

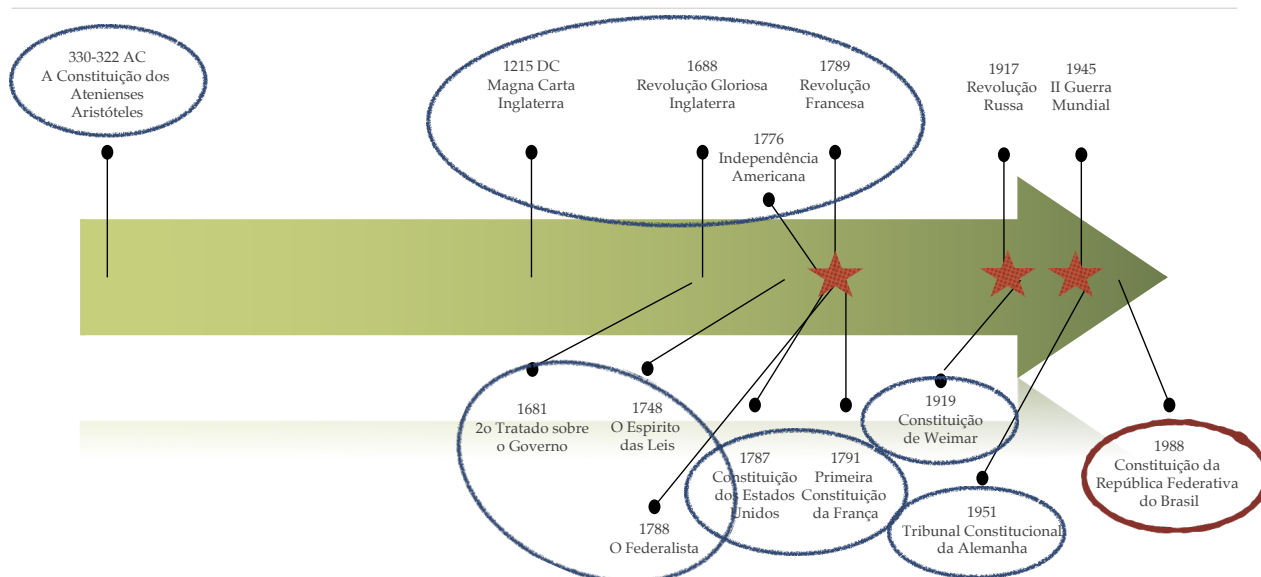
Semana 2

O Constitucionalismo

Definição e história do Constitucionalismo
O conceito de constituição e suas diferentes acepções



DES 118 e uma pequena “História da Constituição”



Waluchow

- ❖ Prof. da McMaster University (Canada), ex-aluno de Herbert Hart (Oxford)
 - ❖ A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree
 - ❖ Legal Positivism
- ❖ Sentido "mínimo" do constitucionalismo:
 - ❖ **Rex**: poder ilimitado a Rex
- ❖ Sentido corrente:
 - ❖ **Regina**: separação e limitação dos poderes
- ❖ Componentes do sentido corrente:
 - ❖ Direitos civis
 - ❖ Definição do "escopo" da autoridade exercida pelas várias instâncias de poder
 - ❖ Mecanismos procedimentais
- ❖ Soberania (ilimitada) e Governo (limitado)
 - ❖ Hobbes, Locke

Waluchow

- ❖ Entrenchment (rigidez)
 - ❖ Aqueles que são limitados pela Constituição não devem poder modificar os limites de seus poderes
- ❖ Writtenness (enshrinement, guarda)
 - ❖ A constituição deve ser guardada em um documento escrito e, para muitos, deve haver algum mecanismo jurídico independente para garantir sua observância
- "Whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them"*

Bishop Hoadly (1717)

(Exemplo neozelandez)
- ❖ Direito Constitucional e "Convenções Constitucionais" (exemplo inglês)

Em resumo...

- ❖ Em um primeiro sentido, toda organização política possui uma **organização geral** e, nesse sentido, uma “constituição”. Constituição, nessa acepção, é o modo de estruturação dessa organização política (sentido do termo nos textos de Aristóteles, por exemplo)
- ❖ O **Constitucionalismo** é um movimento político liberal, e sua teoria política subjacente, que pregavam a instituição de um **governo limitado**, baseado na **soberania popular**, e fundamentado no respeito e **proteção dos direitos**
- ❖ O Constitucionalismo resultou em arranjos políticos e jurídicos bastante diferentes no curso

dos séculos XVII e XVIII:

- ❖ **Inglaterra**: ausência de constituição escrita, soberania parlamentar
- ❖ **França**: presença de constituição escrita, ausência de controle de constitucionalidade, forte separação funcional de poderes
- ❖ **EUA**: constituição escrita, controle de constitucionalidade, checks and balances

Richard Kay American Constitutionalism

“Although there is considerable variation in the substantive contents and structural machinery of constitutionalism in various countries, the central idea, forged in the American founding, of public power controlled by enforcement of a superior law is present everywhere constitutional government is proclaimed”.

“Constitutionalism is the name given to the trust which men repose in the power of words engrossed on parchment to keep a government in order.”

(Walton H. Hamilton, 1930)

“That capacity [of a Constitution to translate... abstract rules into human conduct] depends, at the end, on “the trust men repose” in the ability of human beings to change their behavior in response to law.”

Richard Kay American Constitutionalism

To keep a government in order:

- ❖ A "ordem" é o *individualismo liberal*, fundado na tradição do contratualismo e dos direitos naturais, particularmente a *liberdade*. A "desordem" é o absolutismo, o abuso, o "poder das facções"
- ❖ O objetivo não é necessariamente a eficiência do governo, é a *proteção do indivíduo* (checks and balances, direitos)
- ❖ A "ordem" é também a do *Estado de Direito*: leis prospectivas, estáveis, e garantidas por um judiciário independente (previsibilidade, *Kafka*)
- ❖ Elemento inerentemente conservador !!

"To embrace constitutionalism is to concede the costs of suboptimal public responses to change as an acceptable price to pay for the security obtained. Constitutionalism is risk-averse in the sense that it prefers the awkwardness of rigidly bound state action to the possibility that government will overshoot the mark in dealing with new circumstances and thus needlessly restrict private action."

"To make a state constantly vulnerable to total redefinition is to "introduce an element of nervous hysteria into the heart of democratic politics, just as with private parties the state requires some stability if it is to carry out its chosen policy."

"Central to constitutionalism, as I have defined it, is security".

Rule of Law

Jeremy Waldron

- ❖ Um dos elementos da "moralidade política" do liberalismo (além da democracia, direitos humanos, justiça social e liberdade econômica)
- ❖ Componentes (formais):
 - ✓ O direito comanda o governante, e não o inverso
 - ✓ Ninguém está acima do direito (igualdade formal perante o direito)
 - ✓ O direito deve ser seguro, claro e acessível:
 - ✓ Normas prospectivas, não retroativas
 - ✓ Públicas

- ✓ Claras, coerentes e possíveis de serem cumpridas
- ✓ Gerais
- ✓ Estáveis
- ✓ Aplicadas de forma efetiva, transparente, lógica, isonômica, previsível e independente (devido processo legal)
- ✓ Ponto controverso: o direito deve ser "substantivamente justo" (proteção de direitos humanos)?
- ✓ Crítica: legalismo, rigidez, incapacidade de lidar com situações de emergência ou com cenários de constante mudança

Richard Kay American Constitutionalism

Words engrossed on parchment:

- ❖ Uma regra só existe se puder ser formulada, e os constituintes dos EUA resolveram formulá-las *por escrito*, para "eliminar" debates sobre o sentido, conteúdo e intenções daquelas regras.
- ❖ Regras escritas fazem mesmo isso? Que fazer com o problema da "inexistência de sentido intrínseco" na filosofia da linguagem?
- ❖ Juristas sabem que as palavras têm, sim, um sentido. E este deve ser ligado à intenção original dos constituintes, pois é deste "momento constituinte" que a Constituição retira sua *legitimidade*. Mudanças devem ser raras e

excepcionais. É por isso que só deve entrar na Constituição o que for realmente muito importante (p. 38)

Poder Constituinte: será tema da 3ª semana

Interpretação: será tema da 5ª semana

"(...) the demands of constitutionalism in normal times require adherence to the rules fixed in the written constitution in the senses intended by the legitimate constitution-makers".

- Na 5ª Semana vamos comparar as posições de Kay com o chamado "originalismo" na interpretação constitucional.

Richard Kay American Constitutionalism

Trust:

- ❖ O sistema jurídico é necessário para [e capaz de] assegurar a eficácia das normas estabelecidas na Constituição escrita? A resposta do modelo Americano é **SIM**.

"The most prominent explanation for law-following is the presence of sanctions for non-compliance."

"The primary constitutionalist solution to such risks [non-compliance] involves the presence of one agency with no incentive to make deals to enhance its own authority and, indeed, with no political interests or its own. That agency could be entrusted with the task of supervising the restriction of the more political departments within their constitutionally defined powers and enforcing the

substantive constitutional limits on the exercise of those powers. This is the special constitutional role of courts."

- **Qui custodiet ipsos custodes?**

"Rule-following, rather, becomes the normal, "natural" habit of the judge. Judges in this respect are like individuals who learn unselfconsciously to follow applicable rules" (V. Federalista n. 78)

