

DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

DISCRETION AND LEGAL INTERPRETATION

*Mauricio Martins Reis**

Resumo: O artigo, ao analisar o conceito de discricionariedade, especialmente com base nas lições de Castanheira Neves, pretende problematizar alguns postulados hermenêuticos. O objetivo assegurar refletir algumas consequências importantes para a interpretação jurídica e para a jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Discricionariedade. Interpretação jurídica. Jurisdição constitucional.

Abstract: The article, by analyzing the concept of discretion, especially based on the lessons of Castanheira Neves, intends to problematize some hermeneutical assumptions. The purpose ensures reflect some important consequences for interpreting legal and constitutional jurisdiction (judicial review).

Keywords: Constitution. Discretion. Legal interpretation. Judicial review.

* Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS, Doutorando em Filosofia pela PUCRS, Professor universitário (IMED, UNISINOS e FADERGS).

O artigo leva em consideração alguns postulados atualmente recorrentes no âmbito da hermenêutica constitucional e resolve, selecionando alguns, brevemente comentar algumas de suas implicações. Não há mais textos jurídicos onde não se vislumbrem aspectos, em maior ou menor profundidade, como a discricionariedade, os princípios constitucionais, a múltipla possibilidade de interpretações diante de um texto normativo, a ponderação, dentre outros tantos prismas conexos ao tema da aplicação ou concretização normativa. Realizaremos, por primeiro, uma abordagem acerca da discricionariedade, com esteio no filósofo português, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Castanheira Neves, para então deduzir algumas conclusões sobre alguns outros postulados interpretativos, invariavelmente convocados no discurso acadêmico, porém dificilmente compreendidos se tomados numa ótica de harmonização coerente em direção à correspondente concretização para o mundo da vida.

A pergunta fundamental e elementar considerada por Castanheira Neves na sua notável digressão acerca do problema da discricionariedade perpassa por uma mais abrangente – e nevrálgica – perspectiva, qual seja, a aplicação do direito, com o que se pode dizer que a discricionariedade, nos termos da reflexão ora proposta, longe de se divorciar do paradigma hermenêutico da decisão justa (correta) ou constitucionalmente adequada, em verdade é transportada ao alcance de uma importante – e essencial – diferença ontológica ao predicado da arbitrariedade e não, como histórica e comumente se lhes costuma relacionar, por um equivocado sentido de antonomásia em vista de sua pretensa equivalência. Segundo Castanheira Neves, considerando ele tal nota como aspecto fundamental, há de se ver excluída a possibilidade de a discricionariedade se confundir com o arbítrio (mesmo tomada aquela no sentido comum do termo), especialmente por força da vinculação normativa “imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus prin-

cípios constitucionais” (NEVES, 1995, p. 539). Nas palavras do filósofo, “o problema da discricionariedade surge deste modo solidário com o problema da objectividade metodológica do jurídico” (NEVES, 1995, p. 549). Prossegue o autor: “o que nos diz que no próprio problema da discricionariedade vai já hoje apontada a necessidade de uma revisão metodológica do sentido e estrutura da aplicação do direito” (NEVES, 1995, p. 550).

Ao afirmar que do ponto de vista da norma jurídica não se poderia supor uma única solução válida em abstrato, indaga o professor de Coimbra se “do ponto de vista do caso concreto continuará a ser aceitável uma pluralidade de soluções válidas, ou deverá antes ter-se por unicamente válida aquela decisão que lhe for concreta e materialmente adequada?” (NEVES, 1995, p. 544). Poderia o caso concreto, mais especificamente, admitir outra decisão “que não seja aquela que para ele for a única juridicamente adequada?” (NEVES, 1995, p. 544).

A gênese da discricionariedade, debatida preponderantemente em fartas linhas do direito administrativo, embora, nos dias atuais, celebrada a título de vinculação normativa (constitucional) nos moldes do Estado Democrático de Direito, a preterir a possibilidade de arbítrio, continuaria a ser definida pelo princípio da pluralidade de decisões válidas. E isto significa a impossibilidade metodológica de sustentar que a resposta do caso concreto seja a singularmente acertada, porque uma outra qualquer que se mantenha nos limites do vazio normativo ou da indeterminação ínsita à situação específica considerada seria tão adequada por força do invencível enquadramento da subjetividade convocada pela autoridade legitimada a decidir. A validade, pois, nada obstante a existência do controle do arbítrio por força das exigências formais, refratárias ao vício do comportamento fiscalizado, passaria necessariamente pelo aspecto da subjetividade (NEVES, 1995, p. 547), pela legitimação decisória anterior responsável por absolver uma qualquer resposta, desde que enquadrada na moldura flexível deixada pelos preceitos legais

envolvidos, de maneira a fazer supor a possibilidade de múltiplas respostas – equivalentes – para a concreta situação investigada.

Fato é que a discricionariedade vem referida por um distanciamento – uma provocada cisão – ao âmbito de aplicação no direito, subjazendo neste pressuposto metódico – epistemologicamente assente em estruturas do pensamento jurídico contemporâneo (positivismo legalista) – a identificação da juridicidade com a rasa subsunção interpretativa segundo a qual a decisão adequada (única) viria já delimitada *a priori* na própria regulação prescritiva da norma jurídica. Desta feita, em pólos opostos, reinam duas alternativas indesejáveis: apelar-se-ia à discricionariedade de respostas concorrentes – e corretas – aos casos concretos ou à descoberta da abstrata vontade legislativa insurgente da única decisão aceite como definitiva. A interpretação incorreria em relativismo na primeira opção e recairia em singela exegese semântica de acordo com o segundo termo. Desta feita, a aplicação do direito seria, respectivamente, banalizada (e, pois, desmerecida) como lacuna da subjetividade na figura do intérprete ou subsumida na anterior – e exauriente – dimensão da interpretação lingüística do ordenamento jurídico.

Importante referir que a crítica procedida por Castanheira Neves bem se dirige, assim, contra a tradicional bivalência opositora entre subsunção e discricionariedade, e, pois, dos baluartes ideológicos ora sedimentados, com o que não evitará de abordar seja a impossibilidade de interpretar objetivamente os casos reputados como discricionários, seja o déficit de domínio fixo alegadamente alcançado na circunscrição dos conceitos determinados e, pois, suscetíveis de (pretensa) inequívoca resolução. Castanheira Neves empreende, para o fito de sobrelevar a unicidade do problema quanto à discricionariedade numa unitária perspectiva abrangente de estirpe metodológica, a abraçar tanto a discricionariedade administrativa quanto a jurisdicional, um histórico quanto à evolução de uma e outra, para, enfim, abordá-la no centro da aplicação do direito ou,

noutros termos, à conexas problemática da interpretação jurídica, em cuja circularidade incorre, para fechar o círculo hermenêutico, um ponto de partida diverso ao ponto de chegada, conquanto a pré-compreensão, ainda que retomada, na realização geométrico-existencial do círculo, nos mesmos termos propositivos anteriormente assentados nesta predisposta situação hermenêutica de partida, seja inequivocamente repensada para efeito de conferir-lhe legitimidade autêntica diante da conatural reflexão – no direito, fundamentação – desta viragem em espiral. O histórico da discricionariedade administrativa (NEVES, 1995, p. 551-563) e da discricionariedade jurisdicional contenciosa (NEVES, 1995, pp. 566-576) vem analisado par e passo ao amadurecimento do Estado de Direito.

A interpretação jurídica, tema recorrente e abundantemente explorado por Castanheira Neves desde a publicação de sua tese de doutoramento, publicada em 1967 (*Questão de Facto – Questão de Direito*), da qual deflui em autônoma completude este formidável ensaio acerca da discricionariedade no respectivo parágrafo 15, terá importantes desdobramentos no bojo de uma proposta singular esposada pelo catedrático da Universidade de Coimbra ao longo de seus escritos, a desembocar no tomo específico sobre o tema, publicado em 2003, cuja contribuição será incomensurável ao enriquecimento – por força de suas contundentes críticas – da hermenêutica filosófica lastreada sobremaneira em Hans-Georg Gadamer. Ao déficit metodológico desferido contra o pensamento filosófico emancipado em *Verdade e Método*, a partir do qual se demonstraria a insuficiência de um modelo epistemológico de validade apto a consagrar a filtragem entre juízos autênticos e inautênticos, mormente na indelevel exigência da adequada realização e aplicação do direito por intermédio da sua judicativa fundamentalidade decisória, é possível depreender, segundo o desenvolvimento teórico empreendido noutra lugar, já nas linhas antecessoras do lugar da hermenêutica em Martin Heidegger (e mesmo nas ressalvas de Castanheira Neves),

a concernência do problema da validade no seio da hermenêutica filosófica e, pois, de limites materiais quanto ao represamento de posições arbitrárias de mero capricho ou incontida subjetividade, a propiciar, então, um desenvolvimento norteado nas específicas questões relacionadas ao tema da interpretação jurídica, cujas conclusões em defesa de um constitucionalismo hermenêutico (decisões constitucionalmente adequadas) certamente são tributárias daquela importante contribuição – de autonomia digna a defender referidas temáticas jusfundamentais – na filosofia contemporânea.

O critério metodológico de demarcação da essência da discricionariedade continua a ser o dominante na doutrina especializada até hoje, influenciando nos presentes dias os cânones da interpretação e aplicação no direito, pela contumácia de requisitos objetivos – os conceitos legais ou os comportamentos relacionados à realização jurídica – a segmentar ora o espectro de decisões fungíveis, ora o esquema de soluções apodíticas (NEVES, 1995, p. 579). Não há dúvidas de que a proeminência do critério da inteligibilidade literal dos textos normativos, conforme sejam os correspondentes termos “claros” ou “nebulosos”, é a responsável pela revitalização do panorama da discricionariedade arbitrária nestes novos tempos do positivismo jurídico, ao qualificar a diferença entre texto e norma numa espécie de aprisionamento hermético desta por aquele, de cuja impossibilidade semântica de encaixe entre premissa maior e menor surge o espaço de livre decisão, absolvida pela competência da autoridade que encampa o decidir “autêntico” rumo a decisões indiferentes ou de equivalência fungível. Do quadro de classificações a que a discricionariedade resultou, no decurso histórico das contribuições dogmático-doutrinárias (NEVES, 1995, pp. 580-582), reivindicada nos moldes das proposições jurídicas prescritas em lei, por exemplo, através de orientações que admitem a decisão discricionária relativamente a todos os conceitos indeterminados ou apenas para os conceitos de valor, ou, ainda, que a reconhecem apenas na fixação

dos efeitos jurídicos (segregada da vinculada, e não-discrecional, determinação de pressupostos normativos), resulta, com grau de intensidade mais ou menos acentuado, o comum reconhecimento da “impossibilidade de cumprir inteiramente o postulado metodológico do Estado-de-direito legalista e do seu normativismo, o da aplicação apenas lógico-racional do direito” (NEVES, 1995, p. 581).

Ou seja, ainda que no bojo deficitário da exclusiva compreensão dos enunciados legais enquanto fórmulas de objetiva concretização de ordem semântica ou teleológica – pelo seu desprezo dissociado do próprio caso concreto decidendo –, a discricionariedade parece ter sido assumida como não mais inevitavelmente descartada diante da clarividência suposta dos textos normativos, quando antes eram estes, uma vez evidenciados como tais, dotados de convicção matemática suscetível de mera revelação ou constatação. Desde que se a entenda (a discricionariedade), evidentemente, como uma repercussão genuína da justaposição hermenêutica entre aplicar e interpretar, entre o problema prático do caso concreto decidendo – nesta sua exigibilidade fundamental da adequada decisão jurídica – e as relacionadas normas jurídicas de indissociável mediação interpretativa, dissonante, pois, do paradigma subjetivista de uma indiferença entre quaisquer respostas amortizadas no lacunar plexo de possibilidades deixadas a cargo do intérprete.

Seguem-se, assim, os principais contributos evidenciados pelo filósofo lusitano de que se poderá apropriar com contumácia no reclamo hermenêutico da interpretação conforme: que o problema da discricionariedade deve ser assumido metodologicamente nos quadros da aplicação do direito; que a sua genealogia, embora sujeita a indispensáveis aprimoramentos teóricos ao longo dos tempos, inequivocamente sempre se distanciou da arbitrariedade; que não há como deixar de assumir o problema da discricionariedade de maneira preponderantemente unitária entre o poder administrativo e o jurisdicional (contencioso); que a discricionariedade não se sub-

sume resolvida nos termos da legalidade prescrita nos códigos pela sua maior ou menor determinação lingüística; que a discricionariedade, enfim, está relacionada com a autonomia mediadora do juízo e com a específica (e singular) decisão concreta e, por conseguinte, resulta presente em toda a aplicação jurisdicional, sejam os dispositivos mais ou menos determinados do ponto de vista filológico. Esta última conclusão está explicitamente assumida ao final do texto, no arremate das conclusões do autor (NEVES, 1995, p. 594).

Com base em tais premissas, poderíamos levantar as seguintes reflexões.

1. A ponderação é uma característica das razões jurídicas, dos argumentos normativos, e não propriamente decorre da estrutura das normas, se regras ou princípios. Uma regra prevalecerá sobre um princípio ou um princípio prevalecerá sobre uma regra a depender da prevalência argumentativa da tese segundo os parâmetros constitucionais vigentes e levando-se em conta a resposta mais adequada ao caso sob julgamento, não apenas do ponto de vista prescritivo (esta interpretação merece prevalecer), mas, e sobremaneira, de acordo com uma lógica de rechaço das teses contrapostas eventualmente colidentes na situação ora posta.
2. O manejo dos princípios constitucionais jamais poderá ser intransitivo, ou seja, desacompanhado de razões que outorguem complementação argumentativa generalizável intersubjetivamente. Princípios assim reivindicados, isolados e ingenuamente clamados na vazia semântica de um estandarte, geram tantas e contraditórias interpretações quanto o silêncio de seus inexistentes argumentos permite procriar na vastidão imperscrutável do pensamento alheio.
3. A tese do limite textual ou gramatical da interpretação jurídica não pode antecipar a resposta à revelia do problema decidendo pendente de resolução. No limite, sua atuação argumentativa será relevada ex post, diante do impasse de interpretações diversas cuja valência constitucional seja de semelhante estatura.

Interditar a problemática da interpretação com base nesse critério empobrece a jurisdição constitucional; inclusive muitas decisões interpretativas (interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto) hoje prosperam em virtude da suspensão prudente deste juízo até que sejam levantadas todas as razões significativas que orbitam em torno de um caso considerado controverso.

4. Os precedentes obrigatórios são inimigos invencíveis da hermenêutica constitucional em tempos do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de uma falácia preguiçosa que se esquece de erigir uma diferença capital para a interpretação jurídica: o dissenso possível entre juízos levando-se em conta uma disputa argumentativa sobre dado critério normativo ou sobre matéria de prova. O dissenso sobre critério normativo é matéria tipicamente passível de uniformização jurisprudencial, com a adoção de precedentes vinculantes erigidos pelos Tribunais Supremos. A possibilidade de convivência de dois ou mais juízos diversos acerca de mesmo critério normativo (o qual sempre pode ser reduzido a perguntas ou enunciados abstratos carentes de uma resposta afirmativa ou negativa, por exemplo, se a união homoafetiva resulta compatível com a Constituição) perdura provisoriamente na hipótese de litispendência recursal perante Cortes de Estrito Direito: uma vez afirmado o critério pelo Tribunal, aplica-se-o para todos os casos pertinentes, salvo hipóteses nas quais o caso futuro ou é diverso da base fática que ensejou o precedente, ou demanda a necessidade de atualização ou revigoramento temporal do critério adotado após anos de supremacia. Por outro lado, a convivência de dois ou mais juízos diferentes amparados por diversos convencimentos sobre a valoração probatória é uma decorrência natural do espectro individual e concreto de cada processo particular.
5. O desvalor da inconstitucionalidade de ato normativo, aferido em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, afirmado

por ocasião de um julgamento concreto, culmina por confundir, e não clarear, o conceito de singularidade do caso concreto e de sua correlata e individual justiça. O juízo sobre a inconstitucionalidade da lei, cuja recusa de aplicação ao caso procede daquele prévio *discrímen* de inconformidade perante o Texto Maior, nada mais é do que um critério normativo (a lei é inconstitucional?, pergunta de característica binária) passível de generalização inconcussa (automática) para todos os demais casos diante de confirmação judiciária pelo Supremo Tribunal Federal. Ausente a lei para nortear a situação sob exame, adentramos agora, isto sim, na discricionariedade de cada julgador de buscar, para cada processo singular e irrepetível, a resposta constitucionalmente adequada cujo alcance, em retrospectiva, desnatura a suposta arbitrariedade contida neste ato complexo de dizer o direito ao fato.

Referência bibliográfica

NEVES, António Castanheira. O problema da discricionariedade. In: *Digesta*. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.