Nota crítica sobre os chamados princípios do Direito

Autor(es): Grau, Eros Roberto

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39767>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_8

Accessed : 26-Apr-2023 15:58:49

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

NOTA CRÍTICA SOBRE OS CHAMADOS PRINCÍPIOS DO DIREITO

1. Pessoas amadurecem, como os frutos. No correr do tempo tornam-se doces. Serenamente, como recentemente afirmei a propósito de escolhas a serem feitas nas urnas, na eleição que virá nos próximos dias, cá no Brasil ¹.

Ainda que seja assim, há temas que despertam, mesmo nos septuagenários, ímpeto de gritar. Como se o tempo de juventude não passasse. Avelãs, meu Amigo, afirmou, em uma entrevista publicada na *Revista Trimestral de Direito Civil*, que “à Universidade cabe formar *juristas plenos* (diria *juristas de projecto*), com preparação teórica de nível elevado, juristas com formação científica que os habilite a compreender, na perspectiva do Direito, as mutantes situações da vida”.

Pois a vida é movimento. Embora não pretenda avançar no debate a respeito da distinção entre *metáfora* e *comparação*, a afirmação de que *a vida vem em ondas, como o mar* (Vinícius e Nelsinho Motta) confirma que — de quando em quando/ sempre — surgem novas formas e teorias legitimadoras do modo de produção social dominante (até quando?) em nosso tempo.

¹ Escrevo este texto em setembro de 2014. Valho-me, ao fazê-lo, de exposições anteriormente produzidas, nas quais, contudo, não cheguei a afirmar, objetivamente, a conclusão enunciada ao seu final, coerente com o modo de pensar do Avelãs e meu.

2. A mais recente dessas teorias gravita em torno da afirmação da *força dos princípios*.

Quando instalada entre nós [refiro-me ao Brasil], chegou-nos uma lição, de um argentino, reiteradamente reafirmada por outro jurista brasileiro, segundo a qual *é mais grave descumprir um princípio do que violar uma norma*. Isso foi e permanece sendo reiteradamente repetido, sem nos darmos conta de que afirmação como tal supõe que o Direito seja um amontoado de normas jurídicas e algo mais, diverso delas — pois normas jurídicas não são! —, os *princípios*.

Quem fosse dotado de senso crítico de pronto perceberia o equívoco, denunciado na aguda observação de Nicos POULANTZAS ² que, há cinquenta anos, afirmava que

“[I]es principes généraux du droit ne constituent pas à proprement parler des règles juridiques, mais font partie des valeurs par rapport auxquelles ces règles sont intégrés à des structures significatives”.

KELSEN já anteriormente dedicara um capítulo da sua *Teoria Geral das Normas* à crítica da exposição de Esser sobre os princípios, negando-lhes importância jurídica ³. A norma individual que expressa a decisão judicial de um caso concreto — defendia KELSEN — pode ser influenciada por princípios morais, políticos ou dos costumes. Seu fundamento de validade, no entanto, encontra-se no direito positivo, na força da coisa julgada, não em qualquer daqueles princípios. Nenhum deles confere validade à decisão judicial. Somente uma norma geral positiva o faz. Os princípios morais, políticos ou dos costumes podem ser chamados *jurídicos* apenas na medida em

² *Nature des choses et droit*, LGDJ, Paris, 1965, 314.

³ *Théorie Générale des Normes*, trad. de Olivier Beaud e Fabrice Malkani, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, 151ss.

que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelos juízes. Não obstante, não se confundem com as normas jurídicas cujos conteúdos sejam a eles adequados. E o fato de serem designados *jurídicos* não significa integrem, como se parcela dele fossem — qual o nome parece dizer — o direito positivo vigente em determinada sociedade. A circunstância de influenciarem a criação de normas jurídicas não significa sejam eles *positivados*, convertendo-se em parte integrante desse direito positivo. Compõem-se entre os motivos considerados pelo legislador. Mas juridicamente não obrigam. Não preenchem as características das normas jurídicas. O *princípio de justiça* não perde o caráter de princípio moral porque o conteúdo de uma norma jurídica lhe seja conforme. E mais, explorando a imprecisão da alusão de Esser a *princípios e normas* — imprecisão que até hoje vem sendo reiterada, contaminando a clareza do debate sobre a matéria — e a distância, na *common law*, entre *principle* e *rule*, Kelsen afirma que, se há alguma diferença entre *princípio* e *norma*, o princípio não pode ser uma norma. E mais, referindo-se acidamente a Esser, diz ele que “mesmo o título de seu livro, *Princípio Geral do Direito e Norma*, implica essa diferença.”⁴

Bem recentemente, há poucos dias, um nosso autor dotado da serenidade dos que praticam a *phrónesis* aristotélica, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR⁵, observou que, no quadro do constitucionalismo argumentativo e de princípios,

“[o]s direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objeto de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso

⁴ *Ob. cit.*, 154.

⁵ “Julgar ou gerenciar? ”, in *Folha de São Paulo*, 29 de setembro de 2014.

resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação.”

3. Nos anos oitenta irmanei-me, em Puebla (México), a um grupo de amigos vinculado a um movimento que não se reproduziu efetivamente no Brasil — talvez seja eu o único brasileiro que aderiu ao modo de pensar que então exercitamos — a *crítica do direito*. Antoine Jeammaud, Oscar Correias, Michel Miaille, para mencionar apenas três desses velhos camaradas — além de outro mais jovem, Carlos Herrera. Praticamos esse modo de pensar em sucessivos encontros em Puebla — mais de uma vez —, em Oñati, na Cidade do México, em Buenos Aires, em Caracas, em Lyon.

O tempo veio passando e, quando se instalou no Brasil a onda do *direito alternativo*, contra ele me voltei. Dei-me conta então, plenamente, de que não me restava outra opção senão a do positivismo. Depois, no exercício da magistratura, tornei-me o mais positivista dos juízes do tribunal a que pertenci. Por isso, hoje, aqui e agora, para algo dizer em homenagem ao Avelãs, tratarei criticamente dos chamados *princípios do direito*.

4. Valendo-me, sucintamente, de algumas linhas de exposição de Antoine JEAMMAUD a propósito do tema ⁶, lembro que o vocábulo *princípio* assume significados distintos na *linguagem do direito* e na *linguagem dos juristas*.

Na primeira são enunciadas as *regras de direito* [em sentido amplo], entre as quais estão eles incluídos. A segunda, lingua-

⁶ “Les principes dans le droit français du travail”, in *Droit Social*, 9-0, set-out/1982 e “De la polysémie du terme “principe” dans les langages du droit et des juristes”, in *Les principes en droit* (Dir. Sylvie Caudal), Economica, Paris, 2008, 49-74.

gem da dogmática jurídica, é metalinguagem em relação à primeira.

Princípios, na linguagem do direito [= *princípios que consubstanciam autênticas regras jurídicas*], não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos. Deles cabe unicamente afirmarmos serem *vigentes e/ou eficazes* ou *não vigentes e/ou não eficazes*.

Aqueles em regra ⁷ referidos como *princípios gerais do direito* pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas [= não normativas] através das quais os juristas referem, resumidamente, conteúdo e grandes tendências do direito positivo.

Essa distinção algumas vezes torna-se difusa, o que se dá, por exemplo, quando um juiz toma um *princípio geral do direito* como fundamento de determinada *norma de decisão*. O que se diz, então, é que esse princípio foi ‘descoberto’ pelo juiz no ordenamento positivo. O *princípio descritivo* é assim transformado em *princípio positivado*, mas não em virtude de lei, senão da vontade do juiz ou do tribunal que o afirme. Daí que sua convalidação em *princípio de direito* [= *regra de direito*] resulta de uma invenção desse juiz ou tribunal, invenção que em geral se procura legitimar sob a assertiva de que encontra inspiração doutrinal. O que levaria ao delírio de admitirmos que *princípio geral do direito*, na linguagem dos juristas, é *princípio* [*regra de direito*] ainda não *positivado*, mas que a qualquer momento poderá vir a ser como tal formulado ou (re)formulado pela jurisprudência. O delírio conduz a descaminhos nunca vistos, no percorrer dos quais o direito positivo é, literalmente, reescrito pelos juízes.

⁷ Sim, é de modo propositado, a evidenciar a ambiguidade da linguagem natural, que uso o vocábulo *regra* nesta e nas duas frases anteriores.

5. Recorrendo a outra exposição de Antoine JEAMMAUD⁸, proponho cogitarmos da substituição da teoria *deôntica* por uma teoria *funcional* da normatividade do direito.

A concepção *deôntica* toma a regra de direito como norma de conduta ou comportamento — prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação — sob a ameaça de uma sanção estatal. Sua generalidade está em que deve ser a mesma para todos.

Outro é o sentido da generalidade inerente à normatividade no quadro da concepção *funcional*. A essência normativa (*le statut de règle*) de um enunciado [= texto normativo] encontra-se na sua vocação a servir de referência (*de modelo*) para determinar como as coisas devem ser. A generalidade então reside na aptidão, da regra, a receber um número de aplicações *a priori* ilimitado. A regra pode ter diversos objetos, não apenas condutas. Daí que a concepção funcional exclui qualquer oposição entre regra em sentido estrito e princípio. Os princípios são espécie do gênero regra em sentido amplo.

6. Insisto neste ponto: o que caracteriza os princípios, espécie de regra, é seu grau de generalidade, seu caráter mais amplo e largo de generalidade. E, mais — afirma JEAMMAUD — certa proximidade aos valores inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, princípios são regras de direito em sentido amplo. Sua proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra em sentido amplo. A reflexão que proponho ao leitor, em torno das considerações de Antoine Jeammaud, é evidentemente feita sob ressalva de em nenhuma hipótese admitirmos superposição entre *princípios* e *valores*.

Pois é certo que, enquanto nossos juízes confundirem *princípios* com *valores* e nossa jurisprudência estiver fundada

⁸ “De la polysémie..., cit., 71-73.

na ponderação entre princípios — isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* — a segurança jurídica estará sendo despedaçada. Recorro, a esta altura, a trecho de voto que formulei 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 arrogue a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme 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.”

7. Princípio [= regra em sentido amplo] e regra *stricto sensu* são um número indeterminado de vezes aplicáveis às situações que realizam suas hipóteses. Não obstante, o princípio é distinto da regra *stricto sensu* na medida em que seu objeto engloba uma série ilimitada de outros objetos, objetos que, por sua vez, podem ou poderiam ser disciplinados [= regradados] por uma série de regras *stricto sensu*. Daí que determinada regra [em sentido amplo] será qualificada como *princípio* quando uma série de outras regras *stricto sensu* dela se desdobrem como aplicações especiais suas [i. é, aplicações da regra *princípio*].

8. De resto, se voltarmos a refletir sobre a concepção deôntica da normatividade do direito, teremos ainda, quanto

às distinções que se aponta apartarem princípios e regras — e, por todas, refiro as indicadas por DWORKIN — não resistirem a certas críticas, quais as de Genaro CARRÍO ⁹, autor que nossos *neo* e *pós juristas* jamais leram.

Algumas vezes me pergunto — e com maior frequência, na medida em que o tempo passa — como faziam os antigos para decidir, ao tempo em que os princípios e suas diferentes dimensões de peso e importância ainda não haviam sido inventados.

Hoje sei que as transgressões antigamente eram praticadas discretamente. Há alguns anos encontrei em uma pequena livraria em Paris, a *La Mémoire du Droit*, uma preciosidade: um exemplar datilografado de uma tese de Jean SCHMIDT ¹⁰, de 1955, jamais publicada. Nessa tese Jean Schmidt afirmava, há quase sessenta anos:

“[L]e juge veut atteindre un certain but. La loi lui interdit de rechercher un telle fin, mais il pense que la solution apportée par lui recevra l’adhésion de la Société. Sans doute, les dispositions édictées par les législateurs ne permettent pas de trancher le litige dans le sens désiré, il faut néanmoins considérer cette pensée sociale, dont la pensée du juge est le reflet, et qui lui ‘commande’ de déroger à la loi. Comment ne pas être alors tenté de recourir aux principes généraux du Droit[?] Mais, une remarque capitale s’impose: il ne s’agit plus de véritables principes généraux, mais de la formule *Principes généraux du Droit*, formule vidée de son sens et n’ayant plus d’autre utilité que de justifier la position adoptée. Par ce moyen, le juge

⁹ *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

¹⁰ *Essai sur la notion de principe juridique — contribution à l’étude des principes généraux du droit en droit positif français*, datilografado (thèse pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement le 10.6.1955, Université de Paris, Faculté de Droit).

atteint le but recherché et transgresse ainsi la loi en semblant la respecter.” (grifo no original)

Nada de novo, como se vê, sob a face da terra. Salvo a circunstância de que aqui, entre nós, agora, todos os limites são ultrapassados!

9. Permitam-me insistir em que *os princípios são regras* em sentido amplo e apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* — repito-o — a sociedade encontrará segurança e, os humildes, proteção e garantias de defesa.

De mais a mais, o que hoje se passa nos tribunais superiores brasileiros — e de modo exemplar no superior a todos eles — é de arrepiar. Tomando a *proporcionalidade* e a *razoabilidade* como *princípios* — em especial a primeira — reiteradamente se pratica, em lugar do *controle da constitucionalidade*, controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis. Essa 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 conceber a interpretação do direito como exercício de mera *subsunção*.

10. Bem ao contrário, é da interpretação dos textos que resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é 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, conjunto de possibilidades de interpretação, 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 sustento que as disposições, os enunciados, os textos nada dizem; elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.

11. 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*, 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 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.

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 expressiva da norma de decisão.

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

12. É necessário, por fim, estarmos atentos à circunstância de que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas certa categoria sua 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.

Permito-me a esta altura, acompanhando Michel TROPER ¹¹, nos seguintes termos redesenhar a teoria kelseniana da interpretação:

“a) L’interprétation porte aussi sur le fait. b) Elle a pour objet non une norme à appliquer, mais un texte. c) Elle émane de tout organe d’application. d) Mais seule doit être considérée comme authentique l’interprétation donnée par une cour statuant en dernier ressort, parce qu’elle est créatrice d’une norme générale qui est la signification du texte à appliquer. e) Cette norme générale est obligatoire pour les tribunaux inférieurs et pour les individus ou autorités soumis à la juridiction de cette cour”.

13. A exposição sintetizada nos itens 10 a 12, acima, permite-me afirmar, incisivamente, que o recurso à *proporcionalidade* e à *razoabilidade* somente se justifica — única e exclusivamente tem sentido — no momento da formulação da *norma de decisão*. Por isso a prática, pelos juízes e tribunais, dos controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis consubstancia uma excrescência, apenas concebível no torvelinho do delírio dos princípios.

14. Mas não é só. Outro hábito dos juízes, o da *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 ao leitor simplesmente que examine votos proferidos no

¹¹ “Kelsen: la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, in *Revue Internationale de Philosophie*, 138, 181-fasc. 4, 524.

HC 82.424/RS, no STF, em que foi examinada a publicação de um livro antisemita. 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 — antagônicas. Um deles entendeu que a restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antisemita não é adequada, necessária e razoável, por isso não constituindo 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 adequada, necessária e proporcional, logo permitida pela Constituição.

15. Cada um, com seus valores, lendo a Constituição ao seu gosto pessoal. Em voto na ADPF 144, ao tempo em que exerci a magistratura no STF, alinhei razões que parcialmente passo 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 mui dificilmente é conciliável com a realidade.

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, o direito do modo de produção capitalista posto pelo Estado, direito 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 *lex* e *ius*.

É certo que o temos, o direito moderno, permanentemente em crise. Mas o que se passa agora é mais grave. Pois, ao mesmo tempo em que se pretende substituir suas normas por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica, a sociedade como que já não lhe dá mais crédito e se precipita na busca de uma razão de conteúdo. Coloca-nos então 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.

Insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, a sociedade passa a nutrir anseios de *justiça*, ignara de que esta não existe em si. E, mais, de que é incabível, como observara Epicuro ¹², 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 [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 ¹³, uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico.

¹² In Paul NIZAN, *Démocrite Épicure Lucrèce — les matérialistes de l'antiquité (textes choisis)*, Arléa, Paris, 1991, 151.

¹³ Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, 241.

16. 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, dá prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

17. Eu poderia concluir insistindo que apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança e, os humildes, proteção e garantias de defesa e que *os princípios são regras*. Não estaria dizer o quanto devo, no entanto, se me detivesse neste ponto.

Ainda que não seja revolucionária a conclusão que em homenagem ao Avelãs desejo afirmar — visto que o pensamento crítico do Direito a que me filio é, em relação ao tema, paralela ao positivismo kelseniano — algo mais devo sucintamente dizer.

É que o modo de pensar que determina as práticas judiciais nas sociedades capitalistas é de todo coerente e comprometido com a legitimação do modo de produção capitalista. Magistrados em regra não sabem o que fazem. Mas aí estão, juízes e tribunais, nas práticas que exercitam, a legitimá-lo a pretexto de produzirem Justiça. Curiosa e provocantemente, relembro uma afirmação ainda de Kelsen ¹⁴: a justiça absoluta

¹⁴ *O problema da justiça*, trad. de João Baptista Machado, 2.^a edição, Martins Fontes, São Paulo, 1996, 65.

é um ideal irracional; a justiça absoluta — diz ele — “só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus (...) temos de nos contentar, na Terra, com alguma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada.”

E, recorrentemente, retorno a uma precisa observação de Franz Neumann: “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.”¹⁵

O pensamento crítico que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje — endeusando princípios, ao ponto de justificar, em nome da *Justiça*, a discricionariedade judicial — compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina na medida em que instrumenta a legitimação desse modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre então atenuações, evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema.

O que tínhamos, o que nos assistia — o *direito moderno, a objetividade da lei* —, o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco. A aguda observação de Bernd RÜTHERS a propósito do que denuncia como *transformação constitucional gradual* pela qual a República Federal alemã passa nas últimas décadas cabe como luva aos nos-

¹⁵ *Behemoth: the structure and practice of National Socialism*, Victor Gollancz Ltd, London, 1942, 361. Vide meus *Por que tenho medo dos juízes* [primeira reimpressão da 6ª edição refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2014, 22/23] e *Pourquoi j'ai peur des juges* [Éditions Kimé, Paris, 2014, 22].

sos juízes. O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes — diz RÜTHERS ¹⁶ — transformou-se em um *Estado de Juízes (Richterstaat)*. E de tal modo que a incontrollada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei? A Lei Fundamental alemã — como a Constituição do Brasil, digo eu — submete-os à lei. Independência e submissão do Executivo e do Judiciário à legalidade são inseparáveis: a independência judicial é vinculada à obediência dos juízes à lei e ao Direito (*Gesetz und Recht*), qual define o artigo 20, III da Lei “Fundamental” alemã.

18. Ouso encerrar este texto transcrevendo um trecho esquecido (certamente não por acaso) do velho MARX ¹⁷, mas que permanece atual:

“Soi-disant pour maintenir le *terrain juridique*. Mais, Messieurs, que comprenez-vous par: maintenir le terrain juridique? Maintenir des lois d’une période sociale passée, des lois faites par les représentants d’intérêts sociaux disparus ou en train de disparaître, donner par conséquent force de loi à ces intérêts en contradiction avec les besoins de tous. Or la société ne repose pas sur la loi. C’est une illusion de juristes. C’est au contraire la loi qui repose sur la société, qui doit être l’expression de ses intérêts et des besoins communs issus chaque fois du mode de production matériel contre l’arbitraire individuel. Voici le Code Napoléon, je l’ai à la main, il n’a

¹⁶ “Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht”, in *Neue Juristische Wochenschrift* — NJW, Verlag C. H. Beck, 2005, 2.759/2.760.

¹⁷ “Le procès contre le comité d’arrondissement des démocrates”, in *La nouvelle Gazette Rhénane*, tome troisième, Éditions Sociales, Paris, 1971, 32.

pas engendrè la société bourgeoise moderne. Bien au contraire, la société bourgeoise, née au XVIII^e siècle, trouve dans ce Code son expression légale. Dès qu'il ne correspondra plus aux rapports sociaux, il ne sera plus qu'un tas de papier. Vous êtes aussi peu en mesure de faire des anciennes lois la base de la nouvelle évolution sociale que ces lois anciennes l'ont été de faire l'ancienne situation sociale.”

Resumo: Os princípios morais, políticos ou dos costumes podem ser chamados *jurídicos* apenas na medida em que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelos juízes.

A concepção *deôntica* toma a regra de direito como norma de conduta ou comportamento, sob a ameaça de uma sanção estatal. Sua *generalidade* está em que deve ser a mesma para todos. Outro é o sentido da *generalidade* inerente à normatividade no quadro da concepção *funcional*. A essência normativa de um enunciado [= texto normativo] encontra-se na sua vocação a servir de referência (de *modelo*) para determinar como as coisas devem ser. A generalidade então reside na aptidão, da regra, a receber um número de aplicações *a priori* ilimitado. A regra pode ter diversos objetos, não apenas condutas. Daí que a concepção funcional exclui qualquer oposição entre regra e princípio. Os princípios são espécie do gênero regra. Ademais, *princípios* e *valores* não se superpõem.

O modo de pensar que determina as práticas judiciais nas sociedades capitalistas é de todo coerente e comprometido com a legitimação do modo de produção capitalista. O pensamento crítico conduz à convicção de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais endeusando princípios — ao ponto de justificar, em nome da *Justiça*, a discricionariedade judicial — compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista.

O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes vem sendo transformado em um *Estado de Juízes*. E de tal modo que a incontrolada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei? Independência e submissão do Executivo e do Judiciário à legalidade são inseparáveis: a independência judicial é vinculada à obediência dos juízes à lei e ao direito.

Palavras-chave: princípio e norma; princípios [regras em sentido amplo], regras jurídicas em sentido estrito e valores; crítica do direito; interpretação; legitimação do modo de produção capitalista.

A critical note on the so-called principles of law

Abstract: The moral, political or customary principles can be denominated legal principles only to the extent that they influence the creation of individual legal rules by judges.

The deontic conception takes the rule of law as a norm of conduct or behavior, under the threat of a state sanction. Its *general* character lies in that it must be the same for all. On the other hand, its *general* character bears the meaning of being inherent to normativity in the framework of a functional conception. The normative character of a statement [= normative text] is found in its ability to serve as a reference (as a model) to determine how things should be. Thus, the general character of the rule consists in its aptness to be unlimitedly applicable. The rule may encompass several objects, not solely conducts. Hence, the functional conception excludes any opposition between rules and principles. Principles are species of the genus rule. Furthermore, principles and values do not overlap.

The way of thinking that determines judicial practices in capitalist societies is entirely consistent and committed to legitimize the capitalist mode of production. Critical thinking leads to believe that the way of being of jurists, judges and courts deifying principles — to the point of justifying judicial discretion in the name of Justice — is among the best-finished mechanisms of legitimacy of the capitalist mode of production.

The State of law, founded in the separation of powers, is being transformed into a State of Judges. And in such a manner that the uncontrolled displacement of power from the Legislative to the Judiciary raises a major question: is it possible for a State or a Democracy to exist without the judges being servants of the law? Independence and submission of the Executive and the Judiciary to legality cannot be separated: the judicial independence is bound to the judges' obedience to legal provisions and the Law.

Keywords: principle and norm; principles [rules in a broad sense], rules in a strict sense and values; criticism of the law; interpretation; legitimization of the capitalist mode of production.

Eros Roberto Grau

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Brasil