

1

PRINCÍPIOS, A [IN]SEGURANÇA JURÍDICA E O MAGISTRADO

Eros Roberto Grau¹

01. Praticamos o direito positivo – o chamado *direito moderno* – visando a que a vida social possa ser experimentada em clima de paz e segurança. Submetemo-nos ao poder exercido pelo *Estado moderno* em troca de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas. Sem a calculabilidade e a previsibilidade de comportamentos instaladas pelo direito moderno, o mercado não poderia existir.

Max Weber ensinou-nos que as exigências de *calculabilidade* e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com *estabilidade*, *segurança* e *objetividade* no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da administração.

02. O cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a *equidade*, incompatível com a calculabilidade, requisito do *direito moderno*. Era necessário transformar-se a *equidade* em um *sistema rígido de normas*, a fim de que fosse assegurada a *calculabilidade* exigida pelas transações econômicas.

Essa necessidade justificou a limitação de poder da monarquia patrimonial e do feudalismo e culminou na instituição do poder legislativo dos parlamentos. A tarefa primordial do Estado era a da criação

¹ Ministro aposentado do STF. Doutor em Direito. Professor universitário no Brasil e na Europa. Autor de dezenas de livros jurídicos nacionais e no exterior.

de uma ordem jurídica que tornasse possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações seriam cumpridas.

Cotidianamente trocamos nossa *insegurança* por nossa submissão ao *poder*. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode é a *segurança do/no mercado*.

03. De modo inusitado, contudo, o Poder Judiciário tende hoje, entre nós, a converter-se em um *produtor de insegurança!*

O que hoje se passa nos tribunais superiores, entre nós – e de modo exemplar no superior a todos eles – é de arrear. Tomando a *proporcionalidade* e a *razoabilidade* como *princípios* – em especial a primeira – reiteradamente praticada, em lugar do *controle da constitucionalidade*, controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis.

Essa desabusada transgressão é cotidianamente consumada, sem nenhum espanto despertar, porque fomos docemente conduzidos a crer que “*violar um princípio é mais grave do que violar uma norma*” e continuamos a discorrer, no ritmo do bolero de Ravel, em lições de doutrina, sobre a teoria da interpretação do direito como exercício de mera *subsunção*.

04. De modo diverso, no entanto, as normas resultam da interpretação dos textos. Texto e norma não se identificam. A norma é a *interpretação* do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.

O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.

O significado [isto é, a norma] é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos nada dizem; elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.

05. Interpretação e aplicação do direito consubstanciam uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não

nos limitamos a interpretar [= compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [= interpretamos] a realidade.

Como e enquanto interpretação/aplicação, a interpretação parte da compreensão dos textos normativos e da realidade, passa pela produção das normas que devem ser consideradas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para esse caso, consignada na norma de decisão.

Por isso convém distinguirmos as *normas jurídicas* produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade da *norma de decisão* do caso, expressa na sentença judicial.

06. 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, portanto, a distinção entre as *normas jurídicas* e a *norma de decisão*. Esta é definida a partir daquelas.

É importante, outrossim, neste passo, observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da *norma de decisão*. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair *normas de decisão*, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”, o juiz.

07. A exposição sintetizada nos itens 04 a 06, acima, permite-me afirmar, de modo claro e suficiente, que o recurso à *proporcionalidade* e a *razoabilidade* somente se justifica – única e exclusivamente, tem sentido – no momento da formulação da *norma de decisão*.

A prática, pelos tribunais, dos controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis consubstancia uma excrescência, apenas concebível no torvelinho do delírio dos princípios. E a chamada *ponderação entre princípios* instala a insegurança e a incerteza, permitindo que cada juiz decida no plano do que um dia foi chamado de *direito alternativo*, à margem do direito positivo, da lei e da Constituição.

Abro mão, neste passo, de qualquer exposição teórica para desnudar a absoluta incerteza dessa *ponderação*. Proponho que o leitor examine votos proferidos no HC 82424/RS, no STF, em que foi examinada

a publicação de um livro antissemita. Dois ministros fizeram uso do “princípio” da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, ponderando-as. Fizeram-no para alcançar conclusões – e decisões – opostas. Um deles entendeu que a restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável, logo não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição. Outro, que a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de coibir-se a intolerância racial e preservar-se a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional, logo permitida pela Constituição.

08. Cada um, com seus valores pessoais, lendo a Constituição ao seu gosto pessoal. Em voto na ADPF 144, ao tempo em que exerci a magistratura no STF, alinhei razões que passo parcialmente a reproduzir.

O Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra. Não hão de ter faltado éticas e justiça à humanidade. Tantas éticas e justiças quantas as religiões, as culturas, os costumes em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia apenas muito dificilmente é conciliável com a realidade.

09. O fato é que a única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na legalidade e no procedimento legal, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o *direito moderno*, identificado à lei. A cisão enunciada na frase atribuída a Cristo – “*a César o que é de César, a Deus o que é de Deus*” – torna-se definitiva no surgimento do *direito moderno, direito do modo de produção capitalista, direito posto* pelo Estado, erigido sobre uma afirmação a atribuir-se a Creonte, ainda que não formulada exatamente nessas palavras: “*Prefiro a ordem à justiça*”. No direito moderno se opera a separação absoluta entre *posto* e *pressuposto*, entre *lex* e *ius*.

Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*! Vamos à Faculdade de Direito aprender *Direito*, não *justiça*. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história.

Lembro, a esta altura, uma afirmação de Kelsen: “A *justiça absoluta só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus; temos de nos contentar, na terra, com alguma justiça simplesmente relativa, que deve ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada*”.

10. É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise. Mas o que se passa agora é ainda mais grave, porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras e princípios por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica – a sociedade, como que já não lhe dá mais crédito, e inúmeras vezes se precipita na busca de uma razão de conteúdo, colocando-nos sob o risco de substituição da racionalidade formal do direito [com sacrifício da legalidade e do procedimento legal] por uma racionalidade construída a partir da ética (qual ética?), à margem do direito.

A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de *justiça*, ignora que ela não existe em si e que é incabível, como observara Epicuro, discutirmos a “justiça” ou “injustiça” da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma, nem outra [*justiça* ou *injustiça*], existem em si; os sentidos, de uma e outra, são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança social, tal como concebida, em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma *teoria da justiça*, porém, na dicção de Habermas, uma *teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico*.

11. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número de pessoas, as promessas de *liberdade*, da *igualdade* e *fraternidade*. Outra coisa é a pretensão de substituir-se o direito pela moralidade, o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem. Quem o faz não se dá conta de que procura *ius* onde não há

senão *lex* e, em geral, faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

12. De tudo o mais trágico é que, enquanto nossos juízes confundirem *princípios* com *valores* e a nossa jurisprudência estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* – a segurança jurídica estará sendo despedaçada. Outra vez vou me valer de trecho de voto que formulei, desta feita na ADPF 153, ao tempo em que exerci a magistratura no STF:

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arroga a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

13. Uma observação de Franz Neumann, em um livro publicado em 1942, resulta extremamente atual: “*um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais*”.

O que tínhamos, o que nos assistia – o *direito moderno, a objetividade da lei* – encontra-se, entre nós, hoje em risco. Por isso tenho medo dos juízes e dos tribunais que se excedem no uso abusivo de princípios e no exercício de inusitado controle da razoabilidade das leis, legando-nos incerteza e insegurança jurídicas.

Somente me ocorre dizer, por fim, que talvez isso tudo acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado. Talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão. Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam...