

Gabriel Pellegrino Neves

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Faculdade de Direito

Disciplina: Teoria da Constituição

Professor: Emilio Peluso Neder Meyer

Acadêmico: Gabriel Pellegrino Neves

Contato: emiliopeluso@gmail.com

www.academia.edu

Sugestões de sites jurídicos:

- Conjur;
- Jota – Ler Emilio Meyer (presunção de inocência) e Vladimir Aras;
- Blog ICon;
- Project Constitute;
- www.stf.jus.br

Algumas Provoações:

Houve proposta em 2004 de uma Constituição unificada para a União Europeia, negada por maiorias populares na França e Holanda, sob alegação de que não existiria algo como um “povo europeu”. Qual o significado de uma constituição? Seria apenas a identificação de um povo específico em um dado espaço e tempo? Ou atenderia também a outras instituições democráticas que não apenas o povo (ex.: aparato estatal)? O que é a nossa própria constituição → qual o projeto de sociedade que escolhemos trilhar?

Constituição = contrato social? = Lei Fundamental? O que é cumprir a Constituição e como devemos compreender e aplicar o texto constitucional?

Como o STF tem interpretado a CF ultimamente? Ex.: discussão do que seria a coisa julgada, presunção de inocência e trânsito em julgado. O STF decidiu que a pena pode ser executada após dada a sentença em 2ª instância: → contraditório? O STF examina somente questões de direitos ou também de provas? Como isso impacta sobre os Direitos fundamentais? Em 2009, o Supremo tomou uma decisão diametralmente oposta da atual, algo que também aparece em códigos legislativos. O Supremo pode fazer isso, se render aos anseios da vontade popular? Lidar com a CF é algo extremamente complexo.

Temas:

- Paradigmas do Direito Contemporâneo;
- Movimento Constitucionalista: Inglaterra, EUA, França e Alemanha;
- Teorias da Constituição;

- História do constitucionalismo brasileiro (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e EC nº1/69, 1988);
- Hermenêutica e normatividade constitucional;
- Poder constituinte;
- Controle de constitucionalidade e seu conceito histórico.

Bibliografia:

- Material na Salô;
- A Decisão do Controle de Constitucionalidade – Prof. Emilio Meyer;
- Teoria da Constituição – Prof. Cattoni, Editora Initia Via;
- Teoria da Constituição – Prof. Medavar Ommati. Editoria Lumen Juris;
- Direito Constitucional – Profs. Sarmiento e Souza Neto. Editora Fórum;
- Direito Constitucional – Prof. Bernardo Fernandes, Editora Jus Podium.

Distribuição de Pontos

- 3 Provas individuais dissertativas (25, 25 e 30 pontos);
- Trabalho em grupo (10 pontos) sobre legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade – Mínimo de 8 laudas, regras da ABNT;
- 2 Trabalhos dissertativos em grupo (5 pontos).

//

04/03/2016

A Teoria da Constituição tem como objeto o estudo da constituição e o movimento constitucionalista, em perspectiva comparada, crítica e reconstrutiva.

- Comparada → pensar experiências que transcendam esta ou aquela ordem jurídica nacional, podendo ser benéfica até em instância supranacional;
- Crítica → desconstrução de diversas ideias e mecanismos postos pelos atuais paradigmas do direito constitucional;
- Reconstrutiva → desconstruir e Propor alternativas normativas.

Teoria constitucional não é o mesmo que Direito Constitucional. A base de estudo deste é o Constitucionalismo positivado (ex.: estudar a CF/88). A Teoria de Estado foca nas instituições de poder político, ao passo que a Teoria da Constituição trabalha essas enquanto atendem o poder popular.

Carl Schmitt → teoria da CF difere-se da Teoria do Estado.

A CF está em tensão com a democracia?

Bases comuns das Constituições, apesar de cada CF valer para um povo distinto:

- Organizam o Estado, estabelecem direitos fundamentais;

- Separam e organizam os poderes, definem uma forma de Estado;
- Dialogam e trabalham com os procedimentos democráticos (não são somente a vontade da maioria);
- Preveem mecanismos de defesa e preservação da CF (controle de constitucionalidade);
- Identidade constitucional (formas pelas quais definem um percurso a serem estabelecidos por uma sociedade dali em diante);
- Supremacia Constitucional;
- Rigidez Constitucional → alterá-la requer atender a ritos distintos àqueles das demais normas.

07/03/2016

Paradigmas do Direito Moderno

Paradigma: Concepções de mundo de como agir, discutir um objeto científico em determinado período de tempo. O paradigma é substituído com rupturas (seja o surgimento de novas teorias ou grandes eventos ou revoluções, por exemplo). Nasce com Thomas Kuhn, que da base científica. Ideia que tenta superar que o conhecimento se desenvolve através de uma linha evolutiva (ideia Positivista).

Eventos históricos que fundaram e reinventaram a relação de Estado-sociedade: Rev. Francesa e Rev. Americana. Ruptura com o absolutismo.

Direitos:

ESTADO LIBERAL DE DIREITO:

- Rompimento com os privilégios. Ideia de que o Estado não interviesse na sociedade, interesse especificamente burguês (liberalismo claramente econômico);
- Direitos fundamentais: destaque para a liberdade de livre iniciativa (cunho econômico), garantindo assim o direito à propriedade;
- Tenta garantir a igualdade. Só que isso é formal, pelo Estado, tenta-se evitar a desigualdade;
- Direitos políticos (sufrágio censitário/capacitário, envolvendo gênero, renda e propriedade). O Estado pós-revoluções exige a separação dos poderes (Locke e Montesquieu). Mas havia a supremacia legislativa sobre os demais (TODO o direito produzido deve estar na lei – Código Napoleônico). O Judiciário não tem autonomia, é somente a boca da lei (do Legislativo). Surge o que se chama de “fetiche pela lei” (escola da Exegese). A lei geral e abstrata acaba por gerar mais desigualdade.

ESTADO SOCIAL DE DIREITO (contexto: entre guerras):

- A relação Estado-sociedade passa a ser de intervenção, devido à quebra de paradigmas (Rev. Proletária e Rev. Russa);
- As constituições passam por um período de Constituições Sociais (a de Weimar e a Mexicana). Reformulação de direitos:
 - Liberdade político-social visa garantir a dignidade;
 - Função social da propriedade: pressuposto de cumprimento de cunho social (o Estado deve garantir a sociedade, deve atender à sua função social, como as desapropriações);
 - Direitos políticos: “democracia” → início da ideia, como plebiscitos.
 - Surgem os direitos sociais e econômicos (ex.: trabalhistas, previdência, saúde, ...)
- Decisão da suprema corte Americana: Lochner vs New York, diz respeito às liberdades individuais, regulamentação de direitos sociais através dos contratos;
- Na tripartição dos poderes a primazia passa a ser do Executivo. Estado administrativo, grande, que atua e legisla entre diversos setores da economia. O Judiciário ainda não possui muita autonomia.

Novas mobilizações sociais aceleram o contexto. O fator principal é a economia, que se complicou em meio a um Estado gigante, que prioriza os Direitos Sociais. 1968: Mov. Estudantil/feminista/ambiental e Mov. de oposição à ditadura (América Latina).

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

- Primazia societária. A sociedade deve assumir as rédeas e ditar a forma de atuação social. Construção evidentemente democrática;
- Liberdade no sentido de participação política. Igualdade como direito à diferença (resgate à dignidade das minorias). “Dignidade é autonomia para o projeto de vida ético”, Ronald Dworkin;
- Propriedade com muita função social (até mais);
- Direitos sociais e econômicos mantidos, de forma mais autônoma;
- Direitos políticos: de participação democrática deliberativa (referendum, plebiscito, ...);
- Direitos de participação processual (judiciário com maior autonomia) → ATIVISMO JUDICIAL. Direitos de: ampla defesa, acesso à justiça, silêncio (não produzir provas contra si próprio), não ser condenado com base em provas ilícitas;
- *Direitos transindividuais*:
 - Individuais homogêneos: defesa de natureza individual mas cuja proteção coletiva é essencial (ex.: direito do consumidor);

- Coletivos: atribuído a um grupo/categoria/classe de pessoas (ex.: direito à greve dos servidores públicos).
- Difusos: não é individualizável, pertence à sociedade como um todo (ex.: direito à proteção ambiental; direito à memória).
- Interesse privado ≠ público (sociedade) ≠ estatal. Lutas por direitos presentes nas décadas de 1960 e 1970;
- Na relação entre os poderes, nenhum tem primazia, somente a sociedade (Const. Brasileira de 1988);
- Surgimento de entidades preocupadas com as garantias do interesse social, sejam elas governamentais ou não (Art. 134 CF: Defensoria Pública);
- Coesão interna entre democracia e direitos: utiliza-se dos direitos (principalmente os políticos) que se tem para participar do jogo democrático, este o qual permite o aperfeiçoamento dos direitos. HABERMAS

O Estado deve saber como lidar com o pluralismo, sempre em nome da sociedade do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 deve ser lida e interpretada de forma a estender direitos.

14/03/2016

Constitucionalismo

Existe um movimento do Constitucionalismo? Alguns autores dirão que não, outros que sim:

- Não: são diversos e não um único constitucionalismo. “O constitucionalismo é um movimento que procura delimitar o poder político na forma de um governo limitado em um princípio estruturante da organização política e da própria sociedade”.

Constitucionalismo inglês (antecedente dos momentos revolucionários):

É eminentemente histórico (depende de um longo processo histórico). A formação do estado inglês remonta pelo menos o séc. X. Já nos séc. XII e XIII já se fala em **Common Law** (tradição jurídica de preceitos morais já consolidados em conjunto com os precedentes).

Costumes (regras primárias) são partes do direito imemorial (gestado e formado em um processo histórico), mas para que passassem a ter reconhecimento constitucional seria necessário uma autoridade para validar os costumes (papel fundamental dos tribunais → King’s Bench).

O precedente, por outro lado, seria uma decisão que governa casos presentes e casos futuros (*stare decisis et quieta non movere*). O próprio sistema de precedentes possibilita uma mudança que permite que os próprios juízes superem decisões tomadas no passado, não sendo estático.

Distinguishing: pode-se demonstrar que determinado caso não cabe dentro do precedente estabelecido no passado, sendo necessário uma decisão nova, inaugurando uma inédita e diversa lógica, não sendo uma exclusão da decisão passada e sim uma nova decisão para um novo caso (ex.: no Brasil, decisão em 2011 determinada a respeito do aborto, sendo possível também quando comprovado anencefalia fetal).

O precedente pode ser superado através do processo de ***Overruling*** (precedente superado por um nova decisão que trata do mesmo assunto mas com determinações mais atuais; decisões de tribunais), o que comprova o não-engessamento do sistema (Bowers vs Hoodwick de 1984 e o caso Lawrence vs Texas de 2003 → Suprema Corte supera o precedente a respeito da sodomia, vinculante para todos os estados federados).

Em 1215, temos a adoção de um Contrato de Domínio (disposições positivadas que visam dar uma alteração no sistema jurídico, mas que mantêm o sistema de dominação) no direito inglês: a Magna Carta, a qual é um regulamentação da representação nobre perante o rei e é *símbolo* do Constitucionalismo Inglês. Este documento fixa as bases de uma representação parlamentar, além de mencionar o *due process of law* (ninguém pode perder a vida sem o devido processo legal). O compartilhamento de poderes entre o rei e o outro órgão criado de representação dos nobres (parlamento) cria a representação mista.

Os ingleses possuem uma Constituição não-escrita (inorgânica), ou seja, formada por um emaranhado de institutos positivados e não compilados. Dentre eles: *Bill of Rights* (1689), *Habeas Corpus Act* (1675), *Petition of Rights* (1679), dentre outros.

Soberania parlamentar perante o rei e os juízes. Cria o ***Statutory Law***: normas produzidas pelo Parlamento Inglês, na forma de “acts”.

Uma decisão do parlamento pode superar precedentes judiciais (decisão legislativa supera decisão judicial): ***Override*** (caso Johnson vs Texas).

No séc. XVI, um juiz chamado Edward Coke decide o “Bonham’s case” (possibilidade de um médico graduado em Cambridge poder atuar em Londres): nenhuma norma do Common Law pode contrariar o ***Statutory Law*** → controle de constitucionalidade. O próprio controle de constitucionalidade pelo judiciário desaparece entre os ingleses, e só começa a ser superado a partir de 2004.

Obs.: ADPF (arguição de descumprimento preceito fundamental).

18/03/2016

A partir da Bill of Rights (1689) pode-se falar em uma constituição mista: soberania régia compartilhada com a soberania parlamentar → **Statutory Law**.

O Parlamento configura-se de maneira bicameral: Câmara dos Comuns (primazia na organização parlamentar) e Câmara dos Lordes. A função executiva da soberania parlamentar inglesa esta centrada na Câmara dos Comuns, com um gabinete chefiado pelo Primeiro Ministro que comanda a chefia de Governo.

Atualmente, pode-se dizer que a rainha ocupa um papel simbólico, ao passo que o *Prime Minister* também exerce funções do Chefe de Estado.

Há possibilidade de novas eleições (a partir do Voto de Desconfiança) para a chefia de Governo caso o Gabinete não tenha maioria dos votos que compõe a Câmara. O sistema parlamentarista conta com uma dinâmica própria em que seja possível essa mudança de líderes por questões de governabilidade (\neq do processo de impeachment, que possui uma base jurídica muito mais sólida do que a do Voto de Desconfiança, este o qual esta ligada por um caráter político).

O Parlamento possui poderes Executivos e Legislativos, além de Jurídicos.

A Câmara dos Lordes atua como 2ª casa no Parlamento (revisão da Câmara dos Comuns), com os membros determinados e indicados pela Rainha (com o auxílio de um órgão de conselheiros). Atuava como última instância do Poder Judiciário (até 2006).

Convenção Europeia de Direitos Humanos (1998): *Human Rights Act* → é aprovado com um aditivo: juízes devem reconhecer a invalidade de atos estatais que contrariem o *Human Rights Act*, chamado de Declaração de Incompatibilidade. Caso o ato contrário seja de origem de Executivo, o juiz tem o poder de declarar a nulidade do *act*. Se for um ato do legislativo, o juiz intima o parlamento para que este revogue o ato contrário ao *Human Rights Act*, o que evidencia a não-existência de um controle de constitucionalidade em *strictu sensu*.

Em 2006, foi aprovado o *Constitutional Reform Act*. Tal documento promove uma mudança da Constituição, evidenciando a característica flexível (visto que o processo de reforma é semelhante ao de alteração de leis ordinárias. \neq rígida, como a CF brasileira). A Rainha pode vetar atos do Parlamento.

Devolução de competências: o Parlamento inglês foi incorporando cada vez mais competências dos países do Reino Unido. A partir de 2006, algumas competências são devolvidas a seus respectivos países. Posteriormente, há uma reforma judicial, o que atinge em cheio a Câmara dos Lordes (fim da hereditariedade e extingue-se a função jurisdicional) e cria-se entre os membros do RU a *UK Supreme Court*. Passo de aproximação aos sistemas europeus tradicionais.

Constitucionalismo Americano

Inicia-se com a Revolução Americana, em 1776. Tem um papel fundamental por definir as bases de um novo constitucionalismo, com foco nos direitos naturais. A grande questão será jogada para alguns anos depois. Tem-se a formação de 13 estados soberanos: são sujeitos com capacidade para agir no âmbito internacional (sujeitos de direito público internacional). Firma-se um tratado em que se define uma Confederação, com o *Articles of Confederation*, com livre poder de secessão (o que não ocorre na federação). Com a crise do tratado, ocorre a Convenção da Filadélfia em 1787, com o objetivo de revisar os termos do *Articles of Confederation*. Chegam à conclusão de que o federalismo seria o caminho mais viável, com a criação de um Estado soberano e os estados federados dotados de autonomia. Para tal, seria necessário uma constituição, o que acaba por criar um povo o qual legitima o documento.

O processo complexo da Ratificação deve ocorrer em pelo menos 9 dos 13 estados, para afirmar a legitimidade da constituição. Em 1791, é lançado o excerto *Os Federalistas*, o que dá ainda mais força à constituição federalista, agora escrita e positivada.

Separação de Poderes e Checks and Balance: o Judiciário teria o papel de fazer valer a Constituição e resguardar os direitos individuais, com uma Suprema Corte. O Legislativo bicameral (Câmara representa os cidadãos e o Senado os estados federados). O Executivo é unipessoal, eleito indiretamente e destituível apenas com o processo de impeachment.

21/03/2016

Judiciário como 3º poder e com atividade de maior proeminência em relação aos demais poderes.

O texto original da Constituição não era prolixo em direitos fundamentais, era mais voltado para a organização estatal. Dessa forma, um conjunto de emendas proporcionará a existência dos demais direitos fundamentais. Em 1791, a *Bill of Rights* trará um catálogo de direitos fundamentais entre os norte-americanos (10 primeiras emendas), mantendo os 16 artigos originários intactos (no Brasil as emendas alteram o texto constitucional). Então, quem define o significado da organização estatal norte-americana é o Judiciário.

Percebe-se uma profusão do direito estatutário muito grande, mas não refuta um direito judicial, visto que há uma produção de precedentes muito grande (Override, Overruling e Distinguishing estão presentes).

Caso Marbury vs Madison (1803):

1ª decisão em que há um papel decisivo do Judiciário no que tange a Constituição e os três poderes do Estado: → em 1789 o Judiciary Act foi aprovado para definir competências do Judiciário, entre elas a competência (delimitação da jurisdição) da Suprema Corte julgar quaisquer ordens de segurança (*Writ of Mandamus*) contra secretários de Estado.

Em 1800, o então presidente John Adams disputa as eleições com Thomas Jefferson, este o qual acaba por vencer a corrida eleitoral. Adams e o Partido Federalista não possuía poder nem Executivo nem no Legislativo. Observando a falta de inserção dos partidos (Republicano e Federalista/Democrata) no poder Judiciário, seria interessante aprovar um outro *Judiciary Act* (1801), conhecido pelos *Midnight Judges* (juizes nomeados nos últimos momentos do governo de John Adams para fortalecer o partido Federalista em meio ao próximo governo, o qual seria Republicano). Em meio às rápidas e turbulentas nomeações, vários juizes não tomaram posse.

A nomeação de William Marbury ao cargo de “Juiz da Paz para o Condado de Washington” ocorreria com a aprovação de John Marshall (secretário de Estado), este o qual seria posteriormente nomeado presidente da Suprema Corte Americana. John Marshall toma posse mas não dá a posse a Marbury. Esperava-se então que o próximo secretário de Estado desse posse a Marbury, o que não ocorreu por questões políticas (um republicano não queria mais um federalista no Judiciário), ainda que não houvesse sido definido o papel decisivo do Judiciário. James Madison, novo secretário de Estado, não conduz o processo de posse de Marbury.

O advogado de Marbury ajuíza uma ação contra Madison, escolhendo a ação do *Writ of Mandamus*, devendo a ação ser resolvida pela Suprema Corte. O caso será relatado por John Marshall, dando o pontapé inicial de como o caso procederá, que acaba por ser pressionado por uma ameaça de impeachment. Dessa forma, Marshall estava em uma “encruzilhada”.

Em um julgamento, usa-se recorrentemente o silogismo (primeiramente usa-se das preliminares e, posteriormente, das questões de mérito), mas Marshall, por estar pressionado pelo impeachment e por seu partido, inova ao inverter a ordem do silogismo.

Em questão de mérito, Marbury tem o direito à posse como juiz. Quando chega nas preliminares, Marshall conclui que a Suprema Corte não tem competência para julgar mandatos de segurança contra secretários de Estado. As competências da Suprema Corte estão na Constituição americana, o que significa que não se pode ter uma lei que vise mudar as competências estatais, ou seja, o Judiciary Act é inconstitucional. Seria necessário uma emenda constitucional, e não somente uma lei/act. Cabe aos juizes aplicarem a constituição, disso decorrendo que o magistrado deve optar pela Constituição caso haja uma lei contrária a esta. Tal decisão estabelece o **Judicial Review**, que garante o controle de constitucionalidade. Portanto, o Judiciário é o guardião da Constituição americana.

Há sim uma procedência do Judiciário em declarar atos do Legislativo e do Executivo como inconstitucionais (não ocorre na Inglaterra devido ao *Statutory Law*), Cláusula Contra Majoritária. Reforça o problema entre constitucionalismo e democracia (problema ainda atual), visto que aquele é uma premissa de segurança jurídica e esta faz valer a voz do povo. “Amarrar-se ao mastro para não ser levado pelo canto das sereias”. O constitucionalismo existe para estabelecer um eixo para que a maioria possa agir, mas dentro dos limites da Constituição.

Obs.: No Brasil, o Judicial Review existe, mas há influência também do direito alemão.

Ler: texto Luis Roberto Barroso sobre constitucionalismo.

04/04/2016

Impeachment nasce na Inglaterra, sendo um processo puramente político. Aparece anteriormente ao “Bill of Rights” e à Revolução Gloriosa. O Parlamento reivindica o direito de atuar, através de um processo próprio, sobre a legalidade dos atos dos ministros do rei. Há então a criação do impedimento de governança, o impeachment.

Era um processo que devia conciliar atos próprios do rei dos atos próprios da chefia diária. O rei tem algum nível de responsabilidade, dessa forma pode-se contestar as ações de seus escolhidos.

Em 1706, o Parlamento inglês chega à conclusão que o impeachment tinha um aspecto também jurídico. Para derrubada de um ministro, seria possível um processo mais simples, o chamado Voto de Desconfiança, que se discutia basicamente questões políticas. Este método não necessita de todo o processo com base jurídica. No Reino Unido, o impeachment foi, então, substituído pelo Voto de Desconfiança.

O impeachment foi retomado nos EUA. A constituição americana optou por um processo de base jurídica, em que o presidente da república deve ser responsabilizado por atos que possam levar ao processo de impeachment. No art. 2º da constituição, faz-se menção as competências do Parlamento e, no art.3º, sobre o processo de impeachment. Este processo defende a base jurídica e política, além de poder se enquadrar no Direito Penal. A acusação deve ser levada a câmara dos representantes, que define um comitê o qual formula uma acusação, em que o presidente tem a chance de defesa. O presidente, durante o processo, continua a exercer o cargo. Depois de tramitava a decisão pela câmara, chega-se ao Senado, necessitando de 2/3 da casa. O presidente da Suprema Corte é o responsável por conduzir o processo.

Ex.: 1) Em 1868, há o processo de impeachment de Andrew Johnson: a acusação baseou-se na demissão do Secretário de Finanças, não obstante qualquer decisão do Senado. É absolvido por um único voto no Senado. A acusação tinha um caráter jurídico.

2) Bill Clinton era acusado de fatos com relevo político-penal. Em 2 ocasiões, ele mentiu perante juramento (perjúrio), que pode levar à obstrução da justiça. A Câmara dos Representantes acusou o presidente e o Senado o absolveu. Os atos não precisam ter caráter jurídico. Deve-se configurar um crime, apenas.

3) Brasil: impeachment baseado na CF de 1891, nos moldes americanos. Já na CF de 1988, o presidente da República não é livre para praticar quaisquer atos. Ele é responsabilizável pela prática de determinados atos: crimes comuns (independe da sua função. Com critérios: irresponsabilidade penal relativa, em que só pode ser responsabilizado por crimes em razão do ofício, sendo julgado após o fim do mandato), julgados pelo STF. A outra situação diz respeito aos crimes praticados somente com relevo jurídico, crimes estes de responsabilidade. A acusação será feita com a autorização da Câmara dos Deputados para a abertura do processo, pedido este o qual pode ser feito por qualquer cidadão. O presidente da Câmara decide se arquiva ou leva adiante o pedido. Forma-se, então, uma comissão processante. O Senado é responsável por iniciar o processo legal. O Senado deve votar o andamento do processo, em que com maioria simples há a decisão (mínimo de 41 votos favoráveis). Se a decisão for favorável ao impeachment, o presidente fica suspenso de suas funções. O julgamento ocorre então no Senado, sendo conduzido pelo presidente do STF. No caso Collor, decidiu-se que: pode-se aplicar a inabilitação por 8 anos do exercício da função pública. Não há revisão judicial da condenação do Senado, não cabe ao STF discutir o mérito.

08/04/2016

Continuação Constitucionalismo Norte-Americano

Direito Judicial, visto que não é um sistema tão costumeiro nem atrelado tão às normas.

Dred Scott vs. Sandford (1857) https://en.wikipedia.org/wiki/Dred_Scott_v._Sandford : importante para se pensar e problematizar os estados da federação americana e o próprio direito de liberdade. O contexto em questão envolvia o processo de federalização do país, de um contexto confederado para um contexto federado. O tema de tal caso era a escravidão. Pacto do Missouri: a cada novo estado federado, haveria alternância entre a legalização ou não da escravidão. Dred Scott era escravo da família Sandford, que passa a viver em um estado do norte (livre). Scott então requer a liberdade, por viver agora em um estado com regime de liberdade e pela morte do patriarca Sandford. A discussão se dá em torno do direito de propriedade por parte da família Sandford e pela liberdade de Scott.

O Pacto do Missouri seria uma lei constitucional? O Judicial Review era a ferramenta a ser usada pela Suprema Corte. “*All men are created equal*”, porém os escravos eram considerados objetos do direito de propriedade, não sendo então titulares de direitos. O Pacto do Missouri era então inconstitucional, pois agride uma cláusula estabelecida no Bill of Rights, além do “*due process of law*” (não se pode privar a liberdade sem o

devido processo legal). Esse devido processo legal deve ser avaliado na sua feição adjetiva ou formal e sobre o caráter substantivo ou material. No sentido formal, entende-se que para cada restrição de direito, é necessário um procedimento que estabeleça as garantias básicas de liberdade do devido processo legal. Pode ser que o devido processo legal proteja o réu de atos arbitrários, caráter material que exige por parte do Poder Público o cumprimento do princípio da Razoabilidade.

O Pacto do Missouri foi então contra o princípio da Razoabilidade, contra os homens brancos e proprietários de terra, sendo então inconstitucional (de acordo com o precedente *Marbury vs Madison*). Reconhece então a escravidão entre os estados federados.

As bases para a Guerra de Secessão foram lançadas a partir do caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857). A guerra esta ligada diretamente ao Constitucionalismo americano.

Emendas da reconstrução: 13ª (abole escravidão), 14ª e 15ª emendas. *Override*, decisão do Parlamento superando decisão judicial (caso *Dred Scott* superado).

- Caso *Plessy vs. Ferguson* (1896): *Plessy* não se considerava negro e, então, desafiava as leis de segregação racial de determinado estado sulista. A Suprema Corte considera as políticas em curso, e parte do pressuposto da superação do caso *Dred Scott* e que os estados são dotados de certa autonomia. Ao preservar tal autonomia, pode-se entender que os estados não podem obrigar os cidadãos a conviverem no mesmo espaço (brancos e negros). Doutrina dos “separados mas iguais”, deve-se ofertar os mesmos serviços aos grupos raciais. Na realidade, não era o que ocorria, obviamente.
- A decisão acima foi superada pela decisão *Brown vs. Board of Education* (1954): caso de litigância estratégica (atores sociais discutem seus direitos “batendo às portas dos tribunais”). Conjunto de crianças negras que desejavam estudar em escola para brancos devido à maior acessibilidade. A Suprema Corte decidiu que a segregação racial e estatal era inconstitucional, lesando a interpretação da 14ª emenda. Decisão enfrentou enorme resistência por parte dos estados. Foi necessário uma segunda deliberação (a *Brown II*) para ordenar que a desagregação em locais públicos (como escolas) fosse feita de forma mais rápida e efetiva.

Filme: “Mississippi em chamas”.

- *Roe vs. Wade* (1973): questão resolvida para o aborto. Até os 3 meses de gestação, o aborto é direito da mulher. Dos 3 aos 6 meses, os estados regulamentam o aborto e, a partir dos 6 meses de gestação, este está proibido.
- *Bush vs. Gore* (2000): havia um problema sobre a contagem dos votos da Flórida. A Suprema Corte ou utilizava o dispositivo de garantir a segurança jurídica. A SC decide quem assumiria o cargo de presidente da república. Aquela era formada por maioria de membros alinhados com o partido Republicano.

Constitucionalismo Francês

Os franceses fundaram seu constitucionalismo também a partir de um momento revolucionário. Absolutismo com representação de estamentos (3 estados: clero, burguesia e plebe), em que clero e nobreza detinham a primazia. “O que é o terceiro estado?”, (livro de Emmanuel Sieyès) a nação que detinha poder fundamental de reformar a ordem jurídica e política do país, um Poder Constituinte. Esse poder não adormecera com a Revolução Francesa. Na década de 1790, 4 constituições: 1791, 1793, 1795 e 1779. Delega ao Legislativo a primazia institucional, gerando menor equilíbrio entre os 3 poderes. A constituição nada mais é do que um pacto político. Muito mais importante do que a constituição é o poder do Congresso. O Código Civil Napoleônico é o documento francês mais importante nesse período. Permanece como verdade até 1958, quando ocorre o advento da atual constituição.

A Constituição de 1958 caminha em fortalecer o seu papel, no exercício do controle de constitucionalidade. Nos EUA, esse controle era judicial. Já na França, o que se cria é um sistema classificado com Controle de Constitucionalidade Político, o qual não integra o poder Judiciário, órgão conhecido como Conselho Constitucional, formado por ex-presidentes da república, membros indicados pelo Senado e pela Assembleia Nacional. Tal controle é preventivo, e não repressivo, ou seja, o Conselho é provocado a se posicionar sobre os projetos de lei e não lei já aprovadas. Até 2008 apenas preventivo.

Em 2008 criou-se um controle repressivo, com a chamada Questão de Inconstitucionalidade, a qual pode ser levantada perante qualquer juiz. O juiz remete a questão a dois órgãos judiciários que atuam de maneiras separadas: Corte de Cassação (particulares como titulares da ação) e Conselho de Administração (envolvem o Estado como sujeito da ação). Ambos os tribunais permitem a análise da questão por parte do Conselho Constitucional, que decide o mérito da ação e remete os autos ao juiz, para que este termine por julgar a causa. O controle é, agora, também repressivo. Pressão europeia e da corte europeia de Direitos Humanos, assim como ocorreu no Reino Unido.

25/04/2016

Constitucionalismo Alemão

De início, percebe-se um grande problema: povo dividido em principados e reinos e que reivindicam a existência de um Estado com a discussão a cerca de uma constituição.

1871: formação de uma monarquia constitucional com a discussão do papel do Estado e da monarquia em termos constitucionais.

1919: Constituição de Weimar, a qual inaugura a República de Weimar e é o marco do constitucionalismo social. Aponta tanto para uma abertura quanto para um debate de cunho liberal, quanto social, além de receber duras críticas do setor conservador da sociedade (constituição como “colcha de retalhos”). Papel fundamental do debate dos constitucionalistas, sendo eles: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Rudolf Smend, Franze Neumann, etc. Debate que saiu da academia e chegou à política. A crise social fez com que prevalecesse o significado conservador da Constituição de Weimar, com ideias fascistas e a consolidação de uma posição totalitarista de política. A vigência da constituição de Weimar não foi obstruída pelo Nacional-Socialismo.

1949: Lei Fundamental de Bonn → Influência dos Aliados na conservação de um Estado Constitucional na Alemanha. Inspira diversos outros constitucionalismos, na medida em que: há a definição de um sistema federativo bastante robusto (preocupado em distribuir competências); dependência maior do Chanceler em relação ao Legislativo e o Chefe de Estado com papel menos efetivo (evitar excessos como no Nacional-Socialismo); o Legislativo é bicameral mas com papel maior da Câmara Baixa (*Bundestag*: câmara de representação); a estrutura que acaba interessando mais, pela sua proeminência, é o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundes verfassungsgericht*), com controle de constitucionalidade concentrado (\neq difuso), não se atendo a este em termo de questões abstratas, visto que teve o papel de pensar todo o leque de direitos fundamentais.

A Lei Fundamental de Bonn estabelecia uma ordem concreta de valores, não se tratando apenas a uma aplicação silogística da constituição, mas também de utilizar o Princípio ou Máxima da Proporcionalidade em questões legislativas e também políticas, obtendo posição muito mais proativa.

Caso Lüth (1958): envolvia processo de transição para o contexto democrático. Envolvia Eric Lüth e Veit Harlan. Lüth era um produtor e distribuidor de cinema, enquanto Harlan era um cineasta ligado ao Nacional-Socialismo (filmes com teor antissemita). Lüth começou um boicote aos filmes de Harlan, pois não se poderia tolerar um nazista de qualquer maneira. Veit Harlan ajuíza uma ação recorrendo uma indenização, com base no BGB. Nas 2 primeiras instâncias, Harlan vence. Porém, Lüth leva a causa à Corte Constitucional Alemã (CCA), a qual discute questões quanto a aplicação da constituição (pois a ação viola a constituição). A CCA não deve aplicar somente o BGB, por estar se prendendo às muletas da lei como o Nacional-Socialismo

fez. Constrói-se então uma nova teoria: a Lei Fundamental de Bonn constitui a sociedade alemã, é uma ordem concreta de valores, define aquilo que a sociedade alemã mais objetiva. Os valores previstos são os princípios ou direitos fundamentais previstos constitucionalmente, não aplicados com o silogismo (o que ocorre no BGB). Pode haver uma colisão desses direitos fundamentais: direito a imagem (Harlan) e direito a liberdade de expressão (Lüth). A Corte dá razão a Lüth, mas para chegar a essa conclusão adotou-se um procedimento complexo.

Premissas básicas fixadas nesse caso:

- 1) Define a constituição como uma ordem concreta de valores;
- 2) Valores são semelhantes a princípios e a direitos fundamentais;
- 3) Esses direitos fundamentais podem entrar em colisão;
- 4) O método para a solução dos princípios será a ponderação de valores, a partir da máxima da proporcionalidade;
- 5) Horizontalização dos direitos fundamentais (aplicam-se diretamente a particulares, ainda que com a ausência do Estado);
- 6) Fixa também a “constitucionalização do Direito”: quaisquer relações (civil, penal, tributária, ...) serão pautadas pela constituição.

Obs.: **Controle de Constitucionalidade difuso**: válido apenas ao caso concreto em qualquer grau de jurisdição.

Controle de Constitucionalidade concentrado: decisão que tange todo um ordenamento jurídico. No Brasil, são exemplos: ADIN, ADPF, ...

Teorias da Constituição

Constitucionalismo Alemão Clássico (transição da Teoria do Estado para a Teoria da Constituição):

- *Paul Laband* (1838 – 1918): teórico do Estado, preocupado com a ideia de centralização (antigos reinos governados agora por um governo central), de uma monarquia constitucional em meio a um contexto político europeu de crise, em que centralização correspondia a estabilidade. Só há constituição na medida em que há soberania monárquica (esquece-se a soberania parlamentar inglesa). Controlar a soberania através das constituições. Em 1862, na Prússia, houve uma crise orçamentária e Otto Von Bismarck contrariou o texto da constituição, mas Laband defende o ato de Bismarck visto que essencialmente a constituição é a

vontade do monarca, não sendo uma lesão à ideia principal do texto, ação politicamente aceitável. Defesa de uma constituição meramente política, há a política por si só, sem controle de outro polo.

- *Ferdinand Lassale* (1825 – 1864): “A Essência da Constituição”. Perspectiva sociológica das constituições, em que se privilegia como as coisas são (âmbito do dever-ser). A constituição é a soma dos fatores reais de poder, não tem papel de promover mudanças na sociedade. Só revela o pacto político existente na sociedade. “A constituição é tão somente uma folha de papel.” No âmbito do direito, não se pode contentar com o papel meramente político da constituição, visto que a constituição só pode constituir se ela de fato muda o *statuos quo* vigente.
- *Georg Jellinek* (1851 – 1911): em primeiro lugar, a soberania deixa de ser um poder meramente de uma monarquia, mas agora sendo uma soberania estatal. Uma constituição deve de alguma maneira orientar a vontade estatal. Permanece preso sobre o que é o papel e a força da constituição. Conceito de “Mutação Constitucional”: termo clássico, em que se denuncia processos informais de mudança de uma constituição, ou seja, a constituição deve ser alterada por meio de um processo rígido e controlado (emendas superiores às leis). Ex.: presunção de inocência foi alterada sem mudar o texto da Constituição Brasileira. Propõe também uma teoria sobre direitos fundamentais, chamada de “Teoria dos 4 status”, são eles: *subjectiones* (o Estado cria posições de sujeição, cumprimento de deveres); ativo (Estado confere aos indivíduos a possibilidade de participar na formação da vontade estatal. Direitos políticos); *civitatis* (os indivíduos podem exigir que o Estado intervenha de determinada maneira. Direitos econômicos e sociais, por exemplo); negativo (o próprio Estado priva-se de adentrar a determinadas posições dadas ao indivíduo. Ex.: direito à privacidade). Status é uma composição. Problema da teoria: não há uma preocupação em consolidar a soberania popular como fonte dos direitos fundamentais, há uma perspectiva eminentemente estatalista.

Constitucionalismo de Weimar:

Autores importantes até para o contexto político. Momento muito mais frutífero, visto que há uma mudança de paradigma. Direitos humanos e sociais.

- *Carl Schmitt*: atuação política não das mais democráticas. Primeiro autor a publicar uma teoria da Constituição, não mais do Estado. Parte de pressupostos controversos. Coloca ideias pertinentes, claro, tal como a definição de Constituição, a qual seria decisão política fundamental (a que o povo toma para se estabelecer). Relação “amigo-inimigo”: amigo é quem está dentro da decisão política fundamental. Crítico da democracia representativa, acreditava que democracia é identidade, afirmação da dependência “amigo-inimigo”.

Constituição Relativa (tudo que não esteja ligado a decisão política fundamental) vs Constituição Absoluta (tudo aquilo que invoca decisão política fundamental). O papel de defesa da Constituição cabe ao Executivo. O Judiciário lida com a aplicação do Direito ao caso concreto. O Parlamento é só uma coletânea de inúmeros conflitos que nada representam. O Chefe de Estado exerce o poder neutro de defesa da Constituição (“pouvoir neutre”), visto que estaria “fora” das decisões políticas, pois este sabe o que é democracia, que é identidade. O povo se identifica não com o Parlamento, mas com um representante. Defensor do Estado de Exceção: formas da constituição se defender, em que nesses momentos há a afirmação da decisão política fundamental, a pura política. Extremamente autoritário. Justifica o fechamento do Parlamento Alemão em 1933, por Hitler, até o final da 2ª Guerra Mundial.

29/04/2016

- *Hans Kelsen (1871 – 1973)*: a base da estrutura pensada por Kelsen passa pela distinção entre ser e dever-ser. A principal contribuição do austríaco é a alusão a uma pirâmide (“Supremacia da Constituição”). Juízes também definem normas para casos individuais, assim como os membros do Executivo, com base em autorizações normativas gerais e abstratas fixadas na lei, estas subordinadas à própria constituição (ordem normativa superior). Sentido científico muito mais aprimorado. Pressuposto científico específico de não-regresso ao infinito, conhecido como Norma Hipotética Fundamental. Kelsen possibilita uma crítica estabelecida na perspectiva interna (de sua própria teoria), em que se tenta distinguir a atividade legislativa da atividade judicante: distintas por um aspecto quantitativo, visto que ambos trabalham com a lógica do dever-ser (legislador produz normas gerais e abstratas num raio de ação específico e, o juiz, aplica tais normas em casos concretos e num raio de ação ainda mais específico). De acordo com Kelsen, o legislador propõe uma “moldura”, estabelece possíveis respostas normativas para o uso do juiz. O juiz deve ter uma interpretação autêntica (cognitiva e volitiva), em que este aplica a norma individual escolhendo a hipótese normativa cabível ao caso concreto. Visto não ser possível prever todos os casos possíveis, Kelsen diz ser possível ocorrer o poder discricionário, em que o juiz “sairia de dentro da moldura”, através de um ato cognitivo e volitivo. Kelsen defende que o juiz pode exercer a mesma função do legislador. “Ninguém pode ser juiz em causa própria” (crítica à Carl Schmitt). O detentor da constituição deveria ser aquele que entende como o dever-ser se estabelece, ou seja, o Judiciário. Em países de Common Law, o significado da proteção da constituição será feita através de um precedente, enquanto que no Civil Law haverá um controle de constitucionalidade concentrado através de um tribunal constitucional, sendo este um legislador negativo (STF não é propriamente um tribunal constitucional, pois este tem competências muito

claramente definidas e voltadas para o controle de constitucionalidade). O STF tem outras competências além de discutir o controle de constitucionalidade.

- *Rudolf Smend (1882 – 1975)*: meio termo entre Schmitt e Kelsen. Conhecido por ser um Hegeliano (Hegel). “Espírito da constituição”, ideia de processos de integração ética-social. Ligação de sociedade e Estado. Teoria material da constituição. Processo de Integração Pessoal: permite, através da constituição, que o povo possa se identificar com um determinado exercente do poder (processo perigoso). Processo de Integração Funcional: a constituição cria mecanismos em que os cidadãos se integrem funcionalmente (plebiscito, referendium, recall, ...). Processo de Integração Real: simbólica, permite que determinados símbolos (hino, bandeira, ...) se integrem ao conjunto Estado-povo.

Constitucionalismo alemão Pós-Guerra

Discussão em torno do Tribunal Constitucional Alemão, criado pela Lei Fundamental de Bonn, que não fez nenhum questionamento na transição do Nacional-Socialismo para o período Pós-Guerra. Entendiam ser os atores da desmassificação de outrora.

- *Robert Alexy (1945 –)*: tenta encontrar no Tribunal Constitucional uma racionalidade específica. Caso Lüth (ver p. 14).

02/05/2015

Jurisprudência de Valores:

- Ordem concreta de valores (Corte Constitucional Alemã);
- Konrad Hesse;
- *Robert Alexy*: avança no que diz respeito à reformulação da constituição, visto que a ordem concreta de valores permite dizer que a constituição é integrada por um conjunto de normas que não pode ser exaurido pela maneira pensada pelo Positivismo. Pensada, então, a partir de dois tipos de normas: regras e princípios. Princípios são espécies de normas (estas ≠ valores, valores estes podem ser preferidos, o que não ocorre com os direitos) mais gerais que podem conviver no plano da validade de forma contrária, valorados a partir do critério da ponderação (máxima da proporcionalidade: decisão racional e legítima) em caso de colisão de princípios. Já regras não podem conviver com outras contraditórias, visto que a colisão gera a invalidez de uma das regras. Lei de Ponderação: quanto maior o grau da não satisfação ou detrimento de um princípio, maior deve ser o grau da satisfação do princípio correspondente (presente em inúmeros casos da C.C.A.). Exemplos: Habeas Corpus 82424 (caso Ellwanger: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>); José Afonso da Silva: *Proporcional e Razoável* (2003). Não há o rigor

pretendido por Alexy na aplicação da Máxima da Proporcionalidade. A dignidade da pessoa humana é imponderável;

Jürgen Habermas

Sociedade heterogênea e com ideias bastante diferentes. Pensar uma teoria sobre o direito que abarque a complexidade da sociedade contemporânea: Teoria do Pluralismo (John Rawls). Difícil falar sobre a Ordem Concreta de Valores. Habermas publica a Teoria da Ação Comunicativa, na qual tenta lidar com a questão do pluralismo e o que deve significar o agir social: tenta entender como uma sociedade tão plural pode se manter coesa (dinheiro, solidariedade e, principalmente, a linguagem). A linguagem deixa de ser uma ponte/instrumento para constituir o mundo tal qual conhecemos, somos algo a partir da linguagem (teoria discursiva da linguagem), teoria também abordada por Heidegger.

John Langshaw Austin (não o Austin do Direito) é uma base para o pensamento de Habermas, visto a teoria dos Atos de Fato: mostra como a linguagem muda o mundo, como as pessoas agem pela linguagem. Existem 3 tipos de atos:

- *Locucionários*: aquele que promove a comunicação;
- *Ilocucionários*: muda o mundo após a comunicação (o “sim” do casamento: infinidade de efeitos jurídicos), não se trata apenas de um assentimento;
- *Perlocucionários*: aquele que se tem realmente a utilização da linguagem, mas a comunicação visa a fins não claramente postos (“cortina de fumaça”). Não cumpre o papel primordial da linguagem: consenso entre interlocutores (ex.: determinado discurso proferido por um candidato sem a real vontade de efetivação).

A Teoria da Ação Comunicativa, então, se apropria dos 3 tipos de atos de Langshaw Austin para entender a ação comunicativa social. São três tipos de agir social (ações):

- *Ação comunicativa*: ação visa o consenso;
- *Ação estratégica*: a linguagem, clara e ostensiva, para alcançar fins;
- *Ação instrumental*: o interlocutor é instrumentalizado por uma linguagem não sincera. Perspectiva não-moral ou antiética. Não há apenas consenso. Ocorre sim na sociedade.

Habermas parte do pressuposto de como a linguagem vai influenciar as conclusões que se pretendem chegar a partir de certas normas. Em Kant, há a discussão sobre os cursos de ação a serem seguidos (“o que devo fazer?” razão prática), e Habermas “bebe dessa fonte”. Habermas entende que a visão de Kant é reducionista, visto que não coletiviza o problema, discutível por diversos atores sociais. Na Teoria da Ação Comunicativa, há uma mudança da razão prática para a razão comunicativa, esta não simplesmente baseada no hiperativo categórico. Deve ser bem mais complexo.

Nesta teoria, a razão é posta diante de uma perspectiva eminentemente linguística e de forma mais complexa: deve-se assumir uma postura discursiva (regra do melhor argumento) e não se mantém no âmbito moral. Questões:

- *Pragmáticas*: equivalência entre meios e fins, ou seja, resolvida segundo a adequação (gastar o menos possível para chegar ao fim proposto);
- *Éticas*: identidades individuais ou coletivas que as pessoas têm (o que é bom para mim ou para nós), não colocadas a todas as pessoas;
- *Morais*: visão mais ampla, o que é justo ou correto fazer diante de uma perspectiva geral. Difícil de chegar à esse plano.

Teoria Discursiva do Direito e da Democracia: preciso pensar em uma instituição que atue de maneira coercitiva que faça valer os princípios éticos-morais sociais. O Direito tem a capacidade de manter a coesão social, esta mesma tão complexa e diversificada. O Direito atua através da chamada “forma jurídica”: aparato social jurídico que permite a adequação do corpo social diante dos objetivos visados, a coerção. Não será qualquer Direito dotado de força que será válido, visto o seu caráter mutante. Deve-se dar uma razão para que as pessoas ajam em conformidade com as normas postas. Vai agir independente da não aceitação das pessoas, mas deve-se legitimar/racionalizar o Direito, este preocupado com a externalidade do sujeito (comportamento externo, objetivo).

Habermas define o Princípio do Discurso: são válidas aquelas normas para as quais os seus destinatários puderam dar o seu assentimento na condição de autores. Base de autonomia (também de origem kantiana). Ao lado da força do Direito, deve haver algo que a legitime. A linguagem mantém a tensão entre facticidade e validade: consenso que se objetiva alcançar e o que acaba acontecendo. É próprio da linguagem que as pessoas não consigam alcançar um consenso, o que caracteriza uma falha na comunicação.

Habermas desloca essa tensão para o Direito. A facticidade é a coerção do Direito, em que este vai de alguma forma ser cumprido. A validade vai estar presente na forma na qual a norma vai ser cumprida, não apenas pelo uso da força. O que permite a possibilidade de se pensar que a lei deve ser cumprida? O princípio democrático,

produzida de maneira legal. “**Não há Estado de Direito onde não há democracia radical**”. Deve-se recorrer ao mesmo procedimento para reverter uma medida imposta. Princípio do discurso + forma jurídica (coerção própria do direito) = Princípio Democrático: são válidas aquelas normas JURÍDICAS para as quais os seus destinatários puderam dar o seu assentimento na condição de autores. Não exige um cidadão 24hs, mas sim um espaço para a construção da legitimidade de normas jurídicas legítimas.

Portanto, a constituição não pode ser uma ordem concerta de valores, deve haver uma tensão constitutiva com a democracia. Não há constituição legítima sem democracia, ao passo que a democracia exige um documento que a legitime. A ideia de Estado de Direito tenta invocar justamente essa relação constitutiva. Diante das sociedades modernas, a democracia é exercida a partir dos poderes exercidos e previstos na constituição. A constituição fornece os instrumentos para o exercício dessa mesma democracia, e esta afere a vontade popular e permite a alteração do corpo normativo para afirmar o desejo social. Retroalimentação do direito.

- Constituição: Estado de Direito, direitos fundamentais. AUTONOMIA PRIVADA.
- Democracia: Soberania popular, participação popular. AUTONOMIA PÚBLICA.

Nem mesmos os regimes autoritários deixaram de dizer que invocavam uma vontade do povo. Descontrói a tese de Carl Schmitt.

Voltando aos discursos pragmáticos, morais e éticos:

Claus Günther: imenso discurso jurídico de justificação acerca da ordem jurídica. Teoria tradicional do poder constituinte. Ao fazer a constituição é possível fazer a relação das questões pragmáticas, éticas e morais.

- *Discursos jurídicos de justificação*: construção de normas para uso em casos futuros. Poder Legislativo;
- *Discursos jurídicos de aplicação*: debate sobre a norma adequada para o caso concreto. Poderes Judiciário e Executivo.

Direito vs Moral: relação de correção. Direito mais restrito (a moral visa atingir um público mais geral) e, ao mesmo tempo, mais amplo (Direito trata de questões pragmáticas, éticas e morais) do que a moral.

Novos discursos de justificação (por meio de leis) tentam regulamentar o que foi definido constitucionalmente. A lei deve cumprir as exigências de supremacia e rigidez constitucional. O poder Legislativo (discurso de justificação) tem um espaço de atuação maior do que os poderes Executivo e Judiciário (discurso de aplicação). O Controle de Constitucionalidade é justificado de forma em que o Judiciário deve zelar pelos ideais pretendidos pelo poder constituinte.

09/05/2016

Cada Estado tentará unificar as questões pragmáticas, éticas e morais em um mesmo contexto, com o uso dos discursos jurídicos de justificação. Esses diversos discursos levam a uma constituição, que é um documento de identidade constitucional (Sieyes). Os poderes constituídos terão o papel de aplicar a constituição.

O Legislativo gera novos discursos jurídicos de justificação, disposto pelo legislador, podendo estes serem pragmáticos, éticos ou morais. Já os poderes Executivo e Judiciário trabalham com situações de adequação de normas ao caso concreto, trabalham então com discursos jurídicos de aplicação. Excepcionalmente, com a complexidade do Estado atual, geram também discurso jurídicos de justificação (medidas provisórias e súmulas vinculantes, por exemplo).

O Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade (*Judicial Review*) e, de acordo com a visão Habermasiana, ele atua de forma a declarar a invalidade do que foi estabelecido/definido pelo legislador. Habermas justifica o controle de constitucionalidade a partir do Constitucionalismo Americano.

Desde o séc. XIX há autores norte-americanos que discutem o controle de constitucionalidade e o papel de uma suprema corte. As duas tradições mais fortes são: Liberalismo e Republicanismo.

O Republicanismo enfatiza a soberania popular, por ser uma tradição muito ligada a Rousseau. O cidadão tem um papel primordial e essencial em fazer valer o que é a soberania popular. O Estado deve resgatar isso, através de suas decisões, as quais traduzem o que seja a soberania popular. Não se pode lesar direitos, mas são as decisões da maioria acabam por justificar determinadas restrições de direitos. O controle de constitucionalidade só está justificado quando há uma lei que não corresponde à vontade da maioria. Decisão da lei complementar 125/2010 (Lei Ficha Limpa), a qual foi aprovada com um amplo apoio da soberania popular. Trouxe, porém, dispositivos discutíveis quanto a garantia de direitos.

- Exemplo de teoria: Bruce Ackerman → propõe uma democracia dualista, em que encontra formas de exercício *Higher lawmaking*: povo atuando de forma veemente, este é conclamado a participar. Ex.: momento constituinte 1777 – 1791; reconstrução após a Guerra Civil para proibir a escravidão; 1930: New Deal e a regulação econômica. *Normal lawmaking*: cidadão transfere ao Estado a função de fazer uma constituição sem que o chame para participar o tempo todo.

Por outro lado, o Liberalismo preza pelos direitos individuais. Há direitos anteriores a qualquer deliberação pública. Kant e Locke. Há questões que devem ser preservadas a qualquer custo e que não podem ser decididas nem pela maioria. Precedência por direitos. Justifica o controle de constitucionalidade através dos direitos majoritários. Uma lei inconstitucional é aquela que lesa direitos, são trunfos sobre a decisão da maioria.

- *Ronald Dworkin* e *John Rawls*: Rawls está preocupado com o fato do pluralismo, que coloca um desafio muito grande quanto a forma de garantia de direitos e a forma de como fundamentá-los. “Véu da ignorância” sendo fundamental para legitimar a função estatal. “Consenso de sobreposição”: leis e constituições que não vão atingir projetos de vida específicos, um acordo abstrato, consenso este que não deve ser constitucional, visto que este tange questões substantivas e específicas. O consenso constitucional (imperfeito) reflete um processo político em que disputas parciais levam ao domínio de uma identidade sobre outra.

Habermas propõe o Procedimentalismo, corrente preocupada em garantir direitos e a democracia. As cortes devem resguardar o devido processo legislativo e os direitos humanos. Coesão interna entre direitos e democracia, a ideia de Estado Democrático de Direito. Sempre que uma lei viola direitos ou o devido processo legislativo (soberania popular) ela deve ser declarada inconstitucional pela órgão responsável pelo controle de constitucionalidade.

Obs.: Livro → A Inclusão do Outro, cap. 9 – Habermas

História Constitucional Brasileira

Difícil falar sobre constitucionalismo brasileiro visto a história de golpes. Não há um respeito pelas instituições nem pelas constituições.

A primeira constituição, a imperial de 1824, foi o ápice de um processo (sem volta) que se inicia com a instalação da família real portuguesa no Brasil, a qual traz consigo inúmeras e importantes instituições. O debate que se inicia em 1823 trata do estabelecimento de uma constituinte luso-brasileira, o que foi um insucesso. A constituição brasileira de 1824 não agrada D. Pedro I e, na “Noite da Agonia”, o imperador dissolve a Assembleia. Ele então outorga uma constituinte em 1824, totalmente centralista, com a justificativa de fortalecer o Estado. O Poder Moderador era a chave política dessa organização estatal, o qual deveria ser neutro (Benjamin Constant) e deveria controlar os 3 poderes. Ocorreu que este Poder Moderador podia dissolver o congresso, suspender juízes, interferir no Executivo das províncias, etc. Características de destaque: constituição semirrígida; limitação temporal da constituição (1824 – 1828); direitos: voto censitário, liberalismo clássico francês.

Decreto presidencial estabelece uma república e uma federação. Coloca as bases para os que seria a Constituição de 1891, promulgada por uma Assembleia Constituinte. O modelo seguido foi o norte-americano. Ruy Barbosa teve enorme influência. Executivo presidencialista unipessoal. Legislativo bicameral mas agora com Câmara dos Deputados e Senado Federal (representa os Estados-membros). Judiciário passa a contar com um órgão responsável por uniformizar as decisões da constituição, o Supremo Tribunal Federal. Essa constituição de 1891 traz inúmeros dispositivos que inovam e tentam adaptar a organização de estado. Observa-se que, em relação aos direitos, o STF tem grande importância, com o julgamento do Recurso Extraordinário e a definição do Controle de Constitucionalidade, anteriormente decidido de forma difusa (inspiração norte-americana). O STF leva adiante a doutrina do habeas-corpus, uma forma encontrada pelo Supremo de expandir os direitos fundamentais (não apenas à liberdade de locomoção, mas também de expressão, por exemplo). Durou até 1926, quando ocorre uma emenda em que se restringe ao habeas corpus à liberdade de expressão. Lesada inúmeras vezes com decretos de Estado de Sítio.

Com o fim da política do Café com Leite, Vargas assume o poder com a Revolução de 1930. De 1933-1934, uma nova constituinte promulga a Constituição de 1934, que inseria o constitucionalismo brasileiro no constitucionalismo social (se aproxima da constituição de Weimar). Direitos sociais e econômicos passam a figurar no texto constitucional. Extingue-se a figura do vice-presidente da República. O Senado Federal tem competências reduzidas (menores do que as de 1891) e primazia da Câmara no Legislativo. Judiciário com o STF.

Em 1937 há a instauração do Estado Novo, com a desculpa da ameaça comunista. Outorga, novamente, de uma constituição, a “Polaca”. Extremamente autoritária, redigida por Francisco Campos (professor na FDUMG). Constituição centralista,

diminui o papel dos estados, quase tudo é matéria de competência da União. Congresso Nacional fechado. Vargas governava através dos Decretos-lei, capaz de alterar a ordem jurídica vigente. Exs.: CLT, Código Penal, Código de Processo Penal. Disposições de conteúdo autoritário, com a preocupação da soberania e segurança nacionais (inúmeras hipóteses de pena de morte) e restritiva quanto aos direitos. Tribunal de Segurança Nacional com clara atuação política. A Constituição de 1937 não poderia ser mantida após 1945 (2ª GM).

Vargas é deposto em 1945 e há a instauração de uma Assembleia Constituinte que aprova a Constituição de 1946. URSS menos ameaçadora e menos inspiradora. Tenta fundar bases democráticas, com inspiração na de 1934, com direitos sociais e trabalhistas. Justiça do Trabalho não mais vinculado ao Ministério do Trabalho. O Senado ganha papel legislativo, descentraliza o federalismo brasileiro e, em relação ao Executivo, presidente e vice eleitos em chapas distintas.

Eleição de Jânio Quadros e João Goulart como vice. 1ª grande crise da constituição com a renúncia de Jânio Quadros, posteriormente com a instauração de um regime parlamentarista como condição fundamental para que João Goulart assumisse o governo, mas com poderes muito reduzidos. O povo brasileiro, através de um plebiscito, decide por voltar ao presidencialismo (1963). Setores mais conservadores da sociedade civil e a mídia, e com apoio Norte-Americano, levaram ao Golpe de 1964, com as Forças Armadas. “Revolução” como forma de “salvar” o país e a população de uma possível ameaça comunista. Através de um ato institucional mantém-se (não revoga) e derruba-se (presidente derrubado) a constituição de 1946. É um ato de exceção e de força. Permite ao Congresso eleger o novo presidente da república. O AI-2 vai restringir as garantias de vitaliciedade e estabilidade. Junto com esses dois atos, há inúmeras cassações políticas (ex.: JK e Carlos Lacerda). O AI-2 institui o bipartidarismo (ARENA e UNB). EC 16/1965: cria o Controle Concentrado de Constitucionalidade. O STF também exercia o controle concentrado e difuso. Só poderia ser ajuizado pela Procurador Geral da República.

Necessidade de se impor a Constituição de 1967, votada do dia para a noite, em um processo nada democrático. Extremamente centralizadora e que prejudica a federação brasileira, imbuída em um ideal de segurança nacional. AI-5 em 1968, com o fechamento do Congresso Nacional, além do fim do habeas-corpus para réus políticos. Combate à subversão, ao inimigo interno que era o comunismo (criação dos DOI-CODI). Ainda no governo de Costa e Silva, a EC nº1/1969 promove uma mudança imensa. Tal emenda ressuscita a pena de morte, agora também nos casos de “guerra psicológica”. Apenas dois casos de pena de morte, mas comutados em pena restritiva de liberdade.

Nos anos de 1975 e 1976, a ditadura civil-militar perde força. “Lenta e gradual distensão” (Gouberido Couto e Silva). Transição controlada pelo governo, mas com movimentos populares que visavam a volta da democracia. Lei 8673/79: lei da anistia, que não sai como esperada.

Década de 1980: retorno ao pluripartidarismo e volta dos exilados. Emenda Dante de Oliveira: Diretas Já! A EC não sai como vitoriosa. Tancredo Neves como o nome civil para conciliação. Neves morre e Sarney assume. Todo esse movimento é canalizado para a Assembleia Constituinte de 1988. Sarney elabora a Comissão de Notáveis, que acaba por ser derrotada. A EC 26/1985 convoca a Assembleia Constituinte e fala em anistia de uma forma diferente da lei de anistia (torturadores, nesse caso, não são favorecidos).

A Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1987 é a expressão mais democrática da história brasileira, mesmo que não fosse um ANC pura (formada exclusivamente para a formulação da constituição) e que fosse formada por “senadores biônicos” (membros do regime militar). A tentativa de José Sarney de controlar a constituinte (por meio de uma comissão de “notáveis”) é derrotada pela Assembleia Constituinte. Projeto assentado na soberania popular, que correspondesse com a identidade plural brasileira.

13/05/2016

A CF/88 tem, em sua estrutura básica: preâmbulo, núcleo normativo fundamental (250 arts.) e um ADCT (ato das disposições constitucionais transitórias). No núcleo dogmático há uma estrutura fundamental definida nos arts 1º– 4º, que tratam da identidade do Estado e da sociedade. Do art. 5º ao 17, trata-se de direitos fundamentais, agora mais relevantes. Igualdade não apenas formal, e sim material e com relação à diferença (busca por uma maior justiça; tenta diminuir a discriminação racial e de gênero). Inúmeras garantias salutares: ambientais, processuais (Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular para proteção de direitos difusos), sindicais, políticas, etc.

A organização federativa é definida nos arts. 18 – 36. Inúmeras e decisivas competências da união, ou seja, longe do federalismo de cooperação (e sim um federalismo centralizado). Na sequência, normas que tangem à administração pública, precedendo a divisão dos poderes e os processos legislativos. Plebiscito de 1993: manutenção de uma república presidencialista (pelo anseio de estabilidade política).

Judiciário fortalecido, com autonomia administrativa, por exemplo, com a pretensão de garantia de direitos fundamentais. STF com papel preponderante (decide como e quando quer) também no controle de constitucionalidade. Controle de constitucionalidade misto (difuso em 1891; concentrado em 1965, EC 16/65). Ações de controle concentrado: ADI (genérica, por omissão, interventiva), ADC (ação declaratória de constitucionalidade) e a ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), Súmula Vinculante (a partir de 2004). Criação de órgãos que não integram o Judiciário mas que fazem valer o seu papel: Ministério Público (atuar em prol dos interesses das sociedade. Ex.: Ação Civil-Pública); Defensoria Pública; Advocacia Privada (OAB); órgãos que cuidam dos interesses estatais jurídicos (Advocacia Pública).

CF/88 traz direitos às instituições: proteção à família, educação, indígenas e quilombolas, direitos trabalhistas, ordem econômica e financeira, anistia (apenas para

quem sofreu por atos de exceção). Sentido emancipatório muito claro, antagônico a qualquer política de governo de exceção.

16/05/2016

Classificação das Constituições

Quanto à teoria:

- Negativa: próprias de uma perspectiva liberal, na qual preocupa-se basicamente em limitar o poder estatal. Menor vinculação do Estado com a sociedade. Ex.: Constituição Americana;
- Dirigente: inserção social maior e fixa metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado em conjunto com a sociedade. Papel edificante de estabelecer um Estado Social (1919 Weimar e 1917 México, por exemplo);
- Procedimental: garante direitos ao mesmo tempo em que se preocupa com procedimentos de participação popular.

Quanto ao conteúdo:

- Material (substantiva): elementos clássicos do Direito Constitucional. Direito fundamentais e organização do Estado;
- Formal (adjetiva): tratam de matérias que não integram os elementos clássicos do Direito Constitucional e que ganham força constitucional com a determinação da Assembleia Constituinte.

Quanto à forma:

- Escrita: positivada. Maioria esmagadora das constituições atuais;
- Não-escrita: Ex.: Inglesa, Israel (com algumas reservas) e Nova Zelândia.

Quanto à ideologia:

- Ortodoxa: quando adota claramente uma única ideologia que permeia todas as normas constitucionais (Ex.: constituição cubana);
- Eclética: CF 1988. Pluralismo de ideologias;

Quanto à unidade documental:

- Orgânica: há apenas um documento no qual esta plasmada a matéria constitucional;
- Inorgânica: documentos espaçados (francesa de 1958 e a inglesa, por exemplo). Bloco de documentos (normas decorrentes da interpretação dos documentos e emendas constitucionais);

Quanto ao modo de elaboração:

- Dogmática: percebe-se o momento específico de adoção da constituição. Boa parte das constituições;

- Histórica: resultante de uma gestação que dura todo um processo histórico (Ex.: inglesa).

Quanto à estabilidade:

- Rígida: processo qualificado (específico) para alteração;
- Flexível: processo de mudança coincide com o processo de mudança das demais leis;
- Semi-rígida: parte da constituição puder ser modificada por um processo qualificado e outra parte por um processo coincidente ao das leis ordinárias (Ex.: brasileira de 1824).

Quanto à origem (correlação com a democracia):

- Promulgada: advém da vontade popular;
- Outorgada: imposta;
- Cesarista: grau mais radical da imposição, advindo da imposição de apenas uma pessoa (Ex.: Brasil 1824 e 1937).

Quanto à extensão:

- Analíticas: há um grande número de dispositivos constitucionais. Ex.: Constituição Indiana (500 artigos);
- Sintéticas: poucas disposições constitucionais, é enxuta. Ex.: Americana (16 artigos).

Outras classificações:

- Constituição dúctil (Zagrebelsky): maleável, ou seja, o Judiciário consegue adaptar facilmente a constituição às mudanças da sociedade.
- Teoria Ontológica (Loewenstein)
 - Normativas: força e capacidade de mudar efetivamente a sociedade;
 - Nominais: há um hiato claro entre a constituição e o exercício do poder, aplicação dos direitos fundamentais. Não promove as mudanças pretendidas;
 - Semânticas: tão-somente uma forma de legitimar (instrumento) para uma determinada autoridade. Não tem a pretensão de mudar a realidade social. Ex.: CF 1937.

DATA	HISTÓRICO	FORMA	ORIGEM	REVISÃO
1824	Imperial	Orgânica Analítica	Outorgada (Pedro I)	Rígida
1891	1ª República	Orgânica Analítica	Dogmática (ANC mista)	Rígida
1934	Nova República	Orgânica Analítica	Dogmática (ANC pura)	Rígida
1937	Estado Novo	Orgânica Analítica	Outorgada (Get. Vargas)	Rígida (fixa, de fato)
1946	Liberal	Orgânica Analítica	Dogmática (ANC mista)	Rígida
1967	“Revolução de 64”	Orgânica Analítica	Outorgada (Congresso)	Rígida
1988	Pós-Revolução de 64	Orgânica Analítica	Dogmática (ANC mista)	Rígida

Hermetica e Normatividade Constitucional

Hermetica é tradicionalmente conhecida como a ciência da interpretao. Ligada ao semi-deus grego Hermes. A Hermetica constitucional aparece em um estgio embrionrio, visto que as constituies de inio tinham carter basicamente poltico e nada jurdico.

O inio do estudo se inicia com a necessidade da atuao do Legislativo nessa atividade:

Thomas Cooley (EUA): as normas constitucionais poderiam ser “self-executing” ou “not self-executing” (no tm eficcia at que uma lei regulamente o dispositivo), dependendo da execuo de demais dispositivos. No h preocupao, ainda, com o papel do intprete.

Interpretativistas: a atividade judicial era a atividade de tentar encontrar as intenes postas pelo constituinte (“Founding Fathers”). Trabalham a partir de um intencionalismo, encontrar o que o autor quis dizer.

- *Originalista*: deve-se pensar e entender tambm o contexto histrico no qual os “Founding Fathers” estavam inseridos. O mais famoso originalista foi Anthony Scalia.

No-Interpretativistas: a atividade no pode ser reduzida ao encontro do autor. É necessrio entender quais valores atuais permitem entender/atualizar a determinao constitucional posta tempos atrs. Michael Pedry.

Brasil:

A hermetica sempre foi algo deixado de lado, sempre entendida como forma de encontrar a inteno do autor. Influencia de Savigny e da interpretao tradicional alem.

Resgate da eficcia das normas constitucionais.

Jos Afonso da Silva (J.A.S): tenta sofisticar a teoria do Cooley. Existem trs formas de eficcia da norma constitucional:

- Eficcia plena: contm todos os elementos para a sua aplicao (Ex.: Art. 5º, II CF/88);
- Eficcia Contida: possui elementos suficientes para sua aplicao, por m prpria constituio permite que o legislador (Poder Legislativo) restrinja a eficcia da norma (Ex.: Art. 5º, VIII CF/88);
- Eficcia Limitada: se no h lei complementar o princpio constitucional no é eficaz.
 - Princpio institutivo: a constituio exige a criao de certa instituio para dar eficcia aquela norma constitucional (Art. 127 CF/88);

- Princípio programático: toda a eficácia da norma constitucional está condicionada à regulamentação de um programa definido pelo legislador (Art. 37, VII CF/88).

A construção de J.A.S. só seria resgatada na década de 1980 com o advento da CF/88, com o trabalho de Luís Roberto Barroso sobre o constitucionalismo da efetividade, que tentava sofisticar a teoria de J.A.S., ao não limitar a força da constituição ao trabalho do legislador, seguindo e refutando pressuposto de teorias mais sofisticadas.

Ronald Dworkin:

Vários autores tiveram participações importantes. O primeiro deles, Ronald Dworkin, propõe o construtivismo jurídico, uma vez que o impacto respinga sobre Robert Alexy, na Alemanha. O primeiro passo é um construtivismo jurídico que é uma crítica a Hart, que dizia que o sistema do direito era um sistema de regras primárias e secundárias e o legislador seria limitado. Dworkin critica Hart ao colocar um problema impossível de contornar juízes que exercem o poder discricionário (são “outros legisladores”, pois criam um direito novo e o aplicam retroativamente). O pressuposto errado estabelecido pela interpretação tradicional do direito é que os padrões normativos são apenas regras: o direito é formado por regras e princípios, distintos por critérios como funcionalidade (regras são tudo-ou-nada, princípios possuem uma dimensão de peso ou importância) e da colisão (regras se excluem mutuamente (hierárquica, temporal...), princípios por pesos, que não são excluídos). Dworkin não acha que é possível fazer um sopesamento, mas é preciso desenvolver uma interpretação coerente que vai fazer prevalecer um princípio no caso concreto (Alexy desenvolve isso). Na proposta de Dworkin, a interpretação jurídica é mais complexa do que o modelo de regras de Hart pensa ou possibilita. Argumentos de princípio e argumentos de política. Argumentos de política justificam uma decisão porque esta possibilita um maior bem-estar geral, que distribui mais felicidade, mais utilidade e mais bens, prevalecendo a lógica utilitarista (Legislativo e Executivo). Quanto aos argumentos de princípios, a decisão tem a pretensão de justiça ou correção, decidindo porque aquilo é o correto a se fazer (Judiciário).

É colocada a distinção entre conceitos e concepções, que de um determinado conceito retira-se inúmeras concepções. O conceito seria o tronco de uma árvore e as concepções, os galhos. O conceito de igualdade tem certa semelhança, mas é possível reinterpretar. A atividade interpretativa esta presente em qualquer campo da vida social, que tem uma importância mesmo que tenha formas distintas. A ideia de interpretação de Dworkin não a teoria dos Interpretativistas. DW critica Scalia: a ideia defendida por Scalia pode ser encontrada na literatura. A interpretação pretendida pela interpretação do autor, o qual, segundo Dworkin, é falaciosa até na teoria literária. DW propõe a hipótese estética, a qual defende que interpretar um objeto é, diante de determinados pressupostos teóricos, mostrá-lo em sua melhor luz (tornar o que ele melhor pode ser: um livro da Agatha Christie então é um bom tratado sobre a morte, mas um bom tratado

sobre investigações). Não basta atribuir ao objeto algum potencial que não é desenvolvido pelo objetivo. Dworkin diz ser necessário desenvolver um romance em cadeia, o qual requer um certo trabalho, que significa que os autores podem estar envolvidos em uma dimensão diferente, a qual permite o deslocamento do tempo: corrente interpretativa desenvolvida por vários autores: introdução ampla e aberta, um outro autor escreve o primeiro capítulo (atenta-se à introdução e deve criar algo novo, o sujeito que escreve o segundo, preciso ler a introdução e o primeiro capítulo, e assim por diante). Quanto mais longe da introdução, mais difícil fica. Como manter coerente uma interpretação que mostre que o sistema é baseado em princípios e, por isso, coerente? Os juízes estão olhando para a introdução, mas tem que ver o que se desenvolver a partir de então. Scalia acha que é só ler a introdução. É possível que haja incoerências, entretanto, visto que Dworkin coloca a teoria dos erros: os juízes exercerão um voto de humildade e que as decisões passadas são um erro e não cabem dentro daquela parte. O juiz que consegue nunca errar é o juiz Hércules, que vai costurar uma trama inconsútil (sem amarras), que não existe.

Justificar com base na exceção é um erro (tirar o Cunha, por exemplo) porque fere os argumentos de princípios (isto é, são argumentos de política). Se tivesse falado no caso Cunha que a imunidade parlamentar não deve ser usada contra o próprio legislativo, os princípios seriam seguidos e estaria tudo ok.

Dworkin ainda vai dizer que o juiz deve buscar, nos casos que julgam (porque o Direito exige isso) a resposta correta para todos os casos - e não que necessariamente vai achar a resposta correta (podem errar). Conceitos dispositivos formam o direito, e eles são o seguinte: uma afirmação em um dado sentido que tem como lado oposto obrigatório o fato de que a afirmação contrária é errada. Qualquer afirmação feita em termos de direitos significa que a determinação está definindo como correta o pressuposto e como errada o seu contrário. É um código binário. Se o juiz não persegue essa pressuposição ao máximo, ele passa a tomar decisões sentadas em argumentos de política. Os juízes, na maioria dos casos, exercem a modéstia e comprometem a força do direito. Dworkin não aceita uma ponderação, pois a sua decisão é a correta. E propõe que coerência por coerência não resolve nada. O Constituinte pode ter tomado uma decisão errada.

Dworkin acha que há juristas que defendem isso e que há um respeito ao passado incondicional (Scalia) e são chamados Condicionistas: alguma instituição já resolveu no passado e não há decisão (Scalia, Hart... positivistas em geral).

Há outra corrente que propõe que existem juízes pragmáticos que dizem que o direito e a política estão vinculados e que os jures decidem de acordo com o que os impulsos mandam (Mangabeira Unger, por exemplo). Dworkin propõe o direito como integridade, que prega que é mais do que a coerência, porque ela prega que toda comunidade e política deve almejar ser uma comunidade de princípios, em que há condicionantes básicos que tornam a comunidade vinculada pela integridade, através de virtudes políticas: a integridade, a imparcialidade (principalmente no devido processo legal) e a igualdade (água, consideração e respeito). Os juízes não podem fazer com o

direito o que bem entenderem. O Estado precisa ter moral, agindo sobre princípios, mostrando as decisões no caso concreto, revolvendo o material judicial de forma responsável, não estabelecer o que não necessariamente deve agir com viés utilitarista (o juiz pode e deve tomar, quando necessário, decisões anti-majoritárias). Os juízes não devem se preocupar com o que a população pensa.

Bibliografia da prova:

- Texto do barroso (Ctt Alemao);
- TC: texto do José Adércio Sampaio;
- Habermas (texto do professor sobre a coesão interna entre direitos e democracia)
- Texto do flávio pedro, debate do Alex. Bahia de Schmitt vs. Kelsen, Bernardo (Classificação das Ctt) e essa parte de hermenêutica do livro do professor (a decisão do controle de constitucionalidade). Historia do Ctt no Brasil:

Daniel Sarmento com Claudio Pereira de Sousa Neto Trabalho é o do trecho do livro do professor

Ler artigo: a colcha de retalhos de Gilmar Mendes

23/05/2016

A resposta correta será a resposta que consagra os postulados estabelecidos pelos princípios. Não há resposta pronta, como acreditavam os positivistas. A atividade jurisdicional é bem mais complexa.

Direito à liberdade:

- *Grishold vs. Connecticut (1967)*: a Suprema Corte chegou à conclusão de que o direito à liberdade estava implícito no texto constitucional. O caso se trata do uso de medicamentos contraceptivos dentro de um casal, o que contrariava a uma norma do estado federado. A SC então decide que casais têm o direito à privacidade.
- *Eisenstadt vs Baird*: parceiros não-casados também podem utilizar métodos contraceptivos. A SC trabalha no sentido de ampliar o direito a liberdade.
- *Loving vs Virginia*: proteção do direito a privacidade contra uma lei que estabelecia a proibição do casamento interracial. Lei esta que fere a constituição e os direitos da liberdade e privacidade.
- *Dronenburg vs Zech*: caso julgado por um juiz de instância inferior à SC, pelo juiz Robert Bork (bastante conservador e considerado positivista). Este juiz entendia que o Direito era o que foi decidido pelo Legislativo ou por uma decisão judicial anterior. O caso em questão envolvia a constitucionalidade do ato de um militar realizar práticas homossexuais. Bork declarou não ser possível estender o direito à privacidade ao militar por não haver previsão positivada, o

que gerou inúmeras críticas por parte de Dworkin, este que disse que a decisão de Bork feria o caráter dos direitos de proteger as minorias (contra majoritários) e o “romance em cadeia” das decisões jurídicas anteriores.

- Roe vs Wade: aborto legalizado até meses de gestação. + liberdade.
- Bowers vs. Hardwick (1983): tratam de leis que criminalizavam a sodomia. A SC condena um barman que havia sido flagrado realizando tal conduta. A SC entendeu que não poderia ferir a esfera dos estados federados, em detrimento do direito a privacidade.
- Lawrence vs Texas (2003): a SC supera o precedente de Bowers vs Hardwick e considera inconstitucional lei que criminalizem a sodomia.
- Obergefell vs Hodges (2015): avança na abertura do romance em cadeia do direito à privacidade, legalizando até mesmo o casamento homoafetivo.

O romance em cadeia é um processo complexo e difícil, demandando do “juiz Hércules” uma ampla responsabilidade.

Robert Alexy:

Nos países de Civil Law, a solução para os impasses do Positivismo foi a teoria de Robert Alexy. Teoria esta assentada na prática do Tribunal Constitucional Alemão. Construção própria de princípios e regras.

Regras são mandamentos definitivos (cumpridas ou não cumpridas) por conter em si as determinações fáticas e jurídicas de sua aplicação, sendo a fórmula de aplicação a subsunção (encaixe das regras ao caso concreto).

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, não contêm todas as determinações fáticas e jurídicas de sua aplicação, ou seja, o que governa a lógica da aplicação é a fórmula da ponderação em auxílio da máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Princípios cumpridos em graus.

A proposta Alexiana vai ser utilizada e aplicada em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e órgãos jurídicos supranacionais, sendo muito apoio popular no Brasil. O Constitucionalismo da Efetividade caminha no sentido da ponderação de valores. O STF recorre muito às máximas de ponderação. Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso são expoentes do pensamento de Alexy.

Crítica recorrente à Alexy: oriunda de Habermas, o qual defende que o critério de Alexy trata de direitos como trunfos. Valores possuem um código gradual, podendo ser preferidos e usados em partes, além de definirem o que é bom para o indivíduo/grupo (campo ético e pragmático). Por outro lado, normas respondem a um código binário, são obrigatórias e definem o que é justo para todos (campo da moral e do direito). A resposta correta, ainda sim, pode ser encontrada por haver um código binário de regras. Pretensão de não relativizar o Direito.

Klaus Günther: bem próximo a Habermas. Discursos de justificação vs Discursos de aplicação → o ideal da norma perfeita não pode ser alcançado, visto as limitações de conhecimento, de tempo e de participação. A construção de uma norma se dá no campo dos discursos de justificação, em que se constroem normas “prima-facie”, normas universalizáveis. Para saber qual norma aplicar ao caso concreto, deve haver o senso de adequabilidade utilizado nos discursos de aplicação, em que os sinais característicos do caso concreto delimitam a norma adequada a ser utilizada.

Poder Constituinte

Encontrado ainda no processo de gestação do constitucionalismo inglês. Canotilho entende que no modelo inglês o poder constituinte surge para revelar o direito estabelecido, este fundamental no regimento da sociedade. Já no constitucionalismo estadunidense, havia a pretensão de dizer os direitos e deveres dos colonos. No constitucionalismo francês ocorreu uma mudança mais clara, na qual o verbo fundamental é “criar”, estabelecer uma nova ordem constitucional, visão que mais influenciou os demais processos constituintes.

O exercício do poder constituinte estaria ligado a uma revolução, um poder surgido do nada, de acordo com a visão francesa. Os americanos preconizam uma assembleia constituinte como forma de exercer de fato, e com propriedade, o poder constituinte.

Uma diferença estabelecida por Sieyes tange o poder constituinte e os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário). Pode-se também separar o poder constituinte em originário e derivado. Derivado: de reforma (mudar o texto constitucional);

No Brasil: *Quem pode propor uma emenda?*

- 1/3 dos Senado Federal (SF) (no mínimo), 1/3 da Câmara dos Deputados (CD), o Presidente da República, mais da metade das Assembleias Legislativas dos estados-membros (deliberado pela maioria relativa):
 - ❖ Maioria absoluta: 1º número inteiro acima da metade de todos os membros. Ex.: maioria abs. de 81 senadores é 41;
 - ❖ Maioria relativa: 1º número inteiro acima da metade de todos os membros PRESENTES. Ex.: 41 presentes, ou seja, maioria relativa é 21.

Onde é apresentada a proposta?

- Normalmente na CD, mas pode também ocorrer no SF;

Nos casos abaixo, não é possível a tramitação de uma PEC:

- ➔ Intervenção federal: a intervenção é cláusula de defesa da federação. Objetiva garantir o equilíbrio federativo contra situações que, pela sua gravidade, possam comprometer a integridade do Estado Federal. O art.34 da Constituição Brasileira de 1988 consagra o princípio da não intervenção: prevalece a regra geral que garante a autonomia dos estados-membros, sendo a intervenção que suspende temporariamente essa autonomia, uma exceção. A intervenção é um ato político decretado pelo Presidente da República.
- ➔ Estado de Defesa: previsto no art. 136 da Constituição (há 25 anos não é decretado no Brasil). É decretado pelo Presidente da República nas seguintes hipóteses: ordem pública ou paz social ameaçadas; instabilidade institucional; calamidade natural.
- ➔ Estado de Sítio: previsto no art. 137 da Constituição. Decretado pelo Presidente da República nas seguintes hipóteses: comoção nacional; ineficácia do estado de defesa; declaração de guerra; resposta à agressão armada estrangeira.

A revisão constitucional, desde 1993, não é possível no Brasil, apenas a Emenda Constitucional. As cláusulas pétreas visam proteger estruturas e garantias primordiais.

Poder constituinte decorrente: é aquele que elabora e promulga ou modifica a Constituição de um Estado Federado. É secundário, subordinado e limitado

A teoria do poder constituinte passa por uma mudança muito clara, de que não se pode tudo. Superada pela ordem internacional dos Direitos Humanos. O 2º condicionante são os postulados da Justiça de Transição (contra o uso deste poder para o estabelecimento de um regime ditatorial, por exemplo). Outro condicionante são os ideais básicos do constitucionalismo (separação de poderes, direitos fundamentais, garantia dos postulados básicos, ...).

03/06/2016

Controle de Constitucionalidade

Na Grécia Antiga, algumas cidades-Estado previam uma ação conhecida como *Graphé Paranomon*: declaração de invalidade das *nomóis* (normas da Assembleia) sobre as *psétimas* (normas do cotidiano político). Já no séc. XVI, na Inglaterra, Edward Coke defendeu a proeminência do Common Law sobre o Statutory Law. Nas colônias norte-americanas, o *Privy Council* estabelecia a força do Common Law sobre as leis coloniais.

A mudança de paradigma só iria acontecer recentemente, em 1803, com o caso *Marbury vs Madison*. A procedência da constituição sobre as normas infraconstitucionais pelo Judiciário ficou conhecido como *Judicial Review*. Duas características da constituição moderna para se perceber o controle de constitucionalidade: 1) supremacia constitucional (não pode ser afastada em nenhuma hipótese); 2) rigidez constitucional (processo diferenciado de mudança do texto constitucional).

John Marshall define o controle de constitucionalidade difuso, ou seja, todo juiz tem o dever de declarar inconstitucional leis que contrariem a constituição (em qualquer processo e em qualquer instância). Conclui-se também em ser um controle incidental, visto que não está em mérito discutir a constitucionalidade da lei, mas o caso concreto, sendo necessário porém primeiro estabelecer a constitucionalidade ou não da lei na aplicação desta. A decisão, portanto, tem efeito *inter partes*, ou seja, afeta as partes do processo e é através do Judiciário que se buscará por direitos e deveres. Entretanto, com a lógica de precedentes, estes efeitos também passam a ser a fonte normativa também do controle de constitucionalidade, não só para o caso concreto (reforçam o poder das decisões judiciais).

“Toda lei inconstitucional é nula e írrita” (John Marshall), ou seja, a lei inconstitucional é incapaz de produzir efeitos. Pode ocorrer da decisão judicial ser posterior à legislação. Nesse caso, deve-se aplicar retroativamente a decisão judicial posterior (*ex tunc*). Regra base para os norte-americanos.

Modelo proposto por Kelsen em 1920 para o Civil Law: não haviam precedentes a serem respeitados. Apenas um órgão responsável por julgar a constitucionalidade ou não das leis, conhecido como Tribunal Constitucional. Trata-se, então, de um controle concentrado e principal (não trata o caso concreto, e sim o mérito da lei). Processo objetivo, não há partes, apenas compara-se a lei com a constituição de forma abstrata. A decisão do Tribunal invalida a lei, é *erga omnes*. “O Tribunal é um legislador negativo” (Kelsen). Quanto aos efeitos temporais, a lei ainda que inconstitucional produz efeitos, são, via de regra, *ex nunc*, só valem para o futuro (a decisão do tribunal não retroage). Porém há essa possibilidade de efeitos *ex tunc* e também da lei inconstitucional continuar a ser aplicada por um período determinado (efeito *pro futuro*) até a formulação e aplicação de uma lei substituta e constitucional. Na Áustria, há a

possibilidade da remessa *per saltum*: a suspensão da definição de um caso por inconstitucionalidade da lei para análise por uma instância superior.

O modelo alemão foi definido pela Lei Fundamental de Bonn. Possui a mesma ação direta e o recurso *per saltum*, além de possuir o “recurso constitucional” (qualquer pessoa pode levar ao Judiciário um pedido de inconstitucionalidade da lei). O controle vale para o caso concreto e também para o sistema geral.

Em Portugal, o sistema é misto como é o caso brasileiro. Há o Tribunal de Constitucionalidade e a possibilidade do juiz declarar uma norma inconstitucional.

Obs.: Classificação de acordo com Canotilho:

- Quem controla?
 - Jurisdicional/Judicial (Brasil, EUA, Alemanha, ...);
 - Político (França; Brasil através das CCJ e do veto do Executivo).
- Como se controla?
 - Difuso;
 - Concentrado;
 - Misto.
- Quando se controla?
 - Repressivo (quanto à norma já posta);
 - Preventivo (quanto ao projeto de lei).
- O que se controla?
 - Abstrato (comparação da lei com a constituição);
 - Concreto.

06/06/2016

O Controle é **misto** no Brasil. Ele é **difuso** e **concentrado**. O controle de fato é difuso no Brasil, porque pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. O controle de constitucionalidade aparece em 1891, que ocorre através do julgamento do recurso extraordinário. Se há uma decisão no controle difuso, incide apenas nas partes do processo. Em 1934, surgiu a ideia de uniformizar o controle difuso, criando a possibilidade de que, no controle difuso, também tenha a possibilidade de decisões *erga omnes*: depois de transitado em julgado, o Supremo pode enviar um ofício ao Senado, que poderá suspender a lei declarada inconstitucional: decisão do Supremo → ofício para o Senado → possibilidade de suspensão da lei. Isso é repetido por todas as demais Constituições, mantido pela CF/88, no Art. 58, X. O STF julgou a reclamação 4335, na qual Eros Grau e Gilmar Mendes elaboraram a tese de que o dispositivo da constituição teria passado por uma mutação constitucional, o que tornaria, diante de inúmeras alterações, dispensável que o Senado desse seu completo consentimento: o Senado daria a publicação, mas o STF, com sua decisão, daria o efeito *erga omnes*. *Foram votos vencidos*.

Argumentos sustentados pelos dois:

1. Desde 2006, o recurso extraordinário é julgado quando o recorrente demonstrar que o recurso atende a repercussão geral: a decisão do supremo, apesar de ser aplicada ao caso concreto, teria efeitos que transcendem este mesmo caso concreto. Decidir aquele caso poderia ter efeitos para inúmeros e incontáveis litígios.
2. Todas as reformas processuais desde 1998 caminham no sentido de construir um caminho de precedentes no Brasil, que fora reformado com o novo CPC (2016).

Os efeitos temporais seguem a regra norte-americana (*ex tunc* - retroativos — excepcionalmente admite-se que ele exerça a modulação temporal). A emenda 16/65 cria o controle concentrado, com uma única ação que poderia ser ajuizada por um único ente, que cria a representação de inconstitucionalidade, a ser julgada pelo STF, que só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Em 1977, reforça-se, havendo a representação interpretativa, que permitia que uma mera dúvida do PGR pudesse ser ajuizada no STF. Em 1988, reforça-se ainda mais o caráter concentrado, uma vez que aumenta o número de legitimados para ajuizar esses tipos de ações (art. 103).

As ações que aparecem no bojo são as:

- ADI (ação direta de inconstitucionalidade, dividida em: genérica, interventiva e por omissão);
- ADC (1993 - ação declaratória de constitucionalidade — exigir que o Supremo declare a constitucionalidade da lei);
- ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental — vê leis anteriores a 1988 e ato do poder público (?));
- Súmulas vinculantes (2004 - excerto correspondente a consolidação de um entendimento jurisprudencial sobre o assunto. Apenas o STF edita súmulas vinculantes. Há 55 S.V., e + 500 S.)

O efeito vinculante é mais drástico do que o efeito *erga omnes*. A distinção é prática: o efeito *erga omnes* afeta só a parte do dispositivo (isto é, aquilo que de fato é atingido pelo efeito), ao passo que o efeito vinculante afeta tanto a parte do dispositivo, quanto manda repetir a fundamentação.

Se há o descumprimento da súmula vinculante, é possível que haja uma ação no STF para que este casse a decisão que o contraria. Essa ação é julgada numa sessão chamada “sessão de reclamação”.

Tanto para o controle difuso quanto para o concentrado, os efeitos são *ex tunc*, a menos que haja a modulação temporal (que, segundo o STF, também vale para o controle difuso de constitucionalidade), que pode, por razões de segurança jurídica e social, que as ações podem ter efeitos *ex tunc restrito*, *ex nunc* e *pro futuro*. Não há limite temporal para a ação do STF.

Se há uma colisão de normas, Gilmar Mendes aplica o Princípio da Proporcionalidade.

Há ainda os dois controles: - *Amicus curiae* - (“amigos da corte”) visa democratizar o controle concentrado, permitindo a oitiva de profissionais da área para ajudar na decisão. - Audiência pública - as pessoas podem debater com o relator.