

PONTO 14

PLANO DE AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL
(Publicação do dia 17 abril de 2020 – Marcadores – Aulas
<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=42>)

Aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Direitos e garantias decorrentes. Tratados e convenções sobre direitos humanos; hierarquia constitucional. Jurisdição de tribunal penal internacional.

- Normas constitucionais

- Aplicação imediata: art. 5, § 1

I. Aplicação imediata: art. 5, § 1

1. Art. 1, alínea 3, da lei fundamental: os direitos fundamentais seguintes vinculam a dação de leis, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente.

Obs.:

1. titular dos direitos fundamentais é a pessoa; destinatário dos direitos fundamentais é o estado.

direitos subjetivos - Jellinek. Jellinek trabalhou a relação entre o particular e o estado com a ideia do status. A seguir, sua apresentação.

„Os direitos fundamentais, por um lado, garantem ao particular direitos subjetivos com hierarquia constitucional, o que os diferencia de outros direitos subjetivos. Disso resulta o caráter subjetivo público dos direitos fundamentais, isto é, a relação entre o particular e o Estado, que Jellinek distinguiu com os conceitos do *status negativus*, *status positivus* e *status activus*. Esses *status* caracterizam, cada vez, um estado do particular diante do Estado.

O *status negativus* é o estado no qual o particular tem a sua liberdade do Estado, ou seja, ele pode resolver as suas questões individuais, regular sua vida em sociedade e desenvolver os seus negócios sem o Estado. Esse estado é configurado e assegurado pelos direitos fundamentais à medida que eles, como

direitos de defesa, protegem determinadas liberdades, espaços livres, direitos de liberdade ou a livre disposição de certos bens deixados ao particular contra a intervenção, limitações, restrições ou violações do Estado.

O *status positivus* é aquele no qual o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado. Esse estado é configurado e assegurado à medida que os direitos fundamentais são direitos de pretensão, de proteção, de ter parte, de prestação, de procedimento.

O *status activus* é o estado no qual o particular faz atuar sua liberdade no e para o Estado. Esse estado é configurado e assegurado pelos direitos cívico-estatais, ou seja, o de ser eleitor e eleito, o de apresentar a objeção de consciência (prestar o serviço militar sem armas) o de ter acesso aos cargos públicos e o de exercê-los.,,

2. Kelsen: o direito subjetivo como direito reflexo. Ex. A tem uma permissão diante de B. B deve tolerar o ato de A. Se B não tolerar o ato de A, A pode fazê-lo valer (precisa de uma via processual adequada). A e B podem ser privados ou um deles, o estado. Também se pode, então, falar aqui de direitos subjetivos privados e direitos subjetivos públicos.

3. Efeito perante terceiros de direitos fundamentais. O art. 1, alínea 3, da lei fundamental vale para a relação cidadão-estado. O efeito perante terceiros trata da sua validade na relação cidadão-cidadão. Eficácia direta (todos valem) e eficácia indireta (a cada vez, por meio de cláusulas gerais).

2. Art. 5, § 1 da constituição federal: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Obs.:

1. aplicação. O destinatário é o estado, em princípio. Mas também o particular, artigo 7 da CF.

2. definidora: questão sobre o conceito de norma. Pode-se mencionar, por um lado:

. Kelsen: sentido de um ato com o qual uma conduta é ordenada ou permitida, especialmente autorizada;

. Luhmann: esperança de conduta estabilizada diante dos fatos;

. Austin: imperativo;

. Hart: Regra social.

Por outro: Alexy: conceito de norma semântico. Esse modelo distingue entre norma e proposição (frase) de norma. Um exemplo de proposição de norma é: art. 5, LI: nenhum brasileiro será extraditado. Essa proposição expressa que é proibido extraditar um brasileiro ao estrangeiro. Que é proibido extraditar um brasileiro ao estrangeiro é o que significa a proposição: „nenhum brasileiro será extraditado. Uma norma é, com isso, o significado de uma proposição de norma. Que se pode diferenciar entre uma proposição de norma e norma deixa-se reconhecer no fato de que a mesma norma pode ser expressa por várias proposições de normas. Assim, pode ser dito: é proibido extraditar brasileiros ao exterior; brasileiros não devem ser extraditados ao exterior; brasileiros não serão extraditados ao exterior.

Por isso deve-se procurar critérios para a identificação de normas não no plano da proposição da norma, mas no plano da norma. Para isso servem as modalidades deônticas do ordenado, proibido e permitido.

Conclusão:

1. o conceito de norma de direito fundamental parte do mesmo problema do conceito de norma em geral.
2. diante do modelo descritivo o modelo semântico parece ser mais adequado, porque: permite diferenciar direitos fundamentais em regras e princípios (a necessidade de interpretação não tira o caráter de uma regra. O que tira o seu caráter é um princípio em sentido contrário); permite fixar a norma por meio dos modais deônticos; na colisão entre princípios resulta da sua solução uma regra para o caso concreto. Essa regra é expressa por uma proposição de norma que, por sua vez, terá uma norma (modalidade deôntica) como o seu significado.

- Aplicação mediata

II. Aplicação mediata: torna duvidosa a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais (no Brasil, José Afonso da Silva) na medida em que entende o

significado das proposições de normas como normas programáticas (modalidade deôntica inexistente).

Obs.:

1. Quanto à palavra efetividade

A. Em Friedrich Müller (Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts. Neue Aufsätze (1995-1997). Berlin: Duncker & Umblot, 1997, S. 10 und Fußnote 3) pode ser lido, respectivamente: "Em todo o caso, desde sua positivação os direitos têm caráter estatal. Levar eles a sério significa respeitar, trabalhar e impor eles *como direito positivo*." (Em itálico no original.) "*Naquele tempo* [na época de Weimar] "**efetividade**" significava nessa conexão: os direitos fundamentais não são meras "proposições programáticas", mas "proposições jurídicas atuais". — Essa questão é hoje respondida pelo artigo 1, alínea 3, da lei fundamental."

O artigo 5, § 1, da CF, em comparação com o artigo 1, alínea 3, da lei fundamental, também dá resposta a essa questão.

Isso põe o livro do sr. Sarlet "A eficácia dos direitos fundamentais" em dúvida cientificamente, porque nele é sustentada não só a norma programática, mas também é aceita a teoria de Alexy. Com isso, o sr. Sarlet mostra, portanto, uma dupla ignorância, que se revela já no título do seu livro: uma diz respeito à história dos direitos fundamentais à época de Weimar, a outra, à teoria dos direitos fundamentais sob a vigência da lei fundamental de Bonn. Esse livro, contudo, é a sua tese de doutorado.

2. Quanto à expressão novos direitos

Em Robert Alexy (Theorie der Grundrechte. Frankfurt: Suhrkamp, 2. Aufl. 1994 (erste 1985) pode ser lido na S. 403 (428, versão espanhola): "Em fixar mais rigoroso mostra-se que um tal direito [direito fundamental do meio ambiente], indiferente se se quer inserir ele como direito fundamental novo no catálogo dos direitos fundamentais ou associar ele interpretativamente a determinações de direitos fundamentais existentes, ..."

Mais além, na S. 62, Fußnote 57 (72, versão espanhola): "Uma vantagem desse conceito [de norma de direito fundamental associada] deve ser

mencionada somente na margem: ele permite falar da descoberta de normas de direitos fundamentais novas."

Isso não mostra agora que o sr. Oliveira Junior, com seu grupo de pesquisa "Direitos fundamentais e novos direitos" apresenta um plágio? A mesma coisa não apresenta a sra. Lima Marques, que recentemente acolheu como variável no seu grupo de pesquisa o tema "Direitos humanos e novos direitos"? Se se tem em conta, ainda, que o prof. Heck tem o seu projeto de pesquisa "Os direitos fundamentais no plano teórico e no prático" desde o concurso, feito em 2002 na UFRGS, então o sr. Oliveira Junior e a sra. Lima Marques deixam aparecer, além do plágio, uma pobreza em ideias próprias (apoderam-se das do colega), uma postura político-jurídica (não levar a CF a sério, banalizar os direitos fundamentais, desprezar os seus titulares) e o uso da ciência como pretexto (provavelmente para receber bolsa produtividade, impressionar clientes no escritório, participar de coffee-break e assim por diante).

- Direitos e garantias expressos

> art. 5º, § 2º

- Direitos e garantias decorrentes

- Regime: deve ser entendido o republicano, artigo 1, caput.

- Princípios: podem ser mencionados, por exemplo, o princípio do estado de direito, princípio democrático e princípio federativo.

Os princípios, como já dito no ponto 4, são indeterminados. O STF pode desenvolvê-los, assim como fez o TCF alemão, derivando dele preceitos (preceito da certeza jurídica e da proteção à confiança do princípio do estado de direito, igualdade de oportunidades do princípio do estado de direito e preceito da conduta federativa amistosa do princípio federativo).

- Tratados internacionais. Das normas de direito internacional público também podem ser derivados preceitos para aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

A indeterminação vale também para o regime e para as normas de direito internacional público.

A palavra decorrente significa derivação. Portanto, no caso concreto, o aplicador do direito pode, do regime, dos princípios e/ou dos tratados desenvolver dedutivamente normas para a decisão do caso dado.

O texto do par. 2 também mostra que o direito e lei não são a mesma coisa, ou seja, o direito já não está contido na lei. Se assim fosse, a lei, assim como a sentença judicial e o ato administrativo seriam meras reproduções do direito. A reprodução é sustentada pelo direito natural. A CF não oferece fundamento para tal sustentação.

Gadamer: o sentido de uma lei, que inclui interpretação (explicação), mostra-se primeiro na sua aplicação ao caso a ser decidido.

- Tratados e convenções sobre direitos humanos: hierarquia constitucional:
arts. 5, § 3; 109, § 5

Artigo 5, § 3, CF:

1. A relação das normas de direito internacional público e direito interno depende, em grande medida, de se o ordenamento jurídico nacional recepciona ou não as normas do direito internacional.

Se não recepciona, em princípio, não podem servir de critério normativo.

Se recepciona, podem servir de critério normativo (exemplo, art. 140 a da constituição austríaca e art. 25 da lei fundamental). Nesse sentido, também o § 2 do art. 5 da CF pode ser entendido.

Disso resulta:

pelo § 2, as normas de direito internacional servem de critério normativo para leis. O § 3 somente reforçou isso;

pelo § 3, normas de direito internacional podem servir de critério normativo para a CF.

2. Quanto ao pacto de San José da Costa Rica:

pelo § 2 do art. 5 da CF, a CF serve de critério normativo para as normas de direito internacional. Assim, o pacto contradiz o artigo 5, LXVII da CF. Isso deveria ter sido analisado e comprovado. Assim, pelo § 2, o pacto prevalece sobre a lei ordinária do depositário infiel. Em sequência, alegar que, contudo, a CF prevalece sobre o pacto é, nessa conexão, não levar a sério as normas de direito internacional, porque a CF não pode, simultaneamente, admitir uma norma de direito internacional que a contradiz, na aprovação do pacto, e revogar, posteriormente, essa norma diante de lei ordinária federal. A resposta a essa questão, nessa conexão, é que a CF cede ao pacto e indica uma mudança por

emenda para adequação (exemplos de países da união europeia que mudaram suas constituições para a adequação ao direito da união).

3. A questão na jurisprudência do STF

Na RTJ 208, 2 (549) houve a mudança de posição.

Na RTJ 208, 3 (1202) admite somente ainda a prisão por dívida alimentícia. Na RTJ 222 (226) o assunto foi retomado.

Chama-se atenção:

1. À distância entre a promulgação da CF de 1988 e a mudança de posição do STF;

2. À ignorância da literatura pertinente na fundamentação. Sugere-se, para isso, ler Hesse, Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, número de margem 278.

Na RTJ 210, 2 (745) o Sr. Mendes retoma o já dito em voto confuso. O Sr. Celso de Mello repete muito o Sr. Mendes. O voto também é confuso. O Sr. Direito também apresenta um voto confuso.

- Jurisdição do tribunal penal internacional: art. 5, § 4

Trata-se de uma declaração de submissão à jurisdição.