

Eros Grau: Juízes aplicam o Direito, não fazem justiça

**Artigo originalmente publicado na edição do dia 12 de maio do jornal O Estado de S. Paulo, com o título "Em defesa do positivismo jurídico"*

Não é necessário frequentarmos faculdades de Direito para nos darmos conta de que quem faz as leis é o Legislativo e quem as aplica são os juízes. Em nosso tempo — hoje, aqui, agora —, o legal e o justo (Direito e justiça) não se superpõem. Fazer e aplicar as leis (*lex*) e fazer justiça (*jus*) não se confundem. O Direito é um instrumento de harmonização/dominação social, e a justiça não existe por aqui, só floresce no Paraíso!

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 chamado Direito moderno, erigido sobre uma afirmação a atribuir-se a Creonte, no tempo da paideia: prefiro a ordem à justiça! Em suma: os homens, na esfera em que estamos, não produzem justiça, só lá em cima há *jus*!

As leis produzidas pelo Estado prestam-se a assegurar ordem, segurança e paz, especialmente segurança em que os interesses dos mais fortes sejam assegurados... Não obstante devesse ser assim, cá entre nós, nos dias de hoje — como na canção de Roberto Carlos —, juízes sem preconceito, sem saberem o que é o Direito, volta e meia fazem suas próprias leis.

Há uma distinção, fundamental, entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do Direito. Texto e norma não se identificam. A norma jurídica é produzida pelos juízes ao interpretarem textos normativos, resulta da interpretação!

Mais, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente: o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso, de sorte que a interpretação consiste em tornar concreta a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Caminhamos do texto até a norma jurídica, em seguida dela até a norma de decisão, a que determina a solução do caso. Só então se dá a concretização da norma, que envolve também, necessariamente, a compreensão da realidade. Pois a norma é determinada histórica e socialmente.

O texto normativo é uma fração, não é ainda a norma. É abstrato e geral. A realidade constitui o seu sentido, que não pode ser perseguido apartado da realidade histórico-social. Na norma estão presentes inúmeros elementos do “mundo da vida”. O ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Outro ponto essencial está em que os juízes não podem, os juízes devem, em cada caso, fazer o que devem fazer — não o que os outros esperam que eles façam. A interpretação é uma prudência, o saber prático, a *phrónesis* a que refere Aristóteles na *Ética a Nicômaco*. Daí falarmos em jurisprudência, não em jurisciência. A prudência é razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto — não é saber puro, separado do ser. O Direito é uma prudência!

Eis, pois, a regra: a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar. O grave está em que cada caso comporta mais de uma solução correta, nenhuma exata.

Além de tudo, a interpretação do Direito não consiste somente em transformarmos textos em normas. O intérprete há de compreender os textos e a realidade, pois o Direito é um dinamismo contemporâneo à realidade. Ao intérprete — vinculado pela objetividade do Direito, não pela minha ou pela sua justiça — incumbe não apenas ler, compreender os textos, mas também a realidade.

Mas não é só, pois há uma diferença essencial entre justiça e Direito, *lex* e *jus*. Os juízes aplicam o Direito, não fazem justiça. O que caracteriza o Direito moderno é a objetividade da lei, a ética da legalidade. Não me cansarei de repetir que os juízes interpretam/aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça.

Por conta disso, tenho insistido no fato de que tenho medo dos juízes. Em especial dos juízes dos nossos tribunais, que insistem em substituir o controle de constitucionalidade por controles de outra espécie, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios. Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada nessa ponderação — isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor —, a segurança jurídica estará sendo despedaçada! Ao leitor interessado no assunto, sugiro que leia meu voto na ADPF 101, cometido ao tempo em que pratiquei a magistratura. Felizmente, o tempo não volta para trás e hoje desfruto a felicidade de me aproximar desses tribunais unicamente como advogado. Há uns meses — não resisto à tentação de contar o que então aconteceu —, saindo de um almoço num restaurante ao lado de minha casa, um sujeito me cumprimentou chamando-me de “ministro” e respondi dizendo-lhe que estava equivocado, aquele outro barbudo é meu sócio!

Os juízes aplicam o Direito, não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender Direito, não a justiça. Esta, repito, é lá em cima. Apenas na afirmação da legalidade e do Direito positivo a sociedade encontrará segurança e os humildes, proteção e garantia de seus direitos de defesa.

A independência judicial é vinculada à obediência dos juízes à lei. Os juízes, todos eles, são servos da lei. A justiça absoluta — aprendi esta lição em Kelsen — é um ideal irracional; a justiça absoluta só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus.

Ao cabo destas expansões o que me dá paz é ler, na *Bíblia*, o profeta Isaías (32,15-17): quando alcançarmos a restauração final, “uma vez mais virá sobre nós o espírito do alto. Então o deserto se converterá em pomar, e o pomar será como uma floresta. Na terra, agora deserta, habitará o direito, e a justiça no pomar. A paz será obra da justiça, e o fruto da justiça será a tranquilidade e a segurança para sempre”. Move-me a esperança em que a defesa do positivismo do Direito me faça no futuro chegar lá.

Date Created

14/05/2018