

Atividade Autoinstrucional
(2º Semestre/2024)

1. A **Atividade Autoinstrucional (AAI)** consistirá em **prova com questões de múltipla escolha (quatro opções)**, valendo **10 (dez) pontos**, a ser realizada presencialmente, no dia **09 de novembro de 2024**, em horário a ser designado e divulgado pela Coordenação do Curso de Direito.

2. As questões da prova (20 questões, valendo 0,5 ponto cada questão) serão baseadas nos seguintes **textos**, cuja leitura prévia é obrigatória, pois **não haverá consulta no dia da AAI**.

1º) **Uma leitura constitucional das provas no processo penal obtidas por meio de cartas psicografadas.** DIAS, Pauliana Maria. *In: Direito processual e o constitucionalismo democrático brasileiro.* Castro, José Antônio Lima. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2009.

2º) **O caráter normativo dos princípios.** GABRICH, Frederico. *In: Meritum*, Belo Horizonte: FUMEC, vol. 2, nº 2, p. 373-408, jul./dez. 2007.

3º) **Conflitos: conceitos e aspectos gerais.** MERLIN, Bartira Pistore. *In:*

4º) **A força democrática das Supremas Cortes.** VICENTE, Luciano Rosa; DEZAN, Sandro Lúcio. *In: Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 115-136, jul./set. 2023.

5º) **Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA.** Entrevistadores: Caio F. Rodriguez e Marcio S. Grandchamp. Tradução e notas: Diego Werneck Arguelhes. Nota adicionais: Prof. Ricardo Sacco.

3. Os textos indicados à leitura serão encaminhados aos alunos, via SINEF e outras formas de divulgação que a Coordenação entender pertinentes.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2024.

Profª. Silvana Lourenço Lobo

Prof. Daniel Firmado de Almeida Glória

GRÃO-CHANCELER • Dom Walmir Oliveira de Azevedo

REITOR • Prof. Dom Joaquim Gouveia Mal Guimarães



INSTITUTO DE EDUCAÇÃO CONTINUADA - IEC

DIRETORA • Profa. Carmen Luzia Rabelo Xavier • <http://lattes.cnpq.br/0331288227955960>

COORDENADOR DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

Prof. João Antônio Lima Castro • <http://lattes.cnpq.br/3057169550902581>

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dayse Starling Lima Casco • <http://lattes.cnpq.br/8319912559762715>

Prof. Fabrício Veiga Costa • <http://lattes.cnpq.br/7152642230887744>

Profa. Isabela Dias Neves • <http://lattes.cnpq.br/9053854828646187>

Prof. João Antônio Lima Castro • <http://lattes.cnpq.br/3057169550902581>

Prof. Marcelo Cunha de Araújo • <http://lattes.cnpq.br/0639602557568194>

Prof. Sérgio Henriques Zandoná Freitas • <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>

COORDENAÇÃO DOS TEXTOS • Prof. João Antônio Lima Castro

PROJETO GRÁFICO • Quax Design • Carla Cork • (31) 3271-0589 / (31) 9952-0420

carladark@hotmail.com • <http://lattes.cnpq.br/0975920324587658>

FICHA CATALOGráfICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T27B

Direito Processual e o constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenador: João Antônio Lima Castro. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009.

1024 p.

ISBN 978-85-98185-15-6

Coletânea de artigos dos especialistas em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas.

Bibliografia.

I. Direito Processual. II. Castro, João Antônio Lima. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Instituto de Educação Continuada.

CDU 347.9

Direito Processual

e o constitucionalismo democrático brasileiro

João Antônio Lima Castro
Coordenador

Juliana Maria Matos Ferreira
Colaboradora

Belo Horizonte
2009

VENDA PROIBIDA

Trabalhos realizados para fins acadêmicos do Curso de Pós-Graduação em
Direito Processual PUC Minas-IEC.

É PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, SEM QUAL FOR O MEIO EMPREGADO,
SEM A PERMISSÃO POR ESCRITO DOS AUTORES.

IMPRESSO NO BRASIL - PÁG. 102 DE 102

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL OBTIDAS POR MEIO DE CARTAS PSICOGRAFADAS

Pauliana Maria Dias¹

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Provas, Do Conceito A Função
- 3 Princípios Constitucionais Do Processo Penal
 - 3.1 Devido Processo Legal
 - 3.2 Contradição
 - 3.3 Ampla defesa
- 4 A Psicografia Como Meio De Prova Face Aos Princípios Constitucionais
- 5 Conclusão
- Referências.

I INTRODUÇÃO

O procedimento hermenêutico constitucional traz ao Direito em si uma filosofia que escapa interpretar os estatutos jurídicos formulados por legisladores, e a conseqüente aplicação aos fatos reais mediante o processo. Nesta expectativa, o conceito de processo (ou mesmo procedimento) poderá ser variável, dependerá da interpretação de quem o maneja, mas deverá conter em seu bojo o senso da própria justiça, eis que esta é fundamental para se conservar a paz social.

¹ Advogada, Formada pela PUC Minas, em 2005.

Destarte, para que se possa manter a satisfação no plano material, há que se respeitar as mudanças societárias, independente de seu conteúdo. Desta forma, o legislador constitucional visou, ao formular a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a prevalência absoluta dos princípios constitucionais, como meio de garantia aos Direitos Fundamentais e da manutenção implementação do Estado Democrático de Direito. Na mesma linha de raciocínio, o legislador infraconstitucional buscou o vínculo objetivo e dano ao reter integralmente a Constituição de 1988, acoplando-se, nas codificações, princípios complementares aos princípios constitucionais.

Desta feita, além da sobreposição dos Direitos Fundamentais pela Carta Magna de 1988, propostas no mesmo sentido se revelam nos Códigos garantindo decididamente o *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF/88), que, abarcado pelas fontes do Direito, direcionam o julgador a realizar a justiça. Importante frisar que a concretização desta se dá através da colaboração do juiz – que auxilia na resolução dos conflitos, e pelo povo, que numa demonstração de interesse pelos seus Direitos exigem dentro do processo condições igualitárias.

Logo, ainda que haja uma imposição opressiva da Lei no decorrer do procedimento judicial, sempre haverá lacunas ou controvérsias que poderão sugerir às partes melhores condições para a resolução do conflito. Neste interim, surgem as formas de convencimento do julgador, que utilizando o bom senso (além da Lei) deverá proferir a mais justa decisão – satisfazendo os ditames constitucionais.

Entretanto para que se consiga a satisfação constitucional é preciso haver comunhão entre o Estado-Juiz e o povo, sustentando, assim, o pilar organizacional necessário para o desenvolvimento da instrução processual. Neste linde, um dos fatores que possibilita a igualdade entre as partes é o instituto da prova, no qual servirá de análise do Juízo para o justo julgamento.

Neste contexto, será avaliado no presente trabalho o poder que emana da prova, até onde vão os seus limites em benefício de um indivíduo dentro do processo penal. Chegará a prova a ultrapassar o "natural", a ponto de se solidificar mediante manifestações sobrenaturais? Os limites conferidos à prova são ultrapassados na medida da necessidade do indivíduo e da credibilidade infusa dos julgadores – incluindo-se os jurados do tribunal do Júri e, principalmente, da autenticidade da prova e seu teor constitucional.

Tamánha é a relevância da matéria probatória como garantia constitucional no processo penal, pois confere ao mesmo a possibilidade de luta contra o crime e apóia o julgador na pesquisa da verdade histórica do fato, se concludo pela aplicabilidade da justiça punitiva ou pelo alívio adjudicado aos simplesmente inocentes.

2 PROVAS, DO CONCEITO A FUNÇÃO

A estabilidade do processo penal se conecta ao reconhecimento da verdade jurídica, e, para que haja uma perfeita simetria na instrução criminal, é preciso ativar os meios que possam promover a produção da prova, como os documentos, testemunhas, perícias, dentre outros. Observa-se que, uma vez produzida a prova, estará o processo penal mais perto da verdade real buscada pela prestação jurisdicional.

Identifica-se, então, a prova com a relação jurídica que visa elucidar a certeza. Como bem ressalta Paulo Cunha citado por Pedrosa (1994, p. 16), *"a instrução está para a prova, assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue. A instrução, portanto, é o instrumento procedimental para a produção da prova"*.

O conceito de prova se interliga ao conceito de existência no reíto penal, é dizer, prova significa designar um estado de persuasão, confirmar a veracidade de um fato, retirando qualquer sombra de dúvida que possa comprometer uma decisão íntegra e justa. As provas no processo penal devem ser preparadas para serem apreciadas pelo julgador no intuito de se descobrir qual prestação jurídica caberá ao caso, influenciando-se na convicção do juiz questões relativas à existência ou inexistência do que se alega em juízo.

Uma vez conceituada juridicamente a prova, importa mencionar especificamente a sua função e importância dentro da instrução criminal, como também o vínculo aos princípios constitucionais.

Numa análise apenas superficial e cotidiana da palavra prova, encontra-se uma sensação de poder, de força e de comprovação. Já o sentido etimológico da palavra se caracteriza pelo exame, pela exatidão de algo, pela certeza ou confirmação². Isto é o que se sente ao prolatar intencionalmente a palavra prova. No âmbito processual penal, soa ainda de forma prezada, pois, muito mais que seu significado está em xeque o seu valor, a sua importância para a manutenção do processo penal e para uma conclusão satisfatória.

Desta feita, nos dizeres de Carvalho Santos, citado por Aranha (1999, p.5) *"a finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa"*. Logo, demonstrará a prova fatos que alimentam ou não a possibilidade de encontrar a verdade real. Poderá conectar a essencialidade e o procelatório no decorrer do processo criminal, como também poderá ferir os princípios constitucionais e o próprio procedimento pela sua produção ilícita.

A prova então será imprescindível para o desenvolvimento do processo penal, na medida em que se demonstrar ao julgador a existência de fatos que possam ser perturbadores, violadores, benéficos ou demonstradores

2. O Novo Dicionário Eletrônico Aurélio busca associar a palavra prova o poder que emana da pronúncia da própria palavra.

da plena verdade, o que propiciará a reconstrução e interpretação os fatos ocorridos anteriormente e que deram (ou não) origem a um ilícito.

Nesta seara, a prova deverá ser classificada, quanto ao seu objeto, ao sujeito, e quanto a sua forma.

O primeiro diz respeito ao próprio fato a ser provado, ou seja, a prova literal da existência de certo fato (objeto direto) ou a existência de um fato que suscitou o fato que se quer provar (objeto indireto da prova). A título de exemplo, explana Aranha (1999, p.23) que o testemunho de uma pessoa dizendo ter presenciado um indivíduo lesionar outro seria o objeto direto para a acusação; lado outro se a pessoa diz apenas ter visto o indivíduo ser detido, configurará o objeto indireto da prova, que faz o seu receptor utilizar-se de pensamentos dedutivos (presunções e indícios) a respeito do que realmente ocorreu.

A segunda classificação alhures se remete ao sujeito, que de acordo com Aranha (1999, p.23) "é a pessoa ou coisa de quem ou de onde provém a prova". Nesta, há a ligação da realidade inconsciente com a realidade consciente, que relatam fatos reais e morais. Deste modo, são analisados vestígios deixados em lugares suspeitos ou impressões através de perícias e prova testemunhal.

Segundo Aranha (1999, p. 23), a terceira classificação da prova é quanto a sua forma, sendo testemunhal – obtida através da palavra e da escrita; material – obtida por meios químicos, físicos ou mesmo biológicos; e a documental – conhecida por seu conteúdo literal e instrumental, como livros comerciais, esboços públicos e particulares, cartas, dentre outros.

Objetivando um estudo profundo a respeito da prova, há que ser analisado devidamente a prova documental no processo penal, demonstrando especificamente inovações que estão sendo utilizadas, especialmente pelo tribunal do júri, e que, apesar de enorme repulsa da sociedade jurídica, foram aceitas como prova documental legal – as cartas psicografadas, para tanto, destaca-se os princípios constitucionais.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

É cediço no meio jurídico que a finalidade dos princípios constitucionais é garantir o essencial para a sobrevivência digna do indivíduo. São os princípios aplicadores da proteção absoluta às condições para viabilidade de uma vida respeitável. Nesta linha, buscam os princípios constitucionais abrandar o poder discricionário do Estado para com a contra-parte, salvaguardando-a do arbítrio judicial e da coerção estatal.

Lado outro, as garantias constitucionais não se enquadram apenas na relação jurídica Estado-indivíduo, mas também nas relações entre os próprios indivíduos – os particulares. Nesta seara, são imprescindíveis os princípios constitucionais para a promoção de um justo julgamento, como também para

garantir a proteção do indivíduo perante o Juízo (ou Tribunal) auxiliando-o nos casos de repressão ou mesmo de injustiça.

Insta ratificar que os princípios constitucionais estão presentes na legislação infraconstitucional, e se encaixam à mesma nos rigores exigidos pela Carta Magna de 1988, se tornando ponto principal para o desenvolvimento do estudo e para melhor aplicação das codificações. Pelo exposto, lembra Gomes citado por Garcia:

A busca da paz social por intermédio da aplicação da lei penal – adotada esta como última ratio – deve achar um ponto de equilíbrio exato, de modo a não restringir a liberdade do indivíduo. O processo penal, num Estado Democrático de Direito, deve zelar, sobretudo, pela preservação da liberdade jurídica da pessoa humana, assegurando o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Assim, não bastará a aplicação da lei penal ao caso concreto, se não forem respeitados os princípios constitucionais que asseguram os valores de liberdade e dignidade do homem. (GARCIA, 2004)

No campo do Direito Penal e Processual Penal se reúnem os princípios constitucionais em: Igualdade, Legalidade, Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa, Presunção de Inocência, Juiz Natural, Verdade Real, Reserva Legal, dentre outros. Para locupletar o presente artigo, abordar-se-á em apertada síntese os princípios da Igualdade, Legalidade, Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla defesa, que se fazem necessários para a análise da colisão entre princípios e os inovadores meios de prova documental.

3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo é um meio de defesa que pode ser utilizado pelas partes em virtude da ilegalidade, assim sendo, deve conter em seu interior pressupostos que possam garantir a estas partes o descobrimento da verdade real, imputando condenação ou absolvição pelo cometimento de determinado fato.

Será então o instrumento no qual a parte busca uma prestação jurisdicional advinda do plano jurídico com o escopo de resguardar seus direitos subjetivos. O processo terá caráter de garantia para quem o busca, devendo por isso emitir segurança e satisfação. Para se chegar a este intento há que se ter o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), que são corolários do due process of law.

A Constituição Federal de 1988 em toda sua plenitude dedica aos indivíduos o princípio do devido processo legal como via para a conquista de sua pretensão, de seu direito, ofertando ao caso a solução mais justa, mediante o equilíbrio entre as partes. Neste diapasão, importante o entendimento de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à criação, de produção ampla de provas,

de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão mútua, à revisão criminal (grifo nosso) (MORAES, 2003, p. 117)

Somente nestas condições estará assegurado o indivíduo e o processo-crime das repressões e limitações que possam prejudicar os interesses buscados no bojo da demanda judicial.

3.2 CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório deve estar intrínseco ao processo penal, como também a ampla defesa, e, além de visar a garantia da participação no processo, permite a contribuição das partes na instrução criminal – influenciando, portanto no convencimento do julgador. O princípio do contraditório possui efeito de extrema relevância para a promoção da justiça, e uma vez lesada causa a nulidade processual?

Apesar de conservador, se identifica à atualidade, e como muito bem retrata Pacelli (2004, p. 23) "a doutrina moderna caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da par condicio ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual". O contraditório deste modo possibilita o direito de resposta ampla e intensa, "em simétrica paridade", como disse Aroldo Plínio citado por Pacelli (2004, p. 23)

Mediante o princípio do Contraditório será proporcionado ao acusado no processo penal o seu direito de defesa, sendo que a cada ato produzido pela acusação caberá a sua defesa, expondo suas versões sobre o que está se discutindo no processo. Desta feita, o representante do Ministério Público deve se deter à possibilidade de defesa como verdadeiro requisito de validade para o processo.

Realizando o processo na forma dos ensejos constitucionais estará consequentemente produzindo a igualdade e a liberdade processual sendo que, na primeira haverá paridade entre as partes, num mesmo plano, e pela segunda, o indivíduo terá a faculdade de promover a sua defesa mediante profissional qualificado para tal.

Basicamente este deve ser o interesse Público – garantir o confronto entre as partes mediante uma luta na qual têm ciência das atitudes contrárias e a possibilidade de contrariá-las de forma justa e equitativa, como abrange Pacelli:

Essa é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do indivíduo diante do aparato penalatório penal, encontra-se solidamente encaixado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição de sanção de natureza penal. (PACELLI, 2004, p. 23)

1. Segundo Pacelli, na obra Curso de Processo Penal, no que concerne aos meios de prova, o princípio do contraditório é um dos mais caros do processo penal, pois é requisito essencial para sua validade.

Torna-se então o princípio do Contraditório peça fundamental para solidificação do processo penal, não admitindo qualquer exceção na sua aplicação por ser garantia constitucional devidamente defendida pela Constituição Federal de 1988, devendo as normas que não o agregam em seu conteúdo serem declaradas inconstitucionais.

3.3 AMPLA DEFESA

Presente no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, o princípio da Ampla Defesa nos dizeres de Moraes (2003, p. 118) "entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário (...)". Complementam-se contraditório e ampla defesa, sendo o primeiro a exteriorização do segundo na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

As diretrizes gerais do princípio da Ampla Defesa presam a defesa técnica do indivíduo na instrução criminal, oportunizando o mesmo a escolha de defensor devidamente inscrito no órgão competente para promover sua defesa e todos os atos em que necessitar de parecer ou de sua presença (como audiências, por exemplo).

O princípio da Ampla Defesa efetiva a participação do indivíduo dentro do processo-crime, complementando o princípio do Contraditório, que exige a garantia da participação. Logo, havendo negativa ao atendimento de ambos os princípios ocorrerá a nulidade absoluta ou mesmo relativa do processo penal, pois, uma vez descumprido os princípios constitucionais certamente ocorre significativo prejuízo ao acusado, desequilibrando assim a relação processual devido a um vício no processo. Nesta mesma meta, Pacelli (2004, p.25) salienta que "pode-se, portanto, afirmar que a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado".

A prova, portanto, como garantia da ampla defesa pode ser englobada no processo penal amplamente, e não se pode esperar outra atitude do Estado sendo aceita esta condição, pois, deve defender o Estado Democrático de Direito e proporcionar aos indivíduos que se envolvem em demandas judiciais toda a segurança que emana das leis, e principalmente da Constituição Federal de 1988. Nestes dizeres, a prova no processo penal, ou em qualquer outro, somente será impedida de ser utilizada quando efetivamente ilóica, quando é totalmente inadmissível, apesar de haver entendimentos em sentido contrário. A respeito, há que mencionar o segmento de Pacelli:

(...) além da exigência da defesa efetiva, o princípio da ampla defesa se desdobra, dada a sua amplitude, para abarcar toda e qualquer modalidade de prova situada no ordenamento jurídico, e mesmo aquelas vedadas pela acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de

Conclui-se mediante a exposição do presente princípio que este, juntamente com o princípio do Contraditório, é a base sólida para a preservação dos demais princípios norteadores do processo penal no Brasil, eis que sua amplitude aborda todo o tratamento que deve ser direcionado ao indivíduo e ao processo em si, enaltecendo o desígnio constitucional e desempenho na busca pela verdade real, realizando justiça mediante o julgador que se encerra na liberdade ou no pagamento da dívida (mediante condenação) ao Estado e a terceiros considerados lesionados.

4 A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Segundo Cicco (2005), a prova documental tem sua história iniciada no processo grego que em meio a contestações apresentadas, era utilizada para apurar a verdade. O interesse em impugnar notícias, relatos ou escritos nesta época era intenso e atingia tamanho grau de seriedade, ao mesmo tempo, recorria-se a meios tidos como utópicos ou mesmo fantasiosos. Todavia, a crença religiosa conturbava bastante, ao ponto da justiça grega direcionar a decisão sobre a verdade aos deuses gregos, como explica Cicco (2005). Para tanto, desafiavam-se tais deuses invocando-os com o propósito de que estes pudessem estabelecer a verdadeira realidade dos fatos.

Esta forma processual perdurou por anos, atingindo-se o que Foucault citado por Cicco (2005) chamava de "lei dos métodos", na qual a busca pela verdade ainda se caracterizava pelo misticismo, e a maioria das questões relacionadas ao processo grego ainda tinham suas respostas em informações oferecidas por "oráculos e adivinhos", como ressalta Cicco (2005).

Hodermamente vêm se destacando nos corredores do âmbito judiciário um meio de prova documental detentor de polêmicas e espanto aos olhos dos aplicadores e escritores do Direito. As cartas psicografadas.

A utilização das cartas psicografadas como meio de prova no processo penal aforou-se recentemente com a absolvição de Iara Marques Barcelos – acusada de homicídio na Comarca de Viçosa, Rio Grande do Sul, no ano de 2006. Devido à utilização de cartas psicografadas pelo médium Jorge José Santa Maria, da Sociedade Beneficente Espírita Amor e Luz, endereçadas ao marido de Iara, o Sr Alcides Cheves Barcelos. Uma vez apresentada a prova espírita pelo advogado Lúcio de Constantino ao Tribunal do Júri, Iara conseguiu preservar um de seus bens mais valiosos – a liberdade. Sendo considerada inocente e absolvida pelo Júri.

Mediante este ocorrido, diversas discussões surgiram, e todas em função da descaracterização da carta psicografada como meio de prova. De certa forma, a prova espírita causa anseios aos aplicadores do Direito, apesar

de já terem sido utilizadas nos processos penais em outras ocasiões; e na maioria das vezes com resultados satisfatórios.

As discussões sobre as cartas psicografadas abordam diversos temas que, face ao processo e a seus intérpretes, são tidos como invioláveis e até mesmo inconstitucionais. Por tal fato, a análise constitucional e processual torna-se atraente e desperta curiosidades, por isto, passa-se a examinar com cautela o tão indagado meio de prova no processo penal.

Primeiramente, tem-se que "a psicografia é uma transmissão de mensagens escritas, ditadas por espíritos, aos seres humanos, denominados médiums", como bem define Nucci (2006). Podendo assim ser direcionada para qualquer pessoa que não seja seguidor da religião espírita.

As cartas psicografadas dentro do processo penal (ainda que somente no Tribunal do Júri) são vistas como uma limitação ao direito de crença, no qual é abordado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, VI e VII, conseqüentemente:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (grifado no original).

Em detrimento dos supracitados incisos constitucionais, as cartas psicografadas são fortemente protestadas. A existência da diversidade religiosa no país é um dos pretextos para a inutilização das cartas psicografadas. Certamente há que se preservar o direito da manifestação religiosa, sem menosprezar nenhuma religião, pois, necessita o ser humano de um ponto de fé em sua vida. Portanto, religião possui cunho íntimo e não deve se vincular a preceitos que não se coadunam de mesmos ideais. Sendo assim, não há que se relacionar fé e religião ao jurídico, a questões estatais, pois, o Estado é laico, e por isto se torna irrelevante a questão religiosa. Destarte, não há que se valer de convicções íntimas para a produção de provas.

Todavia, a liberdade de crença não é ponto crucial para a inviabilização de cartas psicografadas no processo penal, apesar de bastante contestada, eis que a sua manifestação não prejudica suficientemente a credibilidade e a devoção dos indivíduos às suas íntimas convicções religiosas. A respeito disse Nucci:

O juiz católico pode julgar o réu espírita, defendido pelo adepto do judaísmo, acusado pelo promotor budista, com testemunhas evangélicas e escrivão protestante. Em outras palavras, o que cada operador do Direito professa no seu

5. Nucci, no artigo Utilização da psicografia como prova no processo penal, trata a psicografia como fenômeno particular da religião espírita kardecista.

leino, assim como as pessoas chamadas a colaborar com o processo penal, é irrelevante. (NUCCI, 2006)

O que realmente ocorre é que as cartas psicografadas não condizem com a aplicação dos princípios constitucionais que revestem o processo penal, quais sejam o contraditório e a ampla defesa. Afinal é caráter essencial no processo penal, entre sujeitos processuais a igualdade de direitos e obrigações, sendo que a carência dessa igualdade de condições provocaria a própria negatória de justiça. Logo, a verdade das partes deve igualmente participar do convencimento do julgador.

Os questionamentos acerca da violação dos princípios constitucionais iniciam-se pela autenticidade (presente no art. 235 do CPP) das cartas psicografadas face ao processo penal. O que poderia provar aos intérpretes do processo a veracidade da prova espírita senão o próprio médium?⁵ Além, dizem este estar tomado de enorme concentração no momento da psicografia, alguns até mesmo inconscientes. Assim, tornam-se incrédulos frente aos preceitos da justiça, sendo rotulados de dogmáticos ou mesmo impostores. Mas, não seria esta posição desrespeitosa a uma crença? Todavia, a manutenção pelo Estado Democrático de Direito depende do corte feito ao que não é aceito pela opinião pública, o que faz preservar o conservadorismo arcaico e conseqüentemente os princípios constitucionais. A título de exemplo, relata Nucci:

Se a psicografia for considerada um documento (art. 232, caput, CPP), deve submeter-se à verificação de sua autenticidade (art. 235, CPP), havendo, inclusive incidente processual próprio a tanto (art. 145 e seguintes, CPP). Imaginemos que o defensor junta aos autos uma carta psicografada pelo médium X, com mensagem da vítima de homicídio Y, narrando a inocência do réu Z. **Como se pode submeter tal documento à prova da autenticidade? O que fará o promotor de justiça para exercer, validamente, o contraditório? Seria viável o perito judicial examiná-lo? Com quais critérios?** Invadiremos a imagem das convicções religiosas das partes do processo penal para analisar a força probatória de um documento, o que é, no mínimo, contrário aos princípios gerais de direito. Contradição evidente apresenta esta situação ao Estado Democrático de Direito, que respeita todas as crenças e cultos, mas não impõe nenhuma delas, nem demanda nenhum tipo de liturgia. Portanto, os operadores do Direito devem dar o exemplo, abstenendo-se de misturar crença com profissão; culto com direito; liturgia com processo (grifo nosso) (NUCCI, 2006).

Anda assim, a legislação infraconstitucional abre lacuna para a inclusão da prova espírita na instrução criminal, cita-se o art. 232 do Código de Processo Penal: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares". O que são as cartas psicografadas senão documentos

⁵ Nucci, no artigo *Utilização da Psicografia como Prova no Processo Penal* ainda questiona a possibilidade do médium ser testemunha na instrução criminal e concluir absurda tal possibilidade.

particulares? E documentos idôneos despidos de qualquer ilicitude, o que desmonta qualquer tese de prova ilícita.

Entretanto, a autenticidade do documento particular é essencial para o seu ingresso no processo penal, é uma forma de se preservar o contraditório e a ampla defesa, como mesmo ressalta o art. 235 do supracitado Estatuto Penal. Neste contexto, Nucci propõe situação inversa:

Imaginemos situação contrária: o promotor de justiça junta aos autos uma psicografia da vítima morta, transmitida por um determinado médium, pedindo justiça e a condenação do réu Z, pois foi ele mesmo o autor do homicídio. **Até então nenhuma prova da autoria existe. Aceita-se a prova? É a ampla defesa? Como será exercida? Conseguirá o defensor uma outra psicografia desautorizando a primeira?** (NUCCI, 2006)

Ao Judiciário difícil se torna dirimir questões que fogem de sua alçada, pois, juntamente com a prova espírita caminha o emocional de muitas pessoas e que certamente causam comoção. É o que ocorre com o Tribunal do Júri, que por sua característica, já possui toda uma representatividade, verdadeiro teatro para os que assistem. Ou seja, as formalidades exigentes e as exaltações nas explanações promovem distúrbios emocionais no receptor.

O Tribunal do Júri está entregue aos jurados, que decidem sobre a condenação ou absolvição do acusado. Logo, são pessoas que não se dedicam intensamente à carreira jurídica, mas podem possuir superficial conhecimento sobre as leis. São pessoas idôneas, escolhidas mediante sorteio e que devem decidir sobre a vida de um indivíduo. Juntamente com esta responsabilidade estão presentes diversos fatores particulares de cada jurado que podem torná-lo vulnerável ou não a certo enternecimento. Neste seguimento, a apresentação de cartas psicografadas pode cultivar sentimentos de apreço suficiente para influenciar na decisão de um jurado, o que o leva à absolvição do acusado. Colociona-se, neste sentido, os dizeres de Ribeiro:

Um júri é formado por cidadãos de "notória idoneidade", nos exigentes termos do artigo 436 do Código de Processo Penal, verdadeiros representantes da sociedade. Tal compleição, entretanto, unge-os de um paradoxo inafastável: estes cidadãos, os quais representam os olhos e ouvidos da sociedade, muitas vezes, têm esses olhos e ouvidos turvados e obstruídos por legas paixões. Sentimentos esses notadamente constatados, quando destacamos a força que a pretera vida após a morte invade no âmbito do inconsciente coletivo. (RIBEIRO, 2006)

Estaria um jurado, frente a um Tribunal do Júri, portando conduta errônea ao absolver o acusado do cometimento de um crime por acreditar na veracidade de uma carta psicografada?

Juridicamente, a existência da pessoa humana se encerra pela sua morte (art. 6º do CCB), todavia a obscuridade desta área, juntamente com a manipulação do efeito causado por este tipo de documento como prova no Tribunal do Júri, ultrapassa o senso crítico de quem a recebe (os jurados – que têm função de condenar ou absolver) e, pela atração ao campo do

desconhecido, se deixam levar pela sensação do momento, o que a princípio justifica seus atos.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que os conflitos que chegam ao Judiciário devem ser solucionados do modo mais justo possível, não de ser colocados à apreciação os fatos alegados mediante as devidas provas promovidas no desenrolar do processo. A imprescindibilidade dos princípios constitucionais constitui segurança e satisfação ao indivíduo que busca a prestação jurisdicional. O processo funciona mediante leis e teses jurídicas, sempre em consonância com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Ao processo penal não se deve aderir pronunciamentos compostos por conceitos religiosos, não coalham da mesma idéia. As cartas psicografadas aos olhos da justiça podem contribuir de forma secundária, são documentos particulares, por isto são idôneas e podem servir à instrução do processo. Porém, não devem ser a prova principal, e nem tida como fundamental ao convencimento do julgador, pois, fere os princípios constitucionais pela falta da autenticidade empregada no plano terrestre.

Por fim, há que se dizer que a religião é digna de todo o respeito, de toda devoção e fé, como emana a Constituição Federal de 1988, logo, não carece se acopiar ao que não lhe faz jus. Somente assim manterá todo o aparato encantador e magnífico que possui, longe de qualquer celeuma jurídica.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de processo penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yusef Said Cahali. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BORGES, Váber de Rosa; NUCCI, Guilherme de Souza. **Utilização da psicografia como prova no processo penal**. São Paulo, 2006. Disponível em: www.cartalorense.com.br. Data de acesso: 29/01/2007.

CICCO, Alceu. **Evolução do direito processual**. São Paulo, 2005. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Data de acesso: 27/01/2007.

COSTA RIBEIRO, Márcio Benjamin. **As cartas psicografadas e o Tribunal do Juri**. Natal, 2006. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Data de acesso: 05/01/2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico Aurélio Versão 5.11**.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do direito processual penal**. São Paulo, 2004. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Data de acesso: 10/01/2007.

GERCHMANN, Léo. Disponível em: **Carta psicografada ajuda a inocentar ré por homicídio no RS**. Porto Alegre, 30 de maio, 2006. Disponível em: www.lolha.com.br. Data de acesso: 05/12/2006.

MARCÃO, Renato. **Psicografia e prova penal**. São Paulo, 2006. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Data de acesso: 15/12/2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal segundo a jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

SILVA MAIA, Roberto Serra da. **A psicografia como meio de prova no processo penal**. Goiás, abril 2006. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Data de acesso: 20/12/2006.

O caráter normativo dos princípios

*Frederico de Andrade Gabrich**

Resumo: Apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, ainda existe no ambiente jurídico brasileiro uma grande resistência ao reconhecimento do caráter normativo e impositivo dos princípios. Por isso faz-se necessário, sempre que possível, estabelecer uma interpretação jurídica que assegure aos princípios não apenas uma função programática, mas uma função normativa, determinadora do *dever-ser* necessário à solução e à prevenção de conflitos, de modo a permitir a paz social e a felicidade do maior número possível de pessoas.

Palavras-chave: Norma jurídica – Princípio – Caráter impositivo – Interpretação sistemática e teleológica.

The normative nature of principles

Abstract: In spite of the fact that the Federal Constitution adopts a basis of principles for the different topics it covers throughout its text, there is still a great deal of resistance in the Brazilian legal environment against the normative and binding character of principles. For this reason, whenever possible, it is necessary

* Especialista, Mestre e Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; professor da Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade Fumec, Belo Horizonte – MG; advogado.

to establish a legal interpretation that ensures that principles will not function as mere guidelines, but will have a normative function; one that will determine *what ought be* that is needed to solve and prevent conflicts, in order to permit social peace and the happiness of the largest number of people.

Keywords: Legal rule – Principle – Imperative character – Systematic and teleological interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Infelizmente, ainda existe no ambiente jurídico brasileiro uma grande resistência ao reconhecimento do caráter normativo e impositivo dos princípios.

Apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, com destaque, dentre outros, para os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), a organização da Administração Pública (art. 37) e a regulação da ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), há uma inegável insuficiência na utilização da força normativa dos princípios, quer no ambiente acadêmico, quer no âmbito do Poder Judiciário.

Por isso, faz-se necessário, sempre que possível, estabelecer uma interpretação jurídica que assegure aos princípios não apenas uma função programática (como ocorria, sobretudo, antes da promulgação da Constituição de 1988), mas uma função normativa, determinadora do *dever-ser* necessário à solução e à prevenção de conflitos, de modo a permitir a paz social e a felicidade do maior número de pessoas possível.

De qualquer maneira, antes de identificar quaisquer princípios jurídicos e buscar o *dever-ser* de cada um deles no ordenamento é fundamental reconhecer que o texto da norma não constitui a norma jurídica, bem como que a legalidade estrita não dá sustentação absoluta a um sistema normativo aberto e constituído por regras e princípios.

2 O TEXTO DA NORMA NÃO É NORMA JURÍDICA

Para a perfeita percepção do alcance, do significado e da importância das normas jurídicas em geral e dos princípios em particular, é fundamental não confundir *norma jurídica* com o *texto da norma jurídica*, ou *texto normativo*.

Segundo observação de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, embora o positivismo jurídico radical não corresponda à concepção doutrinária mais aceita, a concepção dominante da norma jurídica continua a vê-la como sinônimo do texto normativo e, principalmente, como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto ao qual ela deverá ser aplicada.¹ O perfeito entendimento do alcance normativo dos princípios e de sua capacidade para regular os casos da prática, exige uma desmistificação dessa concepção positivista e radical da norma jurídica.

Assim, com base no texto normativo contido no art. 24 da Constituição da República portuguesa – “a vida humana é inviolável –, Canotilho demonstra que uma só disposição (formulação, enunciado) pode “expressar uma ou outra norma, segundo as diversas possibilidades de interpretação”.² O referido autor

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio e outros. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*, p. 7.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.168.

demonstra que o enunciado que estabelece que a vida humana é inviolável pode significar: 1. que a vida é inviolável desde o momento do nascimento da pessoa humana até a morte, 2. que a vida humana deve ser protegida desde a concepção até a morte, e 3. que a vida humana merece proteção e salvaguarda desde o momento em que, de acordo com dados cientificamente comprováveis, começa a haver vida intra-uterina até o momento da morte.

Por isso, muitas disposições normativas exprimem não apenas uma única norma, mas várias normas conjuntamente³ ou aquela norma que o intérprete determina quando ele atribui um significado específico ao texto escrito e aos fatos que lhe são correlatos, com a devida consideração de todos os elementos históricos, culturais, religiosos, morais e econômicos que compõem o âmbito normativo no caso concreto.

Dessa maneira, a norma não decorre imediatamente do texto normativo, mas é construída e, muitas vezes, reconstruída e atualizada de acordo com as necessidades sociais, por meio de interpretação. O texto da norma é apenas um sinal lingüístico, pois a norma é o significado atribuído a esse sinal, por meio de interpretação.

Assim, *Canotilho*, valendo-se das lições de Friedrich Müller, afirma:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no ‘processo de densificação’ de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do ‘texto da norma’ (do seu enunciado) para uma norma concreta – ‘norma jurídica’ – que, por sua vez, será apenas um

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.168.

resultado intermédio, pois só com a descoberta da ‘norma de decisão’ para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o ‘lado técnico’ do ‘procedimento’ estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim, a ‘construção de uma norma jurídica’.⁴

Amparado pelas mesmas lições, Eros Roberto Grau estabelece, no mesmo sentido:

Inicialmente caminhamos do ‘texto da norma’ até ‘a norma jurídica’. Em seguida caminhamos da ‘norma jurídica’ até ‘a norma de decisão’, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a ‘concretização da norma’, ou seja, mediante a ‘produção de uma norma jurídica geral’, no quadro da solução de um caso determinado.

A ‘concretização’ do direito não é mero descobrimento (*Rechtsfindung*) do direito, mas a produção de uma ‘norma jurídica geral’ no quadro de solução de um caso determinado [Müller 1993:168-169].

Assim, a ‘concretização’ envolve também análise do ‘âmbito da norma’, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a ‘norma’ é produzida, no curso do processo de ‘concretização’, não a partir exclusivamente dos elementos do ‘texto’, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada.⁵

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.165.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 64-65.

De qualquer maneira, independentemente da importância fundamental da interpretação do texto normativo para a determinação da norma no caso concreto, é importante destacar a possibilidade da existência, da validade e da eficácia das normas jurídicas sem disposição normativa e sem enunciado lingüístico. São as normas jurídicas implícitas no ordenamento, cuja determinação depende não apenas de interpretação, mas, antes, precedem de identificação. Essa identificação das normas jurídicas sem disposição é realizada pelo jurista por meio de um trabalho indutivo e dedutivo, baseado na análise das fontes do direito que estabelecem textos normativos análogos, nos quais é possível a determinação indireta da norma, ou, ainda, por meio da observação dos textos das normas declaradas e concretizadas pela jurisprudência, com fundamento nos casos da prática.

Logo, a identificação e, sobretudo, a determinação de eficácia da norma jurídica exige análise indutiva e dedutiva das diversas fontes do direito e dos textos normativos que elas declaram, mas, também, a interpretação sistêmica dessas expressões lingüísticas – que considera todos os valores e elementos históricos, econômicos, morais, dentre outros, inerentes aos textos e às normas deles decorrentes – bem como a realidade na qual estão inseridos os fatos submetidos à regulação normativa.

Isso é fundamental para que sejam potencializadas todas as possíveis conseqüências normativas derivadas do ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito aos princípios e às suas aplicações finalísticas, consentâneas com os valores que lhes são subjacentes e com os seus objetivos concretos de ordem econômica, social, política, etc.

3 O PRINCÍPIO

O sistema jurídico é composto por normas que se subdividem em princípios e regras. A norma jurídica deve ser compreendida como gênero, do qual princípios e regras são espécies.

Segundo registro de Aurélio Buarque de Holanda, são várias as acepções possíveis do vocábulo “princípio” em português, *verbis*:

Princípio. [Do lat. *principiu.*] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo: o princípio de um incêndio; O princípio da estrada já está pavimentado. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe: O garoto tem em si o princípio da rebeldia. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. *Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.* [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc.] [...].⁶

Já de acordo com o registro de *Antônio Houaiss*, o vocábulo princípio tem os seguintes significados:

Princípio – substantivo masculino. 1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início. Ex.: ‘p. da vida na Terra’ ‘no p. do casamento’ ‘p. da exploração do petróleo nesse país’; 2. *o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão*; 3. ditame moral; regra, lei, preceito. Ex.: ‘foi educado sob p. rígidos’ ‘não cede por uma questão de p. ‘é um homem sem princípios’; 4. dito ou provérbio que estabelece norma ou regra. Ex.: faça o bem sem olhar a quem é um bom p.; 5. *proposição elementar e fundamental que serve de base a uma*

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1.138-1.139.

ordem de conhecimentos. Ex.: princípios da física, da matemática; 5.1. Rubrica: física. Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas; 6. *proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio*. Ex.: partir de um p. falso; 7. Rubrica: filosofia. *Fonte ou causa de uma ação*; 8. Rubrica: filosofia. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução; 9. livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência etc.; elementos. Ex.: ‘p. de estatística’ ‘p. de lingüística geral’; 10. instrução, educação; opiniões, convicções.⁷

Em termos científicos, contudo, princípio é uma proposição diretora à qual todo o desenvolvimento posterior dessa mesma ciência deve estar subordinado.

Em qualquer ciência princípios são proposições básicas e fundamentais para todas as estruturas subseqüentes. Por isso, por meio dos princípios indica-se a razão de ser das coisas e não somente a própria coisa.

O conceito genérico e científico de princípio está vinculado à idéia de estruturação de um sistema de idéias, pensamentos, ou normas, fundamentados em uma idéia mestra, em um pensamento-chave, ou em uma baliza normativa, da qual todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam ou se subordinam.⁸

Em Direito, é por intermédio dos princípios que os valores fundamentais e relevantes para a sociedade, determinados pela *vontade geral*, são introduzidos inicialmente na ordem jurídica de forma genérica e ampla, de modo a vincular inexoravelmente

⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 2299.

⁸ Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

o entendimento e a aplicação das regras jurídicas que compõem o ordenamento e que estão subordinadas a esses e outros princípios jurídicos que interagem no sistema.

O sistema jurídico, composto por um conjunto de normas (cujas fontes podem ser, dentre outras, de ordem legal, costumeira, doutrinária, jurisprudencial), é organizado com fundamento em uma harmonia interna vinculada a uma hierarquia, segundo a qual umas regras se sustentam em outras, as quais, por sua vez, se fundamentam em princípios, também organizados de acordo com uma hierarquia não tão rígida como aquela à qual estão submetidas as regras (hierarquia formal), uma vez que se trata de uma hierarquia de ordem valorativa. De qualquer forma, os critérios objetivos de qualificação dos princípios não estão definidos em parte alguma, sendo, por isso, relativamente difícil a sua determinação,⁹ que depende, fundamentalmente, do trabalho da doutrina.

Os princípios jurídicos, geralmente, são muito heterogêneos quanto à forma e quanto ao fundo, sendo aplicáveis por considerações variáveis. Por isso, os princípios podem assumir a forma de máximas, em geral descritas por alocações latinas ou por brocardos. Ainda com relação à forma, certos princípios estão expressos nos textos legais, outros são implícitos e dependem de uma investigação nas fontes, enquanto outros são formalmente consagrados pela jurisprudência. Quanto ao fundo, certos princípios, arraigados de valores, parecem ter sido extraídos da moral, enquanto outros da equidade ou do direito natural. Não obstante, existem princípios que têm somente uma finalidade técnica e são destinados à coesão da ordem jurídica ou à aplicação satisfatória de padrões jurídicos estabelecidos para a regulação da vida em sociedade.¹⁰

⁹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 123.

¹⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 125.

4 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Efetivamente, a norma jurídica tem caráter de generalidade e diz respeito a todos os elementos de regulação da conduta das pessoas, estabelecendo as suas ações, omissões e as conseqüências respectivas. Contudo, não há como considerar equivalentes os vocábulos “regra” e “princípio”, mesmo sabendo que, em algumas situações, regra e princípio desempenham a mesma função, sendo a diferença estabelecida quase que exclusivamente no plano formal.

De qualquer maneira, as regras geralmente são estabelecidas para dar concreção aos princípios, e justamente por isso a interpretação e a aplicação das regras jamais poderão estar apartadas dos comandos mais genéricos, reconhecidos e introduzidos pelos princípios na ordem jurídica positiva. Nisso, basicamente, repousam a força e a importância dos princípios, que podem ser observadas mais nitidamente em momentos revolucionários, quando os novos princípios, revolucionariamente introduzidos na ordem jurídica, determinam a eliminação das regras apoiadas nos pressupostos do regime anterior.¹¹

Em nosso sistema jurídico, tanto as regras quanto os princípios têm caráter normativo-impositivo, determinando, direta ou indiretamente, uma regra de conduta ou um *dever-ser*. Há, entretanto, entre regras e princípios, distinções marcantes.

Segundo Ronald Dworkin,¹² princípios e regras são padrões jurídicos (normas jurídicas) que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica (de fazer ou não fazer alguma coisa) em circunstâncias particulares e específicas. De acordo com o referido autor, a distinção entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica e refere-se ao tipo de orientação que oferecem.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 133.

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

Dessa maneira, as regras determinam os padrões de conduta que devem ser seguidos ou omitidos, e também podem estabelecer a sanção respectiva pelo não-cumprimento dela. Assim, as regras são aplicáveis por completo ou não são, desde que o suporte fático e hipotético das mesmas se verifique (ou não) em uma situação concreta. As regras podem ter exceções, mas se tiverem, a enumeração de todas as exceções é absolutamente fundamental para a precisão e a completude das mesmas. Por isso, teoricamente, quanto mais exceções forem discriminadas pela regra, mais completo será o seu enunciado.¹³

No que diz respeito aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras geralmente não estabelecem, direta e objetivamente, padrões de conduta (ação ou omissão) que devem ser observados pelas pessoas submetidas ao ordenamento jurídico, do tipo *se A fizer B, A deve ser C*. Por isso, os princípios não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições fáticas ou jurídicas acontecem.¹⁴

Dessa maneira, segundo Ronald Dworkin,

[...] um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.

a punição ao que foi estipulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas condições em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo.¹⁵

Assim, a aplicação dos princípios pode, no caso concreto, ser desconsiderada pelo Direito sem que isso signifique que aquele princípio, excepcional e casualmente desconsiderado, seja contrário à lógica do sistema jurídico no qual ele está inserido.

Isso, contudo, não permite concluir que alguns princípios têm importância relativa, por estabelecerem apenas direção programática, nem muito menos que quando o caso concreto não é acobertado por uma regra clara e objetiva o juiz deve exercer o seu poder discricionário para decidi-lo por meio da criação de um novo padrão jurídico-normativo de conduta.

De fato, quando determinado princípio não estabelece objetivamente um padrão de conduta ou um dever-ser claro e indiscutível, cabe à doutrina e à jurisprudência fixar tais bitolas normativas, conforme os valores socialmente aceitos e inseridos na ordem jurídica por esse princípio. Daí, inclusive, o motivo pelo qual a doutrina é também considerada como fonte formal indireta do direito.¹⁶

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 41-42.

¹⁶ Nesse sentido, segundo Bergel, “as fontes do direito também se entendem como ‘modos de formação das normas jurídicas, ou seja, procedimentos e atos pelos quais essas normas atingem a existência jurídica, inserem-se no direito positivo e adquirem validade’. São então as *fontes formais do direito*, cujo ‘pequeno número implica que se encontrem em todas as ordens jurídicas e se prestem à sistematização’. É unicamente dessas fontes formais que trataremos neste capítulo. Embora a importância e a autoridade respectivas delas variem conforme os sistemas políticos, as épocas e os países, podemos agrupar entre essas fontes a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. Em geral contrapõem-se as ‘fontes escritas’, como a lei, às ‘fontes não-escritas’, como o costume, ou as ‘fontes diretas’, como a lei e o costume, às ‘indiretas’, como a doutrina e a jurisprudência [...]”. (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 54)

Além disso, especificamente no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – estabelece, no art. 4º, que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil brasileiro – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – estabelece, no art. 126, que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” e que “no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Apesar de o legislador brasileiro misturar em um mesmo comando normativo, a analogia, que é método de utilização da lei em casos semelhantes, o costume, que é fonte formal do direito, e os princípios, que são espécies de normas jurídicas, é indiscutível a obrigatoriedade e o caráter impositivo-normativo dos princípios no sistema jurídico nacional. No Brasil, é a própria lei que estabelece, então, o caráter impositivo e normativo dos princípios.

E mais: não há como defender a tese de que os princípios são apenas fontes subsidiárias do direito e que somente estabelecem um padrão de conduta, ou uma norma impositiva, quando a lei for omissa. Na atualidade, a submissão do intérprete aos princípios acabou enriquecendo o conteúdo da “legalidade”.¹⁷ Assim, o princípio da legalidade – estabelecido no art. 5º, inciso II, da Constituição brasileira, por intermédio do clássico axioma jurídico de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – passou e passa por um

¹⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 118.

processo de relativização¹⁸ e tem, hoje, pelo menos duas acepções possíveis.

O primeiro sentido do princípio da legalidade, clássico, é aquele utilizado principalmente no Direito Administrativo e nos ramos de direito público em geral, segundo o qual esse princípio vincula-se a uma reserva genérica do Poder Legislativo, que não exclui a atuação secundária de outros poderes. Nesse sentido, a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei formal – correspondente ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborados em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição –, ou dos atos normativos equiparados à lei formal, como as leis delegadas e as medidas provisórias.¹⁹ Esse é o chamado “princípio da legalidade estrita”.

O segundo sentido do princípio da legalidade, mais consentâneo com o sentido deste trabalho, é aquele que o considera não como um princípio que impõe apenas o respeito à lei *stricto sensu* (lei formal), votada e aprovada pelo Congresso Nacional, mas o respeito às normas jurídicas, nas quais estão inseridos, como espécies do gênero “norma jurídica”, os princípios. De fato, a lei é apenas uma das diversas fontes do direito. No sistema jurídico brasileiro, a lei é a fonte primária e principal do direito, mas não é a única, pois as normas jurídicas também são estabelecidas pelos costumes, pela jurisprudência, pelos atos administrativos, pelos

¹⁸ O processo de relativização da lei, da reserva de lei e do próprio princípio da legalidade é anotado com detalhes por Canotilho, que, dentre muitas observações, enfatiza que “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de ‘erosão’ e de ‘relativização’ que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p.703).

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 422.

contratos, pela doutrina. Não tem sentido, portanto, estabelecer a obrigatoriedade da conformação da conduta das pessoas ao direito, submetendo-as somente a uma das diversas fontes pelas quais as normas jurídicas são estabelecidas para determinar a organização da vida social. Daí, então, o motivo pelo qual o princípio da legalidade, nesse segundo sentido, deve ser mais corretamente chamado de “princípio da juridicidade” ou “princípio da normatividade”, que impõe, simplesmente, a conformação do fazer ou do deixar de fazer às normas jurídicas identificadas no sistema, por meio da interpretação de princípios e regras.

Para a imposição do caráter normativo-impositivo-coercitivo dos princípios jurídicos, a legalidade tem que ser considerada em seu sentido mais amplo e genérico, que determina a conformação dos atos e fatos jurídicos ao direito (às normas jurídicas e não somente à lei formal), como condição indispensável de validade e eficácia. Se assim não for, não há como reconhecer a existência, a validade e a eficácia normativo-impositiva dos princípios jurídicos em geral, e dos princípios implícitos (não expressamente declarados pela lei), em particular, como o princípio da boa-fé, ou o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa.²⁰

De qualquer maneira, não há também como defender o caráter meramente programático ou valorativo dos princípios jurídicos, que, por determinação direta ou indireta das fontes do direito, impõem a observância e o cumprimento de padrões normativos de conduta, que devem prevalecer no caso concreto, até mesmo

²⁰ No Brasil, somente após a promulgação e a vigência do Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o princípio que veda o enriquecimento sem causa passou a ser objeto de regra específica que o explicita, por meio do disposto no art. 884, que estabelece: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

mediante a coerção própria das normas jurídicas. Isso permite colocar a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais, o que acentua ainda mais a força jurídico-normativa e impositiva dos princípios jurídicos, e não apenas o seu caráter ético ou valorativo.²¹

Assim, o princípio estabelece um padrão de conduta que deve ser observado não porque vai promover ou assegurar o cumprimento de um determinado objetivo político, econômico ou social, mas porque é uma exigência de justiça, de equidade, ou até mesmo de moralidade.²²

Mesmo diante dos termos precisos e indiscutíveis da Lei de Introdução ao Código Civil (de 1946) e do Código de Processo Civil (de 1973), os princípios jurídicos assumiram, no Brasil, a importância e o reconhecimento que merecem, principalmente a partir da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, a Constituição vigente alçou definitivamente à categoria de mandamentos constitucionais, inúmeros princípios jurídicos fundamentais, gerais e específicos, fazendo da ordem constitucional brasileira uma ordem principiológica por excelência.

Não obstante, o conflito ou a antinomia entre as regras e a concorrência (que implica convivência) entre os princípios, demonstra, também, outra diferença fundamental entre essas espécies do gênero “norma jurídica”.

Assim, quando existe um aparente conflito entre princípios, esse conflito há de ser equacionado com a devida ponderação do “peso” e da “importância” de cada um dos princípios que se entrecruzam e convivem, sem que um deles invalide ou elimine o outro do ordenamento. Nessa análise, o mais importante é definir

²¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*, p. 170.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

quais são os bens jurídicos e valores subjacentes a cada um dos princípios, e quais desses bens e/ou valores são mais relevantes e merecem maior proteção no caso concreto.

Nesse passo, é fundamental destacar que a ponderação e o balanceamento dos valores e dos princípios jurídicos que lhes dão concreção devem, necessária e obrigatoriamente, ser realizados de maneira pragmática e jamais poderão estar dissociados das circunstâncias específicas do caso concreto. Tudo isso porque muitos valores e princípios são de difícil, senão impossível, mensuração apriorística, teórica e racional. Na verdade, existem conflitos que importam a ponderação de valores e princípios metafisicamente incomensuráveis, tais como os conflitos entre o direito de moradia e o direito ambiental, ou entre o direito à privacidade, a liberdade de mercado e as exigências crescentes de eficiência do capitalismo.²³

Assim, somente mediante a análise detida das circunstâncias de fato e de direito envolvidas em cada caso concreto pode-se concluir que o princípio que representar a imposição jurídica do bem ou do valor mais caro à sociedade deve prevalecer. Mas isso não determinará a declaração de invalidade ou a extirpação dos outros princípios do sistema. Os princípios que representarem valores menos importantes serão preteridos apenas naquele caso concreto, sem que isso signifique que eles não possam estabelecer norma jurídica a ser seguida e observada em outro caso da prática. Não há, então, antinomia entre princípios em um mesmo ordenamento jurídico.

Por outro lado, quando há um conflito (antinomia) entre regras, uma delas não será válida e será extirpada do sistema, seja

²³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 21.

porque foi promulgada por autoridade de menor nível hierárquico, seja porque foi promulgada em data mais antiga, ou, ainda, porque é menos específica e mais genérica, ou se fundamenta em princípio de menor importância valorativa.

O caráter de generalidade, contudo, é comum às regras e aos princípios, mas, enquanto a regra é geral porque é estabelecida para regular um número indeterminado de atos ou fatos jurídicos, sendo aplicável a determinadas situações definidas em seu enunciado, o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.²⁴ A generalidade dos princípios, portanto, é bem mais ampla do que a das regras, mas, depois que determinado caso é decidido pelo Poder Judiciário, com fundamento em um princípio jurídico, pode-se dizer que ele ilustra uma regra particular.²⁵

É justamente a maior generalidade dos princípios que permite a abertura do sistema jurídico-normativo e que permite a sua evolução para a determinação de medidas jurídicas capazes de concretizar a solução ou a prevenção de conflitos, na busca da paz social em uma sociedade pluralista, aberta e feliz.

Nesse sentido, conforme ensina Canotilho,²⁶ um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras poderia até permitir a “segurança jurídica”, por meio de uma disciplina legislativa exaustiva e completa. Mas não haveria espaço para a complementação, o desenvolvimento e a adaptação do sistema jurídico às mudanças da vida em sociedade. Por outro lado, um sistema composto somente por princípios não seria capaz de estabelecer regras precisas e objetivas, absolutamente necessárias

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 112.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 46.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.126.

à segurança das relações. Daí, então, a necessidade da coexistência de regras e de princípios na lógica do ordenamento jurídico.

De toda maneira, verifica-se no longo prazo, em geral, certa estabilidade dos princípios jurídicos, ao passo que as regras normalmente se submetem a mudanças mais frequentes e profundas. Isso pode ser justificado pelo fato de os princípios estarem impregnados diretamente pelos valores (sociais, culturais, políticos, econômicos, religiosos, morais, etc.) escolhidos e inseridos na ordem jurídica pela *vontade geral*. Por isso, Bergel, afirma:

Enquanto o desaparecimento ou a modificação de uma simples regra o mais das vezes só tem um ‘caráter episódico’, a eliminação ou a subversão de um princípio ‘apresenta o risco de causar um profundo transtorno no ordenamento jurídico, porque a sorte de numerosas regras jurídicas está em jogo’. Assim, os verdadeiros princípios gerais, os que não são somente o elemento congregante de uma instituição particular, mas tocam no próprio fundo do sistema jurídico, têm uma grande longevidade e, servindo para interpretar leis novas que são assim integradas e adaptadas à ordem jurídica, constituem um fator de estabilidade do direito, permitindo ao mesmo tempo sua evolução. Existem também efeitos reflexos das leis novas sobre os princípios. Novas disposições podem modificar certos princípios e suscitar novos. É raro, porém, que uma situação jurídica seja inteiramente dominada por um único princípio. A vida jurídica está sempre submetida à influência conjugada de vários princípios diferentes que têm, uns em relação aos outros, papéis técnicos determinantes para a solução jurídica que deve resultar deles.²⁷

²⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 121.

5 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Apesar da dificuldade teórica de se estabelecer uma fórmula conceitual, fechada e absoluta para a definição dos princípios, alguns modelos teóricos de classificação, relativos à hierarquia dos princípios, podem ser traçados.

De acordo com um primeiro modelo teórico, existem princípios menores (por exemplo, o princípio que estabelece que a lei e o contrato são fontes das obrigações) que estão submetidos aos chamados princípios maiores (por exemplo, o princípio da segurança jurídica), que são mais importantes que os primeiros e que determinam as diretrizes gerais de todo o sistema. De acordo com esse raciocínio, pode-se, então, estabelecer a seguinte representação esquemática:

- a) ↓ Princípio maior;
- b) ↓ Princípio menor;
- c) ↓ Regra jurídica 2;
- d) ↓ Regra jurídica 1.

Não obstante, o melhor critério teórico normalmente usado para justificar a hierarquia entre os princípios é aquele segundo o qual existem três espécies de princípios: os *fundamentais*, os *gerais* e os *específicos*; todos informadores das regras de conduta que integram o sistema jurídico.

Nesse sistema de hierarquização, os princípios fundamentais por vezes são considerados como os princípios assim identificados pela Constituição, pelo que prevalecem sobre a autoridade do

²⁸ Essa conceituação específica dos princípios fundamentais é estabelecida por Jean-Louis Bergel, com fundamento em decisões proferidas pelo Conselho Constitucional francês (BERGE, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 113).

legislador, do juiz e de qualquer intérprete do direito.²⁸ Contudo, não há como discutir a possibilidade, teórica e prática, da existência de princípios fundamentais implícitos e não declarados expressamente pelo texto normativo de determinada Constituição. Por isso, independentemente da previsão constitucional, consideram-se como fundamentais aqueles princípios básicos, essenciais, absolutamente necessários à organização social e estruturantes de todo o ordenamento jurídico, em todas as situações concretas, normalmente vinculados, no mundo ocidental, cristão e democrático, aos princípios (ideais) de justiça, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nessa mesma ordem de idéias e de hierarquia, os princípios gerais são aqueles que vão além dos limites de atuação estabelecidos pelos diferentes ramos do direito.²⁹ Assim, os princípios gerais estabelecem padrões jurídicos aplicáveis a diversas situações, tratadas e reguladas pelas normas agrupadas (didaticamente) nos diversos ramos do direito. Contudo, os princípios gerais estão situados, em uma escala de normas, acima dos atos judiciais e dos atos administrativos de grau mais elevado,³⁰ mas nem sempre submetem o legislador infraconstitucional, pelo que, se eles não tiverem sido estabelecidos em consonância com os princípios fundamentais e/ou não tiverem sido expressamente declarados na Constituição, podem ser introduzidos, modificados ou derogados pela legislação ordinária e por outras fontes de caráter infraconstitucional. Logo, são princípios gerais, dentre outros, o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, o princípio da irretroatividade da lei, o princípio da informação.

Hierarquicamente, os princípios jurídicos fundamentais existem para garantir a inserção e a concreção de valores mais importantes, mais relevantes e mais caros à sociedade submetida a determinado ordenamento. Por isso, pode-se concluir que todo

²⁹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 110.

³⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 116.

princípio fundamental é também geral, mas nem todo princípio geral é um princípio fundamental.

E mais: uma mesma ordem jurídica permite a convivência de diversos princípios fundamentais, gerais e específicos. De acordo com a hierarquização dos valores que introduz no sistema jurídico e com os elementos concretos do caso, um princípio fundamental pode ficar submetido a outro, o que também pode ocorrer com relação aos princípios gerais e específicos. Assim, se em um caso concreto há uma greve de professores de escolas públicas, cujo fundamento é o princípio da liberdade de trabalho – explicitado por meio do art. 5º, inciso XIII, da Constituição brasileira³¹ – e essa greve se estende por um prazo excessivamente longo – por exemplo, por mais de 100 (cem) dias –, com prejuízos incontornáveis para as crianças e para os adolescentes atendidos pelo serviço de educação, que são amparados pelo princípio de proteção à vida, à saúde, à educação e à alimentação da criança e do adolescente – explicitado por meio do texto normativo do art. 227 da Constituição brasileira³² –, há que prevalecer o interesse da criança e do adolescente, pois que amparado por princípio cuja importância valorativa é, indiscutivelmente, maior e mais caro à sociedade brasileira.

De qualquer maneira, os princípios gerais do direito têm dupla importância funcional. Em primeiro lugar, os princípios gerais

³¹ O inciso XIII do art. 5º da Constituição da República brasileira estabelece: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

³² O *caput* do art. 227 da Constituição da República brasileira estabelece: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

constituem a base de toda a construção jurídica, pelo que os princípios específicos e as regras que estão a eles submetidas não podem evoluir validamente no sistema, senão consoante os comandos normativos mais genéricos e importantes estabelecidos pelos princípios gerais. Daí, também, o motivo pelo qual os princípios gerais desempenham importante e fundamental papel na interpretação da lei, uma vez que o juiz e o intérprete a eles se referem para determinar o sentido dos textos legais obscuros, ambíguos ou omissos³³ (tal com prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro). Em segundo lugar, os princípios gerais têm uma função técnica, pois a conjugação desses princípios no seio de determinada situação fática ou de uma dada matéria jurídica é que determina a norma jurídica, o dever-ser, que deverá ser observado na regulação da vida social.

Ainda nessa linha de raciocínio, classificação e hierarquização, os princípios específicos estabelecem orientação, ordenação, fundamentação e normatização de um único ramo do direito, ou uma matéria específica de um desses ramos. Entre os princípios específicos podem ser destacados: o princípio de proteção ao acionista minoritário, próprio da organização jurídica das sociedades anônimas; os princípios da veracidade e da novidade, específicos da formação e da utilização dos nomes empresariais; o princípio da economia processual, típico do direito processual, dentre outros.

De qualquer sorte, esse sistema de hierarquização dos princípios, que os classifica em fundamentais, gerais e específicos, pode ser assim representado:

a) ↓ *Princípios fundamentais* (princípio de justiça, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, dentre outros);

³³ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 118-121.

b) ↓ *Princípios gerais* (princípio da propriedade, princípio da legalidade, dentre outros);

c) ↓ *Princípios específicos* (princípio da veracidade, princípio da novidade, princípio de proteção ao acionista minoritário, dentre outros);

d) ↓ *Regras jurídicas*.

Além desses sistemas de ordenação hierárquica dos princípios jurídicos, José Cretella Júnior³⁴ propõe a seguinte classificação:

a) *Princípios onivalentes* ou *universais*: são princípios comuns a todos os ramos do saber, que se encontram em qualquer ciência;

b) *Princípios plurivalentes* ou *regionais*: são princípios comuns a um determinado grupo de ciências;

c) *Princípios monovalentes*: são princípios que fundamentam um só campo de conhecimento;

d) *Princípios setoriais*: são princípios que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência.

De qualquer forma, em quaisquer dos sistemas teóricos de classificação, os princípios serão mais ou menos importantes conforme o peso e a importância dos bens e dos valores que eles procuram inserir ou proteger na ordem jurídica. Dessa maneira, repita-se, se hipoteticamente houver concorrência entre princípios, prevalecerá aquele que assegura a concreção do valor mais fundamental para a sociedade, conforme as especificidades do caso concreto.

Não obstante, segundo Eros Roberto Grau,³⁵ antes de se estabelecer a distinção entre princípios e regras e de determinar a

³⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, p. 15.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 123 et seq.

hierarquia teórica dos princípios, a doutrina deveria tratar de uma distinção anterior que separa os “princípios jurídicos ou princípios de direito dos princípios gerais do direito”. Nesse passo, segundo o referido autor, “princípios jurídicos” ou “princípios de direito” são implícitos e pressupostos, pois existem independentemente e antes de serem reconhecidos pela ordem jurídica. Já os “princípios gerais do direito” são princípios do direito de um determinado Estado, normalmente extraídos da lei, por meio de um processo lógico-indutivo.

Contudo, independentemente da forma de classificação dos princípios e usando, então, uma linguagem metafórica, os princípios estão para o sistema jurídico, assim como o alicerce e as vigas mestras estão para o edifício. Por isso, o conhecimento científico que não tenha amparo nos princípios que integram e justificam a lógica do sistema, são como casas de papelão e não resistem nem ao lapso temporal, nem muito menos às intempéries do exercício profissional da ciência do.

6 PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS E PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS

Como ressaltado, no sistema jurídico existem princípios explícitos, estabelecidos expressamente pelos textos normativos da Constituição e das leis, e outros implícitos, cuja identificação e divulgação dependem, fundamentalmente, do trabalho indutivo, dedutivo e científico do jurista. Em qualquer caso, porém, os princípios têm como principais funções estabelecer padrão de conduta, como, também, a lógica, a unidade e a evolução do sistema jurídico, agregando e atraindo diversas outras normas, que neles encontram o seu fundamento e a sua explicação.

Ao tratar genericamente sobre os princípios e as formas de sua identificação, Aristóteles já reconhecia a existência de princípios implícitos e explícitos, ao afirmar:

Quanto aos primeiros princípios, discernimos alguns por indução, outros por via de percepção, outros pela habitualidade, e outros de outras maneiras; devemos, porém, tentar investigá-los de acordo com sua natureza e esforçar-nos por defini-los corretamente, pois eles influem fortemente na seqüência da investigação. Com efeito, admite-se que o princípio é mais que a metade do todo, e projeta luz de imediato sobre muitas das questões em exame.³⁶

Na hipótese específica dos princípios jurídicos, a identificação e o reconhecimento dos princípios explícitos ocorrem por meio da investigação dos textos normativos legais, que os declaram expressamente e, em algumas situações, os definem. Quando, porém, há a explicitação de determinado princípio na Constituição, nas leis e/ou nas normas jurídicas de hierarquia infralegal, mas não há a sua determinação concreta, com a imposição evidente de determinado dever-ser, de seu caráter impositivo e/ou da coerção que lhe é inerente, cabe à doutrina realizar esse trabalho de delimitação da bitola normativa e principiológica para a identificação e a aplicação da norma ao fato.

Por outro lado, existem no ordenamento princípios implícitos, não declarados expressamente pelos textos normativos, mas cuja existência deve ser reconhecida e declarada pelo jurista e pela jurisprudência. Não se trata da criação de um princípio jurídico pelo jurista, mas de mera declaração de sua existência que é prévia. Os princípios implícitos também passaram pelo crivo de aprovação

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 25.

da *vontade geral*, ou seja, pela vontade da maioria das pessoas que compõem determinado povo, e foram inseridos no ordenamento jurídico com todos os valores e objetivos (finalidades) que lhe são inerentes. Esses princípios implícitos somente não foram expressamente declarados nas leis, mas eles (pre)existem e determinam dever-ser, mediante imposição e coerção. Por isso, tal como os princípios explícitos e as regras, os princípios implícitos existem, têm validade e são eficazes na tarefa de determinar conduta e organizar a vida social, com objetivo de estabelecer paz, justiça e felicidade.

Nesse sentido, segundo Jean-Louis Bergel,³⁷ os princípios implícitos podem parecer ser resultantes de uma síntese de textos legislativos esparsos e, neste caso, o juiz se ateria apenas a interpretar a vontade difusa do legislador. Contudo, segundo o mesmo autor, certos princípios, como o da continuidade dos serviços públicos, não podem ser simplesmente deduzidos das leis existentes, uma vez que a vontade do legislador é incerta e maleável, não servindo para fornecer um suporte suficiente ao juiz. O mesmo autor afirma, também, que os princípios gerais implícitos podem ter origem na tradição e no costume, como muitas regras e máximas tradicionais, “mas muitos outros são apenas idéias difusas enquanto os juízes não os formulam claramente”.³⁸

Na realidade, a identificação dos princípios implícitos no ordenamento jurídico pode ser realizada tanto mediante a identificação de regras legais que lhes dão concreção quanto deduzidas dos preâmbulos das constituições, dos considerandos das leis, das discussões legislativas que antecederam a formulação das leis, como, ainda, das decisões da jurisprudência, dos usos e

³⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p.107.

³⁸ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 108.

costumes de um determinado povo, e até mesmo dos ensinamentos doutrinários.

Dessa maneira, não é difícil verificar que não existe um critério único ou um método melhor e definitivo para a identificação de um princípio implícito no ordenamento jurídico, sendo certo, contudo, que a determinação do princípio implícito não ocorre mediante resgate no universo do direito natural ou ideal.³⁹ Os princípios, explícitos ou implícitos, são normas de direito objetivo (mas não necessariamente positivo), e, portanto, estabelecidas pela vontade ou pelo costume. Nesse sentido, os princípios, expressos ou não nos textos legais, mas reconhecidos e aplicados pelo jurista e pela jurisprudência, são dotados de um caráter marcante de generalidade, sendo menos rígidos e menos precisos do que as regras prescritas dos termos legais,⁴⁰ justamente para permitir a adequação do sistema jurídico-normativo à evolução social, de maneira aberta e suscetível à admissão de novos valores escolhidos pela *vontade geral*.

7 DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Como Judith Martins-Costa⁴¹ observa, existe respeitável doutrina que, em virtude da polissemia do termo “princípio”, entende inexistir diferença entre os princípios e as cláusulas gerais. Apesar de a maioria das cláusulas gerais conter princípios em seus enunciados, reenviando e direcionando o intérprete aos valores que estes exprimem e inserem na ordem jurídica, elas não são princípios.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 131.

⁴⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 109.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 315.

De fato, as cláusulas gerais denotam normas jurídicas parcialmente em branco, pois são estabelecidas de maneira que o intérprete é levado a completá-las por meio de outras disposições normativas existentes no sistema jurídico, ou por intermédio de modelos de comportamento, normas (inclusive morais) e/ou valores, que não estão descritos na própria cláusula geral e, muitas vezes, também não são definidos no próprio ordenamento jurídico. Por isso, o intérprete da cláusula geral – normalmente o juiz – tem poder extraordinariamente amplo para determinar o conteúdo efetivo da norma aplicável ao caso concreto.

Isso não significa, contudo, que o intérprete da cláusula geral vá criar o direito exclusivamente de acordo com as suas próprias convicções e valores, quando é direcionado para padrões estabelecidos fora do ordenamento jurídico. Na prática, o intérprete da cláusula geral, ao ser enviado ao padrão de comportamento extrajurídico, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto, deve verificar qual é a concepção de comportamento vigente e aceita pela maioria dos concidadãos naquele momento, com a devida ponderação do padrão médio de conduta – a fórmula do *bonus parter familias* –, bem como das determinações doutrinárias e a experiência de casos análogos julgados anteriormente (jurisprudência). Isso não elimina, contudo, certo grau de discricionariedade axiológica do intérprete, que deve ser minimizado, tanto quanto possível, em nome da certeza e da segurança jurídica.

Assim, o enunciado flexível da cláusula geral permite a variabilidade de sua significação, bem como a abertura do sistema jurídico para recolher e concretizar a evolução dos padrões comportamentais efetivamente vigentes na sociedade. Mesmo sendo estabelecidas por fonte necessariamente legislativa do direito, as cláusulas gerais são completadas e concretizadas com o recurso a outras fontes, tais como a consuetudinária, a

jurisprudencial, a doutrinária e, até mesmo, a negocial,⁴² uma vez que os contratos são fontes de direitos e de obrigações.

Embora os princípios também permitam a evolução e a abertura do sistema jurídico para a introdução de valores e de padrões de comportamento aceitos socialmente em determinado local e momento histórico, eles não se confundem com as cláusulas gerais.

Assim, de maneira distinta da que ocorre com relação às cláusulas gerais, os princípios estabelecem proposições diretoras às quais todo o desenvolvimento posterior da ciência jurídica deve estar subordinado, quer pela determinação de padrão de conduta (dever-ser), quer pela determinação de diretivas de interpretação.

Além disso, o princípio é uma espécie do gênero norma jurídica e a cláusula geral é apenas a manifestação positiva de um princípio ou de uma regra. Colocada pela lei sempre de maneira extremamente ampla e aberta, a cláusula geral depende, necessariamente, de complementação e concretização por meio da utilização de outras fontes do direito, com recurso a padrões jurídicos e/ou metajurídicos, o que nem sempre ocorre com os princípios.

Como se não bastasse, os princípios podem assumir função primordial na interpretação de outros princípios e das regras, o que não é característica das cláusulas gerais.

E mais: a cláusula geral só existe quando expressamente declarada no texto normativo de origem legal. Por isso, independentemente de seu caráter generalíssimo e incompleto, não se pode falar em cláusula geral implícita, o que é plenamente possível com relação aos princípios.

Segundo Judith Martins-Costa, outra evidência da diferença entre os conceitos é que existem cláusulas gerais que contêm um princípio e outras que, nem de longe, contêm princípios, apenas

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 334.

reenviando a outros estatutos jurídicos e a princípios do direito, como ocorre, por exemplo, com o art. 7º da Lei n. 8.078/90⁴³ – código de defesa e proteção do consumidor.⁴⁴

Ficam evidentes, então, não somente as diferenças entre os princípios e as cláusulas gerais, mas o caráter extremamente mais completo e amplo dos princípios, o que permite, como mais eficiência, a mobilidade e a abertura do sistema jurídico.

8 A REGRA

Da explanação estabelecida acima sobre a diferenciação entre princípios e regras, pode-se concluir que uma regra jurídica é um padrão normativo que estabelece um dever-ser, um critério específico de conduta ou de organização social, para dar concreção aos princípios jurídicos e aos valores que são subjacentes a estes.

Assim, a regra jurídica estabelece um padrão de conduta, geralmente objetivo e explícito – do tipo *se A fizer B, A deve ser C* –, que deve ser observado ou omitido, desde que a hipótese prevista em seu enunciado se verifique no caso concreto. Por isso, as regras são aplicáveis por completo ou não são aplicáveis à hipótese fática apresentada em determinado momento, pois muitas vezes as eventuais exceções também são descritas no enunciado da regra. As conseqüências jurídicas do cumprimento ou do descumprimento da regra geralmente são estabelecidas pela própria regra, ou são estabelecidas por outra de igual hierarquia.

⁴³ “Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes, equidade.”

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 323.

Contudo, quando há conflito entre duas regras (antinomia), uma delas não será considerada válida e será extirpada do sistema, para que a regulamentação do caso prático seja feita pela outra regra, pontualmente considerada válida e eficaz. Nesse sentido, as regras são classificadas de acordo com a hierarquia das fontes que as estabelecem no ordenamento jurídico (Constituição, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto, portaria, instrução, jurisprudência, contrato), ou de acordo com o caráter temporal (a regra mais recente, estabelecida por fonte de igual hierarquia, prevalece sobre regra mais antiga), ou, ainda, de acordo com o caráter da especificidade (a regra específica, estabelecida por fonte de igual hierarquia e em um mesmo momento, prevalece sobre a regra geral). Não há, portanto, que se falar em uma classificação hierárquica valorativa das regras, tal como acontece com os princípios jurídicos.

Não obstante, convém observar que, no caso concreto, a regra pode deixar de ser aplicada em virtude da imposição de um comando normativo determinado pelo princípio (fundamental, geral ou específico) que o informa e justifica. É o que aconteceu, por exemplo, com a interpretação e a aplicação do disposto no art. 15 do Decreto n. 3.708/19.⁴⁵

Apesar de a referida regra legal expressa determinar, à época de sua vigência, que os haveres do sócio dissidente de alteração do contrato social das sociedades por quotas de responsabilidade limitada deveriam ser calculados e pagos na proporção do último balanço aprovado, a jurisprudência acabou reconhecendo a

⁴⁵ “Art. 15. Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para o pagamento das obrigações contraídas, até à data do registro definitivo da modificação do estatuto social.”

imposição do comando normativo do princípio que veda a possibilidade do enriquecimento injusto ou sem causa, para determinar que os haveres do dissidente deveriam ser calculados e pagos, da forma mais ampla possível, com fundamento em um balanço especial, realizado para este fim, e que consideraria a realidade patrimonial verificada na data da dissidência.

Esse posicionamento jurisprudencial se impôs a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 89.464/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma⁴⁶ e na doutrina foi defendido, dentre outros, por Nelson Abrão,⁴⁷ José Waldecy Lucena⁴⁸ e Celso Barbi Filho.⁴⁹

O mesmo afastamento pontual da regra expressa da lei ocorreu com relação ao disposto no art. 20 do Código Civil brasileiro de 1916,⁵⁰ relativamente à autonomia da pessoa jurídica diante de seus membros.

Nesse sentido, como Osmar Brina Corrêa-Lima relata,⁵¹ em 1960, muito antes da promulgação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90),⁵² do art. 18 da Lei n. 8.884/94

⁴⁶ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 89, p. 1.054, set. 1989.

⁴⁷ Cf. ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴⁸ Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Renovar, 2001.

⁴⁹ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*, p. 480-507.

⁵⁰ “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”

⁵¹ LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, p. 143-145.

⁵² “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

(lei da concorrência)⁵³ e, logicamente, do art. 50 do Código Civil brasileiro de 2002,⁵⁴ a jurisprudência brasileira já se manifestava no sentido de afastar a aplicação da regra contida no *caput* do art. 20 do Código Civil de 1916, para determinar a responsabilização dos membros da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados por esta, em nome dos princípios da boa-fé e de proteção ao crédito.

Tudo isso comprova a força e a importância do reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos para a solução de conflitos da prática em quaisquer ramos do Direito.

9 CONCLUSÃO

Antes mesmo da identificação de um princípio jurídico e de sua utilização prática que irá lhe atribuir caráter normativo, impositivo e coercitivo, é fundamental saber o que realmente é um princípio jurídico.

Esse conhecimento se faz cada vez mais necessário e importante, uma vez que se verifica entre os atuais operadores do Direito, muitas vezes formados sob o manto do positivismo radical, ou de forma deficiente, apressada e dirigida apenas e tão-somente

⁵³ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁵⁴ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

à solução de questões objetivas de uma prova de simples escolha em um concurso público (esse, infelizmente, parece ser o objetivo da maioria das dezenas de cursos de Direito que se proliferam todos os anos), um grande (ou total) desconhecimento sobre a relevância e do caráter realmente normativo dos princípios.

Por ignorância, existe um total descompasso entre aquilo que está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de princípios, regras e cláusulas gerais, e a atuação profissional da maioria dos atuais operadores do Direito.

Essa ignorância impede que os operadores do Direito realmente utilizem as normas jurídicas dispostas no ordenamento de maneira a reconhecer a abertura do sistema, a superação da legalidade estrita e a imposição da normatividade, bem com de estabelecer solução e/ou prevenção de conflitos.

Esse desconhecimento permite que os mesmos profissionais que foram “treinados” a encontrar respostas objetivas apenas entre as regras de origem legal dispostas no ordenamento, de maneira a permitir o acerto de uma questão nas provas da faculdade, no exame de suficiência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou nos concursos públicos, tenham uma atuação profissional medíocre e totalmente distanciada das reais necessidades das pessoas que acreditam em suas lições nos bancos das faculdades, os contratam em suas bancas de advocacia ou que se submetem às suas decisões nas barras dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio e outros. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 15. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Renovar, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 31, p. 21, jul./set. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONFLITO: CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS

Bartira Pistore Merlin¹

“Não podemos viver somente para nós mesmos.
Mil fibras nos conectam a nossos semelhantes; e
ao longo dessas fibras, como fios solitários, nossas
ações correm como causas e retornam a nós como efeitos.”

(Herman Melville)²

1 INTRODUÇÃO

Caro leitor, estamos e vivemos em conflito. Será que é muita audácia da autora fazer esta afirmação? Em minha defesa, justifico que entendo o conflito como uma realidade que se apresenta em todos os âmbitos da vida, seja na saúde, relacionamentos, crenças, finanças etc., e nas áreas profissional, social, geográfica, política etc. E, normalmente, para solucionarmos os conflitos utilizamos o diálogo, as negociações, os processos judiciais e até mesmo as guerras. Contudo, se olharmos de forma diferente, fora do tradicional negativismo sobre o tema, veremos que os conflitos têm características positivas que poderão impulsionar mudanças nas nossas vidas.

Permita-me sugerir que se lembre do seu último conflito, aquele que lhe tirou o sono ou que fez você tomar decisões não tão sabias. Lembrou?

¹ Advogada e mediadora privada. Pós-graduada pela FMP/RS. Membro do IBFAM e das Comissões Nacionais do IBDFAM de Mediação e de Família e Tecnologia. Coautora do livro *Gestão de Conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade do conflito*.

² ROSENBERG, Marshall B. *A linguagem da paz em um mundo de conflitos: sua próxima fala mudará seu mundo*. Trad. Grace Patrícia Close Deckers. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 90.

Agora, dando continuidade ao nosso exercício, olhando para o fato que aconteceu, você acredita que saiu dessa situação mais ou menos experiente? Se esse conflito viesse novamente ao seu encontro, sua reação seria igual ou você estaria mais bem preparado? Teria ao menos algumas ideias de solução diferentes daquela que você aplicou ao caso? Acredito que sua resposta foi positiva às perguntas anteriores. E, seguindo com o questionamento, você considera que esse conflito que você superou lhe trouxe mais compreensão sobre as situações e sobre as pessoas? Sua resposta, provavelmente, assim como a minha, foi um sonoro sim.

Feito o exercício acima, podemos retirar do conflito a capa de malfeitor da história e colocá-lo como um rito de passagem necessário para a nossa evolução pessoal, profissional e social, uma vez que compreendemos que o conflito nasce com o indivíduo e com a sociedade.

E, com a intenção de facilitar a compreensão e ser um norteador básico e prático sobre o tema, este artigo traz brevemente os conceitos, as características e estrutura, a escalada, transformação e desescalada, os aspectos objetivos, subjetivos, sociológicos e psicológicos sobre o tema conflito.

2 CONCEITOS

Iniciamos pelo estudo do termo. Sucintamente, o autor Louis Burlamaqui, em sua prática obra, designou:

Originado do vocábulo em latim *conflictus*, essa palavra vem sendo muito usada em nosso contexto atual para caracterizar divergências políticas, religiosas, pessoais e profissionais.

De acordo com os dicionários, a palavra “conflito”, derivada do verbo *confligere*, quer dizer estar em desavença (con-:junto + *fligere*:golpear, atacar). Se considerarmos o significado literal desse conceito, será possível enxergar várias pessoas, com ideias distintas, batendo de frente, discutindo e tentando chegar a um acordo comum.³

Seguindo nesse mesmo caminho, outras definições de conflito, encontradas no dicionário,⁴ são:

Ausência de concordância, de entendimento; oposição de interesses, de opiniões.

Oposição mútua entre as partes que disputam o mesmo direito, competência ou atribuição.

³ BURLAMAQUI, Louis. *Lidando com conflitos na prática: um guia de bolso para realizar uma gestão de pessoa mais eficiente*. Belo Horizonte, MG: Merope, 2023, p. 13.

⁴ CONFLITO. In: *DICIO*, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/conflito/>. Acesso em: 8 set. 2023.

Condição mental de quem apresenta hesitação ou insegurança entre opções excludentes; estado de quem expressa sentimentos de essência oposta.

Luta armada entre países que apresentam discordâncias; guerra; choque violento.

Oposição, choque de interesses, entre personagens, normalmente entre o protagonista e forças externas ou até consigo mesmo.

Elemento a partir do qual a progressão narrativa tem seu início.

E, nessa mesma linha, abaixo estão conceitos e ensaios sob a ótica de alguns autores:

– Stephen P. Robbins: “Aquele ponto em que qualquer atividade quando a interação ‘passa dos limites’ e se torna um conflito entre as partes envolvidas”. Também, na mesma obra, define “como um processo que se inicia quando uma das partes percebe que a outra parte afeta, ou pode afetar negativamente alguma coisa que a primeira considera importante.”⁵

– Álvarez Highton: O termo conflito é compreendido como “[...] uma relação entre as partes em que ambas procuram a obtenção de objetivos que são, podem ser, ou parecem ser, para alguma delas, incompatíveis”.⁶

– Idalberto Chiavenato:⁷ O conflito é muito mais do que um simples acordo ou divergência: constitui uma interferência ativa ou passiva, mas deliberada para impor um bloqueio sobre a tentativa de outra parte de alcançar os seus objetivos.

– Luiz Alberto Warat⁸ mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial, como um potencial construtivo. [...] Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder no olhar a partir do outro, e nos colocar no lugar do outro para entendê-lo (e) a nós mesmos.

⁵ ROBBINS, Stephen P. *Comportamento organizacional*. Trad. Reynaldo Marcondes. 11 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005, p. 326. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6989612/mod_resource/content/1/Robbins%202005%20-%20Conflitos.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023.

⁶ HIGHTON, Álvarez (2008, p. 41-42) *apud* GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 65.

⁷ CHIAVENATO, Idalberto (2004, p. 416) *apud* FRIEDRICH, Taise Lemos; WEBER, Mara A. Lissarassa. *Gestão de conflitos: transformando conflitos organizacionais em oportunidades*. Disponível em: [http://www.crars.org.br/artigos/gestAo-de-conflitos:-transformando-conflitos-organizacionais-em-oportunidades-41#:~:text=J%C3%A1%20para%20Chiavenato%20\(2004\)%2C,a%20desacordo%2C%20disc%C3%B3rdia%2C%20etc](http://www.crars.org.br/artigos/gestAo-de-conflitos:-transformando-conflitos-organizacionais-em-oportunidades-41#:~:text=J%C3%A1%20para%20Chiavenato%20(2004)%2C,a%20desacordo%2C%20disc%C3%B3rdia%2C%20etc). Acesso em: 21 jul. 2023.

⁸ WARAT, Luiz Alberto (2001, p. 82-83) *apud* FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 71 e 73.

– Malvina Ester Muszkat:⁹ Na Psicanálise, fala-se de *conflito psíquico* (intrapessoal) quando, no indivíduo, opõem-se exigências internas contrárias. A despeito do desconforto que um conflito possa gerar em nós ele faz parte do humano – assim como o *conflito interpessoal* com exigências, expectativas, idealizações pessoais contrárias umas às outras faz parte das relações humanas. [...] Do ponto de vista constitutivo, o conflito propicia condições de crescimento e transformação sempre que por intermédio da flexibilização do desejo atinge-se a noção de *alteridade*. Isso significa que diante do reconhecimento da existência de Outro que sente, pensa, deseja e sofre, tal como Eu, mas diferente de mim, esse Eu pode sentir-se apaziguado a ponto de rever suas posições, praticar possíveis reparações e negociar acordos.

– Daniel Shapiro:¹⁰ Normalmente, vemos o conflito como um conceito binário – *eu contra você, nós contra eles* – e focamos na satisfação de nossos interesses independentes. Contudo, o conflito existe literalmente entre *nós* – em nosso relacionamento – e nesse espaço vivem dinâmicas emocionais complicadas que impedem a cooperação. Aprender a transformar um conflito de forte carga emocional em uma oportunidade para benefício mútuo exige que você aprenda a navegar nesse espaço de forma eficiente.

Existem muitos conceitos e ensaios sobre a temática deste artigo, e não seria possível acomodá-las todas aqui no momento, pois o objetivo desse trabalho é trazer ao leitor algumas ideias do que já foi publicado sobre o tema, com a pretensão de instigar a pesquisa e não de exaurir em conceitos.

3 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO CONFLITO

Para alguns autores, como Marc e Anna Burbridge (2012), existem dois tipos de conflito, o interno e o externo. Já para Berg (2012) existem três tipos de conflito, o pessoal, o interpessoal e o organizacional. E, na visão de Chiavenato (2004), o conflito interno diz respeito às questões pessoais e o externo pode ser subdividido em interpessoal, intragrupal, intergrupalo, intraorganizacional e interorganizacional.¹¹

⁹ MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008, p. 27-28.

¹⁰ SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 19.

¹¹ SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

Podemos dizer, com base nos autores acima que, os conflitos podem ser intrapessoais (conflito interno), interpessoal (o conflito é entre pessoas), intragrupal (conflito dentro do grupo) e intergrupar (conflito entre grupos).

Fernanda Tartuce, advogada, jurista e membro do IBDFAM, em sua obra *Mediação nos conflitos civis*, traz a visão de Morton Deutsch sobre os seis tipos de conflito:

1. o conflito verídico, que existe objetivamente e é acuradamente percebido;
2. o conflito contingente, que depende das circunstâncias prontamente rearranjáveis (mas esse fato não é reconhecido pelas partes);
3. o conflito deslocado, em que as pessoas discutem sobre a coisa errada;
4. o conflito mal atribuído, que se dá entre pessoas erradas e sobre questões equivocadas;
5. o conflito latente, que deveria estar ocorrendo, mas não está (daí a importância da conscientização);
6. o conflito falso: não há base para a ocorrência do impasse, que decorre da má percepção ou má compreensão.¹²

Segundo Deutsch,¹³ os conflitos citados acima não excluem um ao outro mutuamente e, em qualquer situação de conflito, a interação entre as partes envolvidas pode transformá-lo de um tipo em outro.

Daniel Shapiro, em sua obra *Negociando o Inegociável*, traz a teoria do efeito das tribos. Nela, o autor acredita que “uma ameaça à identidade costuma provocar uma mentalidade divisora que transforma desacordos provenientes de um problema solúvel em algo aparentemente intransponível”.¹⁴

Nessa obra, Shapiro descreve as cinco tentações da mente tribal, que são elas:

Vertigem: é um estado de consciência distorcido no qual um relacionamento consome suas energias emocionais.

Compulsão à repetição: é um padrão de comportamento autodestrutivo que você se sente motivado a repetir.

Tabus: são proibições sociais que dificultam as relações de cooperação

¹² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 4.

¹³ DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: USP e-Disciplinas. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185774/mod_resource/content/2/DEUTSCH-Morton/n-A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20conflito-p29-42-Trecho%20indicado.pdf Acesso em: 8 set. 2023.

¹⁴ SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 49.

Ataque ao sagrado: é um ataque aos pilares mais significativos da sua identidade.
 Política de identidade: é a manipulação de sua identidade para benefício político de outra pessoa.¹⁵

Para Shapiro, “as tentações pretendem proteger sua identidade dos perigos da culpa, das mudanças e da exploração [...] elas reforçam uma mentalidade autoprotetora que diminui as perspectivas de colaboração”.¹⁶

Seguindo na mesma linha, importante destacar que nos conflitos temos também dois elementos estruturais importantes: os interesses e as posições.

Trazemos as definições de Ricardo Goretti para posições e interesses, que não podem ser confundidas quando existe uma situação de conflito:

As posições correspondem àquilo que os indivíduos em situação de conflito declaram ou acreditam necessitar, para os fins de satisfação dos seus desejos e necessidades básicas.

Os *interesses* são sentimentos que representam as reais aspirações dos seres humanos nos seus incessantes processos de interação e busca por satisfação de desejos ou necessidades.

Ocorre que nem sempre os interesses reais de um indivíduo são espontaneamente revelados. [...] A não correspondência entre aquilo que se necessita e aquilo que se diz necessitar é uma realidade que dificulta a resolução de muitos conflitos.¹⁷

Simplificando, os interesses são o que eu realmente penso e quero, já as posições é o que eu falo ao meu oponente, mas que não necessariamente representa o que eu quero e penso. Existem casos em que os interesses e as posições são os mesmos, nesses dizemos que existe correspondência entre posição e interesse, mas quando os interesses e as posições são diferentes temos uma contradição entre posição e interesse.

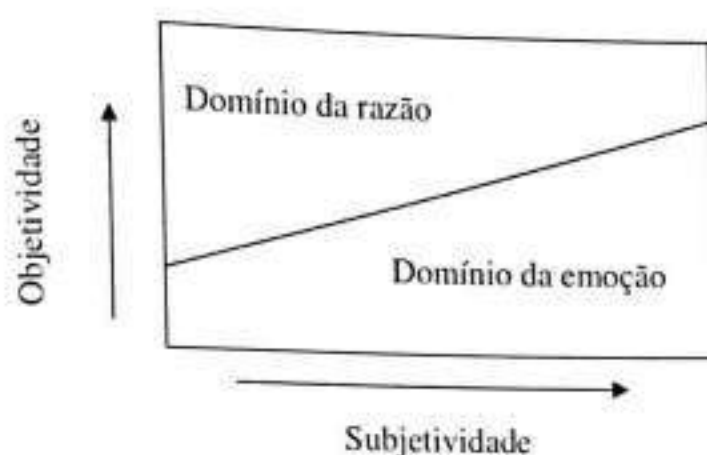
4 ASPECTOS OBJETOS E SUBJETIVOS DO CONFLITO

Em síntese, os aspectos objetivos são aqueles em que existe a predominância da razão (exemplo: contratos empresariais, comerciais, bens e serviços etc.), e os aspectos subjetivos são aqueles em que a emoção é a predominante no conflito (exemplo: conflitos familiares, divórcio, guarda, convivência etc.).

¹⁵ SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 53.

¹⁶ SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 54.

¹⁷ GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 65-69.



Fonte: Artigo *Mediação em conflitos objetivos*, de José Osmir Fiorelli.

O psicólogo, membro do IBFAM e coautor em obras sobre o tema, José Osmir Fiorelli, explica o diagrama acima que compõe seu artigo:¹⁸

O diagrama sugere que, no conflito, razão e emoção coexistem; em alguns, predomina a “razão”; em outros, a emoção aflora. Conflitos familiares, tipicamente, ocupam a área à direita do diagrama; os organizacionais, mais objetivos, situam-se à esquerda. Movendo-nos em direção ao limite direito do diagrama, favorecemos a mediação; em sentido inverso, tendemos a métodos adversariais.

Ocorre que, num primeiro momento, tendemos a acreditar que os conflitos objetivos não têm nenhuma emoção, mas isso não é totalmente verdadeiro. As pessoas trazem suas emoções para a negociação, mas nem sempre demonstram elas aos seus oponentes, muitas vezes racionalizam suas argumentações ao máximo, com o objetivo de esconder seus sentimentos para que o adversário não possa acessar essas informações e, muito provavelmente, usá-las para o seu benefício.

Fiorelli¹⁹ ensina que:

Em muitas situações tipicamente “racionais”, essa migração, possível e desejável, melhorará a qualidade da decisão. Alerta-se que isso implica em transferir para as partes doses crescentes de responsabilidade. É o caminho da mediação. Contudo, nem sempre reflete o desejo de uma ou ambas as partes; a “racionalização” de um conflito pode representar uma fuga ou uma estratégia eivada de malícia. Não se trata, portanto, de rotular o conflito, mas de analisar as características das pessoas envolvidas: o que pretendem, o que as move.

¹⁸ FIORELLI, José Osmir. *Mediação em conflitos objetivos*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/img/artigos/Media%C3%A7%C3%A3o%20em%20Conflitos.pdf>, Acesso em: 25 ago. 2023.

¹⁹ FIORELLI, José Osmir. *Mediação em conflitos objetivos*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/img/artigos/Media%C3%A7%C3%A3o%20em%20Conflitos.pdf>, Acesso em: 25 ago. 2023.

A psicanalista Nicole Pedroti Venturin Padilha,²⁰ em seu artigo, traz uma reflexão que nos é pertinente ao momento “[...] a algo em mim que o outro desconhece e há algo nele que eu desconheço, mas que é vivenciado como um ataque proveniente desse outro [...]”. Ou seja, a subjetividade está presente em todos os conflitos, de forma sutil ou escancarada, inclusive nos conflitos que têm aspectos objetivos.

5 ESCALADA, TRANSFORMAÇÃO E DESESCALADA DO CONFLITO

Carolina Ferreira, advogada, mediadora e autora de artigo sobre o tema, traz a seguinte reflexão:

Nas situações de conflito podemos nos deparar com pessoas imbuídas de cooperação que buscam escolhas possíveis de acordo com a realidade que se apresenta, ou com pessoas belicosas que através da escalada da violência, geram mais sofrimentos, objetivando vingança e destruição.²¹

Para trabalharmos nessa etapa, é necessário entendermos que o conflito está dividido em duas camadas: a externa, que representa os Episódios, e a interna, que é o Epicentro – o centro do conflito. Para uma melhor compreensão dos dois termos utilizados, nos valem das definições trazidas por Jonh Paul Lederach, autor do livro *Transformação de Conflitos* e professor americano de Construção da Paz Internacional na Universidade de Notre Dame:

O episódio do conflito é a expressão visível de um embate que está iniciando dentro do relacionamento ou do sistema, gerando a tensão em torno de um conjunto específico de fatores que precisam ser tratados. O epicentro do conflito é a teia de padrões relacionais, em geral reveladora do histórico dos episódios ocorridos, e de onde emergem novos episódios e combates.²²

²⁰ PADILHA, Nicole Pedroti Venturin. *Estados de Irritação: a alergia diante do outro apresentar-se como outro*. Trabalho apresentado na disciplina de Noções Gerais de Vincularidade. Curso de Psicanálise das Configurações Vinculares. Contemporâneo Instituto de Psicanálise e Transdisciplinaridade. Porto Alegre: 2023.

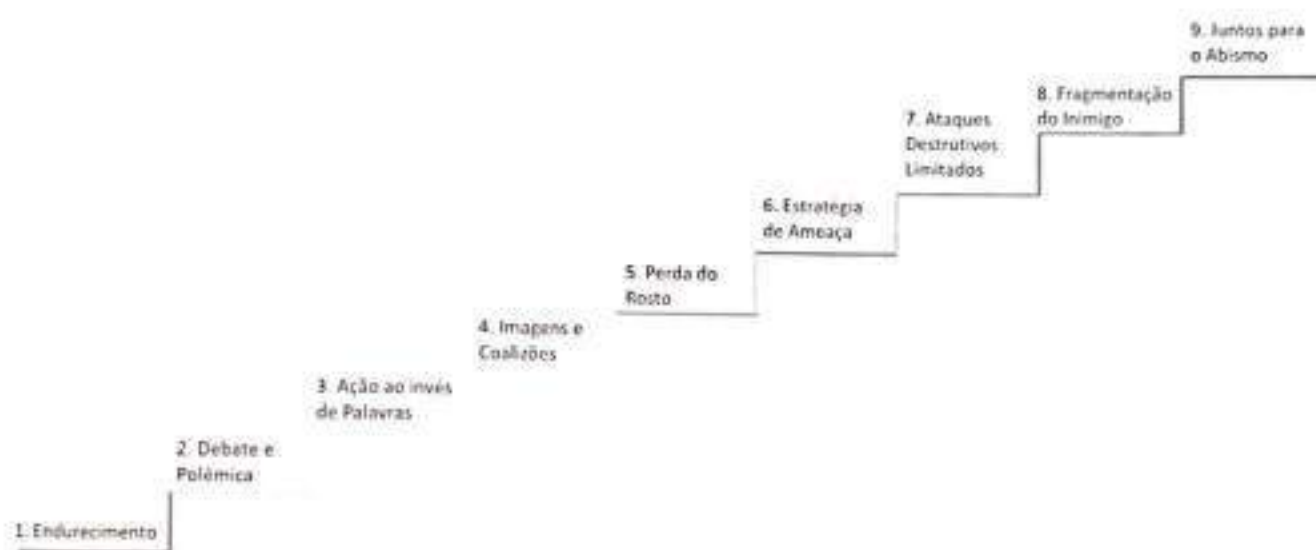
²¹ FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 65.

²² LEDERACH (2020, p. 46) *apud* FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 66.

De acordo com a citada autora, “em breve síntese, o Episódio libera energia conflitiva para o relacionamento e o Epicentro é o local onde a energia é produzida”.²³

5.1 Escalada do conflito

Nessa etapa, abordaremos a escalada do conflito e utilizaremos a visão do economista e mediador austríaco Friedrich Glasl: “A Escalada pode continuar por 9 patamares e ativar camadas cada vez mais profundas e inconscientes nas pessoas e nos grupos, até que esses percam totalmente o controle de si mesmos”.²⁴



Modelo adaptado para a Escalada do Conflito.

Fonte disponível em: <https://k21.global/br/blog/niveis-de-gestao-de-conflito>

Seguindo os ensinamentos de Glasl e utilizando a obra da autora Carolina Ferreira,²⁵ temos os nove patamares a seguir:

PRIMEIRO DEGRAU DO CONFLITO: ENDURECIMENTO

No primeiro degrau, a tensão pode ser solucionada com conversas em conjunto, pois a prontidão para a cooperação é maior do que a ideia de concorrência ainda

²³ FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 66.

²⁴ GLASL, Friedrich (2020, p. 80) apud FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 66-67.

²⁵ FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 67-68.

não existe lados ou campos estáticos. A convicção gerando um diálogo com perturbações na comunicação, endurecendo os pontos de vista devido aos choques de estratégias de sobrevivência e ameaças de identidade dos conflitantes ocasionando um efeito de acanhamento de ambos com a perda de empatia.

SEGUNDO DEGRAU DO CONFLITO: DEBATES E POLÊMICAS

No segundo degrau, o comportamento de cooperação e concorrência se alterna frequentemente e aumentam a confusão com debates e polêmicas polarizadores no pensar sentir e querer. A confrontação de ponto de vista no qual um é mais importante que o outro com posições extremas buscam a superioridade intelectual e o reconhecimento através da manipulação procedimentos táticos e violência verbal.

TERCEIRO DEGRAU DO CONFLITO: ATOS AO INVÉS DE PALAVRAS

No terceiro degrau, as atitudes dos conflitantes buscam fazer algo em razão do comportamento do outro e se confrontam mutuamente com fatos consumados surgindo discrepância entre declarações verbais e comportamentos não verbais, que geram mais efeito do que o declarado perdendo a capacidade de compreensão dos sentimentos alheios, não acreditando mais na fala do outro exigindo ações para provar sua alegação pois a atitude de concorrência é maior que a disposição de cooperar.

QUARTO DEGRAU DO CONFLITO: IMAGEM E COALIZÃO

No quarto degrau, os conflitantes polarizam a imagem do outro de forma distorcida fazendo uma imagem positiva de si vice que luta com a imagem negativa do outro viro as quais são firmemente fixadas na consciência e não serão mais corrigidas gerando as coalizões recíprocas. Os ataques à reputação do outro, além de ocultos, são feitos de forma hábil dificultando sua comprovação. Na luta pelo poder, buscam adeptos para confirmar sua percepção da imagem do outro.

QUINTO DEGRAU DO CONFLITO: PERDA DO ROSTO

No quinto degrau, o conflito deixa de ser sobre um aspecto específico e passa a ser sobre a moral e valores ideológicos e por vezes religião pois um dos conflitantes acredita que descobriu as verdadeiras intenções destrutivas do inimigo, interpretando retroativamente que este em diversas vivências já havia agido de forma condenável. As ofensas buscam atingir a honra do ofendido e não ficam apenas no ambiente privado, passam para o ambiente público no intuito de destruir a moral do outro.

SEXTO DEGRAU DO CONFLITO: ESTRATÉGIAS E AMEAÇAS

No sexto degrau, o agir passa a ser forçado perdendo a iniciativa, as partes não renunciam ao seu ponto de vista estando cada vez mais ligadas em seus próprios interesses, apresentam suas exigências e começam a emitir ultimatoss a fim de forçar o outro a ceder, afastando-se da realidade passam a ser dominados pelos sentimentos de raiva e medo que se tornam incontroláveis. As ações danosas objetivam forçar a contrapartida na direção desejada e quando esta se vincula

à ameaça, os conflitantes perdem a liberdade de escolha de atuação, levando as queixas as mídias e redes sociais.

SÉTIMO DEGRAU DO CONFLITO: ATAQUES DESTRUTIVOS LIMITADOS

No sétimo degrau, ocorre a inversão de valores e virtudes e a contraparte é percebida como impeditiva para alcançar objetivos próprios as ameaças são cumpridas sendo transformada em ações. O conflitante perde a crença na humanidade do inimigo, não havendo mais comunicação com o outro percebem que não há mais nada a ganhar e buscam eliminar, externar, acabar, se livrar do inimigo, através de ataques extremamente violentos que dão uma sensação de poder e controle, considerando como vitória o maior número de perdas da outra parte.

OITAVO DEGRAU DO CONFLITO: DESTRUIR O INIMIGO

No oitavo degrau, o conflitante busca destruir da identidade do inimigo até seus órgãos vitais não funcionarem mais, assim, inviabilizando a tomada de decisão do outro, espera que este se desintegre, tomando com isso o sistema do inimigo incontrolável.

NONO DEGRAU DO CONFLITO: JUNTOS PARA O ABISMO

No nono degrau, não há mais retorno, o impulso da preservação de si mesmo é abandonado a fim de aniquilar seu inimigo. As partes possuem prazer em sua própria autodestruição desde que consigam destruir o inimigo.

Nesse momento, é importante termos essa visão mais palpável da escada por meio dos desmembramentos dos degraus do conflito, para facilitar a identificação do nível em que o conflito se encontra, com o objetivo de empregar as melhores técnicas que podem trazer a paz entre os conflitantes.

5.2 Transformação do conflito

A mediadora e advogada Juliana Jaeger Audino, em seu artigo *Advocacia Integrativa: um caminho para a transformação*, traz a definição de Transformação de Conflitos, segundo a visão de Lederach:

A transformação de conflitos é visualizar e reagir às enchentes e vazantes do conflito social como oportunidades vivificantes de criar processos de mudança construtivos que reduzam a violência e aumentem a justiça nas interações diretas e nas estruturas sociais e que respondam aos problemas da vida real dos relacionamentos humanos.²⁶

²⁶ LEDERACH (2020, p. 27) *apud* AUDINO, Juliana Jaeger. *Advocacia Integrativa: um caminho para a transformação*. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 213.

Para transformar o conflito é necessário trazer ao sujeito a necessidade de não apenas ver a linha de chegada (ou o fim do conflito), mas a mudança de postura em relação ao conflito nos aspectos pessoais, relacionais, estruturais e culturais.

Segundo Lederach,²⁷ podemos resumir esses aspectos da seguinte forma:

Pessoais: deve-se minimizar os efeitos destrutivos do conflito e maximizar o potencial de crescimento e bem-estar físico emocional e intelectual e espiritual das pessoas envolvidas.

Relacionais: deve-se minimizar a comunicação disfuncional e maximizar o entendimento, deve-se também trabalhar medos e esperanças em relação às emoções e à interdependência nos relacionamentos.

Estruturais: devemos compreender e tratar as causas e condições sociais que dão origem à expressão violenta ou nociva do conflito, promover mecanismos que reduzam o confronto e a violência, até eliminá-los, e fomentar o desenvolvimento de estruturas que atendam às necessidades dos envolvidos e maximizem a participação popular em decisões que afetam a vida dos conflitantes.

Culturais: devemos identificar e compreender padrões culturais que contribuem para a expressão violenta do conflito e, também, identificar e construir reações para lidar com a situação conflituosa, a partir de recursos e mecanismos do próprio contexto cultural do conflitante.

Interessante observar como a transformação do conflito traz um olhar mais abrangente, não apenas com foco na resolução do conflito, mas em construir dentro do indivíduo um processo natural de mudança de comportamento com a finalidade de olhar para o epicentro do conflito e, naturalmente, sair da visão micro do problema para uma visão macro, tendo a capacidade de adaptação do indivíduo como norteador para transformar o episódio de conflito numa real e evolutiva mudança de vida.

5.3 *Desescalada do conflito*

Com base no estudo do artigo da autora Carolina Ferreira,²⁸ “o mediador deve desenvolver técnicas e habilidades autocompositivas, como por exemplo aprender a gerir suas próprias emoções” para que possa ser um bom

²⁷ LEDERACH (2020, p. 37-41) *apud* AUDINO, Juliana Jaeger. *Advocacia Integrativa: um caminho para a transformação*. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 213-214.

²⁸ FERREIRA, Carolina. *A mediação e a necessária desescalada do conflito*. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 69.

gestor de conflitos, não sendo acionado pelos gatilhos dos conflitantes e não entrando em conflito com seu próprio eu.

Para Glasl existe a possibilidade de desescalar o conflito:

Até o terceiro degrau, isso pode ocorrer como autoajuda à guisa de automedicação, enquanto o tratamento do conflito no quarto degrau já são necessárias formas de 'ajuda das proximidades'. A partir do quinto degrau, é imprescindível pedir ajuda a consultores e mediadores profissionais.²⁹

É importante a identificação das emoções dos conflitantes e da interpretação da ação-reação apresentada (episódio). E, ao entendermos os reais anseios (o epicentro), a ideia é criarmos um diálogo verdadeiro entre os conflitantes, desejando que eles cheguem a sua própria solução para o embate, evitando ao máximo os últimos degraus da escalada do conflito e preservando a saúde física, mental e financeira de todos os envolvidos.

6 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DO CONFLITO

Chegamos à etapa mais histórica do nosso tema, afinal os conflitos estão presentes em nossa sociedade desde os primórdios dela e são objeto de estudos há muitos anos por um número considerável de pesquisadores. Eles se basearam no conflito social, aquele que tem como objeto o coletivo, ou seja, nesse momento do estudo não serão abordados os conflitos pessoais.

Segundo Santos, “os conflitos sociais, por sua natureza, têm o poder de envolver grupos sociais que originalmente não participavam da disputa, mas que, em razão de valores utilitários ou morais, acabam por tomar posição frente ao embate coletivo”.³⁰

Como o nosso objetivo nesse Manual é fornecer ao leitor acesso à informação e o início de uma linha de estudos, trazemos de forma resumida algumas das visões dos principais autores:³¹

– Karl Marx: considerado o fundador da Teoria do Conflito, Marx enfatizou a importância do conflito de classes na história e na mudança social.

²⁹ GLASL, Friedrich (2020, p. 80) *apud* FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023, p. 71.

³⁰ SANTOS, Leonardo Bis dos. O conflito social como ferramenta teórica para interpretação histórica e sociológica. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi*. Ciências Humanas, v. 9, n. 2, p. 545, maio-ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bgoeldi/a/53FFNRtTKkg7N5Hc5JNj7H-c/?format=pdf&lang=pt>, Acesso em: 7 jul. 2023.

³¹ TEORIA do conflito: o que é, significado, importância e exemplos. Disponível em: <https://cuboup.com/conteudo/teoria-do-conflito/>. Acesso em: 7 jul. 2023.

Ele argumentou que as desigualdades sociais geradas pelo modo de produção capitalista levavam a conflitos entre a classe trabalhadora e a burguesia, que controlava os meios de produção.

– Max Weber: embora tenha desenvolvido uma abordagem sociológica diferente da de Marx, Webber também enfatizou a importância das desigualdades sociais na geração de conflitos. Ele argumentou que a luta pelo poder era uma das principais fontes de conflito na sociedade.

– Ralf Dahrendorf: o sociólogo alemão desenvolveu a teoria do conflito de classe em 1959, que enfatizava a importância das desigualdades estruturais na geração de conflitos. Ele argumentou que o conflito não era apenas entre as classes trabalhadoras e a burguesia, mas também entre diferentes grupos de poder dentro da sociedade.

– Lewis Coser: o sociólogo americano enfatizou a importância do conflito de grupo na sociedade. Ele argumentou que os conflitos entre os grupos sociais eram uma fonte importante de mudança social e que a cooperação entre os grupos poderia ser usada para reduzir os conflitos.

– Georg Simmel: o sociólogo alemão enfatizou a importância do conflito na formação da identidade social. Ele argumentou que o conflito podia ser usado para fortalecer a coesão social e para estabelecer limites claros entre os grupos sociais.

Vimos acima que, se existe interação humana, existe a presença de conflito, seja ele explícito ou não. E que o conflito, independente que seja julgado como negativo ou positivo, traz para a sociedade diversos benefícios, pois é a partir dele que ocorrem as mudanças sociais.

7 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DO CONFLITO

Por fim, chegamos ao item que tem uma grande relevância para os desdobramentos do conflito e deve ser objeto de estudo aprofundado sobre o tema, posteriormente pelo leitor, pois, ao entendermos o funcionamento do ser humano, as nossas chances de êxito na resolução do conflito aumentam significativamente.

O psicólogo norte-americano Abraham Maslow³² classificou as necessidades dos seres humanos da seguinte forma:

³² MASLOW, Abraham *apud* SAMPAIO, Jäder dos Reis. *O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação*. Disponível em: <http://rausp.usp.br/wp-content/uploads/files/v4401005.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

Necessidades fisiológicas: compreendem os impulsos (drive), acrescidos da dinâmica da homeostase e da ideia de apetite (que introduz a escolha de alimentos pela pessoa ao tema da fome);

Necessidades de segurança: que Maslow entende ser uma classificação grosseira. Por necessidade de segurança depreende-se a inexistência de ameaças percebidas no ambiente. Maslow cita os trabalhos experimentais realizados com crianças para ilustrar seu conceito, e trabalhos clínicos com neuróticos obsessivo-compulsivos, que procuram organizar o mundo de forma a evitar suas ameaças inesperadas, e com lesionados cerebrais que evitam tudo o que lhes é estranho ou não familiar. Assim, o conceito de segurança de Maslow compreende certa estabilidade, entendimento e controle dos padrões de mudança do ambiente em que a pessoa se encontra;

Necessidades de pertença e amor: entendidas como o compartilhamento de afeto com pessoas em um círculo de amizade e intimidade. Embora a sexualidade possa fazer parte desse contexto de intimidade, o conceito de amor não se reduz ao de sexo. O comportamento sexual é multideterminado e pode ser focado na ótica das necessidades fisiológicas;

Necessidades de estima: compreendem a imagem que a pessoa tem de si (autoestima ou autorrespeito) e o desejo de obter a estima dos outros. Maslow divide essas necessidades em dois conjuntos. No primeiro, ele situa o desejo de realização, adequação, maestria e competência, que possibilita confiança com relação ao mundo, independência e liberdade. No segundo conjunto ele situa a busca de reputação ou prestígio, status, dominância, reconhecimento, atenção, importância ou apreciação. A base desse conjunto de necessidades é encontrada na teoria psicanalítica adleriana, e a influência psicopatológica da falta de gratificação dessas necessidades é exemplificada com estudos de neuróticos de guerra;

Necessidades de autorrealização ou autoatualização: compreendem a ideia, defendida por muitos autores (como Jung, 1987, por exemplo), de que as pessoas têm um potencial interno que necessita tornar-se ato. Maslow dedica dois capítulos à autorrealização, nos quais mostra dados colhidos a partir de análises biográficas de figuras históricas, estudo de pessoas contemporâneas de destaque e jovens que pareciam estar se desenvolvendo rumo à autoatualização;

Desejos de saber e de entender/necessidade de conhecer: que Maslow considera menos conhecidos, porque não possuem implicações clínicas, a principal base do conjunto de categorias desenvolvido por ele. Entretanto, ele as considera como necessidades e sujeitas à gratificação como as demais. Elas são postuladas por Maslow (1954, p.97) como "um desejo de entender, de sistematizar, de organizar, de analisar, de procurar por relações e significados, de construir um sistema de valores";

Necessidades estéticas: que Maslow entende como os impulsos à beleza, à simetria e, possivelmente, à simplicidade, à inteireza e à ordem. Ele afirma que observou essas necessidades em crianças saudáveis, mas que se encontram indícios delas em todas as culturas e em todas as idades.

Obviamente, quando essas necessidades básicas não estão supridas, a probabilidade de ocorrer um conflito aumenta significativamente.

Nesse sentido, Marshall Rosenberg³³ traz a ideia de que as necessidades não atendidas são as raízes da nossa raiva. Ou seja, a ideia é saber identificar qual das necessidades, básicas ou não, dos conflitantes não foi atendida ou teve seu limite ultrapassado.

Portanto, o ideal é que o conflitante consiga identificar e expressar o que quer, pensa e sente. A psiquiatra Aline Rangel trouxe em seu artigo que:

O conflito emocional está atrelado à dificuldade para expressar o que sente, o que quer e o que pensa. Em razão disso, desenvolve-se uma tensão interna grande, que impede a pessoa de viver plenamente. O que ela expressa não condiz com as emoções verdadeiras. Então, forma-se o conflito.³⁴

E, como o objetivo deste artigo é ser o mais prático possível, trazemos os exemplos citados pela psiquiatra Aline Rangel:

Atitude defensiva: Alguém que está vivenciando conflitos emocionais, geralmente, mantém uma atitude defensiva, ou seja, está sempre pronto para reagir contra possíveis críticas, contrariedades e divergências de opinião. A pessoa está sempre justificando seus comportamentos e reações.

Intransigência: Quando há muita tensão interna gerada por conflitos emocionais, a pessoa pode se tornar excessivamente crítica consigo mesma e com as pessoas ao redor. Passa a encarar a vida com negatividade e pessimismo, não enxerga as próprias qualidades nem os pontos positivos das outras pessoas. A crítica não é construtiva, mas depreciativa.

Isolamento social: Uma fase da vida marcada por conflitos emocionais é também um período de afastamento social. Não há motivação para compartilhar os momentos ao lado da família, dos amigos, conhecer outras pessoas e lugares. As emoções negativas ficam mais afloradas, dificultando as relações interpessoais.

Falta de empatia: Alguém que está com dificuldade para encontrar a saída de um labirinto emocional distancia-se das pessoas, vê os problemas alheios com indiferença. Não consegue se colocar no lugar do próximo.

Autossabotagem: Conflitos emocionais bloqueiam o desenvolvimento pessoal. Autoestima baixa, ausência de autoconfiança, medo dos riscos e incertezas impedem o progresso pessoal. A pessoa segue a vida construindo obstáculos maiores que a realidade e encontrando motivos para não tomar decisões.³⁵

³³ ROSENBERG, Marshall B. *A linguagem da paz em um mundo de conflitos: sua próxima fala mudará seu mundo*. Trad. Grace Patricia Close Deckers. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 11.

³⁴ RANGEL, Aline. *Conflitos emocionais e distúrbios psiquiátricos: como diferenciar?* 2022. Disponível em: <https://apsiquiatra.com.br/conflitos-emocionais/#:~:text=Sinais%20de%20conflitos%20emocionais,justificando%20seus%20comportamentos%20e%20rea%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 15 jul. 2023.

³⁵ RANGEL, Aline. *Conflitos emocionais e distúrbios psiquiátricos: como diferenciar?* Disponível em: <https://apsiquiatra.com.br/conflitos-emocionais/#:~:text=Sinais%20de%20conflitos%20emocionais,justificando%20seus%20comportamentos%20e%20rea%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 15 jul. 2023.

É importante que todos os envolvidos na resolução do conflito consigam identificar os seus sentimentos e entender o que desencadeou o conflito, pois sem isso a resolução pode não acontecer de forma satisfatória, ou, se ocorrer, pode não ser uma solução duradoura.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua,
já que nunca pensaremos todos da mesma maneira
já que nunca veremos senão uma parte da verdade e
sob ângulos diferentes.”

*Mahatma Gandhi*³⁶

Nos meus estudos sobre o tema conflito, cheguei à conclusão de que os conflitos são inerentes ao ser humano e às relações familiares. E essas divergências de pensamentos contribuem para a nossa evolução. O que modifica é a maneira que lidamos com os conflitos, podemos assumir um pensamento negativo, levando a uma escalada do conflito, que premia o conflitante com desgastes físicos, emocionais e financeiros, ou podemos assumir uma postura diferente. Se sairmos do caminho que levará todos para o abismo, teremos a oportunidade de vivenciarmos o conflito de uma forma positiva.

A frase escolhida para concluir esse artigo nos lembra que ninguém pensa igual ao outro, nem os membros da mesma família, ou seja, cada pessoa tem sua história, suas experiências, seus traumas e suas necessidades, e, com base nisso, interpreta os fatos que ocorrem na sua vida (tem a sua verdade).

Acredito que o nosso grande desafio é chegarmos a uma resolução do conflito sem que as partes e as famílias se destruam, é trazer os conflitantes e mantê-los em comunicação, com empatia e autorresponsabilidade, para que construam juntos a solução mais benéfica para o problema, principalmente quando falamos de família.

Gabriel Chalita, ao prefaciар o livro de *Mediação em Direito de Família*, de Flavio Goldberg, traz a seguinte reflexão:

Quantos olhares merecem os conflitos da família? Quanta responsabilidade tem um julgador quando decide quem fica com o filho? Quanto poder, quanta influência, terá na história dessas pessoas? Não se pode minimizar o poder da justiça. Nem a dor da injustiça. Julgamentos apressados ou pouco refletidos podem incorrer em

³⁶ ALVARENGA, Carina Abud; OKAWA, Cinthya Soares. *Conversando se entende: aprendizados, técnicas e práticas para transformar conflitos em possibilidades*. Porto Alegre: Arquipélago Negócios, 2021, p. 31.

feridas difíceis de serem cicatrizadas. Os que julgam muitos casos; os que são julgados têm, naquele caso, a sua única história de vida. Por que, então, não se valer de outros instrumentos para evitar as animosidades, o pleito de um que se volta contra o outro, os traumas que poderão persistir depois da decisão proferida?¹⁷

Sinceramente espero que este pequeno artigo, que não tem a pretensão de abranger tudo que obras mais completas e exclusivas sobre o tema apresentam, tenha atingido o objetivo proposto de ser um estímulo e norte para que você possa aprofundar seus estudos sobre o tema conflito no Direito das Famílias. Finalizo este artigo com uma frase que me acompanha atualmente:

“O progresso é impossível sem mudança, e aqueles que não conseguem mudar suas mentes não conseguem mudar nada.”

George Bernard Shaw¹⁸

9 REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Carina Abud; OKAWA, Cinthya Soares. *Conversando se entende: aprendizados, técnicas e práticas para transformar conflitos em possibilidades*. Porto Alegre: Arquipélago Negócios, 2021.
- AUDINO, Juliana Jaeger. Advocacia Integrativa: um caminho para a transformação. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023.
- BURLAMAQUI, Louis. *Lidando com conflitos na prática: um guia de bolso para realizar uma gestão de pessoa mais eficiente*. Belo Horizonte, MG: Merope, 2023.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas: e o novo papel dos recursos humanos na organização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CONFLITO. In: *DICIO*, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/conflito/>. Acesso em: 8 set. 2023.
- DEUSTCH, Morton. A resolução do conflito. In: *USP e-Disciplinas*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185774/mod_resource/content/2/DEUTSCH-Morto/n-A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20conflito-p-29-42-Trecho%20indicado.pdf Acesso em: 8 set. 2023.

¹⁷ GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos*. São Paulo: Foco, 2018, p. VIII.

¹⁸ ROSENBERG, Marshall B. *A linguagem da paz em um mundo de conflitos: sua próxima fala mudará seu mundo*. Trad. Grace Patrícia Close Deckers. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 106.

FERREIRA, Carolina. A mediação e a necessária desescalada do conflito. In: ROTER, Yulli; ABREU, Ludmila Moura de (org.). *Gestão de conflitos – Ferramentas úteis para a compreensão da subjetividade conflituosa*. Curitiba: CRV, 2023.

FIORELLI, José Osmir. *Mediação em conflitos objetivos*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Media%C3%A7%C3%A3o%20em%20Conflitos.pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.

FRIEDRICH, Taise Lemos; WEBER, Mara A. Lissarassa. *Gestão de conflitos: transformando conflitos organizacionais em oportunidades*. Disponível em: [http://www.crars.org.br/artigos/gestAo-de-conflitos:-transformando-conflitos-organizacionais-em-oportunidades-41#:~:text=J%C3%A1%20para%20Chiavenato%20\(2004\)%2C,a%20desacordo%2C%20disc%C3%B3rdia%2C%20etc](http://www.crars.org.br/artigos/gestAo-de-conflitos:-transformando-conflitos-organizacionais-em-oportunidades-41#:~:text=J%C3%A1%20para%20Chiavenato%20(2004)%2C,a%20desacordo%2C%20disc%C3%B3rdia%2C%20etc). Acesso em: 21 jul. 2023.

GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos*. São Paulo: Foco, 2018.

GORETTI, Ricardo. *Gestão adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008.

PADILHA, Nicole Pedroti Venturin. *Estados de irritação: a alergia diante do outro apresentar-se como outro*. Trabalho apresentado na disciplina de Noções Gerais de Vincularidade. Curso de Psicanálise das Configurações Vinculares. Contemporâneo Instituto de Psicanálise e Transdisciplinaridade. Porto Alegre: 2023.

RANGEL, Aline. *Conflitos emocionais e distúrbios psiquiátricos: como diferenciar?* Disponível em: <https://apsiquiatra.com.br/conflitos-emocionais/#:~:text=Signais%20de%20conflitos%20emocionais,justificando%20seus%20comportamentos%20e%20rea%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 15 jul. 2023.

ROBBINS, Stephen P. *Comportamento organizacional*. Trad. Reynaldo Marcondes. 11 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6989612/mod_resource/content/1/Robbins%202005%20-%20Conflitos.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023.

ROSENBERG, Marshall B. *A linguagem da paz em um mundo de conflitos: sua próxima fala mudará seu mundo*. Trad. Grace Patricia Close Deckers. São Paulo: Palas Athena, 2019.

ROSENBERG, Marshall B. *O surpreendente propósito da raiva: indo além do controle para encontrar a função vital da raiva*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019.

SANTOS, Leonardo Bis dos. O conflito social como ferramenta teórica para interpretação histórica e sociológica. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas*, v. 9, n. 2, p. 541-553, maio-ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bgoeldi/a/53FFNRtTKkg7N5Hc5JNj7Hc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2023.

SAMPAIO, Jáder dos Reis. *O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação*. Disponível em: <http://rausp.usp.br/wp-content/uploads/files/v4401005.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

SHAPIRO, Daniel. *Negociando o inegociável: como resolver conflitos que parecem impossíveis*. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

TEORIA do conflito: o que é, significado, importância e exemplos. Disponível em: <https://cuboup.com/conteudo/teoria-do-conflito/>. Acesso em: 7 jul. 2023.

A força democrática das Supremas Cortes

LUCIANO ROSA VICENTE

SANDRO LÚCIO DEZAN

Resumo: Este estudo trata da ascensão das Constituições, do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, com o objetivo de descobrir o quanto estas ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. A pesquisa é descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia. Conclui-se que as Cortes Supremas também representam o povo, embora seus membros não se cubram com o manto do sufrágio; e que, frequentemente, contribuem para a evolução democrática da sociedade, para a impulsão da história e para o processo civilizatório.

Palavras-chave: democracia; Constituição; constitucionalismo democrático; Supremas Cortes; representantes do povo.

The democratic force of the Supreme Courts

Abstract: This study aims to discuss the rise of Constitutions, of the democratic constitutionalism and of the Supreme Courts, with the objective of discovering how much they have risen in the scale of powers and what was their extension to contribute to the strengthening of democracy. The research was descriptive, explanatory, inductive and bibliographical, with indirect documentation technique, justified by the importance of defining the current position of the Judiciary in the democratic scenario and by the need for constant improvement of democracy. It concludes that the Supreme Courts also represent the people, although their members do not cover themselves with the mantle of suffrage and, frequently, they contribute to the improvement of democracy, to the impetus of history and to the civilizing process.

Recebido em 30/9/22
Aprovado em 14/11/22

Keywords: democracy; Constitution; democratic constitutionalism; Supreme Courts; representatives of the people.

1 Introdução

Uma cidadã já idosa trabalha num bar e mora de aluguel numa quitinete na periferia de uma capital. Com ela vive uma pessoa com deficiência: seu único filho. Até que chega o dia em que o bar fecha, ela fica desempregada e deixa de pagar o aluguel nos três meses seguintes. Conforme lhe garante o contrato, o locador move ação de despejo, e acata-a de imediato o juiz singular. Contudo, representada pela Defensoria Pública, a mãe recorre da sentença, e o Tribunal de Justiça reforma a decisão: os dois hão de permanecer no imóvel, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana condenar ao desabrigo uma idosa e seu filho PCD¹.

Decisões com esse teor são cada vez mais comuns no Judiciário brasileiro e no de outros países – aplaudidas por uns e criticadas por outros. Os que as apoiam aplaudem a ascensão do Judiciário, a centralidade da Constituição no sistema jurídico e a aplicação direta de princípios, mesmo quando há lei em sentido contrário disciplinando o tema, como a *Lei do inquilinato* naquele caso; os que as criticam consideram-nas uma usurpação da função legislativa pelo Judiciário, visto como sem representatividade democrática.

Esse debate tem como componente elementar a democracia, “a pior forma de governo que existe, à exceção de todas as outras”, como disse Churchill em 1947 na Câmara dos Comuns na Inglaterra (RUNCIMAN, 2018, p. 27). Abstraindo-se o fato de que a democracia se enquadra melhor como *regime* de governo, não como *forma*, aqui interessa que ela prevaleceu sobre os demais regimes no século XX.

Ela superou o comunismo, que mostrou a cara com a Revolução Russa de 1917; o fascismo italiano no início dos anos 1920; o nazismo na Alemanha a partir dos anos 1930; os regimes militares na América Latina, Ásia, África e em alguns países europeus após a Segunda Guerra; e o fundamentalismo religioso vindo da revolução dos aiatolás no Irã, em 1979. Nesse embate de ideologias, venceu a democracia, hoje com a

¹ O exemplo inspira-se tanto no caso citado por Horbach (2007) no artigo “A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos” quanto numa notícia publicada pela Defensoria Pública de São Paulo (SÃO PAULO, [2016]).

centralidade e a supremacia da Constituição, não a do partido, das forças armadas ou das escrituras religiosas (BARROSO, 2022, p. 5).

O constitucionalismo democrático chegou tarde ao País, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Desde a Independência foram sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), o que demonstra a instabilidade, a descontinuidade e a fragilidade das instituições políticas.

Na América Latina, outros países andaram ainda pior, como a República Dominicana e suas 32 Constituições; a Venezuela, com 26; o Haiti, com 24; e o Equador, com 20. Enquanto nos EUA se projetou a Constituição para amparar um governo de leis e não de homens, usaram-se as Cartas latino-americanas para subverter o Estado de Direito (FERGUSON, 2017, p. 160).

A marca do constitucionalismo brasileiro até a CRFB foi a inefetividade, a não aplicação da norma pensada na vida real, como a Carta de 1824, que previa que “a lei será igual para todos”, ao tempo em que vigoravam os privilégios da nobreza, o voto censitário e a escravidão. A Carta de 1969 assegurava liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores direitos sociais fictícios, como colônias de férias e clínicas de repouso (BARROSO, 2018b, p. 19).

Trilhando um novo caminho desde a CRFB, o Direito brasileiro seguiu a tendência mundial e passou por grandes mudanças relacionadas à emergência de um novo modelo na teoria jurídica e na prática dos tribunais, que ficou conhecido como *Neoconstitucionalismo*, cujas características (SARMENTO, 2009, p. 115) são: i) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos na aplicação do Direito; ii) os métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, as teorias da argumentação etc.; iii) a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; iv) a aproximação entre o Direito e a Moral, com maior penetração da Filosofia nos debates jurídicos; e v) a judicialização da política e das relações sociais.

O Neoconstitucionalismo ampliou a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e levou o Poder Judiciário a adotar novas técnicas hermenêuticas para complementar a tradicional subsunção, como a ponderação e o uso mais frequente do princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, houve significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário (SARMENTO, 2007, p. 122).

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas no Judiciário, sobretudo por Cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social derrotado nas disputas legislativas, nas quais comumente não há consenso (SARMENTO, 2009, p. 118).

De Poder quase sem poderes – que em 1748 Montesquieu (2000, p. 169-175) tratou como invisível e nulo, como mera boca que pronuncia sentenças da lei e cujos membros são seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor –, o Judiciário acabou por alçar-se a uma posição mais importante na estrutura institucional do Estado contemporâneo.

Em vista disso, o objetivo deste estudo é descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. Busca-se esse objetivo mediante pesquisa descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia.

2 A ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes

Em 1748 Montesquieu escreveu sua principal obra, *O espírito das leis*; e o capítulo VI do Livro XI (“Da Constituição da Inglaterra”) foi um dos que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental. Descrevendo o formato institucional inglês moldado na primeira metade do século XVIII, recebeu uma estrutura de Poderes que prevenissem o absolutismo (FERREIRA FILHO, 2002, p. 59). Nesse capítulo, Montesquieu (2000, p. 166) defende que “todo homem que possui poder é levado a abusar dele, indo até onde encontra limites”; e em seguida indica o remédio para impedir o abuso: “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

O filósofo francês defendia que cada Estado tinha três espécies de Poderes: i) o Legislativo, que faz, corrige ou revoga leis; ii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, que faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e previne as invasões; e iii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Eis aí o molde dos atuais Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168). Para Montesquieu (2000), o Judiciário era um Poder invisível, nulo e sem força, mera “boca da lei”.

Foi a partir de 1787-1788 que se iniciou nos EUA o processo de fortalecimento dos juízes, como se observa nos artigos de Madison, Hamilton e Jay (1993) compilados na obra *Os federalistas*. Thomas Jefferson tem sido considerado quem melhor escreveu sobre princípios de governo, traçando as bases teóricas da estrutura política de muitos países ocidentais – o

republicanismo, o presidencialismo, a democracia representativa e o federalismo (LIMA, 2011, p. 125): “a primeira e uma das mais completas formulações da teoria do Estado federal” (LEVI, 1998, p. 480). A obra contém 85 artigos, e o 78º, escrito por Hamilton (1993), trata da organização do Poder Judiciário, visando ao seu fortalecimento: se o Poder Executivo tinha a “espada” para agir e o Legislativo a “bolsa” que controlava as riquezas do país, o Judiciário nada tinha. Por isso, as propostas miravam em três alvos para fortalecê-lo: a forma de designação dos juizes, as condições de permanência nos cargos e a partilha do poder entre os tribunais.

Alguns anos depois, essas teorias sobre o fortalecimento do Judiciário foram praticadas no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 na Suprema Corte dos EUA. Essa decisão foi o marco inaugural do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, contendo os fundamentos para a atuação judicial voltada a assegurar a integridade do texto constitucional, preservando-o contra interferências indevidas dos demais Poderes estatais (SANTIAGO, 2015, p. 278).

A partir de então, o Judiciário e a Suprema Corte dos EUA começaram a consolidar-se, ao passo que na maior parte da Europa ainda vigoraria até 1945 um modelo de supremacia do Legislativo, na linha da concepção francesa de lei como expressão da vontade geral. Apenas no final daquela década chegou a onda constitucional, com novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência norte-americana de supremacia da Constituição (BARROSO, 2013, p. 193-195).

Até aquele momento, entendiam-se as Constituições como documento político, um convite à atuação dos poderes públicos, e deixava-se a concretização de suas propostas condicionada à atuação do legislador ou do administrador, negando ao Judiciário qualquer

papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. A propósito, Hesse (1991) defendeu a valorização da Constituição no seu clássico *A força normativa da Constituição*, publicado originalmente em 1959.

Essa guinada para o constitucionalismo e o fortalecimento das Cortes Supremas tiveram três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico. Neste, o impulso veio do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. O marco filosófico foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra Mundial, durante a qual se promoveu a barbárie sob a proteção da legalidade. O marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra (especialmente na Alemanha e na Itália), que ao longo da segunda metade do século XX redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, no que foram seguidas por Espanha e Portugal com a queda de ditaduras de direita (BARROSO, 2013, p. 190-192).

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como o fez o nazismo, levou lideranças políticas a promulgarem novas Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Sob essa perspectiva, “a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” (SARMENTO, 2009, p. 113), como ocorreu no caso *Marbury vs. Madison* em 1803.

Depois de Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, a constitucionalização do Direito expandiu-se para países do Terceiro Mundo,

como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e Brasil – neste já tardiamente, com a CRFB (BARROSO, 2013, p. 187). A nova matriz é a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência em detrimento do Direito esteado em código e em lei formal (SARMENTO, 2009, p. 114).

Vive-se numa época de expansão global do Judiciário: se durante o século XIX a revisão judicial da legislação era peculiaridade norte-americana, atualmente 158 países têm algum instrumento de jurisdição constitucional e proliferam mecanismos de controle de constitucionalidade, além do avanço na tutela internacional dos direitos humanos por meio de tratados internacionais e Cortes internacionais (BRANDÃO, 2013, p. 176). Portanto, a constatação de Tocqueville (1977, p. 32) em relação aos EUA de 1820-1830 – a de que dificilmente havia controvérsia moral e política que não se convertesse em controvérsia judicial – hoje tem lugar numa grande quantidade de países, entre os quais o Brasil.

Assim se chegou ao atual cenário jurídico de constitucionalismo democrático, que tem na centralidade da Constituição sua principal característica, com a conseqüente valorização das Cortes constitucionais e do Judiciário, que de Poder “nulo” nos tempos de Montesquieu passou a protagonista no atual palco dos Poderes.

3 Defesa da atuação criativa do Judiciário

Esse fortalecimento do Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes movimentou o debate sobre a judicialização da política, processo em que elas e os juízes dominam progressivamente a produção de políticas públicas e de normas antes decididas nos Poderes Legislativo e Executivo

(BRANDÃO, 2013, p. 177). Não se trata do “ativismo judicial”, caracterizado por decisões expansivas que cruzam as fronteiras anteriormente traçadas para a atuação do Judiciário (LORENZETTO; CLÈVE, 2017, p. 147).

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) também decorre da sua arquitetura institucional, pois a CRFB conferiu-lhe amplos poderes, com funções que na maioria das democracias atuais se distribuem em três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 55).

Esta seção apresentará o ponto de vista dos que defendem o alargamento dos poderes do Judiciário, notadamente das Cortes Supremas, como medida inevitável para a proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. A esse respeito, são emblemáticas algumas questões (BARROSO, 2012, p. 128-129):

- I. O Estado pode impedir um cidadão de participar, espontaneamente, de competição pública na qual vence aquele que o arremessar mais longe?
- II. O Estado pode impedir a suspensão de procedimentos médicos em pessoa que há vários anos vive em estado vegetativo?
- III. Uma pessoa pode publicar textos negando o Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial?
- IV. Uma pessoa pode manter relações sexuais que incluam agressões e lesões corporais no(a) parceiro(a) com o consentimento deste(a)?
- V. A prostituição deve ser reconhecida legalmente como profissão, para que seus praticantes tenham direitos trabalhistas e previdenciários?
- VI. Alguém pode impedir a publicação de biografia que considere ofensiva a sua honra?
- VII. Uma pessoa totalmente incapaz, representada pelos pais, pode pleitear indenização

por ter nascido em vez de ter sido abortada, em razão de erro no diagnóstico médico que não identificou graves lesões físicas e mentais que autorizariam o aborto?

VIII. Um casal surdo-mudo pode utilizar a engenharia genética para gerar um filho com a mesma deficiência, para assim habitar o mesmo universo existencial dos pais?

IX. Um adepto da religião Testemunha de Jeová pode negar-se a receber o sangue indispensável para lhe salvar a vida?

X. Uma pessoa nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se transexual feminina, pode celebrar com uma mulher um casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Entre vários outros, esses casos complexos ocorreram no Brasil e no exterior e desaguaram em Cortes constitucionais. Nenhum deles tinha uma resposta pronta e segura na normatização, pois o constituinte e o legislador não são capazes de prever todas as situações passíveis de ocorrer na vida real. Daí a crescente publicação de Constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses antagônicos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido completo só pode ser fixado em interação com os fatos subjacentes. Assim, por opção do constituinte ou do legislador, muitas questões passam a ser decididas no Judiciário (BARROSO, 2018a, p. 99).

Além disso, nem sempre se chega ao consenso nos debates legislativos, os quais envolvem muitos interesses, alguns inconciliáveis, o que leva as partes derrotadas a recorrerem ao Judiciário para fazer prevalecer seu ponto de vista. Também há temas que dividem a sociedade, e os agentes políticos preferem não enfrentá-los para não desagradar a uma parcela do seu eleitorado. Nesses casos, é inevitável que as demandas cheguem ao Judiciário, e ele não pode deixar de examiná-las. Assim, aos cidadãos a jurisdição permite discutir

os atos estatais com base em como veem os seus próprios direitos, a fim de exigir que o Judiciário os avalie mediante argumentos jurídicos, ainda que para apenas confirmar a escolha política (MENDONÇA, 2017, p. 520).

Há significativo consenso doutrinário a respeito da principal causa da expansão do Judiciário: a afirmação da democracia. Embora criticado como antidemocrático, o controle de constitucionalidade é produto da democracia e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. Dessa forma, a relação entre democracia e controle de constitucionalidade é sinérgica, e as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário (BRANDÃO, 2013, p. 187-188). Na medida em que julgam de acordo com “as regras do jogo”, são os participantes do debate judicial que viabilizam esse “jogo” e concorrem para o seu desfecho jurídico – o ato decisório com o qual, em nome de toda a sociedade, o juiz soluciona e encerra conflitos, impedindo que prossigam ou se renovem (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 163).

Por isso, as decisões judiciais não traduzem a vontade dos que as proferem; são antes expressão do poder social, conforme as regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a CRFB dispõe que todo o poder emana do povo, não dos seus representantes ou do texto constitucional – ou seja, tem importância secundária o modo como o povo o exercerá, se diretamente, se por meio dos delegados que eleger (COELHO, 2015, p. 21).

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização de vontade da Constituição. Não se trata de menosprezar o método clássico da subsunção, fundado na aplicação das regras, que continua relevante na busca do sentido da norma e na solução dos casos concretos, mas nem sempre suficiente (BARROSO, 2020a, p. 294). O papel do intérprete já não se

reduz a uma função de conhecimento técnico que soluciona o enunciado normativo. Em muitas situações, o intérprete participa do processo de criação do Direito, completa o trabalho do constituinte ou do legislador, avalia o sentido das cláusulas abertas e escolhe a melhor dentre as soluções possíveis (BARROSO, 2020a, p. 296).

Essa atuação do intérprete é inevitável no caso das atuais Constituições, que são dialéticas e protegem bens jurídicos antagônicos, como a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, a livre iniciativa e a proteção do consumidor, o direito de privacidade e a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e o direito de ir e vir. Ademais, a técnica de legislar usando cláusulas gerais – conceitos jurídicos com linguagem aberta e vaga – transfere ao intérprete a função de complementar o sentido da norma no caso concreto, ao atribuir-lhe um mandato para desenvolver normas jurídicas, o que remete a elementos cuja concretização pode estar fora do sistema (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8).

Tais argumentos demonstram que, apesar de não emanadas do mandato eletivo, as decisões judiciais têm legitimidade democrática, porque os juízes integram a engrenagem estatal que conduz o Estado; são investidos no cargo mediante critérios muito bem delineados; têm responsabilidades legalmente previstas; decidem e votam publicamente; e exercem seu poder sem dispor de armas e de controle sobre o dinheiro público. Por isso, são representantes do povo também.

Reforça esse argumento o fato de que numa democracia ninguém pode impedir a imprensa de falar primeiro e o Judiciário por último, pois em todos os países democráticos a democracia é o princípio dos princípios, aquele que ocupa substantivamente o mais alto posto nas Constituições, ainda que se critique a atuação judiciária criativa.

4 Críticas à atuação criativa do Judiciário

Demonstrou-se anteriormente que as normas constitucionais conquistaram a condição de normas jurídicas imperativas e aptas a tutelar diretamente as situações que contemplam. Assim, a Constituição passou a ser a lente com a qual se leem as normas infraconstitucionais, conferindo novo sentido aos demais ramos jurídicos. Guardiãs da Constituição, as Cortes constitucionais ganharam espaço no palco do poder.

As normas constitucionais, por seu conteúdo aberto e principiológico, muitas vezes demarcam apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas: “À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o [caso]” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 28).

A essa interpretação mais aberta das normas constitucionais atribuem-se alcunhas como *juristocracia* e *ministrocracia*. O primeiro termo aparece da obra de Ran Hirschl e já foi assimilado no Brasil na crítica que se faz ao Judiciário em virtude da forma crescente com que ocupa espaços políticos e transforma a supremacia da Constituição em supremacia das Cortes constitucionais (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1.780).

Haveria uma “cobra no jardim”, um “problema desagradável” no centro do Direito Constitucional representado por um controle de constitucionalidade antidemocrático? O questionamento ocorre porque “em graus crescentes no mundo democrático, juízes declaram inconstitucionais leis aprovadas por legisladores eleitos por uma maioria ou pluralidade de eleitores” (DWORKIN, 1990, p. 325, tradução nossa).

Há uma declaração do então *chief justice* da Suprema Corte dos EUA, Charles Evans Hughes a respeito do problema: “A Constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa”. Numa democracia – em que todo o poder emana do povo – a frase não faz sentido, dado que a Constituição é obra do povo ou de seus representantes eleitos, instituindo o exercício do poder pelo povo, inclusive no que se refere ao seu significado (AMARAL JÚNIOR, 2013).

Opondo-se à assertiva de Hughes, afirma Kramer (2011, p. 302, tradução nossa) que, “para controlar a Suprema Corte, necessitamos primeiro reclamar a Constituição para nós mesmos”, o que significa “repudiar publicamente os juízes da Corte que dizem que eles, e não nós, detêm a máxima autoridade para dizer o que significa a Constituição”.

Estudando a nova hermenêutica constitucional, Horbach (2007, p. 81) afirma que, apesar da separação dos Poderes e da definição das atribuições legislativas e judiciais, vive-se uma confusão entre esses níveis de produção jurídica, sem uma fronteira nítida entre jurisdição e legislação. Essa situação decorre de vários fatores, mas sobretudo de uma crise institucional, uma desestruturação dos Poderes. A concentração das funções jurisdicional e de guarda da Constituição no Poder Judiciário contribui para isso, e esse problema já é notado há muito por juristas e políticos. Horbach (2007) assinala que no Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, existe uma crise de mentalidade cristalizada na chamada *nova hermenêutica constitucional*, com vieses pós-positivistas, o que caracterizaria o advento do Neoconstitucionalismo. Esses termos escondem uma atitude ideológica e militante do intérprete para substituir os demais níveis de produção jurídica.

Ferreira Filho (2009, p. 158-159), similarmente, defende que a expressão *pós-positivismo* é inadequada, pois induz à ideia de que antes da pós-modernidade a prevalência do positivismo era absoluta – o que não é verdade: muitas correntes com ele competiam e grandes filósofos do Direito a ele não aderiram, como Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, continua o professor, é caricatura simplória da realidade jurídica, servindo de expediente para o combate contra o Direito moderno. Além disso, “é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem dar força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso é inexato” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 159). Com base nisso, Ferreira Filho (2009, p. 159) conclui que o Direito moderno não era cego aos valores e à Ética.

Influente escola alemã da primeira metade do século XX, a Filosofia dos Valores, prevalente na escola de Baden, era liderada por Gustav

Radbruch, defensor de que “o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores”, e “a moral é o fundamento da obrigatoriedade do direito”. Ávila (2009, p. 18) tem a mesma compreensão sobre a nova hermenêutica constitucional: o intérprete não pode desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo da democracia, mesmo com base em princípios que pretende aperfeiçoar; daí ser incorreto afirmar que se passou da subsunção à ponderação ou que se deva passar de uma para outra. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, é por meio do Legislativo que se pode melhor obter a opinião de todos. Por isso, devem-se rever as ideias do Neoconstitucionalismo no Brasil, pois defendê-lo é cair numa invencível contradição, a de defender a primazia da Constituição violando-a, conclui Ávila (2009, p. 19).

Desse modo, o Judiciário tornou-se o controlador das políticas públicas sociais no Brasil, embora não o devesse ser, pois não foi eleito para isso. Excessivamente politizado, o Judiciário colocou-se no lugar do administrador e do legislador. Ele não é o responsável por resolver os problemas da saúde, ou da habitação, tarefas do legislador e do administrador, devendo o julgador apenas controlar para que isso seja feito com isonomia e segurança jurídica (RAMOS, 2018).

O argumento apresentado na seção anterior – sobre a inércia parlamentar em alguns temas obrigar o Judiciário a manifestar-se e decidir – gera desconfiança no Legislativo e no Estado de Direito, a qual pode incentivar que juízes individuais aproveitem a oportunidade de falar *para o povo* como se falassem *pelo povo* (ARGUELHES, 2019, p. 361).

Sobre o individualismo de juízes decidindo temas sensíveis para a nação, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 13) estudaram como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório e defendem que no STF a alocação dos poderes é descentralizada e individualizada, num cenário que chamaram de *ministrocracia*, tornando errática a política constitucional e dificultando a justificação do poder da Corte num regime democrático.

Citam como exemplos os casos em que, por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; e Marco Aurélio Mello determinou que a Presidência da Câmara desse prosseguimento a um pedido de *impeachment* contra o presidente interino Michel Temer (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14). Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais seriam provisórias e dependentes de confirmação do Plenário num futuro próximo. Na prática, o Colegiado nem se manifestou sobre

esses julgamentos solitários de grande repercussão política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o estado das coisas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Esse poder individual, concluem os professores, amplifica alguns perigos para as instituições independentes e aumenta o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor da Corte. A alocação individual e descentralizada de poderes torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos, pois qualquer deles sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto para o próprio exercício do controle de constitucionalidade (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 30).

A compreensão exposta nesta seção critica a nova hermenêutica constitucional, que flui do maior espaço que o Judiciário passou a ocupar na Europa após a Segunda Guerra a partir da Alemanha e da Itália, seguidas por Espanha, Portugal e depois pelos países do Terceiro Mundo, como o Brasil após a CRFB. Esse entendimento defende que “a liberdade excessiva do julgador devora a liberdade mínima do indivíduo” (ÁVILA, 2019, p. 50). Reputa-se antidemocrática a nova forma de interpretação constitucional mais à larga, escorada em princípios e valores, despreendida do texto normativo elaborado pelos representantes do povo no Legislativo, fazendo prevalecer a vontade das Cortes constitucionais – algumas vezes a vontade de apenas um de seus membros em decisão individual.

5 Decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia

Nas duas seções anteriores estudaram-se os argumentos favoráveis e contrários à atuação criativa do Judiciário, e nesta se examinarão alguns julgamentos relevantes de Supremas Cortes a fim de que se avalie em que medida o mais alto escalão do Judiciário pode colaborar para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e o processo civilizatório.

Uma prova da relevância que as Supremas Cortes adquiriram no desenho institucional estatal são as manobras que governos autoritários fazem para lhes dar feição que os beneficie, porque capturar os árbitros dá ao governo um escudo e uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei seletivamente, punindo oponentes e favorecendo aliados (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 82).

Na Hungria, quando Viktor Orban voltou ao poder em 2010, substituiu membros da Corte Constitucional por aliados partidários, seguindo o exemplo de Perón quando assumiu a presidência da Argentina em 1946. Fujimori fez o mesmo em 1997 no Peru, e Hugo Chávez expandiu a Corte

venezuelana para 22 membros em 2004, preencheu as novas cadeiras com correligionários e nos nove anos seguintes nenhuma decisão da Corte o contrariou. Por sua vez, o governo polonês nomeou novos juízes em 2015 e aprovou uma lei prevendo que todas as decisões obrigatórias da Corte necessitavam de uma maioria de dois terços, o que na prática deu ao governo um poder de veto dentro do Tribunal, ceifando sua independência. Em todos esses casos, os governos dominaram os árbitros do jogo democrático, proporcionando aos governantes uma blindagem contra questionamentos constitucionais e uma arma poderosa e legal para atacar seus oponentes com o respaldo institucional de uma Suprema Corte dominada (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 83-84).

Disso se depreende a relevância de proteger constitucionalmente as Supremas Cortes, para que fiquem o mais blindadas possível de governantes maliciosos que queiram perpetuar-se no poder ou governar apenas para os seus grupos de interesse, oferecendo facilidades aos apoiadores e impondo dificuldades aos opositores. Para o bom funcionamento da democracia, é essencial que as Supremas Cortes tenham autonomia e julguem com independência e respeito ao Direito, pois frequentemente são chamadas a decidir sobre temas relevantes para a sociedade, que se bem conduzidos melhorarão o país e a vida dos seus cidadãos – como o fez o STF em casos emblemáticos nos últimos anos.

Em 2008, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12/DF (BRASIL, 2008a), o STF declarou constitucional a Resolução do CNJ nº 7/2005, que vedava o nepotismo no Judiciário. Embora não houvesse lei nesse sentido, entendeu-se que a vedação decorria diretamente dos princípios constitucionais da igualdade, eficiência, moralidade e impessoalidade. Em seguida, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 13, que estendeu a proibição aos três Poderes (BRASIL, 2008c).

A vedação ao nepotismo sobressaiu-se como mandamento constitucional, como expressão do princípio republicano que não tolera nenhum tipo de apropriação patrimonial do Estado. Foi um passo importante no combate ao secular patrimonialismo brasileiro, contra todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo que afloraram em algumas das mais importantes instituições públicas (ARAÚJO, 2013, p. 103).

Também em 2008, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/DF (BRASIL, 2008b), o STF considerou constitucional e autorizou o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Ao permitir essa utilização nos estudos para curar doenças, venceu o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, além do espírito de sociedade fraterna previsto na CRFB. Para esse julgamento, o relator Carlos Ayres Britto convocou a primeira audiência pública da história do STF. A participação de cientistas como peritos

nas audiências revelou a importância das falas autorizadas pela ciência para construir verdades sobre o estatuto de entes distintos, definindo-os ou não como humanos (LUNA, 2013, p. 91).

Em 2009, na Petição nº 3.388/RR (BRASIL, 2009), o STF confirmou a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, cujo território era disputado desde os anos 1970 por índios e arroteiros. Em 1998, o governo de Fernando Henrique Cardoso demarcou as terras e assegurou a posse permanente aos indígenas, e a homologação definitiva ocorreu em 2005, com um decreto do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, significando que se tratava de uma política de Estado, não apenas de governo, com relação aos povos originários.

A posição dos dois governos demonstrou respeito aos indígenas e à CRFB, que os protege no Capítulo VIII, arts. 231 e 232 (BRASIL, [2022]). Foi uma vitória da democracia e da pluralidade, vencida a colonialidade que excluiu e tornou invisíveis esses povos e suas ricas culturas, que muito teriam agregado ao processo colonizatório, como demonstram os estudos de Casas (2010), Ávila Santamaría (2017), Mignolo (2007), Quijano (2000), Leuzinger e Lyngard (2016).

É frágil o argumento de que muitos indígenas estão aculturados e usufruem dos benefícios da sociedade, pois isso não exclui a sua *indigeneidade* nem os direitos que a CRFB lhes outorgou, devendo a cultura indígena somar-se à cultura “branca”. O mesmo raciocínio funciona para os que recebem terra oriunda de reforma agrária: o fato de terem acesso a tecnologias e outros confortos não lhes retira a condição de agricultor.

Em 2011, na ADI nº 4.277/DF (BRASIL, 2011), o STF decidiu por unanimidade que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidade familiar, equiparadas às uniões heteroafetivas. O julgamento sepultou a aflição de milhares de casais que viviam juntos, com

projetos de vida em comum, mas abandonados juridicamente, sem definição para o exercício dos direitos civis resultantes da união. A Unesco reconheceu a decisão como patrimônio documental da humanidade em 2018, e o STF ganhou o certificado MoWBrasil, oferecido pela mesma entidade (STF..., 2018). A decisão marcou um avanço na superação de preconceitos e discriminação, para que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual, tenham o direito de buscar a própria felicidade e viver o seu ideal de vida boa (BARROSO, 2020b, p. 174).

Também em votação unânime em 2012, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF (BRASIL, 2012b), o STF reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas e contribuiu para diminuir o fosso cavado pelo racismo estrutural no Brasil. Há pelo menos três razões que justificam ações afirmativas como as cotas raciais em universidades públicas (BARROSO, 2020b, p. 180): i) a reparação histórica pelo estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil, seguido pelo completo abandono dos ex-escravizados após a abolição; ii) a necessidade de reconhecer que somos uma sociedade racista, que discriminou e negou oportunidades iguais às populações negras; e iii) a importância do acesso de pessoas negras a posições de liderança e destaque, aumentando a autoestima do grupo e a força para resistir ao preconceito. Nessa mesma linha de raciocínio leciona Moreira (2017, p. 393), com desenvoltura e conhecimento pessoal de causa: trata-se de um jurista negro que aborda os obstáculos levantados pelo racismo e as desigualdades de oportunidades para o negro que tenta “virar o jogo”.

Também em 2012, na ADPF nº 54/DF, o STF julgou inconstitucional a criminalização do aborto de feto anencefálico, acabando com a angústia dos pais que viviam uma dramática

situação. Sobre o início da vida, a CRFB é de um “silêncio de morte”, sentenciou Carlos Ayres Britto, para quem o feto anencefálico é uma crisálida que jamais chegará ao estágio de borboleta e nunca alçará voo; por isso não se pode criminalizar a interrupção de gestação com esse destino (BRASIL, 2012a, p. 259). Pesquisa de 2009, com 1.814 ginecologistas e obstetras, concluiu que, entre as 9.730 mulheres atendidas pelos médicos, 85% preferiram interromper a gestação de seus fetos anencefálicos. Isso demonstra o quanto a assistência médica nesses casos é cotidiana nos serviços de saúde e o desafio ético imposto pela ilegalidade do aborto nesses casos (DINIZ; PENALVA; FAÚNDES; ROSAS, 2009, p. 1.619). Três anos depois o STF ajudou a corrigir essa distorção.

Em 2015, no julgamento da ADI nº 4.650/DF (BRASIL, 2015), o STF proibiu as doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, argumentando que, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico dos grandes doadores no afã de estreitar suas relações com o Poder Público em pactos muitas vezes sem espírito republicano.

As Supremas Cortes estrangeiras guiam-se por essa mesma bússola de abertura interpretativa (BRANDÃO, 2013, p. 178-179): i) em 1993, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu o *status* da Alemanha unificada em face da ordem supraconstitucional europeia; ii) em 1995, a Suprema Corte húngara invalidou parte significativa de pacote econômico que promovia sensíveis cortes em benefícios assistenciais e previdenciários, com base nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica; iii) em 1996, a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para os que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid*; iv) em 2004, a Suprema Corte argentina considerou-se competente para apreciar o chamado *corralito* (que foi julgado constitucional), por via do qual se promoveu a total convergência da economia argentina em pesos; v) as Supremas Cortes norte-americana, mexicana e italiana definiram o resultado das eleições presidenciais de George W. Bush, nos EUA em 2004, de Felipe Calderón, no México em 2006, e de Romano Prodi, na Itália em 2006; vi) a Suprema Corte da Coreia do Sul reinstituíu, pela primeira vez na história, um presidente que havia sofrido *impeachment* pelo Parlamento (e a Corte de Apelação de Fiji restabeleceu a Constituição derrubada por um golpe de Estado); e vii) em 2010, a Corte constitucional colombiana decidiu que a prostituição voluntária é uma profissão legítima (COLOMBIA, 2010).

Essas decisões, que se somam a tantas outras não citadas, demonstram a relevância das Supremas Cortes para o fortalecimento da democracia. Do contrário, até hoje no Brasil uma multidão de pessoas homoafetivas viveria suas uniões na clandestinidade jurídica, pois sofreriam com a

gestação de fetos anencefálicos e pessoas com deficiências severas não teriam esperança de reabilitação por terapias com uso de células-tronco.

A CRFB cita dezessete vezes *democracia*, desde o Preâmbulo e a cabeça do art. 1º, o qual trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Por essas e outras razões, a democracia é o princípio dos princípios (BRITTO, 2008, p. 158), e em muitos casos o STF tem desempenhado o papel de consolidá-la, apesar de alguns deslizamentos naturais do processo democrático.

6 Conclusões

O objetivo deste estudo foi descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida elas têm contribuído para o fortalecimento da democracia.

Para alcançar o intento, pesquisou-se a ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, para em seguida investigar a atuação criativa do Judiciário. Apresentaram-se as críticas à atuação criativa do Judiciário e decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia. Constatou-se que originalmente o Judiciário era um Poder sem força, mera boca da lei, nas palavras de Montesquieu. Posteriormente, em 1787-1788, os federalistas defenderam o fortalecimento do Judiciário; e em 1803 ele mostrou sua força no caso *Marbury vs. Madison*, robustecendo-se desde então nos EUA.

Na Europa, a onda constitucional chegou somente em 1945; ela propiciou novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência americana, de supremacia da Constituição. Foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra que fez com que a Ética e os valores retornassem ao Direito, desenvolvendo-se uma teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade humana.

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como ocorreu no nazismo, levou as lideranças políticas a promulgarem outras Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Esse movimento expandiu-se pela Europa e depois pela América Latina e alguns países africanos, colocando a Constituição no centro dos sistemas jurídicos e fortalecendo o Judiciário que a protege.

Essa ascensão, todavia, recebe as críticas de que as Supremas Cortes ultrapassam suas competências e ingressam em terreno reservado ao legislador ou ao administrador, mas sem o manto da representatividade popular, o que tornaria antidemocrática essa atuação. Por isso, investigou-se, se mesmo sem representatividade eleitoral, as Supremas

Cortes podem fortalecer a democracia. Concluiu-se que sim: embora não eleitos, seus juízes também representam o povo, já que são indicados pelo presidente da República e aprovados pelos representantes dos estados no Senado Federal.

Além disso, suas decisões são públicas, fundamentadas e submetidas ao escrutínio de toda a sociedade; portanto, seus julgamentos não podem ser considerados antidemocráticos apenas pelo fato de não partirem de atores estatais eleitos. Ademais, o Judiciário é o único Poder que exige dos seus membros a formação jurídica e, para integrar as Supremas Cortes, notório saber jurídico.

Os Poderes Legislativo e Executivo não exigem essa qualificação dos seus membros e permitem que quem faz e quem executa as leis não seja versado nelas, diferentemente do Judiciário. Demonstrou-se, por fim, com um inventário de decisões judiciais o quanto as Supremas Cortes contribuem para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e do processo civilizatório.

As Supremas Cortes e seus membros têm representatividade democrática e frequentemente prestam valoroso serviço à democracia. É certo que às vezes deslizam, como quando no Brasil se libertou em 2020 um narcotraficante de alta periculosidade por descumprimento de formalidade. Entretanto, derrapagens como essa fazem parte do processo democrático e não apagam tantas outras decisões que melhoraram a vida do povo e qualificaram a nação. Certo é que a democracia é o melhor regime para harmonizar o consenso e civilizar o dissenso. A alternativa é a força e a imposição de vontades unilaterais do poder de momento.

No processo democrático ninguém pode impedir o Judiciário de falar por último, o único sem armas e sem cofre, mas com força e legitimidade para proteger as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais do povo que ele também representa.

Sobre os autores

Luciano Rosa Vicente é mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no Uniceub, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público.
E-mail: luciano.rosa@rfb.gov.br

Sandro Lúcio Dezan é doutor em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; doutor e mestre

em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil; professor titular de Direito Administrativo dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub, Brasília, DF, Brasil; investigador integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da UMinho, Braga, Portugal.
E-mail: sandro.dezan@ceub.edu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

VICENTE, Luciano Rosa; DEZAN, Sandro Lúcio. A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 115-136, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

(APA)

Vicente, L. R., & Dezan, S. L. (2023). A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 115-136. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A Constituição do povo e sua afirmação popular. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 6 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 103-136, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p103. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; ALMEIDA, Maira; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva (coord.). *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-367.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595%3E.%20Acesso%20em:%2030%20jan.%202020>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Os direitos da natureza desde o pensamento crítico latino-americano. Tradução de Bianca Rodrigues Toledo e Pablo Ronaldo Gadea de Souza. *Revista Culturas Jurídicas*, [Niterói], v. 4, n. 8, p. 17-85, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201700010003>

org/10.22409/rcj.v4i8.433. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44914>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 187-235.

_____. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 14-36, 2018b. Edição comemorativa. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, p. 1-34, 2022. *Ahead of print*. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66178. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020b.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, [Rio de Janeiro], v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1.769-1.811, jul./set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – Sindjus/DF e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos

Humanos e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e § 5º [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Estado – Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos fundamentais – Crime – Inexistência [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior [...]. Requerente: Democratas – DEM. Interessados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – Cepe; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe/UnB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Petição nº 3.388/RR*. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança [...]. [Brasília, DF]: STF, 2008c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da Constituição de 1988. In: CONFERÊNCIA DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL, 6., 2008, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: OAB/DF, 2008. p. 156-168.

CASAS, Bartolomeu de las. *Liberdade e justiça para os povos da América*: oito tratados impressos em Sevilha em 1552. Coordenação geral, introduções e notas de Frei Carlos Josaphat. São Paulo: Paulus, 2010. (Coleção Frei Bartolomeu de las Casas – Obras Completas, 2).

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 3-22, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3157>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 30 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional (3. Sala de Revisión). *Sentencia T-62910*. Acción de tutela instaurada contra bar discoteca/Igualdad en la Constitución-reiteración. Igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución [...]. Peticionaria: Lais. Peticionado: Bar Discoteca Pandemo. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DINIZ, Debora; PENALVA, Janaína; FAÚNDES, Aníbal; ROSAS, Cristiano. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 1.619-1.624, out. 2009. Suplemento 1. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000800035>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pF6cZJRnc4SvQgFVcvjWNxf/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990. DOI: <https://doi.org/10.29173/alr1605>. Disponível em: <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605>. Acesso em: 30 nov. 2022.

FERGUSON, Niall. *Civilização: Ocidente x Oriente*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 2. ed. São Paulo: Crítica, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 30 nov. 2022.

HAMILTON, Alexander. Exame da organização do Poder Judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-485.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011. (Filosofía y Derecho).

LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 418-437, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.4065>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4065>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. v. 1, p. 475-486. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242934>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um Estado laico. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-85872013000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rs/a/hNPqnTdZgrFVy8DQrsKSZJK/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017. p. 520-547.

MIGNOLO, Walter D. *La ideal de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Traducción de Silvia Jaberbaum y Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/420.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Paidéia). Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3182>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 30 nov. 2022.

QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en América Latina. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Caracas, v. 6, n. 2, p. 73-90, mayo/agosto 2000. Disponível em: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/faces/problemas_sociales_contemporaneos/CESOC/MAYO_AGOSTO_2_2000_ENFOQUES_TEORICOS_CONTEMPORANEOS_EN_LAS_CIENCIAS_SOCIALES.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. “Ativismo do Judiciário inviabiliza, em boa parte, o modelo brasileiro de Estado”. Entrevista cedida a Thiago Crepaldi e Claudia Moraes. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 mar. 2018. Legisladores de Toga. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/entrevista-elival-silva-ramos-ex-procurador-geral-sp>. Acesso em: 30 nov. 2022.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-20157204>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46160>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública. Direito à moradia: Defensoria Pública evita despejo de jovem mãe com 5 crianças por desavença familiar e encaminha caso para mediação. *Jusbrasil*, [s. l., 2016]. Disponível em: <https://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/344996727/direito-a-moradia-defensoria-publica-evita-despejo-de-jovem-mae-com-5-criancas-por-desavenca-familiar-e-encaminha-caso-para-mediacao>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

STF ganha certificado da Unesco por reconhecer união homoafetiva proposta em ADPF da PGE-RJ. *PGE-RJ Notícias*, Rio de Janeiro, 13 dez. 2018. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2018/12/stf-ganha-certificado-da-unesco-por-reconhecer-uniao-homoafetiva-proposta-em-adpf-da-pge-rj>. Acesso em: 30 nov. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1977. (Biblioteca de Cultura Humanista, 4).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 55-75, out./dez. 2008.

Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA*

Entrevistadores: *Caio F. Rodriguez** e Marcio S. Grandchamp****

Tradução e notas: *Diego Werneck Arguelhes*****

Partiremos de uma visão panorâmica e aos poucos entraremos em questões mais específicas. Primeiramente, qual é o cerne da sua teoria sobre interpretação constitucional?

Falando assim, parece que se trata de uma teoria singular, inventada por mim, mas, na verdade, é o que costumava ser a ortodoxia nos EUA. É a teoria segundo a qual a Constituição consiste em um documento estático, imutável no tempo, e que significa a mesma coisa que significava quando foi aprovado pelo povo norte-americano.¹ É o povo quem determina o significado dessa decisão.

* Entrevista realizada em 15 de maio de 2009, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embora algumas expressões repetidas e/ou excessivamente coloquiais tenham sido suprimidas, tentou-se manter o tom informal empregado pelo juiz Scalia na entrevista. Todas as expressões e citações do texto da Constituição dos EUA foram extraídas da versão oficial em português disponibilizada no site da Embaixada dos Estados Unidos no Brasil. Disponível em: <www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 11 jul. 2009.

** Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA).

*** Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) e doutorando em direito (JSD) pela Yale Law School (EUA).

**** Professor da FGV Direito Rio. Mestre em direito público pela Uerj. *Master of laws* (LL.M.) e doutorando em direito (JSD) pela Yale Law School (EUA).

¹ Na entrevista, O ministro Scalia emprega a expressão “*the people*” em dois sentidos diferentes: primeiro, o “povo” como titular do poder constituinte, responsável pela aprovação do documento que se tornou a Constituição dos EUA, bem como das suas subsequentes emendas; segundo, o “povo” como

Então, por exemplo, quando se adotou a oitava emenda, que proíbe “punições cruéis e incomuns”, as pessoas não pensavam na época que, com isso, estariam proibindo também a pena de morte.² A morte era a única pena prevista para crimes dolosos. Todos os crimes dolosos eram puníveis com a morte, inclusive o furto de cavalos. Portanto, mesmo nos dias de hoje, a pena de morte é constitucional. Claro, pode ser que a pena de morte seja uma péssima ideia. Então, se o povo norte-americano não a quiser, não precisa tê-la. Mas nós podemos resolver isso por meio de legislação infraconstitucional.³ Não precisamos recorrer à Constituição para proibir essa prática.

A Constituição é uma exceção em um regime democrático. Como ministro da Suprema Corte, minha função mais importante é a de dizer ao povo norte-americano, à maioria, que as pessoas não podem fazer tudo que querem. É algo muito antidemocrático e a única coisa que me autoriza a agir assim é a Constituição. O povo norte-americano adotou a Constituição. Não foi uma invenção da Suprema Corte. Foi o povo limitando a si mesmo, a democracia limitando a si mesma. O povo determinou que, no futuro, buscas e apreensões arbitrárias⁴ não seriam admissíveis, que não haveria restrições à liberdade de expressão e assim por diante. É uma decisão do povo.

Nesse sentido, a principal preocupação por trás da sua teoria de interpretação constitucional é com a democracia?

Perfeitamente. A menos que sejamos governados por juízes.

Então, o senhor consideraria como uma objeção relevante à sua teoria o fato de que, em sua época, os *framers* não teriam sido um grupo representativo do povo norte-americano? Por exemplo: eles não incluíam mulheres, escravos ou pessoas pobres.

O problema desse argumento é que ele invalidaria não apenas minha teoria, mas todo o nosso sistema de governo. Temos que aceitar como um dado a existência e a legitimidade do governo. Se não acreditarmos nisso, é melhor virarmos revolucionários.

Nós, certamente, temos representação plena nos dias de hoje e, se o povo quiser que as coisas mudem, ele pode mudá-las. Mas não cabe aos tribunais fazer com

a maioria legislativa ocasional (ordinária, não constituinte) em um determinado momento da política dos EUA. Espera-se que essa diferença fique clara a partir do contexto de cada frase em que a palavra aparece na entrevista.

² A oitava emenda à Constituição dos EUA determina: “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”.

³ No original: *statute*.

⁴ No original: *unreasonable searches and seizures*. Scalia se refere à quarta emenda à Constituição dos EUA, que determina: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

que as coisas mudem. Por exemplo: temos uma cláusula de igualdade⁵ na nossa Constituição e está muito claro que quando o povo adotou essa emenda, criando uma exceção ao funcionamento da democracia, não tinha em mente que ela nos obrigaria a aceitar casamentos entre pessoas do mesmo sexo só porque permitimos que pessoas de sexos diferentes se casem. Talvez essa seja uma boa ideia e, se quisermos permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tudo bem, sem problema, mas não me venha dizer que estaríamos fazendo isso por força da Constituição, para seguir uma decisão do povo norte-americano! O povo *não* tomou essa decisão. E a Suprema Corte mente quando afirma que esse é o significado das palavras da Constituição. É a Corte impondo à sociedade suas próprias crenças sobre o tema.

Partindo dessas premissas e adotando essa perspectiva originalista, o caso *Brown*⁶ teria sido decidido de forma incorreta?

Essa é uma boa pergunta. Há duas respostas para ela. A menos importante é: provavelmente, não. Eu, provavelmente, teria me alinhado com a posição majoritária em *Brown*, porque teria concordado com o voto vencido em *Plessy v. Ferguson*, caso decidido no fim do século XIX, em que se determinou que negros teriam que viajar de trem em vagões separados.⁷ Nós temos uma décima quinta emenda que proíbe discriminação com base em raça.⁸ O que poderia ser mais flagrantemente

⁵ No original: *Equal Protection Clause*. Foi utilizado o termo “igualdade”, em vez da alternativa mais literal (“igual proteção”), por ser mais familiar à tradição brasileira e expressar basicamente a mesma ideia. Aqui, Scalia se refere à décima quarta emenda à Constituição dos EUA, que dispõe: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

⁶ Os entrevistadores se referem ao famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), no qual a Suprema Corte mudou seu entendimento em relação ao caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) e declarou inconstitucional a segregação racial em acomodações públicas.

⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Nessa decisão — uma das mais criticadas na história da Suprema Corte dos EUA —, a maioria dos *justices* afirmou ser constitucional a segregação racial em acomodações públicas, especialmente em vagões de trem. O argumento principal para justificar a compatibilidade desse regime de segregação com a décima quarta emenda (cláusula de igualdade) foi o de que a separação física não expressaria um juízo de inferioridade ou superioridade entre brancos e negros — ou seja, eles seriam “separados, mas iguais” [*separate, but equal*]. O voto vencido mencionado por Scalia foi do *justice* John Marshall Harlan, único dissidente na decisão. Em formulação que veio a se tornar clássica no direito constitucional dos EUA, Harlan discordou do voto majoritário afirmando que a Constituição dos EUA “não enxerga cores” [*our Constitution is color-blind*] e “não reconhece, nem tolera a existência de classes de cidadãos”.

⁸ De acordo com a décima quinta emenda à Constituição dos EUA, “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”. No contexto em que o dispositivo foi invocado, porém, parece plausível supor que Scalia se refere, na verdade, à décima quarta emenda (ver nota de rodapé 6).

discriminatório do que dizer que negros tinham que viajar em vagões separados? Então, a decisão em *Plessy* foi um erro e a de *Brown*, correta.

Mas, como disse, essa não é a melhor resposta. A mais importante é: e daí? Concordo que uma suprema corte ditatorial e aristocrática é capaz de fazer coisas maravilhosas, coisas que uma democracia (ou uma monarquia) funcionando solidamente não conseguiria realizar. Lorenzo di Médici podia fazer certas coisas que não estavam ao alcance do doge de Veneza. Mas isso torna o sistema melhor? Claro que não! Você não pode fazer esse tipo de juízo com base no resultado de uma decisão específica. Um relógio quebrado ainda marca a hora certa duas vezes ao dia.

Nesse caso, o senhor diria que as considerações sobre o vigor de um regime democrático são relevantes para sua teoria? Suponha, por exemplo, que a democracia não esteja funcionando bem em algum lugar. Esse seria um fator relevante na tomada de decisões judiciais?

Quem foi embora e me deixou no comando? Quem disse que cabe a mim dizer se a democracia está ou não funcionando direito? As pessoas não me coroaram rei. Sou apenas um juiz. Minha função é dar às leis promulgadas pelo povo norte-americano a interpretação mais razoável [*fairest*] possível. Uma democracia não pode funcionar de outra forma. Seria arrogância um juiz ir além desse ponto em um regime democrático. Ele deveria se candidatar à posição de rei se quisesse fazer esse tipo de coisa.

Em sua palestra proferida ontem na Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, o senhor tratou do papel do direito internacional como um mecanismo de promoção da globalização. Se é que entendemos corretamente sua posição, o senhor afirmou que o direito internacional não deveria ter esse papel?

Não, eu disse que, idealmente, esse papel deveria ser do direito estatal, mas que é altamente improvável que isso aconteça. Então, é óbvio, o direito internacional vai acabar cumprindo esse papel. E minha mensagem principal era a de que há diferentes maneiras de se fazer direito internacional. A melhor delas é celebrar um tratado detalhado dizendo: “é com isto que estamos concordando”. A pior é celebrar um tratado com linguagem vaga, usando termos como “igualdade” ou “privacidade”, ou o que quer que seja, para então deixá-lo nas mãos de algum tribunal internacional, formado por pessoas que nunca vimos e que nem sequer são nossos compatriotas. E essas pessoas vão impor o que quer que elas pensem que essa linguagem vaga signifique. Essa é a pior maneira de se fazer direito internacional.

Então, em princípio, se as instituições internacionais se tornassem mais democráticas, o senhor estaria disposto a conceder a elas um papel maior na globalização?

As instituições internacionais não vão se tornar mais democráticas. Isso não vai acontecer [*risos*].

A pergunta foi feita porque, por exemplo, antes da adoção da Constituição dos Estados Unidos existiam os artigos da confederação. Então, em certo sentido, o que os EUA tinham era um processo em que a soberania de estados estabelecidos foi reduzida e, de certa forma, transferida para uma estrutura política mais ampla.

Sim, mas a soberania foi transferida sob condições muito detalhadas e o governo só ganhou competência sobre certas áreas específicas. Concordo que o governo federal acabou indo além dessas áreas, mas isso aconteceu porque estragamos nossa Constituição. Fizemos besteira ao eliminar a proteção aos estados na constituição original. Os estados estavam protegidos porque dominavam o Senado, que era eleito pelas legislaturas estaduais. Uma vez que esse arranjo foi alterado, como fizemos em 1913 ao estabelecer eleição direta para os senadores, os estados enquanto instituições deixaram de ter qualquer proteção e o governo federal passou a ter poder para fazer efetivamente o que quisesse. Foi isso que mudou no nosso sistema.

E, seguindo o seu raciocínio, isso teria deixado o sistema menos democrático?

Talvez tenha deixado o governo federal mais democrático, mas à custa de se remover da alçada dos estados muitos temas que seriam mais bem decididos em nível estadual. Essa é a vantagem de uma federação. Por exemplo: vamos pegar algo que a minha Corte impôs a toda a nação: aborto sob demanda.⁹ Vou ser honesto: a Constituição não diz nada a esse respeito. Nem contra, nem a favor. Não diz que se deve proibir o aborto, nem que não se pode proibir o aborto. Não diz nada. No sistema antigo, ficava a critério de cada estado. E não há razão para se pensar que as pessoas de Utah devam ter a mesma posição sobre o tema que as de Nova York. Mas uma vez que a minha Corte acredite ser possível encontrar na Constituição uma tomada de posição sobre aborto, recorrendo à cláusula do devido processo legal,¹⁰ essa liberdade legislativa em nível estadual deixa de existir. Ninguém nunca havia pensado que ela teria esse significado. De repente, de leste a oeste do país, cada estado precisa ter a mesma visão sobre o tema. De que adianta termos uma federação, se as nossas questões mais importantes e passionais são resolvidas uniformemente, em todo o país, por imposição da Suprema Corte? Fazer isso é destruir todo o valor de se ter um sistema federal.

⁹ No original: *abortion on demand*.

¹⁰ No original: *Due Process Clause*. Trata-se de uma referência à quinta emenda, que dispõe: "Ninguém será [...] privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal [...]". Mais especificamente, Scalia se refere à leitura que a Suprema Corte fez da Constituição no caso *Roe v. Wade* (1973), primeira decisão legalizando o aborto (no primeiro trimestre de gravidez) em todo o território nacional.

No caso *Bush v. Gore*¹¹ — mencionamos esse caso apenas para entender a estrutura do raciocínio originalista, não para discutir o mérito da decisão —, a Suprema Corte dos EUA assumiu uma posição de verdadeira defesa da reputação internacional do país, que estaria — para usar suas palavras proferidas em outra entrevista — correndo o risco de se tornar “objeto de piada para o resto do mundo”. Então, os EUA decidiram interromper esse processo. O senhor acredita que essa é uma consideração relevante na tomada de decisões pela Suprema Corte?

Bem, é necessário decidir o que fazer uma vez que se tenha determinado que houve uma violação da Constituição — o que ocorreu no caso e não foi nem sequer por uma maioria apertada, já que a decisão nesse ponto foi 7 a 2.¹² O que os tribunais da Flórida haviam feito era inconstitucional. Reconhecida a inconstitucionalidade, restava apenas tomar uma decisão de equidade sobre o que fazer — isto é, se daríamos à Flórida mais duas semanas para tentar consertar as coisas ou se diríamos, “pois é, é isso aí, acabou”. E, para essa questão específica, é claro que a consideração era relevante. Todos esperavam, nós não sabíamos qual seria o novo governo, não havia como se ter qualquer período transicional, não havia para quem se transferir o poder. Uma situação terrível! Então, é uma consideração perfeitamente apropriada.

Então, com base nesse exemplo, se quisermos ter uma descrição mais completa da sua visão sobre interpretação, talvez devêssemos adicionar alguns elementos de originalismo, *stare decisis* e preocupação com estabilidade institucional. É isso?

Não, eu diria que não. Tribunais de equidade¹³ têm discricionariedade e, ao lançarem mão dessa discricionariedade, levam em consideração todo o tipo de coisas: a inconveniência para as partes, o dano que o atraso pode causar às partes, enfim, todo tipo de consideração. E, nesse ponto, eu acredito que fizemos a coisa certa. Francamente, penso que o país considera que fizemos a coisa certa. O país já não aguentava mais discutir quem teria vencido a eleição.

¹¹ Trata-se do caso *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), em que a Suprema Corte dos EUA efetivamente determinou o resultado da eleição presidencial de 2000, levando George W. Bush à presidência do país. Mais especificamente, a Corte entendeu que a forma de recontagem dos votos pedida pela Suprema Corte da Califórnia na eleição estadual violava a décima quarta emenda e que não haveria mais tempo hábil para se efetuar a recontagem com um método adequado. Como resultado, George W. Bush permaneceu como o candidato vitorioso no estado da Flórida, cujos votos no colégio eleitoral viabilizaram sua vitória por apertada margem na disputa presidencial com Al Gore.

¹² É importante notar que essa caracterização da decisão em *Bush v. Gore* como sustentada por uma maioria de sete votos contra apenas dois *justices* dissidentes não é pacífica. Há quem entenda que o resultado do confuso e delicado processo decisório da Corte nesse caso foi uma frágil maioria de 5-4. Sobre o tema, cf. Jeffrey Toobin, *The nine. The secret world inside the Supreme Court*, Anchor Books, New York, 2008.

¹³ Tradicionalmente, os sistemas de *common law* distinguem os tribunais de jurisdição ordinária ou comum (*courts of law*) dos tribunais que exercem jurisdição de equidade (*courts of equity*), podendo tomar decisões com base em considerações de justiça mais gerais e sem o mesmo grau de vinculação a precedentes que os tribunais comuns.

Gostaríamos de tratar agora de algumas questões mais institucionais, referentes ao funcionamento do tribunal. Em sua opinião, a consistência entre (e nas decisões) é um fator importante no processo decisório da Suprema Corte, levando-se em conta que se trata de um órgão colegiado? Qual o papel dos votos vencidos em uma instituição desse tipo? O senhor consideraria que, em alguns casos, é importante seguir a posição majoritária somente pelo fato de ser majoritária?

Há quem pense assim. Minha colega Ruth Ginsburg acredita que, a menos que se tenha convicções muito fortes sobre um determinado caso, deve-se votar com a posição majoritária. Não concordo. Não é essa a tradição da qual viemos, a tradição inglesa — aliás, não era essa a tradição da minha Corte nos seus primórdios, antes de John Marshall¹⁴ instituir a prática de que um único voto, escrito por um único *justice*, seria assinado por todos os outros membros da Corte. Antes, nós votávamos do mesmo jeito que as cortes superiores da Inglaterra: cada ministro assinava seu próprio voto. Então, essa é a nossa tradição — e me parece que é uma boa tradição porque, entre outros motivos, permite que os juízes sejam individualmente responsabilizados por suas decisões. Isto é, posso ser criticado por inconsistência não apenas entre os votos que escrevi, mas também entre estes e os votos de outros ministros que porventura eu tenha assinado. As pessoas podem perfeitamente dizer: “como você pôde concordar com isto aqui e também concordar com aquilo lá?” Essa é uma forma de crítica válida, que preciso aceitar. Nunca assinei um voto com o qual discordasse.

A manutenção de um ambiente amistoso entre seus membros é um fator importante nas decisões da Suprema Corte?

Claro que é. Se você não consegue ser amistoso e cooperativo com pessoas com as quais discorda a respeito de questões de direito, deveria mudar de emprego. Seu lugar não é em um tribunal colegiado. Minha melhor amiga na Suprema Corte é Ruth Ginsburg. Ela é uma boa pessoa, eu gosto dela, ela gosta de mim, mas não concordamos quando o assunto é direito. E não há problema algum nisso.

O senhor concorda com a afirmação de que a Suprema Corte de hoje está mais dividida ideologicamente?

Não, não concordo. As linhas que dividem internamente a Corte não têm nada a ver com a divisão entre conservadores e liberais. Nada a ver com esse tipo

¹⁴ John Marshall (1755-1835), político, diplomata, jurista e um dos participantes da Guerra de Independência dos EUA. Foi o quarto presidente (*chief justice*) da Suprema Corte do país, cargo que ocupou de 1801 até sua morte. Marshall é, geralmente, lembrado como o responsável pela decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison* (1803), primeira exposição sistemática da tese de que o poder da Corte de exercer controle de constitucionalidade (*judicial review*) sobre leis aprovadas pelo Congresso Nacional — um poder não expressamente previsto no texto constitucional de 1787 — era um corolário da própria existência de uma constituição escrita e rígida.

de coisa. Por exemplo: meus votos no campo do direito penal deveriam fazer de mim o queridinho dos advogados criminalistas, já que, por força da minha posição originalista, defendi os direitos dos réus em processos criminais a um julgamento por júri e à aplicação da cláusula de acareação.¹⁵ No voto que redigi e que foi vencedor, afastei uma decisão anterior da minha Corte que, fazendo uma leitura “evolutiva” da Constituição, tinha simplesmente eviscerado a cláusula de acareação. E o que eu disse foi: “não, não, vamos voltar ao sentido original da cláusula de acareação”.

Mas o senhor abriu uma exceção a essa ideia no caso *Boumediene v. Bush*¹⁶ por se tratar de estrangeiros em solo estrangeiro, certo? Seria esse o argumento central?

Bem, eles não têm direito à proteção da cláusula de acareação — nem da própria Constituição, aliás.

Pelo que entendemos do seu voto naquele caso, o raciocínio era basicamente o seguinte: “eles são estrangeiros em solo estrangeiro, logo, não temos jurisdição neste caso e deveríamos deixar a questão ser resolvida a critério das forças armadas”.

Duas coisas. A garantia de *habeas corpus* não os protegia. Essa proteção não se estende fora dos EUA, a estrangeiros. E a segunda coisa é que estrangeiros em solo estrangeiro não têm direitos sob a Constituição dos EUA. Estrangeiros nos EUA têm, mas estrangeiros em solo estrangeiro, não.

O senhor não concorda que, na prática, esse entendimento atribui às Forças Armadas certo poder de “escolher o território”, de modo que, se não quiserem proteger os direitos dos detentos, não precisam fazê-lo?

Claro que sim. Acho que eles conscientemente decidem não levar prisioneiros para dentro dos EUA. Embora, para ser sincero, mesmo quando costumávamos levar prisioneiros para dentro do país, nem nos seus sonhos mais loucos os tribunais poderiam ter proporcionado julgamentos civis aos milhares de prisioneiros alemães que tínhamos nos EUA. Ninguém nunca ouviu falar de algo assim. É loucura! Nenhum país submeteu seus prisioneiros de guerra à sua justiça comum. Sempre existiram tribunais militares. Isso é uma maluquice completa. Não faz diferença se esses prisioneiros estão fora ou dentro do país.

Então, talvez as Forças Armadas detenham um tipo de conhecimento específico que o senhor considera necessário para tomar decisões nessa esfera. Mas o senhor não acha que isto daria muita margem a manipulações?

¹⁵ No original: *Confrontation Clause*. Trata-se da parte final da sexta emenda, que dispõe: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito [...] de ser acareado com as testemunhas de acusação [...]”.

¹⁶ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008). Nesse caso, uma estreita maioria (5-4) de ministros da Suprema Corte dos EUA, contra o voto vencido de Scalia, entendeu que os prisioneiros mantidos na baía de Guantánamo estariam abrangidos pela garantia de *habeas corpus* por força da Constituição dos EUA, declarando assim a inconstitucionalidade do *Military Commissions Act* (2006).

É questão de conhecimento específico e é também questão de necessidade. Por razões práticas, não podemos proporcionar um julgamento completo por júri, do tipo que damos a um réu em um processo criminal normal, a alguém que foi capturado no meio do campo de batalha. Vai fazer o quê? Trazer de volta todos os soldados que efetuaram a captura para testemunharem no julgamento?

Parece então que há também um elemento de raciocínio consequencialista na sua interpretação da Constituição, não?

Não, não, não. Meu raciocínio é: nós nunca fizemos as coisas desse jeito. Não é porque eu acho que seja uma boa ideia não fazer isso, mas porque nunca fizemos assim. E, diante das suas críticas, estou dando boas razões para nunca termos agido de maneira diferente.

Não estamos criticando, estamos querendo compreender.

Eu sei, eu entendo. A razão pela qual decidi daquele jeito [não estendendo a aplicação das garantias processuais constitucionais a prisioneiros de guerra] não foi por gostar da ideia, mas sim porque jamais fizemos diferentemente.

No Brasil e em outros países da América Latina foram promulgadas constituições que são quase dirigidas para a promoção de mudança social. Como o senhor vê a interpretação de constituições desse tipo?

Eu não sou contra a mudança social. Se um dispositivo constitucional requer que eu tome uma decisão que vá resultar em mudança social, tomarei essa decisão. Não tenho nada contra a mudança. Só tenho algo contra juízes fazendo coisas que não estão previstas na Constituição.

O senhor concordaria com a afirmação de que, na sua teoria sobre o sentido da Constituição, ou os dispositivos constitucionais têm o sentido original ou simplesmente não têm sentido?

Há situações para quais um originalista simplesmente não terá a resposta. É difícil saber o que os *Framers* tinham em mente em certas situações. Um exemplo clássico é um caso chamado *New York v. Saia*. Nos anos 1920, a cidade de Nova York adotou uma lei municipal vedando o uso de carros de som depois das 10 da noite. Eles não queriam que as pessoas fossem mantidas acordadas depois das 10. O que os *Framers* pensavam sobre o uso de carros de som depois das 10 da noite? Não faço a menor ideia. Mas você tem que imaginar a trajetória do raciocínio deles. Não tinham carros de som, mas tinham leis contra perturbar a vizinhança¹⁷ que abrangiam ruídos — e teriam dito que a primeira emenda não protege esse tipo de coisa. Às vezes, especialmente quando se trata de novas tecnologias, é preciso adaptar o sentido original, mas sempre se guiando pelo que os *Framers* decidiram e não decidiram. Isso é o que serve de orientação.

¹⁷ No original: *nuisance laws*.

Para muitas questões, porém, o originalismo é tão simples! Não preciso esquentar a cabeça me perguntando se a pena de morte está na Constituição. A pena de morte pode ser uma péssima ideia, mas não é preciso perder um minuto sequer discutindo sua constitucionalidade. É tudo tão claro! É mencionada no texto constitucional: a Constituição exige pronúncia por um grande júri sempre que o caso envolver pena de morte. Mesmo assim, houve um julgamento em que quatro dos meus colegas — quatro! — entenderam que a pena de morte era inconstitucional. Como pode isso? Chegou uma mensagem de Deus me dizendo que a pena de morte é inconstitucional? Isso é um ultraje!

Isto também se aplicaria à tortura?

Nossa Constituição não proíbe a tortura. Proíbe “penas cruéis e incomuns”. Temos uma lei infraconstitucional contra tortura. Mas eu não diria que a tortura é abrangida pela Constituição.

Bem, há quem discorde dessa leitura, dizendo que a tortura não é apenas um meio de se obter informação das pessoas, mas que teria também uma natureza punitiva. Que o senhor pensa dessa linha de argumentação?

Eles podem dizer isso, mas é algo simplesmente falso. Podem dizer o que quiserem. Aplicar uma pena é uma coisa, torturar para obter informação é outra. Você não está punindo a pessoa, você a está torturando. Os *Framers* estão se referindo à pena como punição para um crime. É a isso que o dispositivo está se referindo. Punição pela prática de um crime.

Não lhe parece que alguém poderia usar aqui o mesmo argumento que o senhor usou com as leis contra perturbação de vizinhança? De que, assim como não tinham carros de som, não tinham o problema da tortura?

Eles não tinham tortura? Tenho certeza de que tinham tortura em outros contextos além da aplicação de penas. Tudo que disseram foi que, como punição pela prática de um crime, você não pode esmagar dedos, eviscerar ou empregar quaisquer que fossem os métodos cruéis de punição naquela época.

Não somos historiadores, mas poderíamos dizer que eles talvez tivessem tortura, porém, não como uma política pública. Isso afetaria seu argumento?

O que me orienta no meu raciocínio é a linguagem utilizada na Constituição, que proíbe somente penas cruéis e incomuns. E “pena cruel e incomum” não é uma descrição típica da prática de tortura. Mas, veja bem, não estou aqui defendendo a tortura.

Claro, o senhor está apenas dizendo que a Constituição não diz nada a esse respeito.

Correto. E nós temos uma lei infraconstitucional contra a tortura. A Constituição não proíbe tudo que é mau, nem torna obrigatório tudo que é bom.

Depois de tudo que conversamos, seria legítimo dizer que sua teoria implica uma combinação de originalismo, *stare decisis*, estabilidade institucional,

avanços tecnológicos e algumas trajetórias de mudança? Sendo assim, já não é mais só originalismo.

Avanços tecnológicos, sem dúvida. É preciso adaptar o que os *Framers* poderiam ter pensado a respeito deste ou daquele avanço. Mas os não originalistas vão muito além disso. A pena de morte e o aborto já existiam em 1791. Sodomia homossexual já existia em 1791.¹⁸ E nada disso foi regulado pela Constituição. É uma questão para o povo decidir. Se o povo americano quiser proibir essas coisas, pode proibi-las. E se quiser permiti-las, também pode. Isso é muito diferente de simplesmente levar em consideração novos fenômenos, coisa que até mesmo um originalista precisa fazer. Mas o não originalista simplesmente reinventa o mundo por completo, não importando o que o povo decidiu quando fez emendas à Constituição. E isso é errado.

Deixe-me expor o argumento decisivo em favor do originalismo. Vou a faculdades de direito só para criar confusão. Dou palestras e provooco os estudantes. Depois da minha fala, os professores levam semanas para recolocá-los nos eixos. E tudo que digo a eles é: pergunte ao seu professor. Seu professor provavelmente não é um originalista. Isso quer dizer que ele é um não originalista. Mas isso não é uma teoria da interpretação. Significa apenas que ele discorda do Scalia. Mas, então, qual sua teoria da interpretação? Scalia sabe o que está procurando. Ele procura o entendimento que as pessoas tinham acerca da linguagem que foi utilizada. Quando você mostra para Scalia qual teria sido esse entendimento original, pronto — você o pegou. Ele está de mãos atadas — não pode sair por aí fazendo todas aquelas terríveis coisas conservadoras que gostaria de fazer com a sociedade. Agora, se você não vai controlar seus juízes dessa forma, professor, com que critério vai controlá-los? Como você vai controlar seus juízes? Quer saber? Não existe outro critério viável, exceto “o significado que este texto tinha, o significado que as pessoas atribuíam a este texto, no momento de sua adoção”. Ou se adota esse critério, ou então se estará dizendo aos seus juízes — juízes sábios, maravilhosos, que estudaram em Harvard, Stanford e talvez até em Yale — que temos a resposta para todas essas profundas questões morais, como homossexualidade, aborto, suicídio. Isso é loucura! Mas essa seria a resposta alternativa. Ou você adota o originalismo, ou diz aos seus juízes: “vocês nos governam, o que quer que vocês achem bom é bom, o que quer que vocês achem mau é mau”.

A última pergunta: O que o senhor esperava aprender em uma viagem como esta?

Aprender? Eu não vim aqui para aprender, mas, ao contrário, para ensinar. O problema da expansão do poder judicial se espalhou pelo mundo.

¹⁸ Nesse trecho, Scalia menciona o ano de 1791 — e não 1787, ano da promulgação da Constituição dos EUA — por estar se referindo ao conjunto das primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 15 de dezembro de 1791. Essas emendas, que tratam basicamente de direitos fundamentais, são designadas no direito constitucional dos EUA como Bill of Rights (“Carta de Direitos”).

Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA

Entrevistadores: Caio F. Rodriguez e Marcio S. Grandchamp

Tradução e notas: Diego Werneck Arguelhes.

Entrevista realizada em 15 de maio de 2009, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

(<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/4108/2866>)

As observações feitas pelo **Prof. Ricardo Sacco**, visam esclarecer e informar as questões discutidas nas perguntas indicadas abaixo:

Pergunta: Partindo dessas premissas e adotando essa perspectiva originalista, o caso *Brown* (*Brown vs Board of Education*) teria sido decidido de forma incorreta?

Observação: *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Nessa decisão — uma das mais criticadas na história da Suprema Corte dos EUA —, a maioria dos justices afirmou ser constitucional a segregação racial em acomodações públicas, especialmente em vagões de trem. O argumento principal para justificar a compatibilidade desse regime de segregação com a décima quarta emenda (cláusula de igualdade) foi o de que a separação física não expressaria um juízo de inferioridade ou superioridade entre brancos e negros — ou seja, eles seriam “separados, mas iguais” [*separate, but equal*]. O voto vencido mencionado por Scalia foi do justice John Marshall Harlan, único dissidente na decisão. Em formulação que veio a se tornar clássica no direito constitucional dos EUA, Harlan discordou do voto majoritário afirmando que a Constituição dos EUA “não enxerga cores” [*our Constitution is color-blind*] e “não reconhece, nem tolera a existência de classes de cidadãos”.

Mas, como disse, essa não é a melhor resposta. A mais importante é: e daí? Concordo que uma suprema corte ditatorial e aristocrática é capaz de fazer coisas maravilhosas, coisas que uma democracia (ou uma monarquia) funcionando solidamente não conseguiria realizar. Lorenzo di Médici podia fazer certas coisas que não estavam ao alcance do doge de Veneza. Mas isso torna o sistema melhor?

Claro que não! Você não pode fazer esse tipo de juízo com base no resultado de uma decisão específica. Um relógio quebrado ainda marca a hora certa duas vezes ao dia.

E, seguindo o seu raciocínio, isso teria deixado o sistema menos democrático?

Observação: No original: *Due Process Clause*. Trata-se de uma referência à quinta emenda, que dispõe: “Ninguém será [...] privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal [...]”. Mais especificamente, Scalia se refere à leitura que a Suprema Corte fez da Constituição no caso *Roe vs Wade* (1973), primeira decisão legalizando o aborto (no primeiro trimestre de gravidez) em todo o território nacional.

Então, com base nesse exemplo, se quisermos ter uma descrição mais completa da sua visão sobre interpretação, talvez devêssemos adicionar alguns elementos de originalismo, *stare decisis* (refere-se ao princípio jurídico que determina que os tribunais devem seguir as decisões anteriores ao julgar casos semelhantes) e preocupação com estabilidade institucional. É isso?

Observação: O *stare decisis* é a obrigatoriedade de cumprimento das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato, já que possuem efeito vinculante (*binding effect*), tanto em relação ao próprio órgão prolator da sentença (efeito horizontal) quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública (efeito vertical).

O senhor concorda com a afirmação de que a Suprema Corte de hoje está mais dividida ideologicamente?

Observação: No original: *Confrontation Clause*. Trata-se da parte final da sexta emenda, que dispõe: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito [...] de ser acareado com as testemunhas de acusação [...]”.

Mas o senhor abriu uma exceção a essa ideia no caso *Boumediene vs Bush* por se tratar de estrangeiros em solo estrangeiro, certo? Seria esse o argumento central?

Observação: *Boumediene vs Bush*, 553 U.S. (2008). Nesse caso, uma estreita maioria (5-4) de ministros da Suprema Corte dos EUA, contra o voto vencido de Scalia, entendeu que os prisioneiros mantidos na baía de Guantánamo estariam abrangidos pela garantia de *habeas corpus* por força da Constituição dos EUA, declarando assim a inconstitucionalidade do *Military Commissions Act* (2006).