MESTRADO EM DIREITO
DISCIPLINA: TEORIA DO DIREITO PÚBLICO

PROGRAMA

TEORIA DO DIREITO PÚBLICO
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: CONGRESSO X CORTES

Profa. Dra. Patrícia Perrone Campos Mello

BREVE DESCRIÇÃO:

O objetivo do curso é investigar as contradições entre Democracia e Jurisdição Constitucional e analisar os casos judiciais paradigmáticos do constitucionalismo contemporâneo (brasileiro e norte-americano), nos quais o Congresso ou o Poder Executivo e as Cortes entraram em choque. A partir do estudo das tensões entre tais conceitos e instituições pretende-se propor standards e limites para a atuação de cada qual.

Pré-Requisito: Inglês.

EMENTA:

O conceito de Democracia liga-se ao governo pelo povo, quer por meio de sua manifestação direta a respeito dos assuntos de interesse público, quer por meio da manifestação de seus representantes, eleitos pelo voto popular e sujeitos ao controle democrático. A Jurisdição Constitucional, por sua vez, pode ensejar a declaração da nulidade das decisões tomadas pelos representantes do povo – deputados, senadores e presidente da República – por juízes que não foram eleitos, que ocupam seus cargos a título vitalício e que não se sujeitam ao controle democrático. Há, portanto, uma situação de tensão entre a ideia de Democracia e a concepção de Jurisdição Constitucional. A compreensão de tal tensão é importante para a definição dos limites de cada qual de tais conceitos e de seu alcance e constitui um tema clássico estudado no âmbito do Direito Constitucional: *"a legitimidade democrática da jurisdição constitucional"*. Com o propósito de debatê-lo, a disciplina traz os principais autores e teorias sobre o tema.

O embate entre Cortes, Congresso e Executivo em torno do alcance da jurisdição constitucional e da esfera de influência e de poder de tais instituições está presente, ainda, em casos paradigmáticos do constitucionalismo contemporâneo. Com o objetivo de aproximar teoria e prática, a disciplina traz uma seleção de casos brasileiros e norte-americanos em que essa tensão se mostrou presente. Serão examinados, dentre outros, casos em que o Supremo Tribunal Federal e/ou parte de seus ministros: (i) declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais, (ii) validou o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória,

(iii) determinou a prisão de senador da República, (iv) reduziu o alcance do foro especial por prerrogativa de função e (v) manifestou-se pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal. Serão analisados, ainda, casos em que a Suprema Corte norte-americana: (i) definiu as bases da jurisdição constitucional, (ii) curvou-se ao Executivo e ao Congresso em matéria de intervenção na economia, mudando a sua jurisprudência, (iii) determinou o vencedor das eleições presidenciais de 2000, (iv) protegeu o direito de defesa dos prisioneiros de Guantánamo e (v) validou a discriminação racial.

PROGRAMA:

I. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Aula 1: Exposição inaugural sobre o programa.
Aula 2: Fundamentos do controle de constitucionalidade

II. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Aula 3: A crítica democrática à jurisdição constitucional: Constitucionalismo popular
Aula 4: A crítica institucional à jurisdição constitucional

III. DEFESA DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Aulas 5 e 6: A legitimação substancial: Dworkin e Alexy
Aulas 7 e 8: A legitimação procedimental: Ely e Habermas
Aula 9. A representação argumentativa
Aula 10. A legitimação deliberativa

IV. DESMISTIFICANDO A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Aula 11: Falhas representativas nas instâncias majoritárias
Aula 12: Subjetividade, ideologia e estratégia nas Cortes Constitucionais
Aula 13: Constitucionalismo democrático
Aula 14: Teoria dos diálogos institucionais
Aula 15: Teoria da reputação judicial

METODOLOGIA:

BIBLIOGRAFIA:

Cada aula envolverá a leitura de um ou dois textos e o exame de um caso judicial relevante, decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Suprema Corte norte-

americana, que revele uma situação de tensão entre a Corte Constitucional e o Poder Legislativo e/ou Executivo.

RELATORIAS:
Os textos e casos que constituem a bibliografia obrigatória de cada aula serão distribuídos para a relatoria dos alunos, por ordem alfabética, salvo interesses específicos dos mestrandos. Cada texto será relatado por um aluno. Os alunos relatarão tantos textos quantos lhes forem distribuídos. Os demais alunos participarão dos debates. A participação nos debates será avaliada em todas as aulas.

** FICHAMENTO: Não será exigido fichamento. A leitura efetiva será avaliada por meio das manifestações e da participação nos debates.*

FORMA DE AVALIAÇÃO:

Apresentação dos textos como relator e participação nos debates – 30 pontos.
Artigo de conclusão de disciplina, entre 15 e 25 páginas, formatado para publicação, conforme normas da Revista de Direito Internacional da Uniceub – 70 pontos. **A não apresentação do artigo ensejará o lançamento de menção SR**.

BIBLIOGRAFIA:

BIBLIOGRAFIA BÁSICA:

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: HECK, Luís Afonso (org./trad.). *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 155-166.

____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set., 1999, p. 55-66.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Revista Direito Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan/jun/2011.

BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>.

_____. *O controle da constitucionalidade do direito brasileiro*. Saraiva: 2004, p. 3-10.

BICKEL, Alexander. The Least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, p. 1-34 e 245-273.

BINENBJON, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106-119.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismo de Diálogos Constitucionais os EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-390.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-331.

_____. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80-103.
EASTON, David. A Re-Assesment of the Concept of Political Suport. *British Journal of Political Science*. v. 5, n. 4, out. 1975, p. 435-457.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, p. 73-183.

GAROUPA, Nuno; GINNSBURG, Tom. A Theory of Judicial Reputation. Judicial Reputation: A Comparative Theory. *Chicago: The University of Chicago Press*, 2015.

LAIN, Corinna. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, 2012, p. 113-183.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273-311.

_____. Entre o Congresso e a Opinião Pública: a Missão do Supremo Tribunal Federal Revisitada. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPSTISTA, Patrícia (org.). Direito Público. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 8, 2015, p. 411-434.

_____. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 371-378.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo das cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (org.). Direito, interpretação, racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação Democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o_democr%C3%A1tica_do_Judici%C3%A1rio_reflex%C3%B5es_preliminares_sobre_os_riscos_e_dilemas_de_uma_ideia_em_ascens%C3%A3o>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Faculty Scholarship Series. Paper 169, 2007, p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>.

REIS, Jane. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009. Disponível em: < http://works.bepress.com/janereis/2/>.

SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución. Madrid: Technos, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Racionalidade Prática e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. p. 93-159.

CASOS A SEREM ANALISADOS:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- ADI 5.127, Rel. Min. Rosa Weber
  (Contrabando legislativo em medida provisória. Voto do Ministro Fachin.)

- ADI 5537 MC
  (Exclusão de questões políticas do conteúdo escolar.)

- HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio (Execução da pena após decisão condenatória de 2º grau. Voto do Min. Teori Zavascki).

- ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux
  (Financiamento de campanhas eleitorais. Voto do Ministro Fux.)

- AP 937 QO, rel. Min. Barroso

(Foro especial por prerrogativa de função. Voto oral do Ministro Barroso.)

- RE 635.659, rel. Min. Gilmar Mendes
(Descriminalização da maconha para uso pessoal.)

- RE 566471 RG, Rel. Min. Marco Aurélio
(Medicamentos de alto custo. Voto do Ministro Barroso.)

- ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio
(Anencefalia e interrupção da gestação. Voto majoritário e decisão monocrática que indeferiu o ingresso da CNBB como "amicus curiae".)

- AC 4.039, Rel. Min. Teori Zavascki
(Prisão de Senador)

- ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto
(Uniões homoafetivas. Votos do Min. Ayres Britto e do Min. Gilmar Mendes.)

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS:

- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)
(Afirmação da jurisdição constitucional nos EUA e atuação judicial estratégica)

- *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)).
(Submissão da Corte à vontade popular. Voto majoritário e Wikipedia.)

- *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)
(Discriminação racial e campos de concentração nos EUA)

- *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)
("Emergency powers" e direito de defesa dos detidos em Guantanamo).

- *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015)
(Casamento entre pessoas do mesmo sexo.)

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR:

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (Trecho em que critica a teoria de John Hart Ely).

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>.

ELSTER, John. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista "Procedimental" da Constituição. Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 297-354.

HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KRAMER, Larry. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o "interesse do homem". In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 85-158.

MENDONÇA, Eduardo. A Jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133-177.

POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University, 2008.

RAWLS, John.*O Liberalismo Político*. Ed. Ática, 2000, p. 273-302.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: Os dois lados da moeda. Disponível em: <https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; SAWICKI, Andres. *Are Judges Political?: An Empirial Analysis of the Federal Judiciary*. Brooking Instituion Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28, University of Chicago, 2002, p. 1-48.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-241.