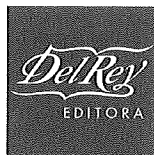


STJ00098779

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

**TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**



Belo Horizonte
2013



Copyright © 2013 Editora Del Rey Ltda.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.
Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

EDITORA DEL REY LTDA.
www.livrariadelrey.com.br

Editor: Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto: Ricardo A. Malheiros Fiuza

Editora Assistente: Waneska Diniz

Coordenação Editorial: Wendell Campos Borges

Diagramação: Lucila Pangrácio Azevedo

Revisão: Maria Elizabete de Sousa

Editora / MG

Av. Contorno, 4355 – Funcionários
Belo Horizonte-MG – CEP 30110-027
Tel: (31) 3284-5845
editora@delreynline.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Birchall
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antonio Augusto Junho Anastasia
Aroldo Plínio Gonçalves
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho
Celso de Magalhães Pinto
Dalmar Pimenta
Edelberto Augusto Gomes Lima
Edésio Fernandes
Fernando Gonzaga Jayme
Hermes Vilchez Guerrero
José Adércio Leite Sampaio
José Edgard Penna Amorim Pereira
Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior
Misabel Abreu Machado Derzi
Plínio Salgado
Rénan Kfuri Lopes
Rodrigo da Cunha Pereira
Sérgio Lellis Santiago

S192t Sampaio, José Adércio Leite
Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. / José Adércio Leite Sampaio.
Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
xvi + 840 p.
ISBN: 978-85-384-0303-6
1. Direito constitucional. 2. Direitos e garantias individuais. I. Título.

CDU: 342

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

PARTE I

CONSTITUCIONALISMO

CAPÍTULO I – HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO.....	5
§1º As Origens do Constitucionalismo Moderno.....	8
1. O individualismo	8
2. O contratualismo	9
3. A juridificação da política	12
4. As revoluções burguesas	14
I. A revolução inglesa	14
II. A revolução norte-americana	18
III. A revolução francesa.....	22
§2º As Origens da Constituição Formal.....	28
1. Da supremacia do direito natural à superioridade das normas de organização política: as leis fundamentais.....	29
2. Constituição e contrato social	36
3. Escritura e limitação dos poderes.....	40
4. Constituição como ato revolucionário e manifestação da vontade popular.....	44
5. O mito fundador	50
6. A palavra “Constituição”	53
§3º Texto e história – o nascimento na vida real da Constituição.....	56
§4º A Constituição dos Modernos.....	59
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO.....	61
§1º O Estado de direito liberal	61
§2º O constitucionalismo social.....	66
§3º O constitucionalismo neoliberal	67
§4º O constitucionalismo democrático: As concepções de Estado democrático de direito....	70

PARTE II

A CONSTITUIÇÃO

CAPÍTULO I – O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO	77
§1º A Constituição Formal	79
§2º A Constituição Material	80
1. O realismo constitucional sociológico	80

I. Constituição como forma de domínio	80
II. Constituição como espaço para luta política ou como tratado de paz entre as forças políticas – a concepção procedimentalista sociológica	83
III. Constituição como ordem fundamental ou <i>institutio</i>	84
IV. Constituição como decisão	85
2. Concepção normativo-material	85
I. Orientação essencialista	86
II. Orientação real-material – o realismo constitucional normativo	86
3. Conclusões	88
CAPÍTULO II – A CONSTITUIÇÃO PLURIDIMENSIONAL	91
§1º Ênfase na dimensão normativa	92
1. A dimensão normativa do processo político ou a Constituição democrático-deliberativa	92
2. A Constituição como processo da razão pública	92
3. A Constituição dualista	93
4. A Constituição como garantia do devido processo político	94
5. A Constituição discursiva	95
6. Constituição como cultura e processo público	97
7. A Constituição aberta ao tempo	98
8. A dimensão moral da normatividade constitucional ou a Constituição principiológica	100
9. A dimensão transformadora da normatividade constitucional ou a Constituição dirigente	101
§2º Ênfase na dimensão real da Constituição	104
1. A Constituição da integração ou o hegelianismo constitucional	104
2. A Constituição total	107
3. A Constituição institucional	108
4. A Constituição dialógico-republicana	109
§3º A Constituição Pluridimensional	111
1. Os pressupostos constitucionais	111
2. A teleologia constitucional	114
3. Constituição pluridimensional e o patriotismo constitucional	117
CAPÍTULO III – CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	121
§1º Critério material ou de conteúdo	121
1. Constituições materiais	121
2. Constituições formais	121
§2º Critério formal	121
1. Constituições escritas	121
2. Constituições não escritas, costumeiras ou consuetudinárias	122
§3º Critério da elaboração	122
1. Constituições dogmáticas	122
2. Constituições históricas	122
§4º Critério da natureza ou origem constituinte	123
1. Constituições democráticas, populares ou promulgadas	123
2. Constituições autoritárias, outorgadas ou impostas	123

3. Constituições mistas ou híbridas	123
§5º Critério da estabilidade formal	123
1. Constituições super-rígidas	124
2. Constituições rígidas	124
3. Constituições flexíveis.....	124
4. Constituições semiflexíveis	124
§6º Critério teleológico, funcional ou da finalidade constitucional	124
1. Constituições garantistas, garantia, quadro, utilitárias ou instrumentais	124
2. Constituições-balanço	124
3. Constituições dirigentes ou ideológico-programáticas	125
§7º Critério da extensão	125
1. Constituições sintéticas, sumárias, concisas, sucintas, breves, principiológicas	125
2. Constituições analíticas, extensas, expansivas, prolixas.....	125
§8º Critério ontológico ou da positividade e eficácia social e simbólica	126
1. Constituições normativas	126
2. Constituições nominais	126
3. Constituições semânticas.....	126

PARTE III

O DEBATE ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS

CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO LIBERAL	127
§1º A constituição principiológica de Ronald Dworkin.....	134
CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALISMO COMUNITARISTA	139
§1º Comunitarismo e republicanismo	144
§2º A comunidade e identidade.....	150
§3º Comunitarismo e política	154
§4º A democracia comunitarista.....	156
§5º Constitucionalismo comunitarista	158
§6º A Constituição republicana de Frank Michelman.....	163
§7º Comunitarismo no Brasil.....	165
§8º As críticas aos comunitaristas.....	169
CAPÍTULO III – DEBATE ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS:	
UM RESUMO	173
§1º Ética procedimental, formal, abstrata ou antiperfeccionista e ética substancial, contextual ou perfeccionista.....	173
§2º Justiça e vida boa.....	173
§3º Individualismo e comunidade.....	174
§4º Contratualismo e vínculo comunitário.....	174

§5º Direitos e deveres	174
§6º Liberdade negativa e liberdade positiva	174
§7º Política amoral e política moral	175
§8º Estado mínimo e neutro e Estado mínimo ou máximo e parcial	175
CAPÍTULO IV – PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS	177
§1º Procedimentalistas	177
§2º Substancialistas	178
§3º Comunitarismo, liberalismo, procedimentalismo e substancialismo	178
CAPÍTULO V – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO	181
§1º A constitucionalização do direito	181
§2º O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e a politização do direito	182
1. Excurso de esclarecimento	188
2. Supremo Tribunal Federal e Ativismo Judicial	191
CAPÍTULO VI – O ESFORÇO DE CONCILIAÇÃO: A TEORIA DISCURSIVA	201
§1º Teoria crítica	203
§2º A pragmática universal	205
§3º Teoria da ação comunicativa	209
§4º Teoria discursiva do direito e da democracia: Conciliação entre liberais e comunitaristas?	213
§5º Críticas e defesa	218

PARTE IV

PODER CONSTITUINTE E MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO I – O PODER CONSTITUINTE	241
§1º Natureza do poder constituinte	246
§2º Titularidade do poder constituinte	248
§3º A revolução	249
§4º A transição constitucional	253
§5º Excurso: A ditadura	264
§6º Os processos constituintes no Brasil	265
§7º Limites do Poder Constituinte: O Requisito da Legitimidade	268
1. Legitimidade pelo procedimento	269
2. Legitimidade pelo resultado (ou conteúdo)	271
3. Condicionantes políticos	273
4. Condicionamentos jurídicos	274
5. Limites materiais ou substanciais	275

§8º Procedimento constituinte	276
1. Procedimento formal externo	276
2. Procedimento interno	277
3. Procedimentos democráticos	278
4. Procedimentos autoritários	278
5. Procedimentos mistos (mono-democráticos)	279
§9º Efeitos da promulgação de uma nova ordem constitucional: ab-rogação, recepção e desconstitucionalização	280
1. No plano das normas constitucionais	280
2. No plano infraconstitucional	281
II – AS MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS	285
§1º Os Processos de Mudanças Constitucionais	285
1. Mudanças informais	286
2. Mudanças formais	288
I. Revisão tácita	288
II. Quebra constitucional	288
III. Reformas ou revisões constitucionais expressas	290
§2º As reformas constitucionais	290
1. Os limites materiais expressos	291
2. Os limites formais	292
3. Limites circunstanciais	295
4. Reformas constitucionais ilimitadas.....	295
§3º Controle de reforma constitucional	296
1. Forma política de controle.....	296
2. Forma jurisdicional de controle.....	296
§4º O poder de reforma na Constituição de 1988	297
1. Limites do poder de reforma constitucional.....	297
2. Limites ao poder de emenda.....	297
I. Limites formais.....	298
II. Limites circunstanciais.....	298
III. Limites materiais	298
3. Revisão constitucional: significado e limites	310
CAPÍTULO III – AS NORMAS CONSTITUCIONAIS	313
§1º Definição e natureza das normas constitucionais	313
§2º As características das normas constitucionais	317
§3º Classificação das normas constitucionais	319
§4º As normas programáticas	332
1. Críticas às normas programáticas.....	341
2. Eficácia das normas programáticas	344
CAPÍTULO IV – A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	355
§1º As concepções tradicionais de princípios	355
1. Valores supremos de um ordenamento jurídico	355
2. Norma jurídica de grande importância para o direito e daí sua hierarquia superior ..	361

3. Normas jurídicas dotadas de alto grau de generalidade semântica	362
4. Normas de normas	362
5. Normas sobre normas	363
6. Elementos da epistemologia jurídica.....	364
7. Observações críticas às concepções tradicionais de princípios.....	365
§2º As novas concepções de princípios (Dworkin e Alexy)	365
§3º Tentativa de precisão terminológica	367
§4º Classificação dos princípios	371
§5º Tentativas de precisão conceitual dos princípios jurídico-normativos	373
1. Critério genético	374
2. Critério material	382
3. Critério estrutural	384
I. O caráter indeterminado dos princípios	384
II. Princípio como mandado de otimização	388
4. Critério funcional ou de aplicação da norma	394
5. Conclusão	405
CAPÍTULO V – A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	409
§1º A interpretação metodológica	410
§2º Excurso – Estados Unidos: os debates sobre a interpretação originalista e não originalista.....	412
§3º Classificação da interpretação.....	419
§4º O giro linguístico e o giro hermenêutico	421
1. O giro linguístico.....	421
2. Reação ao giro linguístico	424
3. O giro hermenêutico.....	426
§5º A nova hermenêutica constitucional – A contribuição alemã	428
1. A Tópica	430
2. Teorias concretizantes da Constituição	432
I. O estruturalismo concretizante de Friedrich Müller.....	432
II. Os limites do texto no concretismo da efetividade de Konrad Hesse.....	435
III. O pluralismo da concretização em Peter Häberle.....	436
§6º As especificidades da interpretação constitucional.....	438
1. A influência das pré-compreensões constitucionais sobre a interpretação.....	439
2. Os critérios especiais de interpretação constitucional.....	441
I. Princípio da unidade da Constituição.....	441
II. Princípio da harmonização, adequação ou da concordância prática	442
III. A ponderação de normas constitucionais	443
IV. Princípio da proporcionalidade	450
V. Princípio da razoabilidade	456
VI. Princípio da exatidão ou correção funcional ou o efeito gerador de unidade (<i>self-restraint, Auslegungskriterien, Prinzip der funktionelle Richtigkeit</i>).....	459
VII. Princípio da máxima eficácia da Constituição	460
VIII. Princípio da eficácia integradora da Constituição.....	461
IX. Princípio da interpretação conforme a Constituição	462

§7º Aspectos gerais da interpretação.....	463
1. O ceticismo acerca da teoria da interpretação.....	463
2. O dever da argumentação jurídica.....	466
3. A interpretação consequencialista (sinepeia constitucional)	468
§8º A discussão sobre a única resposta correta	470
CAPÍTULO VI – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	473
§1º Origem e evolução da jurisdição constitucional.....	474
§2º Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil.....	482
§3º O vício de inconstitucionalidade	500
§4º As manifestações do controle de constitucionalidade	502
§5º Desafios do controle de constitucionalidade.....	506
1. Necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no Estado Social.....	509
2. O déficit de legitimidade decorrente da práxis política.....	510
3. O respeito ao procedimento democrático (procedimentalismo democrático).....	511
4. A promoção dos direitos fundamentais (tese substancialista).....	512
5. A imparcialidade e o virtuosismo judiciais	514
6. A legitimidade pelo resultado.....	515
7. A legitimidade formal.....	516
§6º Parâmetro do controle de constitucionalidade.....	518
§7º Objeto do controle de constitucionalidade	521
§8º Efeitos da decisão jurisdicional de inconstitucionalidade	524
1. Efeitos no controle preventivo	525
2. Efeitos no controle sucessivo	525
§9º Efeitos da declaração jurisdicional de constitucionalidade	533
§10º As sentenças intermediárias de constitucionalidade.....	534
1. A interpretação conforme a Constituição	534
2. As sentenças aditivas ou construtivas	536
3. As sentenças aditivas de princípio, “de mecanismo”, ou “sentenças-delegação”	536
4. As sentenças substitutivas	537
5. As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo	537
6. As sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada	539
7. As sentenças apelativas ou de declaração da constitucionalidade provisória ou de declaração de situação “ainda constitucional”	539
8. As sentenças de aviso (<i>prospective overruling</i> , <i>Warnund Ankündigungentscheidungen</i>)	539

PARTE V

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I – EM BUSCA DE UM SIGNIFICANTE.....	541
§1º Direitos naturais.....	541
§2º Direitos inatos.....	543
§3º Direitos morais.....	544

§4º Direitos e liberdades individuais	544
§5º Direitos ou liberdades civis	545
§6º Liberdades públicas	546
§7º Direitos do homem ou direitos humanos	547
§8º Direitos fundamentais.....	548
CAPÍTULO II – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	549
§1º Características teóricas dos direitos fundamentais	550
1. A natureza básica ou essencial dos direitos humanos ou fundamentais	550
2. A universalidade dos direitos humanos ou fundamentais.....	551
3. Universalidade objetiva dos direitos humanos ou o seu caráter absoluto	551
4. Universalidade subjetiva dos direitos humanos ou a sua generalidade	552
5. A indisponibilidade dos direitos humanos	553
6. A interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos	554
7. A presunção de igualdade hierárquica dos direitos humanos.....	555
8. A expansividade, dinâmica e não tipicidade dos direitos humanos.....	556
§2º Características dogmáticas dos direitos fundamentais	556
1. O <i>status</i> dos direitos fundamentais.....	556
2. A natureza das disposições normativas de direitos fundamentais	558
CAPÍTULO III – CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	561
§1º Classificação quanto ao papel do Estado	561
1. Sistemas binários de classificação dos direitos humanos segundo o papel do Estado ..	561
I. Distinção clássica	561
II. Distinção contemporânea.....	562
2. Sistemas ternários de classificação dos direitos humanos segundo o papel do Estado	565
§2º Classificação quanto ao status ou relação do indivíduo perante o Estado.....	566
1. <i>Status subjectionis</i> ou passivo	566
2. <i>Status libertatis</i> ou negativo	567
3. <i>Status positivus</i> ou <i>civitatis</i>	567
4. <i>Status activus</i>	567
§3º Classificação quanto à geração	568
1. Direitos de primeira geração	569
I. Direitos civis ou liberdades individuais	569
II. Direitos políticos, de participação política ou liberdades políticas.....	569
2. Direitos de segunda geração.....	570
3. Direitos de terceira geração.....	571
4. Direitos de quarta geração	575
5. Direitos de quinta geração	578
6. Críticas à classificação geracional.....	579
CAPÍTULO IV – DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	581
§1º Aspecto, dimensão, eficácia, função objetivos dos direitos fundamentais	582
§2º Aspecto, dimensão, eficácia, função subjetivos dos direitos fundamentais	585
1. As lições de Hohfeld	586
§3º As relações entre os aspectos objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais	590
§4º Os deveres fundamentais	593

CAPÍTULO V – A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	595
§1º A titularidade pelos indivíduos	595
1. A titularidade de direitos fundamentais pelo nascituro	595
2. A titularidade dos direitos fundamentais pelos estrangeiros	599
I. Catálogo geral de direitos fundamentais dos estrangeiros	602
II. Direitos fundamentais pertencentes exclusivamente aos nacionais	602
III. Direitos fundamentais extensíveis a todos, nacionais, estrangeiros ou apátridas ...	603
IV. Direitos fundamentais extensíveis a alguns estrangeiros	603
V. Direitos fundamentais próprios dos estrangeiros	604
VI. A titularidade por estrangeiros das espécies de direitos fundamentais.....	606
§2º Relações especiais de poder ou sujeição	618
§3º Titularidade dos Direitos Fundamentais pelas pessoas jurídicas e grupos sociais	622
§4º Titularidade dos Direitos Fundamentais por pessoa jurídica de direito privado	622
1. Tese negativa ou refutacionista	623
2. Tese positiva ou afirmativa.....	623
I. A tese positiva radical.....	626
II. A tese positiva moderada.....	626
§5º Titularidade dos Direitos Fundamentais por pessoa jurídica de direito público.....	636
§6º Titularidade dos Direitos Fundamentais por grupos e coletividade.....	640
§7º Titularidade dos Direitos Fundamentais pelos animais?	642
CAPÍTULO VI – DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	647
§1º Eficácia vertical dos direitos fundamentais	647
1. Os deveres do Estado	647
2. Deveres do legislador	648
3. Deveres do Executivo.....	651
4. Deveres do Judiciário	652
§2º Direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos	653
§3º Eficácia horizontal, eficácia externa e eficácia intersubjetiva dos direitos fundamentais..	654
1. Teoria da eficácia direta ou imediata	655
2. Teoria da eficácia indireta ou mediata (<i>mittelbare indirekte Drittwirkung</i>)	657
3. A teoria da responsabilização ou da convergência estatal (<i>etatistischen Konvergenztheorie</i>)	659
4. A teoria analógica ou por equiparação	660
5. Teoria do descumprimento do dever de proteção estatal	662
6. A crítica às doutrinas da horizontalidade dos direitos fundamentais	663
7. A jurisdição constitucional comparada	665
I. Eficácia horizontal na Europa.....	668
II. Países da <i>Commonwealth</i>	677
III. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na América Latina.....	678
IV. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil	681
8. Nossa visão.....	686
CAPÍTULO VII – TEORIA DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	689
§1º Limitações externas e internas.....	690
1. Limites internos.....	690

2. Limites externos	696
§2º Pressupostos fáticos amplos e pressupostos fáticos reduzidos	699
§3º Características e requisitos das leis restritivas de direitos fundamentais (os limites dos limites)	701
1. Reserva de lei restritiva	702
2. Generalidade e abstração da lei restritiva	704
3. Clareza da lei restritiva.....	704
4. A vedação da retroatividade da lei restritiva	704
5. Proibição de excesso da lei restritiva	705
6. Intangibilidade do conteúdo essencial em face da lei restritiva	706
§4º Colisão de direitos fundamentais.....	711
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	723