o que autoriza a interposição de Recurso Especial – consoante o art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal²³ – que, ironicamente, será direcionado para o próprio STJ.

Está, pois, caracterizado um verdadeiro caos jurídico. O próprio Tribunal destinado a afastar qualquer afronta às leis federais está o fazendo, não sendo dado ao Juiz de Primeiro Grau

¹⁹ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, p. 320 a 321.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 121.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 123.

²² RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, p. 322.

²³ "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;(...)".

de Jurisdição uma segurança a respeito de quem deve respeitar (os ministros dos Tribunais superiores ou a figura do legislador).

O que dizer, então, do cidadão que imagina, *a priori*, ser seu dever cumprir a norma da maneira que está positivada? Estará, infelizmente, imerso em um mar de divergências jurídicas, de tal sorte que não saberá se segue o redigido na lei ou o que os juízes dizem estar nela disposto.

Assim sendo, não pairam dúvidas acerca da existência de uma discricionariedade judicial (se analisada sob a ótica da percepção de determinados ramos do Judiciário quanto ao suposto caráter ilimitado de suas decisões). Uma questão, contudo, ainda merece maiores comentários: até que ponto tal discricionariedade afeta o princípio da segurança jurídica²⁴?

4 O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Nesta toada de idéia a respeito do conceito de discricionariedade e sua respectiva existência, relevante é sua análise à luz do princípio da segurança jurídica, o qual é caracterizado como norteador de um Estado Democrático de Direito.

O Princípio da Segurança Jurídica é considerado um elemento complementar do Estado Democrático de Direito, ou seja, um de seus princípios basilares, porém, o que se vislumbra da realidade atual de nosso ordenamento jurídico pátrio é um espaçamento cada vez maior do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, antes faz-se necessário mencionar que o princípio é uma das fontes do direito, pois estas, a teor do levantado por Norberto Bobbio²⁵, são os fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.

Mello, citado por Luís Roberto Barroso²⁶, ao seu turno, nota que o princípio é, por

²⁴ A segurança jurídica é tida como uma das colunas de base do Estado de Direito. Tal princípio foi positivado como um direito fundamental no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 e lançado, por exemplo, nos incisos XXXVI (consagração do respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito) e XL (irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu) do referido art. 5º.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico, p. 45.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 285.

definição, o mandamento nuclear de um sistema, consistindo em verdadeiro alicerce deste, de tal forma que se irradia sobre todas as normas do ordenamento jurídico a que pertence (conferindo-lhe verdadeiro sentido harmônico).

Nesta trilha, Bueno²⁷ ressalta que os princípios formam a base de um ordenamento jurídico, porquanto são as ideias fundamentais e informadoras de uma organização jurídica, tendo como objetivo a concessão de um aspecto de coerência, logicidade e ordenação ao aludido sistema jurídico.

Canaris, citado por Eros Roberto Grau²⁸, por sua vez, observa que o direito, enquanto sistema, necessariamente é definido como uma ordem axiológica ou teleológica composta justamente por princípios.

Delineadas, pois, brevíssimas linhas a respeito de tais conceituações, aponta-se o foco do estudo para o princípio da segurança jurídica.

No Direito brasileiro, há previsão constitucional de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVI, da CF²⁹, o que, de certo modo, positiva o princípio mencionado.

Para que haja um perfeito entendimento de tal norma constitucional, todavia, tem de se recorrer à Lei de introdução às normas do Direito brasileiro³⁰. Isso porque, não obstante seja anterior à Carta de 1988, a LINDB traz adequadamente os seguintes conceitos: “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (art. 6º, §1º), “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, §2º) e “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, §3º).

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm> Acesso em: 23 ago. 2012.

³⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Nesta linha, Canotilho³¹ entende que o princípio da segurança jurídica deve ser identificado como a capacidade de o cidadão confiar que os seus atos ou decisões públicas incidentes sobre seus direitos, praticadas de acordo com a ordem jurídica vigente, se ligarão aos efeitos jurídicos duradouros (previstos ou calculados com fulcro nessas mesmas normas), de tal modo que apontam para os seguintes direitos: proibição de leis retroativas, inalterabilidade da coisa julgada e irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos.

A propósito, transcreve-se notável distinção trazida por Reale³²:

Há, pois, que distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia. É a razão pela qual Teófilo Cavalcanti Filho, na monografia que dedicou ao problema da segurança, sentiu a necessidade de estudar a “segurança” concomitantemente com a “certeza”, a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema.

Eros Roberto Grau³³, ao tratar do tema, postula que referida certeza jurídica é sempre relativa, pois a interpretação do direito é uma prudência, sendo absolutamente inviável admitir que haja apenas uma interpretação para cada caso.

Aliás, a indagação de Rigaux³⁴ vem a calhar quando se trata de segurança jurídica: “A título de quê, em virtude de quê, em nome de quem, a ciência do direito – provavelmente a mais conjectural de todas as ciências – assumiria o domínio de um discurso de verdade?”.

Utilizando a lição de Rigaux transcrita, retorna-se ao questionamento proposto anteriormente neste estudo, consistindo este na análise do controle da discricionariedade judicial em face do princípio da segurança jurídica.

Após decompor os temas neste artigo, afigura-se claro que a discricionariedade – se analisada sob a ótica de que há uma suposta ilimitação nos atos jurisdicionais – de fato afeta, e

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 373.

³² REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

³³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 287.

³⁴ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, Prefácio p. XIV.

muito, o basilar princípio da segurança jurídica.

Isso porque, conforme Schmitt citado por Eros Roberto Grau³⁵, a intitulada “tirania dos valores” pode abalar sobremaneira a ordem jurídica posta, eis que, a teor do que Hartmann citado por Schmitt citado por Eros Roberto Grau³⁶ entende, há sempre o “reverso fatal”: os valores não somente concedem o direito a alguém, mas também atingem diretamente o direito de outrem, que muitas vezes o via como evidente na norma jurídica positivada.

Obviamente não se está a dizer, de outro turno, que o magistrado deve interpretar a norma somente quando há ambiguidade ou lacuna, uma vez que se trata de entendimento extremamente descabido e ultrapassado³⁷, até porque, conforme Grau³⁸ adverte, jamais pode se conceber a ideia de que existe uma única resposta correta para o caso jurídico concreto.

No que tange à necessidade de um “meio-termo” entre a interpretação excessiva e a aplicação estática da lei, as insuperáveis linhas de Miguel Reale³⁹ não devem ficar de fora deste estudo:

(...) se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.

A respeito da interpretação Lenio Luiz Streck esclarece que:

(...) a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação - como a melhor,

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

³⁷ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges, Prefácio p. XIII.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

³⁹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.⁴⁰

Candido Rangel Dinamarco citado por Lenio Luiz Streck em sua obra *Instrumentalidade do Processo*, afirma, sem ressalvas, que:

(...) o juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença (...) o juiz é o legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.⁴¹

Objetiva-se, portanto, uma razoabilidade na interpretação valorativa levada a efeito pelos juízes das mais diversas instâncias, de tal sorte que o cidadão não se sinta desorientado quando recorra ao Judiciário, posto que atualmente seu caso – e, muitas vezes, sua vida (seja no âmbito financeiro, familiar, moral ou em relação à sua liberdade) – está nas mãos de um malfadado sorteio realizado pela distribuição judicial, dada a absoluta inexistência de uniformização da jurisprudência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizadas as pesquisas a respeito do tema proposto, tem-se como evidente que a discussão entre a Escola Exegética (responsável pelo entendimento de que deve o magistrado se ater ao conteúdo estrito da lei) e a do Direito Livre (para a qual o togado deve exercer seu poder criativo além e fora de toda a regra pré-constituída) possui diversos meandros, mas que um ponto não deve ser esquecido: ao juiz simplesmente não é dada a possibilidade de interpretar o texto ao seu bel prazer.

Consoante já disposto expressamente em momento anterior neste artigo, não está a se propor uma interpretação fria – e, portanto, descompassada com a realidade – da lei, tendo em conta que um julgamento conduzido de tal maneira dificilmente produzirá uma pacificação social, justamente o que se espera do Poder Judiciário.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42.

Assim sendo, deve o magistrado se pautar na norma positivada, muito embora não esteja absolutamente a ela adstrito, de modo que não se resuma à concepção antiga de que é somente a *bouche de la loi*, mas igualmente não se transforme em um inconsequente criador de normas jurídicas não postas e incompreensíveis para os que devem cumpri-las.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

BRASIL. **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.016.893. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 01/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16974739&sReg=200703010809&sData=20110908&sTipo=5&formato=PDF>.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: Law's empire.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : La Loi des Juges.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RECEBIDO EM: SET/2012

APROVADO EM: NOV/2012

