

**Discurso 170 anos IAB**

(7 agosto 13)

Senhoras, senhores,

Um conhecido professor francês observou, recentemente, que os juízes devem fazer justiça. Discordei. Aos juízes, disse-lhe eu, aos juízes cumpre o ofício da aplicação da lei.

- Não, respondeu-me Pierre. Os juízes devem procurar a Justiça.

- Se você chamar a decisão, ou a lei, de justiça...

- Não, ele insistiu, eu quero Justiça.

- Pois então estamos perdidos, concluí.

\*

Nós nos conformamos ao que decide o Poder Judiciário a fim de nos mantermos em estado de civilização, convivendo uns com os outros. Convivendo em sociedade. Nada, nada além. Não aceitamos decisões judiciais, a elas nos submetendo, porque sejam justas. Aquele que perdeu a disputa judicial entenderá, sempre, que a decisão foi injusta. Juízes produzem segurança jurídica, para o bem de todos e, na ponta da linha, para o bem dos mercados. Não fazem Justiça coisa nenhuma. Sabemos muito bem.

Cá estamos, neste final de tarde, para afirmar não vontade de Justiça --- que está além de nós --- porém vontade de Direito.

\*

Agora, no entanto, não somente a reiterarmos, essa vontade. Agora cá estamos especialmente pelos nossos 170 anos. Havia de ser outro de nós o orador deste momento. Mas a vida tece tramas. Importa termos consciência disso, tranquilamente, esperando apenas que elas nos enlacem com ternura.

Os afetos da Amizade nos colocam ao lado --- como se, de fato, estivessem todos aqui, agora --- nos colocam ao lado dos membros do IAB na extensão de todo o tempo que esses 170 anos compõem. Somos contemporâneos de todos --- repito --- na extensão de todo o tempo desses 170 anos. A medida do tempo repentinamente se esgarça e agora, neste final de tarde, convivemos.

A quem me perguntar, amanhã, aonde vim hoje [ou ontem?], direi que ao final da tarde estive no Instituto. Com Teixeira de Freitas, Heleno Fragoso e Fernando, com Sobral Pinto, com o Baeta, os Seabra Fagundes, Miguel e Eduardo. Com o camarada Marcelo, Marcello Cerqueira. Todos, todos eles.

\*

Há 170 anos praticamos o Direito. Para isso fomos feitos. Para praticarmos a legalidade. O momento --- esses 170 anos --- incita-me à retomada dessa afirmação.

Participamos da produção da segurança jurídica. Somos também seus artífices. Para o bem de todos e, na ponta da linha, para o bem dos mercados. Esta poderia ser a ocasião adequada para tentarmos delinear os espaços que nos pertencem, e suas limitações, no que Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama de espécie de “jogo sem fim”. O Direito, um “jogo sem fim” no âmbito do qual a legitimidade somente poderia vir a ser avaliada se para tanto adotássemos um *padrão externo*. Sucede que, vivendo temporalmente dentro do sistema e de sua contingência fática --- diz Tércio --- somos incapazes de assumir o posto de observadores neutros, capazes de uma visão histórica universal.

Legalidade e legitimidade, Justiça. Temas de tertúlia que dispersaria nossa atenção, ocultando as angústias que hoje, aqui, agora suportamos.

\*

Hoje, aqui, agora --- advogados que somos --- cumpre dizermo-nos, uns aos outros, que são grandes os perigos desta vida [Vinícius!], tanto maiores quanto mais estejam, os juízes, a exercer, cada um deles, suas vontades pessoais de Justiça. Sem compromisso com o Direito.

Perdoem-me, mas --- por conta dos nossos 170 anos --- isto me permito afirmar: aos juízes cumpre o ofício da aplicação da Constituição e das leis; não o que, com inusitada frequência, em especial juízes de nossos tribunais, andam a praticar.

Cai qual uma luva, aqui, uma observação de Bernd Rüthers --- professor alemão lastimavelmente pouco conhecido entre nós --- a propósito do que denuncia como *transformação constitucional gradual* pela qual a República Federal alemã vem passando nas últimas décadas. O Estado de direito fundado na divisão dos Poderes --- diz Rüthers --- vem se transformando 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?

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.

Essas observações realmente cabem, como luva, aos nossos juízes. Direi mesmo --- com a liberdade que 170 anos permitem --- que aqui, entre nós, de quando em quando as coisas se passam como na canção de Roberto Carlos: sem saberem o que o direito, fazem suas próprias leis...

\*

Não pode, no entanto, ser assim.

Pois nossos juízes estão vinculados pelo dever de decidir segundo e conforme o quanto o direito positivo determine. Juízes são servos do direito positivo.

Juízes existem para aplicar o direito positivo, vale dizer a Constituição e as leis. Demitem-se de suas funções quando se danam a decidir subjetivamente, de acordo com o seu ou outro qualquer senso de Justiça.

Retorno a meu diálogo com Pierre: aos juízes cumpre o ofício da aplicação da lei, não a busca de Justiça. Por isso mesmo --- posso dizê-lo abertamente agora, aos 170 anos --- de modo diverso de Manuel Bandeira (que estava farto do lirismo comedido, do lirismo bem comportado), já não posso suportar, calado, princípios, proporcionalidades, razoabilidades e ponderações desaforadas [no sentido literal do termo], ponderações desaforadas perpetradas pelos nossos tribunais.

\*

Não estou a afirmar, notem bem --- eu vos rogo --- não estou a afirmar que cada decisão judicial seja matematicamente previsível. Pois a lei é abstrata e geral, há de ser interpretada e aplicada a cada caso. O que não é novidade: um jovem jornalista alemão

que na primeira metade do século XVIII escrevia na *Nova Gazeta Renana* observou, agudamente: a lei é universal; o caso que deve ser decidido através da lei é individual; para submeter o individual ao universal é necessário um julgamento; o julgamento é problemático; o juiz também faz parte da lei; se as leis fossem aplicadas por si mesmas, os tribunais seriam supérfluos.

Ademais, o Direito não é uma *ciência*, é *prudência*. É impossível, no mundo do direito, a construção de uma resposta exata para cada caso. O que logramos obter é, sempre, um elenco de respostas corretas, muitas respostas corretas aplicáveis a cada caso. Um elenco de respostas corretas, no quadro do que Kelsen chamava de *moldura da norma* e, mais recentemente, designamos *moldura do texto e da realidade*.

\*

Eles, contudo, se excedem. Os juízes --- permitam-me chama-los assim --- os juízes de Roberto Carlos se excedem. Por isso tenho medo. Tenho medo, em especial dos juízes de tribunais. Quanto mais os conheço, mais os temo...

A substituição do *controle de constitucionalidade* das leis, que é seu dever, por controles de outra espécie --- *controle de proporcionalidade* ou *controle de razoabilidade das leis* --- é diuturnamente experimentada.

*Proporcionalidade e razoabilidade* --- permitam-me insistir no óbvio --- hão de ser atuadas apenas no momento da *norma de decisão*, quando [já interpretados texto normativo e realidade], o juiz decida o caso concreto.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um determinado e certo caso concreto. Essa aplicação se dá --- estou a raciocinar com Kelsen --- mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, a *norma de decisão*.

Aí a distinção entre *normas jurídicas* e a *norma de decisão*. Esta é definida a partir daquelas. Pois bem: o que afirmo é o fato de *proporcionalidade e razoabilidade* serem atuáveis exclusivamente no momento da *norma de decisão* [= interpretação *in concreto*], não no de produção da norma jurídica [= interpretação *in abstracto*].

Não obstante, tribunais praticam cotidianamente os chamados controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis e seus preceitos. Como se pudessem revoga-las --- bem assim a própria Constituição do Brasil --- como se estivessem ungidos da função de corrigir o legislador, ao cabo de tudo até mesmo o Poder Constituinte.

Sob os nossos olhos! E permanecemos calados, em silêncio. Sem gritarmos --- haveríamos de estar a gritar alto, bem alto --- sem gritarmos que uma e outra são *pautas de aplicação do direito*, pautas de

aplicação de que o juiz pode se valer única e exclusivamente no momento da *norma de decisão*. A verdade é que sua concepção como “*princípios*” --- por equívoco involuntário ou propositado --- permite que os juízes, de fato, façam suas próprias leis.

\*

Transgressões dessa e outras ordens têm sido reiteradamente praticadas entre nós, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Estou plenamente convencido, nos nossos 170 anos, de que nada distingue os *princípios* das *regras* de direito. *Regra* é gênero do qual são espécies os *princípios* [*explícitos e implícitos*] e as *regras jurídicas estrito senso*.

Mas não me deterei neste ponto. Nem mesmo para apontar a tolice de que violar um princípio é mais grave do que violar uma norma --- o que faria prova de que princípio não é norma jurídica! E, pois, que a decisão fundada em princípios é decisão à margem do Direito, fora da lei...

O fato é que --- enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na arbitrária formulação de juízos de valor --- a *segurança jurídica* estará sendo *despedaçada* [se me permitirem a expansão, a esse respeito disse algo em voto na ADPF 101].

\*



Da absoluta incerteza da ponderação entre princípios nos dá conta um habeas corpus impetrado por quem publicara um livro tido como antissemita.

Dois juízes --- Ministros do Supremo Tribunal Federal --- lançaram mão da regra da proporcionalidade [atenção: eles dizem “*princípio*”] para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu. Disso resultaram decisões distintas, opostas uma à outra.

Um afirmou que a restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita *não é uma medida adequada, necessária e razoável*; não constitui, portanto, uma restrição possível, não é permitida pela Constituição.

O outro sustentou que a restrição à liberdade de expressão decorrente da necessidade de coibição da intolerância racial e da preservação da dignidade humana é adequada, necessária e proporcional, logo permitida pela Constituição.

Eis aí, meus amigos, o que significa insegurança jurídica.

\*

Estou hoje aqui, aos 170 anos, para fazer a defesa do positivismo. Apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança e, os humildes, proteção e garantia de seus direitos.

Retorno à indagação e à conclusão de Bernd Rüthers, bem aplicável aos nossos tribunais e juízes. A pergunta: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei? A conclusão: o Estado de direito fundado na separação dos Poderes vem se transformando em um “Estado de Juízes”.

Além disso, desejo reproduzir uma primorosa observação de Franz Neumann no *Behemoth*: “*um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas a partir dos chamados princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um escudo que oculta medidas individuais*”.

E, ainda, permito-me ler pequeno trecho que encontrei em outro aresto daquele tribunal<sup>1</sup>:

*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.*

---

<sup>1</sup> ADPF 153.

*Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) 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.*

\*

Sinto, por conta de tudo isso sinto medo dos juízes que não nos proporcionem senão incerteza e insegurança jurídicas...

Perdoem-me se estou a repetir o que --- permitam-me o tom bacharelesco --- escrevi alhures: o que tínhamos, o que nos assistia (o *direito moderno*, a *objetividade da lei*), o Poder Judiciário aqui, hoje, agora, de repente coloca em risco. Se bem que isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a 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...

\*

Não é apenas isso, no entanto. Pois nossos 170 anos estão inseridos na atualidade que grita nas ruas.

Os movimentos de hoje são um grito trancado em todas as gargantas, grito que, repentinamente, explodiu.

Em outro momento, certo temor político tomou conta da classe média. Havia medo. Não importa enveredarmos pela análise das razões desse temor. Era como se a classe média, essa que manobra e/ou é massa de manobra, sentisse medo. Medo político.

Agora é diferente. Agora é a afirmação da ética que aqui e ali, em movimentos isolados, nos motivos imediatos que os inspiram, grita bem alto. Mais alto ainda por conta das redes, dos twitters, dos facebooks e outros meios informáticos. Nenhum medo político nos afeta agora, aparentemente. Pretendemos apenas, aparentemente, afirmar a moralidade pública.

\*

Volto às origens romanas: *honeste vivere, suum cuique tribuere, neminem laedere!* Se eu pudesse explicar aos jovens que é exatamente isso o que eles deveriam exigir, eles diriam --- estou certo de que seria assim --- eles diriam “*é isso aí, cara! é isso aí!*”. Não é, porém, hora de pretendemos nos gabar por, eventualmente --- se isso for mesmo real --- sabermos mais do que os jovens, o que é natural. Ao cabo de tudo, um tanto mais de compreensão da realidade o perecimento da juventude haveria de nos legar.

A serenidade que a idade mais antiga instala em nossos olhares traz a minha lembrança a simplicidade

em Fernando Pessoa: *“Quem me dera eu fosse pó da estrada/E que os pés dos pobres me estivessem pisando”*. Em outra ocasião, dirigindo-me aos mais moços, disse a eles que, se me pedissem uma lição, eu tentaria ensinar-lhes a humildade. A simplicidade. Sermos simples como os regatos que deslizam, desde o alto da montanha, entre seixos, gravetos e torrões de terra. Simples como o olhar dos animais pequenos sob a proteção materna.

Assim, sob essa ternura, proponho olharmos os jovens que gritam nas ruas. Essa gente com jeito de neto, gente que somos capazes de compreender mais do que os nossos filhos, seus pais. Nestes nossos 170 anos lembrando Brecht, rogo unicamente que --- ao chegar o tempo do homem amigo do homem --- os descendentes dessa gente venham a pensar em nós, venham a pensar em nós com simpatia.

Discurso do Orador Oficial, Dr. Eros Roberto Grau, em 7/8/13