



Universidade Federal do Ceará.
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Edital nº.: 001/2019 – PPGD/UFC

FA 37/15

ESPELHO DE QUESTÕES – SELEÇÃO DE MESTRADO

Conforme dispõe o Edital (Art. 12), a Comissão Examinadora avaliará, além do espelho: 1) análise crítica, argumentação e problematização; 2) fundamentação técnico-metodológica; 3) pertinência à questão proposta e 4) clareza e correção da escrita, capacidade redacional do candidato.

QUESTÃO 01. “Em 15 de janeiro de 1958, o 1º Senado do Tribunal Constitucional alemão proclamou o que, para muitos, é a mais importante decisão de toda a sua jurisprudência sobre direitos fundamentais. O famoso Caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230) transformar-se-ia rapidamente num dos mais extraordinários exemplos de sucesso da jurisdição constitucional da Alemanha, ajudando a explicar por que, a partir da segunda metade do Século XX, a corte alemã acabaria alcançando prestígio internacional superior ao da própria Suprema Corte norte-americana.” (GUEDES, Néviton, Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional)

No capítulo 5 do seu livro **Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, Virgílio Afonso da Silva descreve brevemente o caso Lüth, afirmando ser unanimemente reconhecido como um paradigma de aplicação do “modelo de efeitos indiretos” no que respeita à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O autor discorre também sobre o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e a doutrina da “ação estatal” (“state action”). Compare e diferencie esses três modelos. **(3,4 pontos)**

ESPELHO DA RESPOSTA

Desnecessidade de mediação legislativa e de “artimanhas interpretativas”: “A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e modelo de efeitos indireto, visto anteriormente, consiste na **desnecessidade de mediação legislativa** para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a **desnecessidade de artimanhas interpretativas** para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações interprivados.” (*Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 89)

Alcance do modelo de aplicabilidade direta: “É preciso que se esclareça, contudo, que o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre

particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. [...]. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado.” (p. 91)

Cláusulas gerais como a principal, mas não única, “porta de entrada” dos direitos fundamentais no direito privado: “É principalmente, mas não exclusivamente, por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais se infiltram no direito privado e por aí produzem seus efeitos”(p. 79)

Definição e objetivo da doutrina da *state action*: “A doutrina da *state action* procura determinar quando um ato privado que viole direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade, pode ser objeto de controle judicial. O nome do modelo, ‘ação estatal’, decorre do fato de que, ao invés de reconhecer expressamente que direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, as relações entre particulares e que, nesse sentido, um ato privado pode violar direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas mantiveram-se fiéis a uma concepção liberal de direitos fundamentais aplicáveis, portanto, somente nas relações em que o Estado também participa. Por conseguinte, só se pode haver violação a direitos fundamentais por meio de uma *ação estatal*. Mas isso, em si, não exigiria uma construção doutrinária ou jurisprudencial específica. A doutrina da *state action* é, na verdade, algo sensivelmente mais complexo. Ao invés de *negar* a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.” (p. 99)

Surgimento da inconstitucionalidade a partir da decisão judicial inferior: “Como reforça Sarmento, a **Suprema Corte parte do pressuposto de que a discriminação inconstitucional surge com a tutela da jurisdição inferior que, ao assim agir estaria ‘emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição’.**

“Ora aqui há um problema argumentativo que não pode ser ignorado. Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer a cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser. E a recíproca tem que ser verdadeira.” (p. 101)

Crítica de Luiz Virgílio à artificialidade da doutrina da *state action* (modelo de equiparação): “equiparação *ad hoc* e sem critérios pré-definidos”; “a equiparação só ocorre quando já há o fim deliberado de coibir uma violação”; “raciocínio [...] necessariamente circular”. (p. 105-106)

Similitudes com a jurisprudência brasileira: “Alguns aspectos da jurisprudência sobre mandado de segurança e *habeas corpus*, no Brasil, guardam grande **semelhança** com a doutrina norte-americana da *state action*”. (p. 103)

QUESTÃO 2. Os princípios jurídicos são frequentemente utilizados na solução de controvérsias envolvendo a hermenêutica dos direitos fundamentais, abrindo espaços vanguardistas para a interpretação constitucional e para o pensamento jurídico pós-crítico no contexto epistemológico da contemporaneidade.

De acordo com Paulo Bonavides: “A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se

transformaram, já, em princípios constitucionais. Em verdade, fora até então a carência de normatividade o entendimento a que se abarcava a Velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 2).

Considerando-se a base teórica fornecida por Paulo Bonavides, disserte sobre as diferentes fases dos princípios jurídicos: (1) fases de juridicidade dos princípios e; (2) fases de constitucionalização dos princípios. **(3,3 pontos)**

ESPELHO DA RESPOSTA

(2.1) Para Paulo Bonavides: “A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a **jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.**” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 3). (Grifou-se) (2 pontos)

Conforme Paulo Bonavides: “A primeira- a mais antiga e tradicional- é a fase **jusnaturalista**; aqui os **princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade**, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 3). (Grifou-se)

Para Paulo Bonavides: “Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a **diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer ao Direito Natural (...),** enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia...” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 3). (Grifou-se)

“A **concepção positivista ou histórica (...)** sustenta basicamente que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento. Estes princípios (...) se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares...” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 4). (Grifou-se)

“A terceira fase, enfim, é a do **pós-positivismo**, que corresponde aos grandes momentos constituintes das **últimas décadas do século XX.** As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos **princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais**” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 5). (Grifou-se)

(2.2) “Mas a **constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática**, de concreção e objetividade. Na primeira, a **normatividade constitucional dos princípios é mínima.** Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm **aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.**” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de**

Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 8, tópico 11). (Grifou-sê) (1,3 ponto)

QUESTÃO 3. “O problema constitucional básico suscitado por todo sistema de controle de constitucionalidade entende com a natureza política da competência revogatória ou paralisante que se costuma conceder a um dos poderes, normalmente o Judiciário, cuja ascendência sobre os demais ramos da soberania não raro resulta em sacrifício imposto ao princípio da separação dos poderes” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. Capítulo 9. Tópico 7).

O Prof. Paulo Bonavides, nesta obra, ao enfrentar a temática da Jurisdição Constitucional, aponta esferas de questões consideradas como “políticas” e que, *a priori*, estariam excluídas de controle de constitucionalidade. Quais seriam essas questões políticas e em que medida poderiam ser objeto de controle judicial? **(3,3 pontos)**

ESPELHO DA RESPOSTA

Rui Barbosa esforçava-se para descobrir um critério discriminativo capaz de separar os atos estritamente políticos, a serem excluídos da tutela judicial, daqueles que não o sendo podem entrar na categoria dos assuntos judiciais. Uma linha de fronteira há de delimitar as competências atribuídas pela Constituição aos diferentes ramos de soberania – Executivo, Legislativo e Judiciário (matéria política) e, de outra parte, o território onde se localizam os direitos dos indivíduos com as suas garantias expressas em disposições taxativas.

Marshall também se referia à tais questões políticas como aquelas que dizem respeito à nação e não aos direitos individuais.

Segundo Paulo Bonavides as questões políticas são entre outras as que se alojam na **faculdade discricionária reservada aos poderes políticos**, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, declarar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma, aquelas, **prerrogativas que, pela sua natureza mesma, podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será objeto legítimo de apreciação judicial.**

Assim, a esfera de **controle material de tais questões** que fica com os juízes e tribunais é **aquela que interferir com a existência constitucional de direitos individuais.**