

PROCESSO SELETIVO PARA O PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC, ANO 2021, LINHA I

QUESTÕES PROFESSORA MARIA VITAL DA ROCHA – COM ESPELHO

I- ELABORADAS A PARTIR DO TEXTO:

VILLAS BOAS, Regina Vera e FERNANDES, Francis Ted. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão em Face do Direito Fundamental à Intimidade. In CLÉVE, Clémerson Merlin (org.) Direito Constitucional: Direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 8), pp. 1029-1056.

Questão 1

-Joaquin Herrera Flores – De quem se trata?

O texto faz referência a este importante professor de Sevilha, Espanha, que foi teórico e militante dos direitos sociais, econômicos e culturais, falecido em 2009.

-Conhece alguma obra do autor ?

“Teoria Crítica dos Direitos Humanos - Os Direitos Humanos como Produtos Culturais”, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora (citada no texto)

- importância de suas ideias para a teoria dos Dh ?

Diz que quaisquer direitos humanos ou fundamentais apreciados deve-se sempre realizar a ponderação no sentido de considerar a realidade dos fatos da vida, observando as situações impactantes que dizem respeito às injustiças, as opressões e demais violências sofridas pelo homem (p. 332)

Questão 2

Qual a opinião de Godillo Cañas sobre a fase juspositivista dos princípios?

Com os princípios entrando nos códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como **válvula de segurança**, que garante o reinado absoluto da lei, ou lhe fosse anterior, senão, que extraídos da mesma, **foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”** p.335

Questão 3

Francisco Javier la Porta (catedrático da Universidade autónoma de Sevilla): De quem se trata?

Catedrático de filosofia do Direito, da Universidade Autônoma de Madri (citado no texto)

Já ouviu falar de alguma obra do autor? *Constitución: problemas filosóficos*; Madrid. Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2003 (citada no texto)

Qual a opinião do autor sobre princípios inseridos na constituição (espanhola)?

-Tais constituições professam a hegemonia axiológica dos **princípios como verdadeiras normas das quais emanam as demais regras do ordenamento jurídico correspondente** (p. 335)

Questão 4

Ricardo Marcondes Martins – Já ouviu falar ? Professor da PUC –SP (citado no texto)

Já ouviu falar de alguma obra? *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado* (citada no texto)

Qual a opinião do autor sobre a fase pos positivista da relação dos princípios com o direito?

Ele diz que referidas normas podem ser definidas com base em dois aspectos:

- a) Textos que sintetizam valores fundamentais do sistema de normas e servem para estrutura-lo; são mandamentos nucleares do sistema de normas, fundamentando a existência das regras deste sistema
- b) São normas que estabelecem que um fim deve ser atingido na maior medida possível.

Conclui dizendo que não é cientificamente correto optar por um dos aspectos e desprezar o outro. É um equívoco, porque sem o conceito de desenvolvimento de normas estruturantes não há sistema jurídico. Sem o conceito de norma como dever ser, aplicado na maior medida do possível, não há ponderação, o que pode criar uma barreira à interpretação efetiva do Direito

Ou seja, quem nega o conceito da segunda fase, nega a existência da própria Ciência do Direito. Sem os elementos estruturantes, o conjunto normativo deixa de ser um ordenamento e passa a ser um mero amontoado de normas. Sem sistema, não há ciência (p. 336)

Questão 5 - Princípios são normas jurídicas?

Questão elabora com base no item 2 do texto (*Os princípios: significado e teoria geral de aplicação*), pp. 334 ss; nas lições de Paulo Bonavides, *Curso de Direito*

Constitucional, citada no texto, nota 8 da p. 334 e na teoria de Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, citado no texto, nota 19, p.336.

·
A questão trata das fases pelas quais passa a relação dos princípios com o direito (jusnaturalista; positivista e pós positivista)

Mais importante destacar que na segunda fase, princípios não eram considerados normas, mas vetores para interpretação das normas. Nesta fase a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo. Princípios jurídicos são, nesse sentido, os elementos estruturantes do sistema normativo

Na terceira fase, princípios passam a ser considerados uma espécie de norma jurídica.

Questão 6

Considerando o binômio regras e princípio, Ronald Dworkin afirma que as regras se submetem à “regra do tudo ou nada”,

Como se posicionou Alexy, sobre referida teoria?

Destacar, que para Alexy a regra do tudo ou nada não funciona como aparentemente parece funcionar. Uma regra pode não ser aplicada e continuar vigente e válida apesar de inexistir outra regra superior, posterior ou especial. Isso porque por trás de toda regra está um princípio e este pode colidir com princípios opostos levando ao afastamento da regra.

A ponderação de princípios pode levar ao estabelecimento de uma exceção implícita à regra; regras não são afastadas apenas por outras regras, mas também pela ponderação de princípios (aqui há margem para o candidato demonstrar muitos conhecimentos sobre o tema)

Questão 7

Quando o intérprete encontra-se diante de uma colisão de princípios, o que ele deve fazer?

Resposta completa no texto, pp. 338-339

- estabelece o método da ponderação visando uma resposta mais adequada ao caso concreto
- deve levar em conta o princípio da proporcionalidade que será aplicado depois de percorrer 3 etapas sucessivas e necessárias: aferição da adequação onde se ver se o meio é necessário à concretização do fim; se a medida é considerada inadequada e desproporcional, onde se verifica a constatação de sua necessidade; avaliação da existência da proporcionalidade em sentido estrito, onde se apura o peso dos valores incidentes e se decide se outro valor impede ou não a concretização pretendida

Questão 8 (questão também elaborada com base na discussão tratada no texto e objeto da questão 7). Observa-se que o tema da questão foi aventado em outros textos sugeridos no edital, que fazem referência à teoria de Virgílio Afonso da Silva.

Proporcionalidade é princípio, regra ou mera regra de interpretação?

Nem sempre a regra da proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa,

Alexy enquadra-o explicitamente como regra

Esta distinção importa diante de um caso de colisão?

O próprio STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem "fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais".

O que significa a expressão máxima de proporcionalidade?

Quando o intérprete está diante de uma colisão de direitos fundamentais verifica a máxima e proporcionalidade, pelos critérios da adequação e necessidade ... (ver espelho da questão 7, que tem o mesmo teor)

Questão 9 – qual o significado do termo “precedência geral”, na teoria da colisão de princípios? (questão também elaborada com base na discussão tratada no texto e objeto da questão 7)

Para Alexy, é a atribuição de maior dimensão de peso a um princípio no ato de sua positivação, em detrimento de outro, no plano abstrato.

Carga axiológica do valor positivado (p. 339)

Questão 10

Ainda falando sobre a colisão de direito, sabe-se que “a condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem a cláusula ceteris paribus”. (p. 342)

O que é a cláusula ceteris paribus? Explicar como se aplica no contexto

É uma expressão do [latim](#) que pode ser traduzida por "todo o mais é constante" ou "mantidas inalteradas todas as outras coisas".

No contexto, a referida cláusula permite o estabelecimento de exceções

Devemos sempre lembrar, antes de iniciar qualquer ponderação, que nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula ceteris paribus que permite estabelecer exceções.

Possível exemplo (comumente encontrado na doutrina):

Em caso de colisão entre o direito à honra e à liberdade de informação, a jurisprudência poderia formular como uma dessas regras de prevalência condicionada seria: “se a informação é veraz (no sentido de cumprimento da carga de diligência na averiguação da verdade) e o assunto é de interesse público, prevalece a liberdade de informação sobre o direito à honra”.

II - RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade in DIAS TOFFOLI, José Antonio (Org). 30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 679-703.

Questão 11

Cabral de Moncada – sabe de quem se trata?

Professor da Universidade de Coimbra 1988-1974

Carlos Alberto da Mota Pinto – sabe de quem se trata?

Professor da universidade de Coimbra – 1936-1985

Definem os direitos da personalidade:

Como esses dois autores definem os direitos de personalidade? Fazer uma comparação, destacando elementos principais das duas definições.

Resposta na p. 679 e 680 do texto

Moncada: como posições jurídicas fundamentais do homem, decorrentes de sua própria condição, a saber, o nascimento e a vida (Cabral de Moncada).

Mota Pinto: Como direitos que têm por objeto, não um elemento exterior ao sujeito, mas modos de ser da pessoa (Carlos Mota Pinto)

Questão 12

Os direitos da personalidade são como meros direitos fundamentais ?

Não.

P. 680 do texto:

Os defensores dessa teoria não recordem que a constituição dessa categoria se deu em franca oposição ao sentido de hierarquia e de estatalismo.

E nem se confundem com os direitos pessoais.

Questão 13

Qual a relação entre Friedrich Carl von Savigny, António Menezes Cordeiro e Puchta no que diz respeito aos direitos da personalidade como categoria autônoma?

Resposta – p. 680 do texto

No século XIX, Friedrich Carl von Savigny, em *System des heutigen Romischen Rechts*, negou estatuto científico à categoria sob exame, por considerá-la uma *contradictio in terminis*: o homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar direitos sobre sua vida ou sua existência.

Não se pode, contudo, negar que as objeções de Savigny eram de caráter metodológico e, em certa medida, compreendem-se pelas dificuldades inerentes ao direito alemão pré-codificado, como ressalta António Menezes Cordeiro.

“ A posição de Savigny, contudo, não foi acompanhada pela maior parte dos juristas alemães do final do século XIX, inclusive por seu discípulo Puchta, a despeito da não inclusão dos direitos da personalidade como categoria autônoma no anteprojeto do BGB, cujos trabalhos eram liderados por Windscheid e outros pandectistas. O principal defensor da tese da existência de um direito geral da personalidade era, àquele tempo, Otto von Gierke, para quem havia direitos que garantem o domínio sobre uma esfera subjetiva correspondente à personalidade”.

Questão 14

O reconhecimento do direito geral de personalidade só se deu em 1954, com o clássico o julgado do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), conhecido como "caso da carta do leitor".

Saberia falar sobre esse caso?

Decisão proferidas em 25 de maio de 1954 (Leserbrief)

No caso Leserbrief, discutia-se a proteção de cartas missivas, visto que um periódico publicou uma carta de um advogado (representante de um ex-ministro do Reich), na rubrica “cartas do leitor”, sem sua autorização

Questão 15 – Direitos a personalidade se confundem com os direitos fundamentais? E com os direitos pessoais? Exemplos? (questão semelhante à questão 12)

Resposta p. 683:

Jorge Miranda salienta que, "não obstante largas zonas de coincidência, não contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade". Essa departição conceitual é bem aceita pela dogmática em Portugal, com

maiores ou menores aproximações, especialmente quando se entende que há direitos da personalidade que não se qualificam como direitos fundamentais e que existem direitos fundamentais não necessariamente identificáveis como direitos da personalidade.

As experiências políticas de constitucionalização dos direitos da personalidade não devem esquecer que a defesa da pessoa pelo Direito é muito anterior a qualquer ideia de Constituição. Os direitos da personalidade não se confundem com os direitos pessoais (os direitos da personalidade são direitos da pessoa, mas a maioria dos direitos pessoais não são direitos da personalidade) e, como categoria vaga, ampla e de essência sobretudo negativa e sem fundamento moral necessário, são eles os que melhor se contrapõem aos direitos patrimoniais

Questão 16

Todos os direitos da personalidade encontram-se acolhidos pelo atual CCB?

A doutrina majoritária entende que O Código Civil, embora se ocupe do regramento de apenas alguns direitos da personalidade, tem no seu art. 11 uma espécie de cláusula geral que acolhe em seu seio todos os direitos dessa natureza previstos no ordenamento jurídico vigente.

O art. 11 Representa a mediação normativa, no plano infraconstitucional, de princípios e postulados que a Lei Maior encarregou-se de trazer para o direito positivo como direitos fundamentais. Pode-se dizer, pois, que todos os direitos da personalidade encontram-se aninhados na cláusula geral do art. 11 do Código Civil" (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil comentado e anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 64).

Resposta sintetizada no texto, p. 683:

Os direitos da personalidade, tanto no Brasil (arts. 11-21, *CCB/2002*), quanto em Portugal (arts. 70-81, CCP), encontram no Direito Civil seu âmbito normativo primário. Essa afirmação implica o reconhecimento de que as normas do Código Civil fornecem os meios de vinculação dos particulares, sem necessidade de recursos permanente ao texto constitucional para sua concretização.

Questão 17

CCB, Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Como inserir nesse artigo a prática de atos de automutilação, cirurgia de adequação de sexo, a prática de esportes violentos etc?

Resposta na p. 691 do texto:

O art. 13 não foi concebido originalmente para açambarcar situações que a

mudança de costumes tornou passível de tolerância ou converteu em atividades socialmente aceitas ou mesmo incentivadas. Dois exemplos são significativos: a) a prática de esportes violentos; b) os *wannabes* (*amputees by choice*), pessoas que se automutilam voluntariamente por razões estéticas.

Há diversos esportes, alguns deles praticados organizadamente desde o século XIX, como o boxe, o karatê, a luta greco-romana ou o *krav maga*, que exigem dos participantes a consciência da exposição permanente a lesões corporais. Mesmo esportes não violentos, como o futebol, apresentam não desprezível potencialidade para infringir danos ao próprio corpo. Os *wannabes* são a expressão moderna (e por razões diferentes) de práticas relativamente ancestrais, geralmente identificáveis em algumas tribos ou culturas não ocidentais, como a ablação de partes do corpo ou a submissão a corporais para fins estéticos ou rituais (*v.g.*, em geral orelhas, pescoços e pés). Finalmente, hão de ser mencionadas as cirurgias de redesignação sexual. A cláusula geral dos bons costumes (art. 13, Código Civil) corresponde à *modalidade francesa ou subjetiva dos bons costumes*, definível como o padrão social de moralidade em determinada época. Independentemente de protocolos e normas médicas anteriores aos anos 1980, por si sós já restritivos a tais procedimentos, era socialmente considerado contrário aos bons costumes a realização de cirurgias de redesignação sexual no Brasil. Com a mudança dos padrões de moralidade predominantes, esses procedimentos perderam tal qualificação e o óbice do art. 13, Código Civil, não se lhes aplica mais.

Questão 18

O direito ao próprio corpo compreende o direito às partes separadas do corpo? Explicar.

Resposta p. 693, do texto:

O *direito às partes separadas do corpo* não integra o rol de direitos da personalidade, embora seu estudo e seu regime jurídico associe-se a tais espécies.

Como já exemplificado, o leite materno, os cabelos, o material placentário, o sangue, unhas, dentes e o sêmen masculino, quando separados do corpo, não se constituem objetos integrantes do núcleo essencial do art. 13 do Código Civil. Tais partes separadas podem eventualmente assumir natureza de coisas comerciáveis.

Questão 19

O direito à imagem é classicamente dividido em *imagem-retrato* e *imagem-atributo*. Explicar. Mostrar a diferença e dar exemplo

Resposta, p. 695, do artigo:

A *imagem-retrato* compreende no suporte fático desse direito a aparência

da pessoa e sua figura física, quase sempre representadas por um fotograma, uma película, um desenho, uma caricatura, uma escultura ou pelos modernos meios de comunicação telemática e as novas tecnológicas da informação. A *imagem-retrato* diz respeito aos elementos físicos que identificam, individualizam e caracterizam a pessoa em sua vida civil.

A *imagem-atributo* é a segunda forma de se exteriorizar esse direito da personalidade. Ela se caracteriza pela forma como a pessoa é vista pelos outros em sociedade. Elementos como a capacidade de trabalho, a organização, o asseio pessoal, a inteligência, a destreza profissional, a probidade, a eficiência como administrador público, a serenidade como policial, a pontualidade, e tantas outras características que são reconhecidas socialmente como *atributos* da imagem de alguém. Em linguagem mais clássica, é a *fama*, que foi aludida por Sêneca, em *Cartas de um estoico*, da seguinte maneira:

A fama é a sombra da virtude; ela atenderá à virtude mesmo contra sua vontade. Porém, como a sombra às vezes precede e às vezes segue ou até mesmo se atrasa, a fama algumas vezes nos precede e se mostra à vista, e às vezes está na retaguarda, e é tanto maior quanto mais tarde chegar, uma vez que a inveja bater em um retiro.

É a fama que precede o homem.

Embora seccionável, a *imagem-atributo* tem assumido contornos surpreendentes nos dias de hoje, ao exemplo dos contratos celebrados entre atletas e marcas famosas. Não se está a referir aos casos de cessão de direitos de imagem, o que se configura uma maneira clássica de exploração econômica lícita desse direito da personalidade

Questão 20

Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. Qual a importância e a relação desses 2 autores com o tema dos direitos da personalidade ?

Publicaram em 1890, artigo com o título *The right to privacy*.

Resposta, p. 697 do texto:

Este vem a ser um dos artigos mais citados desde sempre em periódicos jurídicos. O desenvolvimento das novas tecnologias da mídia impressa no final do século XIX despertou nesses autores a preocupação com a tutela jurídica da vida privada das pessoas, especialmente quando ela se projetava em memórias, cartas, escritos pessoais, fotografias ou até no corpo (a intimidade dos vivos e o recato dos mortos).

Questão 21

Qual a opinião de Silmara Juny de Abreu Chinellato, sobre os conceitos de vida privada e intimidade ? O que é a teoria alemã das esferas?

Resposta p. 698 do texto:

Rigorosamente, contudo, os dois conceitos são distintos, como afirma Silmara Juny de Abreu Chinellato, porquanto "vida privada e intimidade não são sinônimos. Aquela tem âmbito maior, que contém a intimidade. Ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos. O Código foi omissivo quanto ao segredo que é um círculo menos amplo que a intimidade.

Essas delimitações reconduzem à famosa teoria alemã das esferas [*Sphirentheorie*], que se distingue entre as esferas social [*Sozialsphiere*], privada [*Privatsphiere*] e íntima [*Intimsphiere*].

Professor: Dr. William Paiva Marques Júnior.

Edital nº.: 001/2021 – PPGD/UFC- Linha de Pesquisa 01.

.....
(01) Segundo Robert Alexy, qual o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios?

Conforme aduz Robert Alexy (2017, Capítulo 03, tópico 2): "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio."

(02) Na concepção de Luigi Ferrajoli, o que caracteriza o paradigma do Estado Constitucional de Direito?

Conforme aduz Luigi Ferrajoli (1992, p. 123), o paradigma do Estado Constitucional de Direito- ou seja, o modelo garantista- não é outra coisa que esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta a ambas as dimensões de todo o fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial, ou, se quiser, a "racionalidade formal" e a "racionalidade material" weberianas.

(03) O que caracteriza o neoconstitucionalismo inclusivo?

Conforme William Paiva Marques Júnior (2014, p. 14): “A partir do neoconstitucionalismo inclusivo estabeleceu-se a ideia consoante a qual nenhuma norma pode contradizer o sistema de valores esposado pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana que campeia nas relações jurídicas, sendo possível constatar algumas de suas diretrizes: o compromisso moral, ao tornar os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações jurídico-privadas regidas pelo Direito Civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos (Estado e particulares) por meio das disposições de direitos fundamentais e o consequente ativismo judicial plasmado no protagonismo do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais sociais.”

(04) Para Oscar Vilhena Vieira, considerando o contexto do nascedouro da Constituição Federal de 1988, como uma constituinte congressual, formada por uma maioria de políticos de perfil moderado e conservador, que não iria passar por nenhum processo de ratificação popular, produziu um documento considerado tão progressista, ou mais progressista que o perfil daqueles que participaram de sua feitura?

Na visão de Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 135 e 136): “Penso que as respostas a algumas dessas perguntas estejam associadas aos seguintes fatores: alto grau de desconfiança entre os atores políticos, surpreendente participação popular na primeira etapa da Constituinte, favorecida pelas regras regimentais; ausência de um projeto hegemônico que servisse de fio condutor da constituição a ser elaborada; elevada fragmentação partidária (e intrapartidária, no caso do PMDB). Também deve ser levado em consideração que um processo de coordenação política e social dessa magnitude não escapou das teias mais estruturantes da cultura política nacional, marcada por um forte corporativismo, patrimonialismo e, de maneira mais abrangente, por uma ideologia desenvolvimentista.”

(05) De acordo com Paulo Bonavides, como se dá a moderna interpretação da Constituição?

Para Paulo Bonavides (2016, Capítulo 13, tópico 9): “Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.”

(06) Conforme o ideário de Pérez Luño, como se dá a dupla função dos direitos fundamentais no horizonte do constitucionalismo atual?

De acordo com Pérez Luño (2007, p. 25), no horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham, portanto, uma dupla função: no plano *subjetivo*, seguem atuando como garantias da liberdade individual, e, ao lado desse papel clássico, agora se encontra a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que o *objetivo* tem assumido uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

(07) Qual o impacto do neoconstitucionalismo inclusivo para o Poder Judiciário?

De acordo com William Paiva Marques Júnior (2014, p. 14): "... o neoconstitucionalismo inclusivo converge rumo à missão social do Poder Judiciário (intrinsecamente atrelada à pacificação social), na qual este exerce o protagonismo na efetivação dos direitos fundamentais sociais, haja vista as sucessivas crises de legitimidade que permeiam os Poderes Executivo e Legislativo, na realidade sócio-política contemporânea latino-americana e também a brasileira."

(08) Consoante aduz Paulo Bonavides, quais os 03 (três) graus da teoria da crise política (crise constituinte)?

No diagnóstico de Paulo Bonavides (2016, Capítulo 16, tópico 9): "Com efeito, a crise política de uma nação pode percorrer três distintos graus nesta escala: em primeiro lugar, é **crise do Executivo**, que normalmente chega ao seu termo quando se muda a chefia de governo, ou advém, de maneira bem-sucedida, uma nova política; a seguir, **crise constitucional** -de solução ainda possível- mediante uma Emenda à Constituição ou, nos casos mais graves e excepcionais, por via de reforma total ou da promulgação doutra lei maior; enfim, se converte ela em **crise constituinte**, a de terceiro e derradeiro grau, quando deixa de ser tão-somente a crise de um Governo ou de uma Constituição para se transformar em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em últimos fundamentos." (Grifou-se)

(09) De acordo com Arion Sayão Romita, quais as teorias sobre o fim e a estrutura dos direitos fundamentais?

Na visão de Arion Sayão Romita (2014, Primeira Parte, tópico 6): (1) Teoria Liberal; (2) Teoria Institucional; (3) Teoria Axiológica; (4) Teoria democrático-funcional; (5) Teoria do Estado Social; (6) Teoria Socialista; (7) Teoria Conservadora.

(10) Para Pérez Luño, qual a Constituição inspirou o movimento constitucionalista social após o final da Segunda Guerra Mundial?

De acordo com Pérez Luño (2007, p.40), a Constituição de Weimar (Alemanha/1919) tem sido, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que têm tentado conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta orientação se reflete na Constituição Espanhola de 1931, assim como na maior parte do constitucionalismo surgido após o final da Segunda Guerra Mundial.

(11) De acordo com Oscar Vilhena Vieira, qual a exigência do projeto de emancipação lançado pelo Iluminismo?

Para Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 127): “O projeto de emancipação lançado pelo Iluminismo, do qual o constitucionalismo democrático é a principal manifestação institucional, exige uma contínua inclusão dos grupos sociais no sistema político, na esfera de proteção dos direitos e no compartilhamento dos recursos e das riquezas construídos pela sociedade.”

(12) Quais as diferentes concepções de direitos fundamentais, na visão de Arion Sayão Romita?

Para Arion Sayão Romita (2014, Segunda Parte, 1, tópico 1.3), são as seguintes as diferentes concepções sobre direitos fundamentais: (1) tese positivista; (2) teoria do consenso; (3) fundamentação teórico-discursiva; (4) tese comunitarista; (5) a dignidade da pessoa humana.

Questões Professor André Dias Fernandes

PERGUNTAS

1. Além da modulação de efeitos no tempo, que outras espécies de modulação são admissíveis no direito brasileiro? Exemplificar.
2. Os fundamentos determinantes da decisão de inconstitucionalidade do STF produzem efeito vinculante?
3. Ao prever a possibilidade de modulação de efeitos, o art. 27 da Lei 9.868/99 alterou a sanção-regra aplicável aos atos inconstitucionais? Ou seja, o ato inconstitucional deixou de ser nulo para ser anulável ou continua sendo, em regra, nulo?
4. Que significa “derrotabilidade” (ou “superabilidade”) normativa? Ela, por natureza, gera ativismo judicial? Exemplificar.
5. A sentença manipulativa aditiva decompõe-se, idealmente, em que partes?
6. Há um limite pragmático relevante à prolação de decisões manipulativas? Qual? Explicar e exemplificar.
7. Há alguma relação de precedência entre decisões típicas de inconstitucionalidade (não manipulativas) e decisões atípicas (manipulativas)? E entre decisões manipulativas?
8. Segundo Virgílio Afonso da Silva, há possibilidade de renúncia quanto a direitos fundamentais?
9. Consoante Virgílio Afonso da Silva, na prática norte-americana, qual o principal problema argumentativo na aplicação da doutrina da ação estatal (*state action*)?
10. Conforme Thaler e Sunstein, que é “*sludge*”? Exemplificar.

RESPOSTAS

1. “De outra parte, cumpre fazer duas observações importantes: (a) o art. 27 da Lei nº 9.868-99 autoriza apenas a RESTRIÇÃO dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e não a AMPLIAÇÃO desses efeitos; (b) essa RESTRIÇÃO não precisa ser necessariamente TEMPORAL, podendo ser de ordem SUBJETIVA, OBJETIVA, ESPACIAL, etc. Assim, *v.g.*, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a apenas alguns dos potenciais destinatários da norma ou a apenas um dos Estados-membros abrangidos por esta.

O STF já empreendeu restrição de ordem SUBJETIVA aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em algumas oportunidades. No julgamento do RE 527.109/MG (oriundo de ADIn estadual), o STF modulou os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade tão somente em favor dos profissionais (de saúde e de educação) referidos nos incisos I, III e VIII do art. 2º da LC 1.120/2003, do Município de Congonhal/MG, excluindo, portanto, da modulação os demais profissionais mencionados no art. 2º da lei municipal. Os dispositivos impugnados na ADIn estadual (representação de inconstitucionalidade perante o TJMG) permitiam a contratação temporária, sem concurso público, de servidores municipais em diversas áreas de atuação.” (FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes***. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 293-296)

2. “Somente a *parte dispositiva* do acórdão do STF produz efeito vinculante. Os *motivos determinantes* da decisão, ainda que indispensáveis para a correta inteligência do dispositivo, não são hábeis a produzir efeito vinculante.

A vinculação aos motivos determinantes pode ser substituída com bastante vantagem pela *súmula vinculante*.

De feito, a súmula vinculante desempenha muito melhor o papel que se quer atribuir à vinculação aos motivos determinantes, porquanto: **(a)** seu teor é conhecido de todos, visto que deve ser *publicada na imprensa oficial*, por imposição da própria CF-88 (art. 103-A, *caput*), só produzindo efeito vinculante a partir dessa publicação oficial, ao contrário da *fundamentação* das decisões do STF em ADIn e ADC, cujo teor não é publicado oficialmente (arts. 28, *caput*, e 21, parágrafo único, da Lei nº 9.868-99); **(b)** a súmula vinculante trata exatamente do assunto em questão, dispensando (*rectius*, impedindo) aplicação analógica, pois limita-se às questões *idênticas* (CF-88, art. 103-A, § 1º); **(c)** é mais segura, já que para sua edição se exigem reiteradas decisões no mesmo sentido (CF-88, art. 103-A, *caput*), diminuindo-se, ante a grande variedade de causas examinadas pelo STF, o risco de generalização indevida, tão elevado na vinculação aos motivos determinantes. Demais disso, a súmula vinculante possui *previsão constitucional explícita* (CF-88, art. 103-A), ao contrário da vinculação aos motivos determinantes.” (**Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC...** p. 359)

3. “É de notar, para além disso, que, ao permitir a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF e, sobretudo, ao permitir o diferimento de seus efeitos para depois do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado pelo STF, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não tornou a norma inconstitucional numa norma *meramente anulável*, em vez de *absolutamente nula*, como é da tradição de nosso Direito Constitucional.

É que pela (a) própria *excepcionalidade dessa medida* (evidente na exigência de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e de um *quorum* qualificado de dois

terços dos membros do STF, *i.e.*, 8 (oito) Ministros), pela (b) possibilidade de manutenção de efeitos residuais válidos decorrentes do ato nulo (paraeficácia do ato nulo), pela (c) eficácia meramente declaratória (não desconstitutiva) da decisão (indicada na locução “ao declarar a inconstitucionalidade...” no princípio do art. 27), pela (d) inexistência de prazo decadencial para a declaração de inconstitucionalidade da norma, e pela (e) expressa alusão à mera restrição dos *efeitos* da declaração (“restringir *os efeitos* daquela declaração ou decidir que ela só tenha *eficácia* a partir de [...]”), tratando a questão no plano da *eficácia* e não no da *validade*, não se pode afirmar que o art. 27 da Lei nº 9.868-99 tenha tornado as normas inconstitucionais em normas *meramente anuláveis*. Tal artigo introduziu apenas mais uma *hipótese legal de mitigação* da ineficácia dos atos absolutamente nulos a par das já existentes, sem descaracterizar os atos inconstitucionais como atos *absolutamente nulos*.” (Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC... p. 115)

4. “A partir de Herbert Hart, porção considerável da doutrina passou a reconhecer a “derrotabilidade” (“*defeasibility*”, “*derrotabilidad*”, “*deffetibilità*”) ou “superabilidade” de normas-regras em situações extraordinárias nas quais haja razões suficientemente fortes para deixar de aplicá-las mesmo quando preenchidos os pressupostos fáticos da sua hipótese de incidência. Assim, é possível deixar de aplicá-las em razão de exceções implícitas (*ad hoc*), imprevisíveis, imprevistas ou deficientemente previstas pelo legislador, decorrentes (a) da própria teleologia da norma-regra (*rule’s purpose*) ou da interpretação (c) de normas-princípios ou (b) de outras normas-regras.

Portanto, ainda que atendidos os pressupostos fáticos do antecedente normativo e observados os degraus da “escada ponteana” (planos de existência, validade e eficácia), é possível que o resultado previsto abstratamente no conseqüente normativo não seja efetivamente aplicado, nem deva sê-lo, por incidir uma exceção implícita extraordinária (“dado o fato X, deve ser a sanção Y, exceto na situação Z”). Embora a norma-regra seja aplicável em abstrato, não deve sê-lo no caso concreto excepcional. Mas a norma-regra continua existente, válida, vigente, eficaz e aplicável em abstrato, não perdendo sua força normativa, nem sendo derogada em sentido estrito. Esses casos concretos excepcionais normalmente são insuscetíveis de prévia enumeração exaustiva. [...] Certo é, todavia, que a derrotabilidade é encontrável, ainda que sob outros rótulos ou por meio de conceitos conexos (interpretação restritiva, ampliativa, *distinguishing*, redução teleológica, etc.), tanto nos sistemas de *common law*, como nos sistemas de *civil law*, com variados graus de intensidade. Nos sistemas de *common law*, onde há mais espaço para discricionariedade e criação do direito pelos juízes (*judge made law*), há terreno mais propício para a derrotabilidade, mas nos sistemas romano-germânicos também é possível reconhecer a derrotabilidade de normas-regras, especialmente nos sistemas onde viceja algum ativismo judicial.

Contudo, embora as precondições que favorecem o ativismo judicial (designadamente, o grau de liberdade decisória permitido ao Judiciário) também beneficiem a derrotabilidade, esta não deve ser identificada com aquele. Mesmo em sistemas de *civil law* conservadores, nos quais não impera nenhum ativismo judicial, é plenamente possível reconhecer a derrotabilidade de normas-regras, cuja ideia subjacente — a equidade — remonta à Antiguidade, tendo sido defendida, dentre outros, por Aristóteles. Para o Estagirita, a equidade serve para corrigir as deficiências da lei em razão da sua generalidade, amoldando-a às peculiaridades dos casos concretos à semelhança da régua de Lesbos.” (FERNANDES, André Dias. Corte de energia elétrica e derrotabilidade normativa: necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos e a Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 127, 2020, p. 263-265)

5. “Portanto, a sentença manipulativa aditiva decompõe-se, idealmente, em duas partes: uma parte ablativa, em que procede à eliminação da norma inconstitucional, e uma parte reconstrutiva (ou adjuntiva, recompositiva, integrativa, corretiva), em que reconstrói a norma à luz dos parâmetros constitucionais. Primeiro, destrói (*pars destruens*), depois reconstrói (*pars construens*).

É nessa fase reconstrutiva que sói assomar o conteúdo inovador e criativo característico das sentenças manipulativas. Tal reconstrução pode ser efetivada de modo direto e completo pela Corte (sentenças manipulativas aditivas *stricto sensu*), ou pode ser promovida de forma indireta e incompleta por ela, mediante indicação de princípios e diretrizes que deverão ser observados pelo legislador ou pela jurisdição ordinária (sentenças manipulativas aditivas de princípio). Nestúltima hipótese, resguarda-se certa margem de conformação ou discricionariedade ao legislador e aos demais juízos incumbidos de complementar a tarefa de reconstrução encetada pela Corte.

No que respeita à componente ablativa, não há diferença substancial entre a sentença aditiva *stricto sensu* e a aditiva de princípio: a distinção reside na componente reconstrutiva, que é plena, completa e acabada na sentença aditiva em sentido estrito e parcial, inacabada, incompleta, na sentença aditiva de princípio. Logo, a sentença manipulativa aditiva de princípio não é uma sentença despida de componente reconstrutiva, porém sim uma sentença manipulativa com uma componente reconstrutiva incompleta, não suficiente em si mesma, carecente de complementação.” (FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 53-54)

6. “Algumas significativas reversões de entendimento do STF demonstram a eficácia prática do *backlash*, a sugerir sua relevância como um limite pragmático à prolação de decisões manipulativas, a par dos limites dogmáticos já analisados, assinaladamente nos casos em que se verificam “desacordos morais razoáveis”. Cumpre, pois, analisar alguns desses casos para aferir o papel desempenhado por reações contrárias a decisões do STF por parte do Legislativo, do próprio Judiciário e da sociedade em geral. No julgamento conjunto da ADI 4578, da ADC 29 e da ADC 30, acerca da “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/2010), o STF inverteu o seu entendimento firmado quatro anos antes na ADPF 144 no tocante à presunção de inocência em matéria de inelegibilidades, passando a admitir a inelegibilidade do candidato condenado por decisão colegiada que ainda não houvesse transitado em julgado.” (Modulação de efeitos... p. 302-338)

7. “Logo, as decisões atípicas (com efeitos aditivos) devem ser empregadas em caráter meramente subsidiário, residual, em relação às decisões típicas, tradicionais, de inconstitucionalidade. Este raciocinar também se aplica à escolha da modalidade de decisão manipulativa: entre decisões manipulativas mais gravosas, intrusivas, e decisões manipulativas mais brandas, menos invasivas, há de dar-se preferência a estúltimas. Há, portanto, entre decisões típicas de inconstitucionalidade (não manipulativas) e decisões com efeitos aditivos (manipulativas) uma relação de precedência em favor das primeiras. Da mesma forma, entre decisões manipulativas mais gravosas e decisões manipulativas menos intrusivas, existe uma relação de precedência em prol destas.” (Modulação de efeitos... p. 341)

8. “(1) Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* seu direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. (2) Aquele que, diante das câmeras de TV, exhibe sua cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do

voto. (3) Quando um homem entra para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família. (4) Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, *renuncia* a seu direito fundamental do art. 5º, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I). (5) Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62)

9. “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. [...]

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.” (Constitucionalização do direito... p. 99 e 101)

10. “We have also added a new chapter on what we call *sludge*, which is nasty stuff that makes it more difficult to make wise choices. (Sludge is everywhere; you’ll see.) The use of Smart Disclosure is one way to reduce sludge. So is sending everyone a tax return that has already been completed and can be filed with one click. So is reducing the length of those forms you have to fill out to get licenses, permits, visas, health care, or financial aid, or to get reimbursed for a trip you take for your employer. Every organization should create a seek-and-destroy mission for unnecessary sludge.” *Vide* ainda: capítulo 8. (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021, Preface to the Final Edition, p. XI).