

EROS ROBERTO GRAU

POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES

(A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO
DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS)

11ª EDIÇÃO

10ª Tiragem

refundida do
*ensaio e discurso sobre a
interpretação/aplicação
do direito*



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



MALHEIROS
EDITORES

II

OS PRINCÍPIOS

Les principes “empruntent une partie de leur majesté au
mystère qui les entoure”
(Jean Boulanger).

70. Os princípios, hoje¹

Pouco resta, na visão que hoje tenho do fenômeno jurídico, do quanto escrevi no *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* a respeito dos princípios, em suas várias e variadas versões.²⁻³ Eis, em síntese, o que agora desejo sustentar: os princípios são regras.⁴

1. Tratei do tema em especial nos itens 42 a 71 da 5ª edição do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, exposição que ora reformulo radicalmente.

2. Princípios gerais do direito e princípios jurídicos que constituem regras jurídicas, princípios jurídicos que constituem regras jurídicas e princípios gerais do direito, princípios explícitos e princípios implícitos etc.

3. Restam lições que aprendi em alguns bons autores, entre as quais uma, de Carnelutti [1936:120-121], à qual penso que deveria ter dedicado mais detida atenção: “I principi generali non sono dunque qualche cosa che esista *fuori dal diritto scritto*, ma *dentro il medesimo*, poichè non si ricavano da altro che dalle norme costituite. Sono dentro il diritto scritto come l’alcool è dentro il vino; sono lo spirito o la essenza della legge. Perciò sono principi di diritto positivo, non di diritto naturale o di diritto storico; la storia o la filosofia non sono ciò *da cui* si ricavano, ma eventualmente ciò *con cui* si ricavano i principi generali dalle norme costituite, cioè mezzi per la interpretazione di queste; somigliano ai reagenti adoperati per poterne estrarre meglio la essenza”.

4. Wróblewski [1988:317] conceitua os princípios, sucintamente, como regras, palavras (*noms*) ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação. A expressão “princípios jurídicos” é, contudo, polissêmica. Genaro Carrió [1990:209-212] indica 7 focos de significação assumidos pelo vocábulo “princípio”, a partir deles enunciando nada mais nada menos que 11

Refiro-me, ao mencionar *princípios do direito* (= de um determinado direito positivo), a *princípios explícitos* e a *princípios implícitos*.

Os *explícitos* são expressamente afirmados, como tais, pelo texto da Constituição ou da lei.

Os *implícitos* resultam da interpretação de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional. São – na dicção de Luís Prieto Sanchís [1998:50] – *consequências interpretativas*.⁵ Não se confundem com os chamados *princípios gerais de direito*. A diferença entre ambos é qualitativa: ao cogitarmos dos princípios de direito (= de um determinado direito positivo) penetramos o plano do discurso do direito, discurso deste direito; já, ao cogitarmos dos princípios do direito estaremos situados no plano do discurso jurídico.⁶

71. A não transcendência dos princípios⁷

O que desejo enfaticamente afirmar é a não transcendência dos chamados *princípios de um determinado direito*. Insisto em que me refiro a *princípios de direito positivo*, princípios que, em verdade, são *regras*. *Princípios* que não necessitam de “positivação”, visto serem positivos. É uma tolice imaginar que o juiz, o jurista, o doutrinador, possa ser autor da alquimia de transformar algo exatamente no que esse algo sempre fora.

significações atribuíveis à expressão “princípio jurídico”. Wróblewski [1988:318] arrola 7 tipos dele: “a) ‘principe positif du droit’: c’est la norme explicitement formulée dans le texte du droit positif, à savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions; b) ‘principe implicite du droit’: c’est une règle traitée comme prémisses ou conséquence des dispositions légales ou des normes; c) ‘principe extrasystémique du droit’: c’est une règle traitée comme principe, mais qui n’est ni principe positif du droit, ni principe implicite du droit; d) ‘principe-nom du droit’: c’est le nom caractérisant les traits essentiels d’une institution juridique; e) ‘principe-construction du droit’: c’est la construction du législateur rationnel ou parfait, presupposée dans l’élaboration dogmatique du droit ou dans l’application et l’interprétation juridique”.

5. Aí teremos, por exemplo, o *princípio da motivação do ato administrativo* (art. 93, X, da CF) e o *princípio da imparcialidade do juiz* (arts. 95, parágrafo único, e 5º, XXXVII, da CF).

6. V. item 36, acima.

7. Sobre a origem dos princípios, v. Pintore [1982:32-34].

A doutrina, ao elaborar proposições descritivas chamadas de *princípios*, nada inventa (*non inventa nulla*). Como observou Crisafulli [1941:261-262; no mesmo sentido Clemente de Diego 1916:294], limita-se “a dare adeguata espressione concettuale a qual cosa che trova già, come un dato, più o meno esplicito, nell’ordinamento al quale quella costruzione dogmatica si riferisce (e dal quale, pertanto, dipende essenzialmente)”.

Há lições antigas que não podem ser ignoradas. Como a de Michoud [*apud* Géný 1919:40, nota de rodapé], que ao final do século XIX afirmava a possibilidade de um princípio jurídico não taxativamente expresso em um conjunto de textos normativos dele ser deduzido pelo intérprete, assumindo valor idêntico ao de uma regra escrita em lei. Michoud salientava, porém, que esse princípio haveria de se encontrar em germe no texto. Vale dizer: haveria de expressar o modo como o legislador concebe as relações sociais, não como as concebe o intérprete, com a liberdade de uma investigação filosófica.⁸⁻⁹

O fato é que em cada ordenamento jurídico subjazem *regras* que chamamos *princípios*. Cuida-se de “princípios” *desse direito*, em verdade *regras* que, embora não enunciadas em texto escrito, nesse ordenamento estão contempladas, em estado de latência. Crisafulli [1941:48] os refere como “*principi latenti nel sistema del diritto positivo*” (grifo meu).

Há lições antigas – repito – que os jovens juristas de hoje não deveriam ignorar. Como esta, de Clemente de Diego [1916:294]: “Pensar en otros principios distintos de los que están embebidos en la obra ge-

8. Tais princípios – como observa Q. Mucius Scaevola [*apud* Clemente de Diego 1916:290] – gozam de vida própria, de valor substantivo ... mas depois do Código – refere-se ao Código Civil espanhol – têm vida civil; “así como el ser que nace tiene vida física esté o no inscrito en el registro, y este sólo confirma civilmente tal sentencia, así el Código en su art. 6º únicamente ha venido a ratificar el valor de los principios de derecho”.

9. Poulantzas [1965:313] procura discernir a relação existente entre os princípios gerais do direito e a noção de visão do mundo. Esta noção constitui a totalidade significativa da situação global de uma sociedade em um momento da história. Toda estrutura jurídica específica pode ser reduzida mais ou menos imediatamente a essa visão. Os princípios gerais do direito constituem precisamente mediações significativas entre visão do mundo e estruturas específicas do direito. Constituem, enquanto diretrizes normativas gerais de uma ordem jurídica, as concretizações – os objetivos imediatos do direito – da visão do mundo, e, como tais, os degraus significativos da passagem da estrutura jurídica a esta visão.

neral legislativa y de derecho de un pueblo para componer y gobernar y completar el edificio de un derecho positivo era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruyesen las líneas de éste y entronizar la confusión y el desorden y la arbitrariedad allí donde deben reinar la claridad, la armonía y la precisión y seguridad”.¹⁰

72. (segue)

As regras de ordinário chamadas de *princípios gerais de direito* não constituem criação jurisprudencial, por um lado, nem preexistem, por outro, externamente ao ordenamento. Ao tomá-las de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, a autoridade judicial simplesmente comprova sua existência no bojo do direito positivo que aplica.¹¹

Não se trata, portanto, de *princípios* que o aplicador do direito ou o intérprete possam resgatar fora do ordenamento, em uma ordem su-

10. A exposição de Clemente de Diego [1916: 293-294] é primorosa: “(...) los principios aludidos son, por el pronto, los informadores de nuestro derecho. El legislador, al formular las normas concretas de un derecho positivo, traduce y desarrolla los principios que se dan en su conciencia; pero con ello no hace obra de creación individual, porque sin negar sus legítimos influjos e iniciativas esos principios están dados objetivamente en la conciencia popular, en el material del derecho histórico, en la realidad social. El derecho positivo no es mero producto de la voluntad del legislador, no es pura creación de su mente, es un producto sociológico, es una creación de la sociedad. Cada pueblo tiene su sistema jurídico propio, aun compuesto de diversos elementos positivos; ‘a un examen diligente aparecen coligados y como partes de un verdadero y propio organismo’. Los principios elaborados en el seno de la sociedad por obra, en definitiva, no hay necesidad de decirlo, de la razón individual permanecen como en el subsuelo de las formaciones jurídicas; ellos alumbran al legislador y al oscuro iniciador del derecho consuetudinario, llevan la dirección del progreso jurídico y forman como la reserva normal de las nuevas apariciones o creaciones de derecho. Evidente nos parece que en ese primer aprovechamiento de los principios no quedarán éstos agotados y como consumidos y dispersos en las normas particulares dictadas por el legislador, y es natural suponer que, al invocar éste los principios generales de derecho para suplir las lagunas de sus disposiciones, habrá querido referirse a aquellos principios que ya utilizó, y cuyo rico contenido ofrece como espléndida cantera para la formación de nuevas reglas” [v. también p. 303].

11. Boulanger afirma que os princípios não são exteriores à ordem jurídica positiva [1950:53]; são elementos da ordem jurídica [p. 55]; existem, ainda que não estejam refletidos, explicitamente, nos textos de lei, e a jurisprudência se limita a declará-los [p. 67]. Neste sentido, também, Perelman [1979:104].

prapositiva ou no direito natural. Insista-se: eles não são *descobertos* em um ideal de “direito justo” ou em uma “ideia de direito”.

Dessa verificação são extraídas outras relevantes consequências, a primeira das quais respeita à circunstância de que, em realidade – e disso tratarei mais adiante –, inexistente discricionariedade judicial: o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado ao direito positivo que aplica.¹²

Sem me constranger por tanto admirar o texto de Clemente de Diego [1916:294-295-296], reporto-me, mais uma vez, a trechos nele colhidos: “La ilimitación con que se ofrecen los principios, ya que ellos son in *ul-timum subsidium* fuente de solución para todas las cuestiones jurídicas no comprendidas en el marco de la ley y de la costumbre; la indeterminación, vaguedad y generalidad que son como consustanciales a su naturaleza; la fecundidad y flexibilidad maravillosas de que están dotados por su propia esencia, no son bastante a justificar un arbitrio soberano y caprichoso en el juzgador para formular decisiones subjetivas y producir novedades inconsideradas que pugnen de todo en todo con el orden jurídico constituido. Precisa no olvidar el carácter evolutivo con que ha sido concebida nuestra codificación civil (base 1ª), y las cautelas y garantías y limitaciones con que se pretende llevar a cabo la reforma decenal (disposiciones adicionales). La necesidad de la integración del derecho civil en el momento presente, en la aplicación diaria de uno y otro momento, está servida, decíamos, en el art. 6º del Código, con la gradación establecida de las fuentes normativas civiles; la necesidad de la integración *in futurum*, remozando las instituciones del derecho civil, está servida en las disposiciones adicionales. Aquél está dictado principalmente para el juzgador, éstas para el legislador futuro y directamente para sus inmediatos colaboradores. Si para el propio legislador y sus inmediatos colaboradores se quisieron y se dictaron esas limitaciones, ¿cómo no habrán de quererse para todos los demás que participan de algún modo, y no por uno tan eminente, en la elaboración y progreso del derecho? Instrumento tan delicado y fecundo como el de la producción de derecho o invención jurídica que no sin garantías se quería en manos del legislador, ¿cómo había de ponerse sin ninguna garantía en manos de los intérpretes y aplicadores del derecho?”; “Si el que tiene en sus manos el poder legislativo para dar soberanas decisiones en abstracto y aprioricas reglamentaciones

12. Inexiste, pois, possibilidade de “livre criação do direito” [v. Boulanger 1950:65].

de las relaciones sociales creyó prudente limitar y enfrenar su arbitrio, ¿cómo había de otorgarle supremo e ilimitado al poder judicial para dar sus decisiones concretas, según las circunstancias de cada caso?”.

Paralelamente a isso, convém lembrarmos que a aplicação do direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de *uma* regra: o que se aplica, sempre, é o todo que *o direito* é, e não normas jurídicas isoladas.

73. Kelsen e os princípios

Kelsen [1996:151 e ss.] dedica um capítulo da *Teoria geral das normas* à crítica da exposição de Esser sobre os princípios,¹³ recusando qualquer importância jurídica a eles.

A norma individual que expressa a decisão judicial de um caso concreto – diz 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, e não em qualquer daqueles princípios. Nenhum deles pode fundamentar a validade da decisão judicial. Somente uma norma geral positiva poderá fazê-lo.

Os princípios morais, políticos ou dos costumes podem ser chamados de *jurídicos* apenas na medida em que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelas autoridades competentes. Não obstante, não se confundem com as normas jurídicas cujos conteúdos a eles sejam adequados. E o fato de que sejam chamados princípios *jurídicos* não significa – como o nome parece dizer – sejam *princípios do direito*. A circunstância de influenciarem a criação de normas jurídicas não significa que eles sejam “positivados”, convertendo-se em parte integrante do direito positivo. Compõem-se entre os motivos considerados pelo legislador enquanto tal. Não obstante, não obrigam juridicamente. Não preenchem as características das normas jurídicas. O *princípio de justi-*

13. Embora oponha *norma* e *princípio*, sustentando que os princípios não configuram mandamentos (isto é, instruções, regras), mas, sim, sua causa, critério e justificação [Esser 1961:67], Esser [1961:5, 66-67 e 102] admite que eles constituem direito positivo [1961:90, 93, 121, 169 e 171]. Mas direito positivo constituem – prossegue – não como *regras independentes ou autônomas*, porém como condição imanente do ser e do funcionar das *regras*. Por isso, o princípio da liberdade contratual é direito positivo dos contratos e a separação dos Poderes seria direito constitucional positivo – ainda que não enunciado como princípio positivado –, desde que acolhidos por determinado ordenamento, sem que se convertam em regras.

ça não perde seu caráter de princípio moral porque o conteúdo de uma norma jurídica lhe seja conforme.

Adiante, 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 que “mesmo o título de seu livro, *Princípio geral do direito e norma*, implica essa diferença” [Kelsen 1996:154].

74. Princípios: descoberta e positivação

A crítica de Kelsen tem sido geralmente ignorada pelos autores que se dedicam à análise dos princípios.

Linhas acima referi a existência, no sistema jurídico, de *princípios explícitos* e de *princípios implícitos*, estes últimos desdobrados da interpretação de textos expressos do direito positivo.

Note-se bem que não estou a sustentar que estes últimos – os *implícitos* – sejam “positivados” pelo intérprete autêntico em suas decisões, normas de decisão, ao criar normas jurídicas individuais.

Pois – não me cansarei de repeti-lo – esses princípios não necessitam ser “positivados”, visto que já se encontram integrados ao sistema jurídico de que se trate, cumprindo ao intérprete exclusivamente descobri-los, em cada caso.

Os princípios *explícitos*, estes se manifestam de modo expresso. Os demais, *implícitos*, são descobertos no interior do ordenamento. Existiam nele como *princípios de direito positivo* latentes. Em outros termos: o intérprete autêntico nada “positiva”. O princípio (que é *regra*, veremos em seguida) já estava positivado. Não fosse assim, não poderia ser induzido. O ato de *descoberta* de um princípio latente em determinado ordenamento é declaratório, *não é ato constitutivo*.

75. Princípios e regras, espécie e gênero

Nada distingue os princípios das regras de direito. *Regra* é gênero do qual são espécies os *princípios explícitos e implícitos* e as *regras estrito senso*.

Adoto, a esse respeito, a exposição e as conclusões de Jeammaud [1982 e 2008], que propõe a substituição da teoria *deôntica* por uma teoria *funcional* da normatividade do direito.

A concepção *deôntica* toma a regra de direito como regra de conduta ou de comportamento – vale dizer: prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação – sob a ameaça de uma sanção estatal. A generalidade da regra está em que ela deve ser a mesma para todos.

Outro é o sentido, no quadro da concepção *funcional*, da generalidade inerente à normatividade. A essência normativa (*le statu de règle* – diz ele) de um enunciado (= texto normativo) encontra-se na sua vocação a servir de referência (servir de *modelo*) para determinar como as coisas devem ser. A generalidade, então, reside na aptidão da regra para receber um número de aplicações *a priori* ilimitado.

A regra de direito pode, na exposição de Antoine Jeammaud, ter diversos objetos, não apenas condutas. Daí que a concepção funcional exclui qualquer oposição entre *regra* e *princípio*. Os *princípios* são, portanto, espécie do gênero *regra*. E os critérios de identificação dos *princípios* encontram-se em seu *alto grau de generalidade* e na sua *proximidade aos valores*.¹⁴

14. Após cogitar das características que permitem a configuração de uma regra (norma) como princípio, Antoine Jeammaud desenvolve exposição a respeito da “generalidade” dos princípios. Assim [Jeammaud 1982:620, nota 12], observa: “Pour être traitée comme principe, une règle doit d’abord présenter une certaine configuration matérielle. On devrait parler d’un élément matériel de la qualification. Mais, considéré isolément, cet élément matériel fait seulement de la règle en cause une règle de principe (par opposition à règle d’exception) ou une règle générale (par opposition à règle spéciale). Dire qu’il s’agit d’un principe au sens qui nous occupe ici, c’est-à-dire d’une norme occupant dans la hiérarchie une place qui fait obstacle à la validité d’autres règles, c’est faire référence à un élément hiérarchique. Mais, tantôt la qualification de ‘principe’ découle de la constatation que la règle présente à la fois l’élément matériel et l’élément hiérarchique, tantôt la qualification résulte de la constatation que la norme occupe une place éminente dans la hiérarchie et permet d’en déduire qu’elle possède le champ d’application inhérent à l’élément matériel de tout principe, tantôt enfin la qualification repose sur le constat de départ que la configuration de la règle correspond à l’élément matériel d’un principe et conduit à lui reconnaître la place hiérarchique d’une norme de cette catégorie. Dans ce dernier cas, il est clair que le critère de la qualification est de type idéologique. Donc, tout ‘principe’ présente un élément matériel, un élément hiérarchique, un élément idéologique, et, dans le jeu de l’interprétation, la présence de deux d’entre eux peut entraîner la qualification qui emporte à son tour la reconnaissance du troisième élément”. E, adiante [Jeammaud 1982:623], afirma: “Mais il existe encore une autre forme de généralité: celle de la proposition normative qui, non seulement

76. A exposição de Antoine Jeammaud

Dado que o que penso a respeito dos princípios, essa mera espécie de regra, é o que Antoine Jeammaud constrói, transcrevo em seguida o trecho final de seu texto de 2008 a respeito da polissemia do termo “princípio” na linguagem do direito e dos juristas. Peço ao leitor dedicada atenção a essa exposição, que reputo de importância fundamental para a compreensão da matéria:

B) Jalons

Au lecteur qui nous a suivi jusqu'à ce point nous devons un aveu: celui de peiner à adhérer à l'une ou l'autre des théories des principes juridiques proposées à ce jour,^I sans être en mesure d'en proposer une

a vocation à s'appliquer un nombre indéterminé de fois à des situations réalisant son hypothèse, mais a par ailleurs un objet englobant une série illimitée d'autres objets, qui peuvent ou pourraient être réglés par autant de normes peculieres. On qualifie une telle proposition de 'principe' parce que les règles visant les objets plus spécifiques apparaissent comme autant d'applications spéciales de sa propre disposition. De sorte qu'existe entre celles-ci et celle-là, comme entre leurs objets respectifs, un rapport d'espèces à genre. Mais, employée en considération de ce seul rapport, l'expression de 'principe général' signale simplement cette extension remarquable qui permet de recourir à la règle dite 'de principe' pour combler les lacunes ou fonder l'interprétation stricte de toute norme spéciale qui y dérogerait (et serait qualifiée pour cela de 'règle d'exception'). Si cette généralité d'extension manifeste ainsi une portée pratique qui dote la norme en cause d'une relative autorité face à d'autres composantes du système de droit, cela ne signifie pas qu'elle bénéficie d'une position privilégiée dans la hiérarchie des règles du dit système. Or, les 'principes généraux du droit' dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État tirent leur originalité et leur intérêt de leur place dans cette hiérarchie: si le législateur peut les écarter ou y déroger, ils s'imposent en revanche au pouvoir réglementaire quel qu'il soit, de sorte que des normes posées par décret ne sauraient en aucun cas y déroger. Cette catégorie a d'ailleurs été 'inventée' par le juge administratif pour encadrer l'activité normatrice du gouvernement et de son administration. Les principes généraux du droit au sens propre – les seuls à mériter cette appellation si l'on a le souci d'éviter l'accumulation des confusions – se caractérisent donc par une triple généralité: une *généralité logique* en tant que normes, une *généralité d'extension* en tant que règles 'principe', et surtout une *généralité par l'intensité* correspondant à une autorité singulière dans la hiérarchie, qui est le trait distinctif de cette catégorie de normes”.

^I Les analyses de notre collègue P. Morvan nous convainquent inégalement. Nombre d'entre elles s'imposent (par exemple la critique de ce qu'il nomme “la thèse romantique”, largement reçue par les privatistes français, qui attribue des vertus idéales à des principes

autre, complète et solidement étayée. La thèse de Ronald Dworkin, avec sa distinction-opposition des principes et des règles,^{II} est certes fort séduisante, et semble pouvoir être reçue moyennant quelques amendements inspirés par l'expérience locale.^{III} Elle ne saurait être négligée, mais paraît trop liée à l'expérience du droit américain pour rendre compte du phénomène des principes dans d'autres systèmes. Nous nous bornerons donc à proposer quelques jalons pour la construction d'une *définition stipulative de la catégorie des principes en tant que catégorie d'outils de la régulation juridique* dans un ordre juridique comme le droit français. Des jalons qui, naturellement, doivent en partie à des idées avancées par des auteurs qui nous ont précédé dans l'étude de ce thème.

a) Il convient en premier lieu d'admettre que, dans une expérience comme celle de ce pays (et dans bien d'autres sans doute), *deux genres de principes* se manifestent dans le champ du droit. Il paraît bien exister, à côté ou au-dessus – ou face à – des *principes normatifs*, éléments remarquables du droit en vigueur, des *principes extrapositifs*, en ce sens qu'il ne s'agit pas de normes valides du système de droit, mais d'*orientations* qui, soit ont pu ou peuvent encore inspirer la création ou l'évolution des normes positives, soit se dégagent du droit positif.^{IV} L'ainsi dénommé "principe de sécurité juridique" appartient *a priori* à ce genre, tout comme ce que l'on pourrait dénommer le "principe de faveur en droit du travail" pour rendre compte de façon très synthétique d'une tendance sensible et caractéristique de cette branche de l'ordre juridique.^V

normatifs censés combler les lacunes de la loi grâce à leur mode de "découverte"). Mais nous ne le suivons pas, notamment, quant à l'identification des principes normatifs et sur l'extratextualité des principes.

II. V. notamment: *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, pp. 79 et s.

III. Ainsi que le fait, par exemple, C. A. Morand, "Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles", *Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle-Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 57 et s.

IV. Nous avons parlé de "principes-normes" et de "principes-descriptions", forgés par les juristes dogmaticiens pour rendre compte d'une tendance remarquable du droit positif à un moment donné de son existence ("Les principes dans le droit français du travail", préc., n. 1; "Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente", *Dr. soc.* 1998, p. 115.

V. Orientation encore dominante, malgré des contre-tendances "flexibilisatrices" des conditions juridiques d'usage de la force de travail salariée.]

L'observation des évolutions du système de droit enseigne que des *déplacements* se réalisent de la sphère des principes extrapositifs, proches d'une philosophie juridique pratique, à celle des principes normatifs. Une mutation de ce genre est peut-être en train d'affecter, nous l'avons signalé, le principe de sécurité juridique, et un mouvement du même type paraît s'esquisser, à travers certaines solutions à portée jurisprudentielle, pour un "principe de cohérence" dont "l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui" n'est sans doute qu'un aspect.^{VI}

b) L'important et le plus délicat est d'élaborer *un concept de principe juridique comme principe normatif*, pour en déduire les critères de son identification. Deux caractères paraissent rationnellement devoir être retenus si l'on souhaite que ce concept revête quelque utilité pour la description rigoureuse et l'intelligence du droit positif: un *haut degré de généralité* et une *proximité des valeurs* réputées inspirer cet ordre juridique (peu important que le théoricien ou le juriste dogmaticien croie ou non en ces valeurs et en la réalité de leur influence, ou qu'il pense qu'il y a là mystification).

Haut degré de généralité: plus élevé que celui de la règle de droit? Nous rencontrons là le problème d'une distinction très largement reçue parmi les juristes. Or, la perception de la règle juridique qui nous paraît la plus apte à appréhender et rendre compte de la normativité, du droit, *voit dans la vocation à servir de référence (de "modèle") pour déterminer comment les choses doivent être l'essence de la normativité et un*

VI. V.: M. Béhar-Touchais (dir.), "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui", *Economica*, 2001; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2003, coll. Thémis, n. 34, p. 75. Au nombre des "traces" d'un principe de cohérence peut-être émergent en droit positif: l'impossibilité d'invoquer, devant la Cour de Cassation, un moyen incompatible avec la thèse développée devant les juges du fond (Cass. soc., 25 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 457, obs. J. Savatier; v. déjà le fameux arrêt *Clavaud*: Cass. soc., 28 avril 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 428, note G. Couturier); la qualification que l'employeur a donné à la rupture s'impose à lui (Cass. soc., 21 mars 2007, *JCP S.* 1.412, note L. Drai) et le motif de rupture mentionné dans la lettre de licenciement détermine seul le caractère disciplinaire au non du licenciement (Cass. soc., 20 février 2008, pourvoi n. 07-40.133). Par ailleurs, on ne pourrait reconnaître la positivité d'une norme exactement dénommée "principe de faveur" que s'il était établi que préférence doit toujours être donnée, en toute matière, sur toute question – établissement des faits (*in dubio, pro operario*), interprétation des textes, et pas seulement résolution des conflits de règles – à la solution la plus favorable au salarié. Ce qui n'est pas le cas en droit français (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n. 88).]

critère de la normativité des énoncés faisant en fin de compte dépendre la signification normative (“le statut de règle”) d’un énoncé (en langage du droit ou tel qu’il serait selon sa description en langage des juristes) du contexte de sa production ou de son invocation. La généralité, inhérente à la normativité, réside alors dans l’aptitude à recevoir un nombre d’applications *a priori* illimité. Cette théorie “fonctionnelle” s’oppose à la conception “déontique” archi-dominante parmi les juristes (la règle de droit est une règle de conduite ou de comportement, c’est-à-dire prescrivant, prohibant ou permettant une conduite ou un comportement – ayant donc toujours une action pour objet – sous la menace d’une “sanction” par la puissance publique) et qui situe la généralité de la règle dans ce trait qu’elle est (autant qu’elle doit être) la même pour tous. La perception à laquelle nous adhérons admet aussi – et fort naturellement compte tenu de ce qui vient d’être rappelé – qu’une règle (de droit) puisse avoir les objets les plus divers, et pas exclusivement des conduites. Par les différentes thèses qu’elle articule, cette théorie exclut donc d’emblée toute opposition de la règle (ou norme) et du principe, dont beaucoup prétendent qu’il est, non seulement fort général, mais éloigné des conduites, des situations concrètes et des questions de droit que le juge doit trancher.^{VII} Elle conduit au contraire à accueillir ce dernier, pour autant qu’il constitue une variété identifiable, dans le genre des règles de droit (ou normes juridiques).^{VIII} *Loin d’opposer règles de droit et principes juridiques comme deux espèces de normes juridiques, on est ainsi conduit à faire des seconds une espèce – s’ils s’avèrent composer un groupe d’instruments normatifs suffisamment singuliers – du genre des règles de droit (ou normes juridiques).*^{IX}

^{VII}. Moyennant quoi il ne saurait, en bonne logique, constituer une de ces “règles de droit” par application desquelles le juge civil doit, selon l’art. 12 du Code de Procédure Civile, trancher le litige. Où l’on voit que la théorie des principes peut avoir un enjeu de pratique juridique!]

^{VIII}. Nous renvoyons à deux écrits antérieurs: “La règle de droit comme modèle”, D. 1990, chr. 190 (une version un peu plus développée a été publiée dans la *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, Fac. univ. Saint-Louis, Bruxelles, vol. 25, 1992); “Les règles juridiques et l’action”, D. 1993, chr. 207.]

^{IX}. Sous réserve, mais cela ne modifierait pas la position des principes au sein de la catégorie des règles de droit, que l’on n’éprouve pas le besoin de sophistiquer l’outillage conceptuel en distinguant “normes juridiques” et “règles de droit” par convention transformant les premières en genre qui accueillerait deux espèces: les règles (dont les principes

La généralité singulière de cette espèce de règle de droit que constituerait le principe juridique normatif serait donc *affaire de degré*. Elle pourrait tenir au spectre exceptionnellement ample de situations juridiques que le principe pourrait saisir, dont il affecterait le régime ou la construction “selon le droit” (en se combinant avec d’autres règles de droit, le plus souvent), en jouant le cas échéant un rôle éminent dans le règlement des disputes et controverses pouvant surgir dans ou relativement à ces situations. Du principe constitutionnel d’égalité au principe que nomme couramment l’adage *Fraus omnia corrumpit*, du principe de la force obligatoire du contrat à celui selon lequel “la bonne foi se présume”, en passant par le principe que l’on pourrait décrire (en langage des juristes) ou formuler dans quelque nouveau code civil (en langage du droit) par un énoncé du genre “Nul ne peut tirer profit de l’usage abusif de son droit et l’abus d’un droit constitue une faute”, on trouve autant de normes présentant ce caractère d’exceptionnelle généralité. Celle-ci s’entend alors d’une *transversalité*: le principe normatif vaut dans l’ensemble du système juridique positif, à travers toutes les branches censées constituer celui-ci, toutes ces branches que l’on distingue en son sein, en partie pour des raisons didactiques. Mais il semble tout à fait inopportun, au regard de ce qu’est l’utilité du concept théorique en construction, d’exclure qu’un principe normatif puisse être *propre à une branche du droit* tout en conservant un niveau “suffisant” de généralité et contribuer à caractériser cette branche. Ainsi le “principe de la liberté de la preuve” peut parfaitement être tenu pour principe en (ou du) droit commercial et celui de l’application de la norme la plus favorable aux salariés pour un authentique “principe fondamental (?), en droit du travail” selon une fameuse formule de la Cour de Cassation.

Nous pensons qu’il conviendrait de retenir, comme second trait spécifique de la catégorie en élaboration, *la proximité avec les valeurs réputées inspirer l’ordre juridique positif* auquel appartiennent les règles en question. Le lien entre le droit et la morale, pour dire les choses trop rapidement, doit être pris en considération par la théorie du droit. Ce facteur d’identification des “principes juridiques” nous paraît trop étroitement lié aux ressorts de la qualification de “principe” dans le langage

constitueraient une variété) et les décisions, les principes devenant ainsi une sous-espèce du genre des normes ! Nous n’avons pas encore décidé d’adopter cette construction conceptuelle, pourtant séduisante.]

du droit et des juristes pour ne pas devoir être retenu à l'heure de cette construction d'un concept destiné à l'analyse du phénomène juridique dans nos sociétés. Disons clairement qu'il y a, dans ce concept de principe *une dimension idéologique* – l'adjectif n'a rien de péjoratif – quoi que les uns ou les autres puissent penser de cette idéologie et quelque variées puissent s'avérer les inspirations idéologiques des dispositifs juridiques selon l'époque de leur constitution, la branche d'appartenance, les rapports de force qui ont pu marquer leur avènement ou l'évolution d'interprétation des normes qui les supportent. Ce qui se vérifie sur le registre de l'évidence s'agissant de normes ayant indiscutablement statut de principes de droit positif comme le principe constitutionnel d'égalité, le "principe des droits de la défense", celui selon lequel "la fraude corrompt tout" ou "le principe de l'abus de droit" (curieuse formule utilisée par des arrêts), se laisse aussi déceler dans le principe de non-rétroactivité de la loi, celui de la force obligatoire du contrat, etc., sans parler de ceux que le juge administratif qualifie de principes généraux du droit.

On conviendra que l'alliance de ces deux caractères de particulière généralité et de proximité de certaines valeurs, fournit un critère d'identification des principes qui risque, à l'usage, de manquer de précision opératoire. Ne faudrait-il donc pas ajouter un troisième caractère, l'extratextualité, parmi les conditions de la qualification ? Nous ne le pensons pas, faute d'apercevoir en quoi le "principe d'égalité", qui peut trouver support textuel dans des dispositions du bloc de constitutionnalité, ou celui de la liberté syndicale, énoncé par un alinéa du préambule de 1946, par exemple, seraient écartés d'une qualification au contraire accordée sans l'ombre d'une hésitation à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'aucune disposition n'exprime exactement. Et décrirait-on de rationnelle et adéquate manière le droit en vigueur en déniaient la qualité de principes aux normes que signifient les arts. 2, 1.134 ou 1.165 du Code Civil, et, plus encore, à la règle de la légalité des délits et des peines au motif qu'elle tient à un article de la Déclaration des droits de 1789 ? Nous avancerons donc *qu'il existe des principes "textuels" autant qu'"extra-textuels"*.

c) On comprend qu'au total la qualification de principe selon le concept qu'il s'agit de mettre au point signale une autorité particulière de la norme en cause, notamment face à d'autres règles. Le principe a,

comme tel, un *poids*, qui n'est pas seulement celui de toute règle de principe (face à laquelle la règle, qui apparaît d'exception, est sujette à interprétation stricte), car *le principe-norme appartient, en tout cas, à la cohorte des règles de principe*. Un poids qui n'est pas l'autorité découlant d'une position à un certain degré de la hiérarchie des normes, car le principe peut être en même temps norme de rang constitutionnel, mais aussi norme de valeur simplement législative autant que règle de valeur constitutionnelle.

Ces rapides observations annoncent qu'il y aurait lieu de *distinguer diverses catégories ou types au sein du genre des principes juridiques normatifs*. En fonction de leur position hiérarchique, certes, mais aussi de leurs relations intellectuelles ou "systémiques" avec d'autres normes valides de l'ordre juridique. Certains principes sont ainsi des composantes de l'ordre juridique dont d'autres composantes paraissent constituer des simples déductions, de sorte qu'ils présentent alors un *caractère matriciel*.^X

La mise au point d'un concept théorique irait de pair avec une reprise à frais nouveaux de l'observation de ce que l'on peut appeler les fonctions des principes ainsi identifiés. Des analyses existent déjà qui mériteraient d'être reprises ou réévaluées dans le cadre d'une construction théorique qui devrait avoir pour première conséquence de faire dénier la qualité de *principes normatifs* à certaines normes dénommées "principes" par des décisions de la Cour de Cassation, en particulier des normes d'origine prétorienne auxquelles la Cour concède cette qualité comme si elle tentait d'asseoir de la sorte leur positivité et leur autorité. Ainsi serait sans doute amplifié, mais au nom de l'indispensable rigueur, le phénomène de polysémie du terme "principe", car ce dernier ne conviendrait qu'à un nombre relativement restreint de "principes" aujourd'hui qualifiés tels par les textes et les juges.

77. *Texto normativo, norma jurídica e princípios*

Lida atentamente a exposição de Antoine Jeammaud, operada a distinção entre *texto normativo* e *norma jurídica* e verificado que as

X. V. B. Mathieu, "Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", *D.* 1995, chr. 211.]

normas jurídicas são produzidas, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, teremos que os textos são *regras* das quais os princípios configuram *espécie*. O intérprete, tomando-as em conjunto com a realidade, transforma-as em *normas*. Peço ao leitor que considere, de ora por diante, na leitura do que venho sustentando e do que adiante afirmarei, que me refiro aos princípios, neste meu texto, sempre, como *regras, espécie de regra*.

O que caracteriza os *princípios* como *espécie de regra* é (i) o seu grau de generalidade – isto é, seu caráter mais amplo e largo de generalidade – e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os princípios são regras de direito. Essa maior proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra.

Esse ponto deve ser vivamente enfatizado: faz-se alusão, aí, a proximidade enquanto projeção dos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Cogita-se de proximidade que não confunde valores (*teleológicos*) com princípios (*deontológicos*), que não compromete o caráter normativo das regras da espécie *princípio*.¹⁵

Os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos e oposições entre normas. A superposição entre regra e norma, de um lado, e princípio, de outro, só pode resultar de uma contestação do positivismo à moda de Dworkin, de incompreensão ou do desiderato de confundir.

A tensão entre regras é própria ao sistema jurídico. Sempre, desde sempre, tendo sido assim. O que torna complexa a compreensão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena (ele é abstrato e geral), na qual não cabem exceções.

Mas é precisamente o inverso disso o que se dá. A inserção do direito no mundo da vida, mediante sua interpretação/aplicação, opera-se caso a caso. Há, evidentemente, em cada direito positivo regras cuja *generalidade* é maior, ou menor, que a inerente a outras. Exemplifico mencionando o § 4º do art. 60 da CF do Brasil, de onde é extraída a verificação de que o direito brasileiro atribui grau mais elevado de generalidade às regras que afirmam (i) a forma federativa de Estado, (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico, (iii) a separação dos Poderes e (iv) os direitos e garantias individuais.

15. Uma das falsas novidades introduzidas pelo paradigma dos princípios é a relativa à oposição ou contradição, como já mencionava Gény [1919:46], entre princípios.