

CURSO ATIVISMO JUDICIAL

PROFESSOR SAUL TOURINHO LEAL

AULAS EXIBIDAS NOS DIAS

DADOS GERAIS

| | |
|----------------------|--|
| TEMA DO CURSO | Ativismo Judicial |
| PROFESSOR | Saul Tourinho Leal |
| QUALIFICAÇÃO | Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Professor do IESB, UCB e IDP. Secretário-Geral da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF. Advogado. |

AULA 01

| | |
|----------------|--|
| TÍTULO | O Constitucionalismo |
| SINOPSE | <p>* Constitucionalismo: Origem inglesa, mais antigo do que a Revolução Francesa. Visou introduzir na Europa uma ordenação semelhante àquela que há séculos vigorava na Inglaterra, enquanto nos demais continentes a adoção de semelhante ordenação se deu antes do que na Europa, ou depois, em seguida a vários acontecimentos. (Santi Romano - Princípios de Direito Constitucional Geral, pp 42-43).</p> <p>* Constitucionalismo moderno: movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os modelos de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, por meio do qual tivéssemos uma intervenção no Poder do Estado e, por outro lado, a</p> |

entrega aos cidadãos de direitos e garantias.

*** Constitucionalismo Inglês**

Magna Carta de 1215 (Rei João Sem Terra):

1215 ao séc XVII: Período monárquico – autoridade do Rei; **Séc. XVII a meados do séc. XIX:** Período aristocrático - Câmara dos Lordes; **Final do séc. XIX à atualidade:** Período Democrático. **Elementos:** limitação do poder do Estado e declaração dos direitos da pessoa.

* A **Constituição Inglesa** é complexa, formada por várias leis, interpretações e modificações, somado às Convenções não escritas do parlamento. O Poder Constituinte é o legislativo, o judiciário e a cultura política. Há muita força nos precedentes.

* **Magna Carta (1215):** liberdades eclesiásticas (separação institucional entre Igreja e Estado); devido processo legal; paralelismo entre delitos e penas; respeito à propriedade privada contra os confiscos ou requisições abusivas; devido processo legal; livre trânsito do cidadão; **Petição de Direitos (1668):** Parlamento pleiteava ao Monarca o reconhecimento de direitos e liberdades dos súditos; **Lei de Modificação do Habeas Corpus (1679):** acabar com as prisões arbitrárias a partir da garantia do direito de liberdade; **Declaração de Direitos (Bill of Rights, 1689):** Sentido de uma nova Magna Carta. Eleição dos membros do Parlamento livre e liberdade de palavra e discussão no Parlamento sem contestação em qualquer tribunal ou noutro lugar. Rei sem poder de revogar as leis feitas pelo

Parlamento ou de impedir sua execução. Proibição da exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, como a imposição de penas cruéis.

"É um princípio de nossa Constituição que o lar de todo inglês é a sua fortaleza, defendida não por muralhas ou fossos, mas pela majestade da lei. O mais pobre cidadão deste reino pode desafiar em sua choupana todas as forças da Coroa. Não importa que a casa seja frágil, que seu telhado trema ao menor açoitado; o vento, a chuva e a tempestade poderão entrar; o rei não poderá fazê-lo: todo o seu poder expira diante da porta da mais humilde morada". **William Pitt**, Parlamentar inglês.

*** Constitucionalismo Americano**

Compact: Chegados ao Novo Mundo, ingleses, não encontrando Poder estabelecido, decidiram fixar regras pelas quais se governariam. Na viagem os puritanos se reuniram no navio 'Mayflower' para celebrar um documento denominado "Compact".

"Transparece, nos contratos de colonização, a idéia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da idéia de constituição". **Manoel Gonçalves Ferreira Filho.**

*** Declaration of Rights do Estado de Virgínia (1776).**

*** Constituição da Confederação dos Estados**

Americanos (1781).

*** Constituição da Federação de 1787:**

- Poder Constituinte Originário;
- Texto codificado, rígido, sintético, principiológico e político;
- Poder Executivo Federalista com mandato de quatro anos;
- Suprema Corte Constitucional;
- “Cortes inferiores que o Congresso, de tempos a tempos, vier a ordenar e instituir“;
- Atualmente: 7 artigos e 27 emendas. Primeira de uma grande nação democrática e serviu de modelo para boa parte das Cartas modernas.

* Elaboração, no Congresso, de 17 emendas, que o Senado reduziu a 12 e a ratificação pelos Estados, a 10 (1791). Conhecidas como **Bill of Rights (Declaração de Direitos)**. Liberdades de religião, de imprensa, de reunião e de petição ao governo para a "correção dos agravos", a inviolabilidade do domicílio, o júri de instrução e o juízo por jurados; aboliram a prisão sem causa formada, as multas exageradas e as punições "cruéis e inusitadas".

*** Constitucionalismo Francês**

* **Perspectiva histórica:** França como centro irradiador de idéias. Crescimento do absolutismo, com ápice no reinado de Luís XIV. Decadência. Fragilidade do feudalismo pela concentração do poder na Coroa. Nobreza passou a depender das benesses do rei. Em 1789 mais de 30 milhões de libras na manutenção dos privilégios da corte.

* **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).** Caráter Universal. Colocava como "meta de toda associação política" a "conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", incluindo entre esses direitos naturais "a resistência à opressão". O artigo 3º estabelecia: "*O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade que dela não emane expressamente*".

* **Constituição Francesa (1791).**

* **Perspectiva histórica:** Assembléia Constituinte. Protestos republicanos geraram derramamento de sangue. Luís XVI foi suspenso por breve período, mas foi restaurado no trono sob a alegação de que fora conduzido à fuga contra sua vontade. O projeto recebeu aprovação real em 14 de julho de 1790. Comemoração da tomada da Bastilha. Revolução Francesa. O texto final da Constituição foi promulgado em setembro de 1791. Monárquica, embora destacasse que a soberania "pertence à nação [...] de quem, unicamente, emanam todos os poderes". Neste entendimento, o poder executivo seria "delegado ao rei, para ser exercido, sob a sua autoridade, pelos ministros e outros agentes responsáveis". Embora considerando a pessoa do rei "inviolável e sagrada" a Constituição determina que "ele não tem na França autoridade superior à da lei [...] só reina por ela, e não é senão em nome da lei que ele pode exigir a obediência".

* **Constitucionalismo do Pós-Guerra**

- **Primeiro pós-guerra (1914/1918):** Constituições

de sintéticas passam a analíticas, consagrando os direitos econômicos e sociais; a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as Constituições do México, de 1917, a de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Constituição de 1934. Direitos de 2ª dimensão.

- **Segundo pós-guerra (1939-1945):** Surgimento de uma chamada terceira dimensão de direitos fundamentais. Declarações internacionais e até mesmo nos textos constitucionais, do direito à paz, ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano. Carta das Nações Unidas (26/06/1945): Base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados em defesa da paz mundial.

*** Direitos Fundamentais**

“A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: a) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. **Gomes Canotilho.**

*** Classificação Doutrinária:**

- **Primeira Geração:** Séculos XVII, XVIII e XVIII:

| | |
|------------------------------|--|
| | <p>Magna Carta de 1215, Paz de Westálfia (1648); Habeas Corpus Act (1679); Bill of Rights (1688); Declarações (Americana, em 1776 e Francesa em 1789). Liberdades públicas e direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade.</p> <p>- Segunda Geração: Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. 1ª Grande Guerra. Constituição de Weimar (1919), Tratado de Versalhes (1919). Privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Direitos sociais: Relativos ao trabalho, à seguridade social, à subsistência, ao amparo, à doença, à velhice...</p> <p>- Terceira Geração: Novos problemas. Noção de preservacionismo ambiental e das dificuldades para a proteção dos consumidores. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade e fraternidade. Ex: Direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.</p> <p>- Outras Gerações: Norberto Bobbio aponta os avanços no campo da engenharia genética, tais como a pesquisa biológica, as manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.</p> |
| <p>ROTEIRO AULA 1</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. O constitucionalismo. 2. O constitucionalismo inglês. 3. O constitucionalismo norte-americano. 4. O constitucionalismo francês. |

| | |
|--|---|
| | <p>5. O constitucionalismo do pós-guerra.</p> <p>6. Direitos fundamentais e evolução.</p> |
|--|---|

| |
|----------------|
| AULA 02 |
|----------------|

| TÍTULO | JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL |
|----------------|--|
| SINOPSE | <p>A democracia em Aristóteles: “Não se deve, como costumava fazer certas pessoas, definir simplesmente a democracia como o governo em que a maioria domina. (...) Seja um povo composto de mil e trezentas pessoas ao todo; dentre estas mil e trezentas pessoas, suponhamos mil ricas que excluem do governo os trezentos pobres, embora livres e semelhantes a elas a qualquer outro respeito; ninguém dirá que isso é uma democracia”.</p> <p>A jurisdição constitucional nos Estados Unidos – por Eduardo Appio “... a Constituição norte-americana em momento algum faz alusão à competência da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos. Inclusive, uma das propostas originais da Convenção Constitucional consistiu na criação de um ‘Conselho de Revisão’, o qual defenderia aos juízes da Suprema Corte a função de revisar todos os atos do Congresso norte-americano antes de sua publicação e vigência, nos moldes do sistema francês de controle preventivo da constitucionalidade das leis. A proposta acabou não sendo formalmente votada, e parte dos membros da Convenção então sugeriu que não seria conveniente envolver os juízes no processo de elaboração das leis. Por conseguinte, o controle de</p> |

constitucionalidade a ser realizado pela Suprema Corte decorre, fundamentalmente, de uma construção judicial que vem se aperfeiçoando com o passar dos anos. Não seria despropositado imaginar que, caso deixada a tarefa de definir os limites da atuação política da Suprema Corte ao Congresso norte-americano, dificilmente teria previsto tão elásticos poderes aos membros do Poder Judiciário. O sistema de controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos decorre de uma verdadeira conquista política da Suprema Corte e, essencialmente, do governo federal”. Direito das minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Caso Marbury v. Madson 5 U.S. 137 (1803): fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, criando o chamado controle difuso de constitucionalidade. Uma lei foi declarada inconstitucional.

Bastidores do julgamento por Luis Roberto Barroso: “Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário Federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o

número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado. Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (the Organic Act of the District of Columbia) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juizes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (comissions) dos novos juizes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (Chief Justice). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juizes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los. Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juizes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (writ of mandamus), em dezembro de

| | |
|--|--|
| | <p>1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (the Judiciary Act), que havia formulado à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (1802 term) para apreciar o caso. Sucede, contudo, que o Congresso, já agora com maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act, de 1801), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de impeachment de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte. Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar <i>Marbury v. Madison</i>, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos”. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.</p> |
|--|--|

A legitimidade do *judicial review*

No contexto norte-americano, com uma jurisdição constitucional de mais de duzentos anos, chegou-se a dizer que a *judicial review* configurava usurpação de poder por uma temerária aristocracia judicial, pois se desalojava o soberano de seu lugar para, ali, colocar a importância incontestável do voto dos Juizes nomeados. Isto pelo fato de que juizes têm poder imensamente maior do que qualquer outra pessoa sobre a decisão acerca de, por exemplo, a pena capital, a ação afirmativa, ou se as leis que restringem o aborto devem ser admitidas. É por isso que a revisão judicial costuma ser vista como antidemocrática. Bruce Ackerman, nesse sentido, diz:

“A visão profética da Corte é absolutamente inconsistente quanto aos princípios da democracia dualista. Mesmo se os juizes pudessem conquistar positivamente a aquiescência popular, esse tipo de transformação de cima para baixo representa o oposto das transformações de baixo para cima, valorizadas pelas democracias dualistas. Não é próprio da jurisdição especial dos juizes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que juizes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais.”

O debate na Europa

Carl Schmitt - O Guardião da Constituição – 1929: *“A criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito”.*

Hans Kelsen - Quem deve ser o guardião da Constituição – 1931: *“Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um quorum qualificado para a mudança da Constituição traduz a ideia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. (...). A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa à paz social”.*

Estudo de Caso: Olga Benário Prestes

Habeas corpus impetrado por Olga Prestes, julgado em junho de 1936. (por Arnaldo Godoy).

Olga Prestes foi acusada de ser a mentora intelectual da Intentona Comunista de 1935 e cúmplice de delitos contra a ordem política e social.

No fim do processo inquisitorial, foi emitido despacho administrativo por Demócrito de Almeida (delgado auxiliar) e Filinto Müller (capitão de chefia de polícia), no qual se decidiu pela expulsão de Olga do país, devendo a acusada ser submetida à jurisdição alemã. Tratava-se de uma mulher, grávida, alemã, comunista e judia.

O Supremo, por maioria de votos, negou o habeas corpus, com base no artigo 2º do Decreto nº. 702/1936, que negava a concessão da ordem em estado de guerra.

Os Ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, vencidos, conheciam do pedido e o indeferiram. Os demais Ministros que não conheceram do pedido, Edmundo Lins, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Hermenegildo de Barros, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva.

Olga Prestes foi expulsa e confinada no campo de concentração de Ravensbrück Na Alemanha, deu luz a sua filha e foi morta em 5 de novembro de 1941.

O Caso: Marcos José x Estado de Pernambuco

Sessão extraordinária do dia 14 de abril de 2008, com pouco mais da metade dos seus ministros presentes ao Plenário. A decisão garantiu que um jovem universitário de 25 anos, Marcos José Silva de Oliveira, tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública no Estado de Pernambuco (PE), tivesse direito a ser submetido a uma cirurgia experimental, nos Estados Unidos, de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) a fim de que pudesse respirar sem depender de

| | |
|-----------------------|---|
| | <p>aparelho mecânico. Tudo custeado pelo aludido Estado. O desfecho foi dado no julgamento do agravo regimental interposto pelo jovem nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 223/PE. Em sede de tutela antecipada, a responsabilização de Pernambuco pelo custo da cirurgia equivalia a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).</p> |
| ROTEIRO AULA 2 | <ol style="list-style-type: none"> 1. A Jurisdição Constitucional nos Estados Unidos 2. O Caso Marbury v. Madson 3. Carl Schmitt x Hans Kelsen 4. A jurisdição constitucional brasileira 5. O caso Olga Benário 6. O caso Marcos José |

| |
|----------------|
| AULA 03 |
|----------------|

| TÍTULO | O Novo Ativismo Judicial |
|----------------|--|
| SINOPSE | <p>O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal está cada vez mais refinado. Temas constitucionalizados que foram esquecidos pela política partidária ganham ampla deliberação no Plenário da Corte. Brilham os amici curiae, revestindo o processo de deliberação judicial de legitimidade. O Direito Constitucional assume sua notável ascensão. É um novo tempo.</p> <p>As técnicas de controle de constitucionalidade estão avançando. A modulação de efeitos permite que o Tribunal avance profundamente quanto a temas delicados outrora afastados da deliberação constitucional. As chamadas decisões manipulativas de efeito aditivos são introduzidas. A Corte vale-se das súmulas vinculantes. Surge a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ação direta</p> |

de inconstitucionalidade por omissão. O controle difuso de constitucionalidade passa a se revestir de características próprias do controle concentrado, num fenômeno denominado de objetivação (ou abstrativização) do controle difuso. Nasce a declaração de nulidade sem redução de texto, a inconstitucionalidade por arrastamento e a inconstitucionalidade progressiva. Além do Plenário da Corte, há também o Plenário Virtual.

Precedentes são revertidos. Polêmicas são suscitadas. Tudo divulgado, ao vivo, por um amplo sistema de comunicação composto pela TV Justiça, Rádio Justiça, Site do STF, Twitter e YouTube. A sociedade caminha, nos dizeres do Professor Peter Häberle, rumo à cidadania constitucional. A Constituição Federal de 1988 e o seu processo interpretativo estão na sala de estar do brasileiro. Eis a consolidação do nosso Estado Constitucional. Esta é a nova face. A nova face da jurisdição constitucional brasileira.

Diante de uma **sociedade complexa** e de textos constitucionais gerais fica cada vez mais difícil marginalizar princípios e afastar valores da interpretação constitucional. A sociedade de hoje se depara com conflitos anteriormente reprimidos. Diante da aventura de concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes a jurisdição constitucional terá de se valer de criatividade. Trata-se de conseguir concretizar direitos fundamentais negados pelo Estado ou esquecidos pela própria sociedade.

O Brasil é um país multifacetário, conduzido, do ponto de vista jurídico, por uma Constituição

pluralista. A hipercomplexidade alcança o universo jurídico como demonstrou Niklas Luhmann, John Rawls e Jürgen Habermas que seguiram com a idéia de democracia deliberativa. Tivemos a certeza de que o mundo mudou e também mudou o Brasil, fazendo surgir, entre nós, a vontade de Constituição.

Quando o **Poder Legislativo** é tomado por grupos homogêneos que dão sustentação ao Poder Executivo e promovem ações contrárias à Constituição, oxigenados por amplas maiorias, também há uma postura autoritária. Isso porque, em cenários como este, as minorias são sufocadas. Também é possível que direitos fundamentais sejam deixados de lado em nome de conveniências político-partidárias. Por fim, a oposição é afastada completamente do controle que deve fazer dos atos do Poder Executivo e, até mesmo, do controle sobre o comportamento dos próprios parlamentares.

(Laurence Tribe) *Nixon x Administrator of General Services*. Burger afirmou: “os momentos de grande sofrimento nacional dão origem às paixões e isso nos faz lembrar a razão pela qual os três ramos do governo foram criados separados e co-iguais, cada um destinado a uma verificação, por sua vez, sobre possíveis excessos cometidos por um ou por ambos”. Para ele “o ato praticado pelo Congresso de elaborar uma lei para punir uma pessoa, ato este posteriormente ratificado pela Suprema Corte, rasga o tecido do quadro constitucional norteamericano”.

Laurence Tribe “a 8ª Emenda da Constituição proíbe a imposição de ‘punições cruéis e incomuns’, mas não dá exemplos de quais seriam as punições

permitidas e não permitidas. O artigo IV determina que ‘Os Estados Unidos devem garantir a cada um dos Estados desta União uma Forma Republicana de Governo’, mas não dá a definição de governo republicano. A 14ª Emenda proíbe que o Estado reduza os ‘privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos’, mas não fornece o catálogo dos privilégios e imunidades”. Percebam que a 8ª Emenda diz ser vedadas “penas cruéis ou incomuns”. Por isso é que **Alexandre Pkelis**, diante da generalidade dos dispositivos constitucionais norte-americanos chegou a dizer que “os Estados Unidos, a rigor, não tinham uma constituição escrita”.

Ronald Dworkin analisando fenômeno semelhante ocorrido com a Constituição dos Estados Unidos utiliza o termo “padrões vagos”.

O **neoconstitucionalismo** (André Rufino): “a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão ente Direito e Moral” .

Daniel Sarmiento destaca a importância para o

crescimento do neoconstitucionalismo, no Brasil, da ampla divulgação da coletânea denominada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003. Sarmiento ainda registra que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino .

Outro mito que tem sido superado é a lembrança kelseniana da **Corte Suprema como legislador negativo**. Esta é a conseqüência da atuação da Corte no controle de constitucionalidade, todavia, nem sempre será este o resultado de sua atuação.

Nos Estados Unidos, no julgamento do caso *Webster v. Reproductive Health Services (1989)*, os Juizes White, Kennedy e o Presidente Rehnquist criticaram a opinião no caso *Roe v. Wade* (aborto) não apenas porque impunha valores, mas porque o esquema trimestral anunciado incluía “um sistema completo, com normas detalhadas e distinções.” Isso, na visão do Juiz Presidente, fazia com que a opinião do caso *Roe v. Wade* se parecesse mais com uma legislação .

Se imaginarmos as restrições impostas pelo saudoso Ministro Menezes Direito, no julgamento do caso das pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias, perceberemos que o intérprete da Constituição muitas vezes se vale de modelos de decisão que se aproximam dos textos legais, mas sem que isso represente uma usurpação de competência ou rompimento de postulados democráticos. Diante de situações complexas, as

| | |
|-----------------------|--|
| | decisões também passam por um refinamento maior. Súmula Vinculante nº 13: Nepotismo. |
| ROTEIRO AULA 3 | <ol style="list-style-type: none"> 1. O Supremo Tribunal Federal 2. Uma Sociedade Complexa 2. Conceitos constitucionais indeterminados 3. Neoconstitucionalismo 4. O fim do mito do legislador negativo |

| |
|----------------|
| AULA 04 |
|----------------|

| TÍTULO | O Ativismo Judicial no Mundo |
|----------------|--|
| SINOPSE | <p>1. O Ativismo Judicial no Mundo</p> <p><i>Por Luis Roberto Barroso:</i></p> <p>Canadá: a Suprema Corte deliberou sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense.</p> <p>Israel: a Suprema Corte decidiu sobre compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino.</p> <p>Turquia: a Suprema Corte preservou o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico.</p> <p>Colômbia: a jurisdição constitucional foi a responsável por lutar contra a corrupção e por mudança de práticas políticas; pela contenção do abuso de autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; pela proteção das minorias, assim como a autonomia individual; pela proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e por interferir com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais.</p> <p><i>Por Dieter Grimm:</i></p> |

“Já há algum tempo, a opinião pública alemã está tomada pela questão de se nas escolas públicas também deve ser ministrada aula de religião islâmica junto da católica e da evangélica. Há pouco tempo atrás, o véu muçulmano de uma professora turca que desencandeou uma violenta disputa. A França se deixou aprisionar pelo problema de se alunas muçulmanas poderiam usar o véu. A opinião pública suíça se dividiu acerca da questão de se alunas muçulmanas deveria ser dispensadas da aula de natação, já que na sua religião proíbe que se mostrem desnudas na frente dos outros. Em Israel desencandeou-se uma luta acerca de se uma rua de trânsito muito movimentada em um bairro de Jerusalém, habitado predominantemente por judeus ultra-ortodoxos vindos do Oriente, deveria ser fechada durante o shabat”.

Por Sérgio Moro:

Índia reveste a Suprema Corte da competência de emitir as chamadas “diretivas”, que são mandamentos voltados à concretização da Constituição. “As diretivas no caso Azad Rikschaw Pullers exigiram do Banco Nacional de Punjab que efetuasse financiamento aos puxadores de riquixás (para aquisição desses veículos) e contêm todo um esquema para o reembolso desses financiamentos. As diretivas em *Common Cause v. India* estabelecem como o sangue deve ser coletado, armazenado e concedido para transfusão e como a transfusão de sangue pode ser feita livre de contaminação. Diretivas foram dadas ao governo para disseminar educação ambiental através de sliders em cinemas ou em aulas especiais em escolas

e colégios. A Suprema Corte baixou diretivas sobre como filhos de prostitutas devem ser educados, sobre qual deveria ser a estrutura de pagamento de taxas em colégios privados de medicina e engenharia, para preparar uma estrutura para a construção de pavimentos em moradias, e ainda como a Central de Inteligência (Central Bureau of Intelligence – CBI) deveria ser isolada de influências indevidas na condução de investigações contra ocupantes de cargos elevados .

Por Paulo Gustavo Gonet Branco:

“decisões colombianas de proteção social e de correta distribuição de justiça no interior de comunidades indígenas no país, decisões igualmente importantes da Costa Rica e o episódio em que o Tribunal Constitucional da Guatemala que ‘parou um golpe de estado que o presidente Jorge Serrano Días quis dar em 1993”.

Por Kim Lane Scheppele, Democracy by Judiciary (or why courts can sometimes be more democratic than parliaments), Conferência em simpósio sobre cortes constitucionais na Universidade de Washington: “A Corte determinou a independência do Judiciário com relação ao Ministro da Justiça (Executivo) e desmantelou o sistema de controle estatal da vida privada dos cidadãos, estabeleceu que qualquer decisão administrativa estava sujeita a controle judicial e aboliu a pena de morte. Abriu a comunicação social à iniciativa privada e, em nome do princípio da não-retroatividade, impediu vinganças contra agentes do antigo regime comunista (idem. P. 13). Qualquer pessoa estava habilitada a peticionar perante a Corte

| | |
|--|--|
| | <p>Constitucional, independentemente de ter sofrido lesão de interesse pessoal (idem, p. 13). A Corte chegou a declarar a invalidade de algo em torno de um terço das leis levadas ao seu exame (idem. P. 16), atingindo ponto político máximo com as decisões que invalidaram atos normativos tomados pelo novo governo, em atenção a sugestões da comunidade financeira internacional, como forma de lidar com uma inflação desenfreada e um súbito, intenso e insolúvel débito externo nos idos de 1995. As medidas altamente impopulares foram derrubadas na Corte, forçando a busca de soluções alternativas, como o lançamento do programa de privatizações, com vistas a arrecadar recursos destinados ao pagamento de dívidas externas”.</p> <p>Por Dieter Grimm: “Podem animais, contrariamente à proibição do abate halal, serem abatidos sem narcótico se a religião assim o exigir? Um motociclista sikh deve colocar um capacete, embora sua religião prescreva o uso de turbante? Pode um empregado ser despedido por fazer orações prescritas durante o horário de trabalho ou por não comparecer ao trabalho por ocasião de um feriado religioso? Um detento de confissão mosaica tem que comer a comida da prisão, mesmo quando contiver alimentos proibidos? Pode um pai recusar à sua família um tratamento médico por motivos religiosos? Podem os pais impedir suas filhas de freqüentarem escolas de nível médio porque a própria cultura reserva aos filhos homens o privilégio de uma educação superior? Deve ser permitido a um estrangeiro aqui residente a poligamia, quando esta é admitida em sua cultura de</p> |
|--|--|

origem?”.

2. A Corte de Warren e o fim da Segregação Racial

3. A experiência sul africana no combate a AIDS: Cidadania Constitucional

O direito à saúde está enumerado na Constituição sul-africana de 1996 e vem sendo objeto de intensa concretização pela Corte Constitucional.

CASO TAC

30 empresas farmacêuticas estrangeiras entram com um processo, em 2001, para anular uma lei sul-africana que permitia a importação de medicamentos genéricos mais baratos. Reage a campanha Treatment Action (TAC), organização de soropositivos da África do Sul. A TAC consegue imensa mobilização. Recorre ao Judiciário invocando o acesso a tratamento com base na Constituição de 1996, que previa o direito humano à saúde. Consegue baixar os preços dos antirretrovirais confrontando, judicialmente, o governo do ANC e o chefe do Executivo, Thabo Mbeki. Volta-se para a prevenção da transmissão do HIV das mães portadoras do vírus para as crianças. Uma dose de Nevirapina diminuía a probabilidade de que uma mãe HIV positivo transmitisse durante o nascimento. Professor Eric: *“o fabricante da droga concordara em fornecê-la ao governo gratuitamente por cinco anos. O governo idealizara um programa de distribuição num número limitado de lugares-piloto (dois em cada uma das onze províncias sul-africanas), porém, médicos do Estado fora desses*

lugares estavam proibidos de administrar a droga, embora ela já tivesse sido testada e aprovada para o uso na África do Sul. Somente 10% dos esperados 70.000 nascimentos anuais de contaminados foram abrangidos pelo programa. O plano do governo pretendia elaborar um estudo de vários anos antes de desenvolver um programa nacional”. O então presidente, Mbeki, passa amplos poderes à sua Ministra da Saúde para que ela cuidasse do problema. “O consumo de alho e beterraba e uma melhor nutrição são melhores para tratar a AIDS do que os antirretrovirais”. Manto Tshabalala-Msimang. A Corte Constitucional, unânime, referenda uma grande quantidade de informações de uma variedade de perspectivas específicas, que iam de pediatria, farmacologia e epidemiologia à administração de saúde, economia e estatística. Vários amici curiae foram admitidos no processo. Informações das mais variadas foram levadas à apreciação da Corte. “Direitos sócio-econômico são direitos e a Constituição obriga o Estado a efetivá-los. Essa é uma obrigação que as Cortes podem e, em uma situação apropriada, devem impor”. “A política do governo foi inflexível por negar à mãe e aos seus recém-nascidos uma droga que potencialmente lhes salvaria a vida. Ela poderia ter sido administrada dentro dos recursos disponíveis do Estado; sem nenhum malefício conhecido para as mães ou crianças”. “O governo é obrigado constitucionalmente a implementar um programa efetivo, abrangente e compreensivo da transmissão do HIV da mãe para o filho em todo o país”. “A Campanha da AIDS, que se preocupou muito mais

em usar os instrumentos oferecidos pela democracia constitucional do que qualquer outra tentativa de promoção de mudanças na África do Sul pós-apartheid, foi muito mais bem-sucedida do que suas contrapartes em seus objetivos”.

3. O Direito constitucional à busca da felicidade e a experiência coreana

O artigo 809, seção 1, do Código Civil coreano, dispunha que “os parentes de mesmo sobrenome e origem familiar não podem se casar”¹, comando que já existia desde o Código de 1958, incorporando costume existente há centenas de anos. Feministas tentaram, por diversas oportunidades, revogar o texto, mas não conseguiram, em face da larga maioria que os grupos contrários tinham perante o Congresso e o Poder Executivo.

Em 1995, o Tribunal Constitucional da Coreia aboliu a prática quando declarou a inconstitucionalidade do dispositivo adotando uma postura “que nem o Congresso nem o Executivo se atreveu a fazer”². Segundo a maioria prevalecente na

¹ *Jimborg Lim nos explica: “origem da família o lugar onde o progenitor da família estabeleceu a família pela primeira vez. Assim, é geralmente um nome de cidade ou localidade. No mesmo nome de família, pode haver várias origens da família. Assim, a origem da família é subcategoria sob o nome de família. Por exemplo, no sobrenome "Lim" há três origens diferentes da família -. Pyungtaek, Najoo e Yecheon Isso significa que três progenitores cujo apelido era "Lim," - eles poderiam ser irmãos ou parentes que viveram há muito tempo - criado e começou a . Lim família nos três locais diferentes, portanto, entre os LIRs, há três tipos diferentes -. Lire de Pyungtaek, Lim de Najoo e Lim de Yecheon As pessoas com mesmo sobrenome, mas diferente origem familiar pode se casar com outro Assim, para. exemplo, embora um homem e uma mulher são Lims, se o homem é Lim originou Pyungtaek ea mulher é Lim originou Najoo, eles podem casar entre si. Somente as pessoas com origem mesma família, entre mesmo sobrenome não podem casar entre si pelo art . Sec 809. I do Código Civil coreano”. LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, N.º.2, 2001.*

² *LIM, Jibong. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, N.º.2, 2001. O Professor é autor da dissertação “Um estudo comparativo sobre o Ativismo Judicial sob a doutrina da separação dos poderes”, tendo contado com o auxílio do Professor Martin Shapiro, a quem chama de “meu mentor” na Faculdade de Direito da Universidade de Berkeley. É Professor de Direito da Konkuk University (Seul, Coreia).*

| | |
|--|--|
| | <p>Corte, o dispositivo do Código Civil violava os arts. 10, 11 seções 1 e 36.1 da Constituição da Coréia. Também violava o art. 37, seção 2ª da Constituição, voltado à ordem social e bem-estar público, segundo o qual a legislação não pode restringir o direito à liberdade do cidadão. O artigo 10 garante o direito pessoal de um indivíduo perseguir a felicidade. O art. 11 assegura a igual proteção. O art. 36, seção 1 cuida da igualdade de dignidade e de gênero individual no casamento e na vida familiar. O art. 37, seção 2 fala sobre as hipóteses de restrição ao direito de liberdade do cidadão. O Professor Jibong Lim não enxerga o artigo 10º da Constituição coreana, que assegura o direito à busca da felicidade, como dotado de força cogente suficiente a compor o bloco de constitucionalidade. Segundo o Professor o comando “é apenas uma disposição declaratória sem qualquer conteúdo específico que até pode fazer derivar um direito substancial com força normativa”³. Todavia, não foi esse o entendimento do Tribunal Constitucional. A Corte deu-lhe toda força normativa capaz de atribuir ao direito à busca da felicidade conteúdo fortemente substancial. Para o Professor Lim, a Corte tem se valido do dispositivo de maneira “abusada”⁴ quando encontra dificuldade em fundamentar suas decisões em bases constitucionais⁵. O Professor entende ser necessário aferir “se o direito à busca da felicidade</p> |
|--|--|

³ LIM, Jibong. *Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution*. *Journal of Korean Law*, Vol.1, N.º.2, 2001.

⁴ LIM, Jibong. *Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution*. *Journal of Korean Law*, Vol.1, N.º.2, 2001.

⁵ LIM, Jibong. *Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution*. *Journal of Korean Law*, Vol.1, N.º.2, 2001.

| | |
|-----------------------|---|
| | na Constituição Federal coreana é um direito substancial ⁶ ” dotado de força normativa capaz de ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade, ou se se trata somente de um “instrumento de retórica política que anuncia um ideal da Constituição coreana” ⁷ . |
| ROTEIRO AULA 4 | <ol style="list-style-type: none"> 1. O Ativismo Judicial no Mundo 2. A Corte de Warren e o fim da segregação 3. O desafio sul africano de combate a AIDS 4. A Coréia e o direito à busca da felicidade |

AULA 05

| TÍTULO | Ativismo no STF |
|----------------|--|
| SINOPSE | <p>Passada a promulgação da nova Constituição, configurado o regime democrático que sobreviveu bem a várias crises, no alvorecer do ano 2000 surge algo de novo no ar. O Supremo virou o centro das atenções. A população começou a atribuir-lhe uma função que a Constituição Federal não lhe deu, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia à população fazendo justiça. O tribunal passou a adotar uma postura substancialista. Deu início a um processo pelo qual decidia temas controvertidos, avançando em questões próximas da competência do Poder Legislativo. Começou a influenciar a pauta do Congresso. Avançou no campo destinado à reforma política quando se pronunciou acerca da fidelidade partidária, alterando sua histórica jurisprudência. Determinou que o Presidente do Senado instalasse uma Comissão</p> |

⁶ LIM, Jibong. *Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, N.º.2, 2001.*

⁷ LIM, Jibong. *Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. Journal of Korean Law, Vol.1, N.º.2, 2001.*

| | |
|--|--|
| | <p>Parlamentar de Inquérito, próximo ao que fizera a Corte de Warren, nos Estados Unidos. O STF, por maioria, fixou que o presidente do Senado Federal designasse os nomes dos senadores que comporiam a “CPI dos Bingos”. A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Segurança (MS’s) 2.4831, 2.4845, 2.4846, 2.4847, 2.4848 e 2.4849. À exceção do ministro Eros Grau, os demais ministros acompanharam o relator, Ministro Celso de Mello, que afirmou o direito das minorias à oposição, "consequência natural do postulado democrático". No âmbito do Poder Executivo, a tensão não foi diferente. Temas tributários tiveram uma guinada de entendimento. Os direitos sociais passaram a ser concretizados. O direito à educação passou a ser implementado em atendimento à força normativa da Constituição. O Direito à saúde, da mesma forma. Ingressou-se no mérito de atos discricionários do Poder Executivo, influenciando, com suas decisões, a formulação de políticas públicas. Ordenou-se a realização de procedimentos que impunham reflexos diretos em seus orçamentos. As técnicas de interpretação da Constituição e de declaração de inconstitucionalidade mostraram-se criativas. Muito criativas. A Corte tornou mais presente a chamada doutrina prospectiva. As declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto se multiplicaram. O povo comemorava as decisões. A Constituição se inseria no cotidiano. A expressão “então recorre ao Supremo!” se popularizou. A Corte estava “legitimada”. Eis aqui um novo Supremo. Nem melhor, nem pior. Simplesmente, um novo tribunal. Nele, sem dúvida, há ganhadores.</p> |
|--|--|

| | |
|------------------------------|--|
| | <p>Também perdedores não de aparecer. As consequências, se boas ou ruins, só a história há de dizer. Não temos um Tribunal ativista. Temos um Tribunal altivo. É diferente. Mas e as falhas? Não há? Há, e não são poucas. Contudo, o STF é a grande instância de garantia aos exercícios de direitos lançados na Constituição Federal de 1988. Se a Carta lhe atribuiu o papel de guardião, podemos dizer sem sombra de dúvidas: o Supremo é um guardião de coragem. O STF fixou uma pauta muito bem definida de temas que estavam tendo um tratamento afrontoso por parte dos demais poderes. A afronta não se dava à população, somente, mas à própria Constituição Federal. Questões polêmicas podem ser facilmente compreendidas por meio de uma rápida leitura ao texto constitucional. Qual a dificuldade há em perceber que o Estado não deve prestar-se ao papel de longa manus da esfera familiar? Como dizer que para se vedar o nepotismo é necessário a deliberação popular por meio do Congresso Nacional? Da mesma forma, como deixar de notar que a utilização das algemas exclusivamente como instrumento de exposição vexatória afronta a dignidade da pessoa humana? Quando o Supremo faz prevalecer a vontade da Constituição, está rendendo homenagens à população, que é autora e destinatária desta mesma Constituição.</p> |
| <p>ROTEIRO AULA 5</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. A Constituição de 1988 2. A nova composição do STF 3. A Abertura Institucional 4. Crises e Democracia 5. O Combate a AIDS 6. As Relações Homoafetivas 7. Os fetos anecéfalos |

