
TEORIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

AUTORES: JOAQUIM FALCÃO, ÁLVARO PALMA DE JORGE E DIEGO WERNECK ARGUELHES.
COLABORADORES: THAMY POGREBINSCHI, BRUNO MAGRANI, MARCELO LENNERTZ,
PEDRO CANTISANO, VIVIAN BARROS MARTINS E LAURA OSÓRIO

VOLUME I

GRADUAÇÃO
2017.1

Sumário

Teoria do Direito Constitucional

ROTEIRO DE AULAS	3
BLOCO I — INTRODUÇÃO E SENSIBILIZAÇÃO	
AULA 1: LEI DE COTAS: PRIMO INTER PARES?	3
AULA 2: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AULA: ESTA AULA É CONSTITUCIONAL?	13
BLOCO II — CONCEITOS, IDÉIAS E FERRAMENTAS BÁSICAS	
AULA 3: CONSTITUIÇÃO COMO NORMA I: ONDE ESTÁ A NORMA FUNDAMENTAL?	15
AULAS 4 E 5: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA II: ANTINOMIAS CONSTITUCIONAIS	21
AULA 6: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL I: O QUE VAI PARA A CONSTITUIÇÃO?	28
AULA 7: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL II: A ATA DO PACTO SOCIAL	34
AULA 8: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL III: ENCONTROS E DESENCONTROS	41
AULA 9: VALIDADE, LEGALIDADE, EFICÁCIA, LEGITIMIDADE: E O COMANDO VERMELHO?	47
BLOCO III: HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO CONTEXTO GLOBAL	
INTRODUÇÃO AO BLOCO III — HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	52
AULA 10: BRASIL COLÔNIA E IRAQUE. DO PODER DIVINO DOS REIS AO ESTADO DE DIREITO	54
AULA 11: A INSERÇÃO LIBERAL I: D. PEDRO I VERSUS FREI CANECA	59

**ROTEIRO DE AULAS****AULA 1: LEI DE COTAS: PRIMO INTER PARES?****NOTA AO ALUNO***a) Introdução*

Esta é a primeira aula do curso de Direito Constitucional I. Hoje, você será apresentado a diversos temas que, ao longo dos próximos meses, vão se tornar seus inseparáveis companheiros de viagem. Não se preocupe se não conseguir entendê-los agora. Nós os analisaremos em maior profundidade no momento certo.

Todas as aulas serão participativas e, portanto, a leitura prévia do material didático e dos textos relacionados é indispensável. Nesta preparação para aula, procure ter em mente:

Escolha o essencial. Nem tudo que está dito em um texto ou mesmo no material de um caso é necessariamente importante para a questão. Tudo depende do uso que pode ser feito deles. Um profissional do direito precisa aprender a distinguir quais fatos podem e quais não podem ser juridicamente relevantes, por pelo menos dois motivos. Primeiro, porque o tempo é escasso. Segundo, porque costuma existir uma hierarquia entre temas e problemas. Há os principais e os acessórios. Você deve estar treinado para identificar quais os principais — aqueles que estruturam a discussão, aqueles cuja resolução torna os demais irrelevantes.

Seja criativo. Esta aula, assim como todas as outras do curso, não será sobre a posição doutrinária deste ou daquele autor, mas sobre problemas. Os textos foram indicados para ajudar na compreensão dos conceitos básicos e para serem utilizados na argumentação em sala de aula, mas você tem total liberdade para ousar na argumentação — desde que apresente uma fundamentação jurídico-constitucional adequada. Corra riscos, seja pró-ativo. Corra o risco de inovar.

Leia. Leia muito. Dificilmente você será criativo se não for culto também. Não precisa ser pedante ou hermético para ser culto. A cultura é a base para a criatividade. Ler é o alicerce da cultura. É estímulo para pensar alternativas, para conhecer alternativas, para enxergar a complexidade dos problemas. Não basta estar informado. No futuro, haverá apenas dois tipos de profissionais: os que leram e se informaram e, portanto, comandam, e os que apenas se informaram e, portanto, apenas seguem.

Fuja dos argumentos de autoridade. Eles podem até funcionar (e funcionam) na prática jurídica, mas, em sala, nem o professor, nem seus próprios colegas vão se satisfazer com uma tese cujo único fundamento de validade é



a autoridade de quem a enunciou. Preste atenção no argumento em si, e não nas “autoridades”. A criação de uma boa tese não é privilégio da idade, nem do *status* profissional. Um argumento vale pelas razões que apresenta, pela forma com que se expõe e pelos valores que defende, e não pelo peso, força e poder da autoridade que o pronuncia.

Pesquise. Embora o material de leitura obrigatória tenha sido selecionado para estabelecer um terreno comum para a discussão em sala, você pode e deve procurar por conta própria outras fontes que contribuam para o debate. As fontes podem estar na sua frente. Converse com amigos e professores, leia jornais, assista noticiários e filmes, faça buscas na biblioteca e na Internet. Aprenda a ver o mundo como uma grande fonte de informação. Tudo à sua volta é informação e você vai precisar dela na sua vida profissional. Lembre-se apenas do primeiro conselho acima: escolha o essencial. Aprenda a identificar o que é e o que não é relevante, especialmente quando for pesquisar na Internet.

Agora, leia o caso a seguir e prepare-se para debatê-lo em sala de aula.

b) O Caso

A desigualdade étnico-racial é um problema em muitos países democráticos, e a sociedade brasileira não é exceção.¹ No Brasil, entre 1980 e 2000, a população branca era maior que a negra. Desde 2010, esta situação se inverteu (97 milhões de pessoas se declaram negras e 91 milhões de pessoas se declaram brancas)². Em 2014, dados levantados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) revelaram que 53% dos brasileiros se declaram pardos ou negros, em contraposição a 45,5% da população que se diz branca³. Essa população é mais vulnerável à pobreza do que a média. Segundo o estudo *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, do IPEA, sete em cada dez domicílios que recebem o benefício do bolsa família são chefiados por negros⁴. A taxa de desemprego ainda é maior entre negros do que entre brancos: “enquanto o desemprego atinge 5,3% dos homens brancos, entre os negros, o índice chega a 6,6%”⁵. E, em 2013, a taxa de analfabetismo era quase três vezes maior entre negros e pardos do que entre a população branca:

¹ Nos EUA, os negros representam atualmente cerca de 12% da população. Mas 40% população carcerária é constituída por negros. Há, ainda, uma extrema desigualdade de renda entre brancos e negros: “Para cada US\$ 6 com os brancos, os negros têm US\$ 1”, segundo análise do Instituto Urban de 2013. Dados disponíveis em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desigualdade_eua. Acesso em 29.01.2016.

² Dado disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/a-populacao-negra-brasileira>. Acesso em 29.01.2016.

³ Dados disponíveis em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/13/politica/1447439643_374264.html. Acesso em 29.01.2016.

⁴ Dados disponíveis em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/8-dados-que-mostram-o-abismo-social-entre-negros-e-brancos>.

⁵ Ver: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/8-dados-que-mostram-o-abismo-social-entre-negros-e-brancos>. Acesso em: 29.01.2016.



**População Analfabeta de 15 anos ou mais de idade,
por Sexo, segundo Cor/Raça — Brasil e Regiões, 2013**

Região	Cor/Raça	Total	Homens	Mulheres
		2013	2013	2013
Brasil	Total	13.231.714	6.560.568	6.671.146
	Branca	3.806.153	1.713.199	2.092.954
	Negra	9.425.561	4.847.369	4.578.192
Norte	Total	1.132.040	604.703	527.337
	Branca	177.650	82.391	95.259
	Negra	954.390	522.312	432.078
Nordeste	Total	7.083.870	3.698.601	3.385.269
	Branca	1.521.797	755.523	766.274
	Negra	5.562.073	2.943.078	2.618.995
Sudeste	Total	3.218.053	1.408.533	1.809.520
	Branca	1.249.570	494.995	754.575
	Negra	1.968.483	913.538	1.054.945
Sul	Total	1.040.640	472.967	567.673
	Branca	632.881	283.419	349.462
	Negra	407.759	189.548	218.211
Centro-Oeste	Total	757.111	375.764	381.347
	Branca	224.255	96.871	127.384
	Negra	532.856	278.893	253.963

Fonte: IBGE/PNAD
Elaboração: IPEA/DISOC

Com relação ao ensino superior, apenas 10,8% da população negra possui diploma universitário — quase a metade do percentual no caso de brancos:

Taxa de Escolarização Líquida, por Sexo, segundo Cor/Raça e Nível de Ensino — Brasil, 2013

Cor/Raça	Nível de Ensino	TOTAL	Homens	Mulheres
		2013	2013	2013
Total	Educação Infantil	46,7	46,7	46,7
	0 a 3 anos	23,3	23,7	23,0
	4 a 6 anos ¹	86,7	86,1	87,4
	Ensino Fundamental	96,3	96,5	96,2
	Ensino Médio	55,2	50,3	60,2
	Ensino Superior ²	16,5	14,0	19,0
Branca	Educação Infantil	47,6	47,8	47,3
	0 a 3 anos	26,2	27,1	25,4
	4 a 6 anos	88,3	87,5	89,1
	Ensino Fundamental	96,4	96,5	96,4
	Ensino Médio	63,7	60,3	66,9
	Ensino Superior	23,7	20,7	26,5
Negra	Educação Infantil	45,9	45,7	46,2
	0 a 3 anos	20,4	20,3	20,5
	4 a 6 anos	85,4	84,9	86,0
	Ensino Fundamental	96,3	96,4	96,1
	Ensino Médio	49,3	43,8	55,3
	Ensino Superior	10,8	8,9	12,8

Fonte: IBGE/PNAD
Elaboração: IPEA/DISOC

Qual seria o papel do direito diante deste cenário de persistente desigualdade entre brasileiros que, juridicamente, possuem os mesmos direitos? A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, afirma a igualdade de todos os brasileiros, sem distinções de qualquer natureza, incluindo racial. Mas a Constituição determina o que *deve ser*. O que fazer para que o “dever ser” de fato seja?

Desde a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, um conjunto de ações visando a diminuir e mesmo extinguir as desigualdades vem sendo pensado, formatado e praticado, entre elas as chamadas “ações afirmativas”: medidas jurídicas — expressas em variadas leis e outras nor-



mas em vários níveis da federação — que procuram promover a igualdade. A reserva de vagas no Vestibular, por exemplo — as “cotas” —, é apenas um dos tipos de ações afirmativas possíveis, que não dizem respeito apenas aos negros, embora tenham se transformado num dos instrumentos mais poderosos do movimento negro norte-americano. São leis que asseguram, reservam um determinado número de posições, que serão preenchidas exclusivamente por determinados grupos que, sem essa medida, não teriam acesso à posição em disputa.

Os EUA foram um dos primeiros países em que universidades adotaram ações afirmativas no seu processo seletivo. Porém, a aplicação dessas ações afirmativas estava e ainda está longe de ser uma unanimidade. Em 1978, no caso *Regents of the University of California X Bakke*, a Suprema Corte entendeu que o sistema de cota racial, por si só, não consistia em discriminação inconstitucional, nem em violação da igualdade — mas o uso rígido de um número fixo de “cotas raciais”, sim. Já em 2003, duas decisões aparentemente divergentes foram tomadas. No caso *Grutter X Bollinger*, o tribunal entendeu que seria legítimo que uma universidade fizesse sua seleção de alunos com o objetivo de criar uma “massa crítica” de minorias sub-representadas, como, por exemplo, negros e hispânicos. Já em *Gratz X Bollinger*, decidido no mesmo ano, a Corte afirmou que não se poderia atribuir um número fixo e automático de “pontos extras” para candidatos de minorias étnicas no seu sistema de seleção de alunos. Mais recentemente, já em 2014, a Corte decidiu que etnia não poderia ser um fator para admissão em universidades, julgando constitucional medida aprovada por referendo do estado de Michigan que proibia a ação afirmativa nas universidades naquele estado.⁶

Como se vê, mesmo que haja acordo sobre a importância de se combater a desigualdade e o preconceito raciais, é bem provável que haja discordância sobre quais meios devem ser utilizados para esse fim — e, mais ainda, quais desses meios são compatíveis com a Constituição. O Brasil vem enfrentando esse debate desde o início da década passada. Ainda nos anos 90, foi criada, por exemplo, a Lei Federal 9.504 de 30 de setembro de 1996, que reservou, em seu artigo 10º, 30% de vagas nos partidos políticos para mulheres como candidatas às eleições. Mas foi só no início da década passada que as ações afirmativas no ensino superior se tornaram o foco do debate constitucional, a partir de iniciativas do estado do Rio de Janeiro, cujas leis 3524/00, 3.708/2001 e 4.061/2003 instituíram cotas no Vestibular das universidades do estado.

A inconstitucionalidade dessas leis foi rapidamente contestada, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.2858-8). Na petição inicial, alegou-se que esta lei feriria a Constituição pois, ao combater a discriminação racial, provocaria ela mesma a discriminação de outros

⁶ Com isso, o estado de Michigan se somou aos outros 7(sete) estados norte-americanos que baniram ações afirmativas (Arizona, Califórnia, Flórida, Nebraska, New Hampshire, Oklahoma e Washington). Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/04/1443915-suprema-corte-declara-legitima-lei-de-michigan-que-veta-cotas-raciais.shtml>. Acesso em: 29.01.2016. No fundo, a que Corte definiu foi que os eleitores e legisladores locais têm o poder de decisão sobre o assunto. No caso do Michigan, 58% dos cidadãos votaram pela proibição dos critérios raciais na seleção de universitários, em 2006. Em julgamento envolvendo a Universidade do Texas, no mesmo ano, a Suprema Corte já havia se manifestado no sentido de que as políticas de admissão que levassem em consideração a raça poderiam ser permitidas nos estados que quisessem utilizá-las. Ver: <http://oglobo.globo.com/sociedade/suprema-corte-dos-eua-respalda-fim-de-criterios-raciais-em-admissao-de-universidades-do-michigan-12262088>. Acesso em 29.01.2016.

grupos tão ou mais vulneráveis do que os negros — por exemplo, brancos em situação de pobreza extrema, além de integrantes de outras minorias. Alegava-se, ainda, que a lei seria extremamente difícil de ser aplicada, diante da tradição cultural de miscigenação brasileira. Seria muito difícil estabelecer em definitivo quem é negro e quem não é.

Diante do silêncio do Supremo sobre a questão, tanto as ações afirmativas em universidades, quanto o debate em torno delas continuaram a crescer. Em 2009, o partido Democratas (DEM) questionou, também no Supremo, atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/ UnB) que instituía reserva de vagas oferecidas pela universidade. Segundo o DEM, a referida política de cotas atentava contra diversos preceitos fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o repúdio ao racismo, a igualdade, e também outros artigos que estabeleceriam o direito universal à educação⁷. Por outro lado, em julho de 2010 foi publicado o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. O Estatuto se descreve como medida de inclusão, garantida por meio de políticas públicas e ações afirmativas⁸.

O Supremo Tribunal Federal só veio a decidir a ação do Partido Democratas em 2012. Por unanimidade, o tribunal decidiu pela improcedência do pedido do partido, ou seja, decidiu pela constitucionalidade da política de cotas adotada pela UnB. Em seu voto, o Ministro Relator da decisão, Ricardo Lewandowski, observou:

“A Constituição de 1988 preceitua, em seu art. 206, I, II e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”. Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino da pesquisa e da criação artística será efetivado “segundo a capacidade de cada um”. (...) Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno. Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situações de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observa-se o citado princípio”⁹.

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>

⁸ Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades. Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

⁹ Trecho do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 186/DF, p. 13.



Especificamente sobre o critério étnico-racial adotado pela UNB, observou o Ministro:

“Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos”¹⁰ (...) “As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção de diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes e negros e de um “pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros” pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição”¹¹.

Em seus votos, vários Ministros apresentaram suas próprias — e às vezes diferentes das do Relator — considerações e argumentos. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, ressaltou que a Constituição de 1988 impõe uma reparação de danos históricos que o país causou em relação à população negra, com base no art. 3º, I¹². A Ministra Rosa Weber, por sua vez, afirmou que é papel do Estado entrar no mundo das relações sociais e corrigir as desigualdades concretas, e as cotas estariam aumentando a representatividade social no ambiente universitário, tornando-o mais plural e democrático. A Ministra Cármen Lúcia enfatizou que as ações afirmativas não são necessariamente a melhor opção para resolver o problema, mas consistem em uma etapa, reforçando a necessidade de outras medidas para que as cotas não gerassem o efeito oposto ao objetivado e correndo o risco de elevar o preconceito existente na sociedade. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, ressaltou que não é possível que um país atinja a condição de potência econômica e política mantendo em seu plano doméstico uma política de exclusão com relação a uma parcela expressiva da população. Já o Ministro Gilmar Mendes, apesar de concordar que as ações afirmativas são uma forma de aplicação do princípio da igualdade, alertou para os possíveis riscos de utilização de critérios exclusivamente raciais, como o acesso privilegiado de negros de boa condição econômica e de estudo às universidades. Por fim, o Ministro Marco Aurélio

¹⁰ Trecho do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 186/DF, p. 13.

¹¹ Trecho do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 186/DF, pp. 46-47.

¹² Constitui um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.



ênfatisou que o sistema de cotas deve ser extinto tão logo as diferenças sociais sejam erradicadas.¹³

Após essa decisão, como era de se esperar, as ações afirmativas no ensino continuaram avançando. Em agosto do mesmo ano, foi aprovada a Lei nº 12.711/2012, que determinou a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas 59 universidades federais e 38 institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos¹⁴. Os demais 50% das vagas permaneceriam para ampla concorrência. A aplicação da lei se daria de forma progressiva, ao longo de quatro anos.¹⁵

Mais polêmica, porém, tem sido a recente expansão de medidas de reservas de vagas em esferas além do ensino superior. Em junho de 2014, foi publicada a Lei 12.990, reservando a negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União¹⁶. A justificativa para a reserva de vagas estaria na sub-representação dos negros e pardos no serviço público federal: apenas 30% dos servidores públicos federais eram negros¹⁷. Seria, então, uma etapa subsequente à adoção da reserva de vagas para estudantes negros e pardos nas universidades públicas, instituída pela Lei 12.711/2012. Assim como a Lei de 2012, a Lei de 2014 utilizava um critério de auto-declaração.

Seguindo esse mesmo caminho e essa mesma lógica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em junho de 2015 a Resolução 203, reservando 20% das vagas aos negros nos concursos públicos para cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura¹⁸, e possibilitando ainda que os órgãos do poder judiciário instituíssem outros mecanismos de ação afirmativa com objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário¹⁹, seguindo também o critério da auto-declaração. De fato, em termos de diversidade e igualdade raciais, o cenário no poder judiciário é de fato preocupante, como mostram os dados do Relatório do Censo do Poder Judiciário, levantados pelo CNJ e publicados em 2014²⁰:

¹³ Ver <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 29.01.2016.

¹⁴ Art. 9. As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

¹⁵ Art. 8. As instituições de que trata o art. 1.º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

¹⁶ Art. 1. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

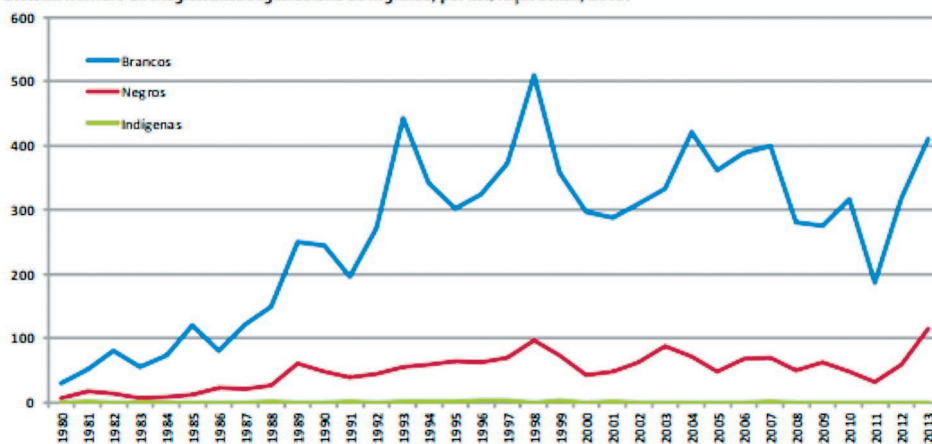
¹⁷ Ver: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>. Acesso em 29.01.2016.

¹⁸ Art. 2. Serão reservadas aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no art. 92, I-A, II, III, IV, V, VI e VII, da Constituição Federal e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no art. 92, III, IV, VI e VII.

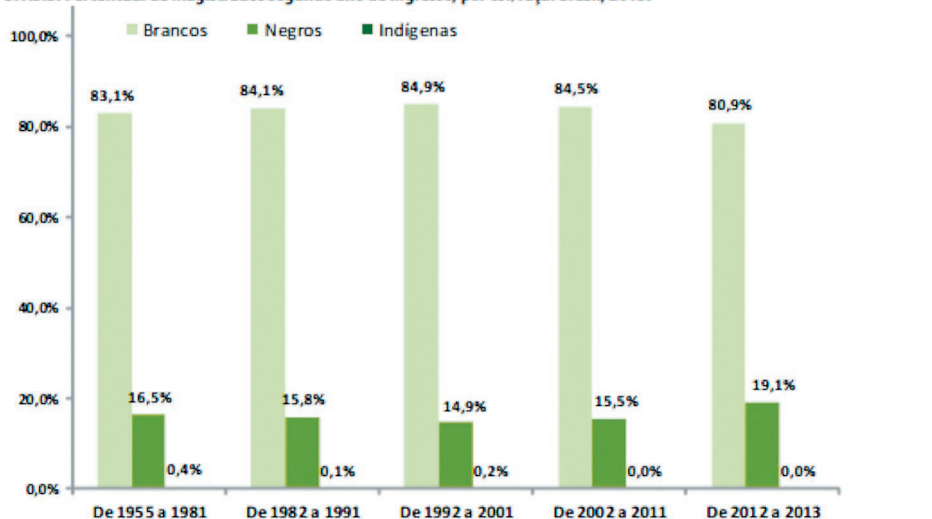
¹⁹ Art. 3. Os órgãos indicados no caput do art. 2.º poderão, além da reserva das vagas, instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio.

²⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em 29.01.2016.

3.1.3.2. Número de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013.



3.1.3.3. Percentual de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013.



Assim como ocorreu no caso das ações afirmativas no ensino superior, essas medidas no âmbito do serviço público estão gerando polêmica — e ações judiciais. Em 2015, Carlos Delano de Araújo fez um concurso para ingresso nos quadros do Banco do Brasil, mas, com a aplicação da reserva de vagas prevista na Lei nº 12.990/2014, não obteve pontuação suficiente para entrar. Sentindo-se preterido injustamente no concurso público, o Sr. Araújo processou o Banco do Brasil e, na ação, alegou que a lei que o Banco havia aplicado no concurso era inconstitucional. O juiz concordou, considerando a lei inconstitucional:

“No caso em análise, a Lei n.º 12.990/2014 assegurou a reserva de vagas para os negros nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos; entretanto, não existe direito humano fundamental garantindo cargo ou emprego público aos cidadãos, até porque a matriz constitucional brasileira é pautada na economia



de mercado (art. 173), onde predomina o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) e na livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170), observando-se, evidentemente, os ditames da justiça social. A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). Não fosse assim, teria o Estado a obrigação (ou pelo menos o compromisso) de disponibilizar cargos e empregos públicos para todos os cidadãos, o que não é verdade, tanto que presenciamos nos últimos anos um verdadeiro enxugamento (e racionalização) da máquina pública). (...) Além disso, a reserva de cotas para suprir eventual dificuldade dos negros na aprovação em concurso público é medida inadequada, já que a origem do problema é a educação, para o que já foi instituída a respectiva política pública de cotas (Lei n.º 12.711/2012 e ADPF n.º 186)²¹.

Diante dessa decisão judicial, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou uma ação junto Supremo Tribunal Federal. O pedido é para que o Supremo *declare constitucional*, desde já, a lei em questão. Como justificativa, a OAB aponta para os riscos de haver decisões judiciais conflitantes, em todo o país, sobre a reserva de vagas nos concursos públicos federais.

Considerando esse cenário, e após a leitura dos trechos selecionados da petição inicial da OAB, responda: se você fosse um Ministro do Supremo, como decidiria essa questão?

c1) Textos

i) Obrigatórios

PENA, Sérgio D. Pena. “Retrato Molecular do Brasil”, in FALCÃO, Joaquim e ARAÚJO, Rosa Maria Barbosa de. *O Imperador das Idéias: Gilberto Freyre em questão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001. ***Ler apenas os tópicos “Raízes Filogenéticas do Brasil” e “Não existem raças”***

Petição inicial do CFOAB na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.41 (trechos selecionados pelos professores)

²¹ RTOrd 0131622-23.2015.5.13.0025. Sentença disponível em: <http://cdn2.jota.info/wp-content/uploads/2016/01/setenca-bb.pdf>. Acesso em: 29.01.2016



AULA 2: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AULA: ESTA AULA É CONSTITUCIONAL?

NOTA AO ALUNO

a) Introdução

Um dos princípios jurídicos que fundamenta a ambição de exclusividade do sistema normativo, ou do ordenamento jurídico em regulamentar a conduta do cidadão, é o de que tudo que não está proibido está permitido. Ou seja: tudo o que a norma, a lei, ou a lei maior (a constituição) não proibiu seria juridicamente permitido. Todas as relações sociais são de alguma maneira passíveis de serem entendidas ou como proibidas ou como permitidas juridicamente. Caberia então à constituição dizer o que é permitido e o que é proibido — ela deteria a última palavra sobre se determinada realidade ou relação social deve ser permitida ou proibida. Esta aula partiria então do pressuposto de que **Relação social = Relação jurídica = Relação constitucional**. O seu objetivo é treinar esta visão, esta maneira de analisar a sociedade.

b) O Caso

Esta aula é constitucional?

A sala de aula de um curso de direito é a realidade que vocês devem analisar. Ela é composta de múltiplas relações sociais. Algumas são evidentes, como a relação entre o professor e os alunos, ou as relações dos alunos entre si. Outras não são tão evidentes, mas, ainda assim, são de alguma maneira indispensáveis à realização da aula: a relação entre a FGV e a Light, sem a qual os elevadores não funcionariam. Quais os sujeitos destas relações? Quais os direitos e deveres presentes? Pense, por exemplo, na relação entre o professor e o coordenador do curso que lhe determinou o horário da aula. Pense nas obrigações do professor em relação à FGV. Pense nos direitos dos alunos em relação ao professor.

Procure identificar pelo menos cinco relações sociais que estão ocorrendo ou podem ser inferidas de uma sala de aula. Em seguida, tente detalhar suficientemente esta relação (por exemplo, identificando os atores/sujeitos destas relações) para poder responder à seguinte pergunta: esta relação social que está ocorrendo na sala é permitida ou proibida pela constituição? É constitucional ou inconstitucional? Por quê?

Depois de identificar e caracterizar a relação social, você deverá procurar e encontrar o artigo da constituição pertinente, que a regularia direta ou indiretamente. Finalmente, deverá argumentar/explicar/justificar porque se



aplica este determinado artigo e não aquele outro, e porque ele proíbe ou permite a relação em questão.

Avalie, por exemplo, se seria constitucional a decisão do diretor de uma escola de direito católica de determinar que somente a doutrina católica de direito, a jusnaturalista, poderia ser ensinada na sala de aula. Para o jusnaturalismo, há certos direitos e deveres superiores aos direitos e deveres criados pela Constituição do Estado — deveres que decorrem da natureza humana ou da vontade divina. Mais: para que não existam dúvidas sobre esta doutrina, o diretor determinou também que o único método didático possível seria a aula conferência, expositiva, ficando vedada a realização de perguntas por partes dos alunos.

A classe será dividida em dois grupos, à escolha do professor, cada um com a tarefa de defender uma posição oralmente e por escrito.

Na leitura dos textos, procure responder as perguntas seguir. Elas o ajudarão a realizar a atividade em sala:

- O que é relação social? Cite três exemplos.
- O que você entende por relação jurídica? Cite três exemplos.
- Como podemos conectar relações sociais e relações jurídicas?
- O que transforma uma relação social numa relação jurídica?

Textos

- Contratos da FGV com fornecedores (luz, água, telefone etc).
- Contratos da FGV DIREITO RIO com seus alunos.
- Contratos da DIREITO RIO com seus professores.
- Trechos da petição inicial da UNE na ADIN 894/DF, questionando lei federal que permite que os estabelecimentos particulares impeçam alunos inadimplentes de fazer prova.



AULA 3: CONSTITUIÇÃO COMO NORMA I: ONDE ESTÁ A NORMA FUNDAMENTAL?

NOTA AO ALUNO

a) Introdução

Você está andando pela orla de Copacabana, em uma tarde ensolarada de domingo. Ao parar para descansar em um quiosque, vê uma família inteira — um casal e três filhos adolescentes — jogar na areia todos os cocos que tinham acabado de tomar. Ninguém em volta parece ter ficado muito incomodado com o gesto. Infelizmente, você pensa, esse tipo de desrespeito parece ter se tornado banal demais em nossa cidade. Logo, porém, repara não ter sido o único a prestar atenção na cena. Um Agente de Fiscalização de Limpeza Urbana, que estava passando pelo local, prontamente saca do bolso um bloco e preenche alguma coisa em uma folha, que então destaca e entrega à família.

— “Isso é um Auto de Infração”, diz o Agente. “Os senhores acabaram de violar o Art. 83 da Lei Municipal de Limpeza Urbana e, por isso, devem pagar uma multa, que estou fixando provisoriamente em R\$ 300,00. Se os senhores quiserem contestar a multa, sugiro seguir os procedimentos do Decreto 21.305/01 da Prefeitura. O Decreto pode ser encontrado na página da COMLURB na Internet. Alguma dúvida?”²².

A família fica atônita. O pai se levanta, revoltado. Começa a discutir com o Agente. Curioso, você se aproxima disfarçadamente para ouvir a discussão. Logo percebe que o argumento principal do pai para não pagar a multa é a suposta falta de autoridade do Agente. Quem ou o que lhe conferiu esse poder de aplicar multas? A família parecia não ver razão alguma para obedecê-lo. “Até porque”, argumenta o pai, “ninguém nunca ouviu falar de agentes da COMLURB aplicando multas por alguém ter jogado lixo no chão”. Você repara que boa parte dos curiosos que acompanham a discussão parece concordar com a afirmativa. A aquiescência é ainda maior quando ele arremata: “Todo mundo faz isso e não é multado. Por que você acha que nós deveríamos te obedecer? Essa é uma lei que ‘não pegou’; se ninguém obedece, você não pode aplicá-la.”

O Agente de Limpeza está um pouco desorientado. Ele é novo nesta área e ninguém havia questionado sua autoridade antes. A impressão é de que ele mesmo começa a duvidar da validade do seu ato. O Decreto 21.305/01 da Prefeitura confere aos Agentes de Limpeza a responsabilidade de aplicar as multas e penalidades previstas na Lei Municipal de Limpeza Urbana — isso foi tudo que lhe disseram durante o seu treinamento, concluído há alguns meses. Mas por que o Decreto e a Lei Municipal devem ser obedecidos? De

²² <http://www.rio.rj.gov.br/comlurb/>



onde vem, em última instância, a sua autoridade, se não dessas duas leis? É uma questão que nunca tinha passado pela sua cabeça.

Vejam: a Lei Municipal de Limpeza Urbana (Lei 3273/01) estabelece em seu artigo 83 a penalidade que foi aplicada à família no quiosque. Indiretamente, esta lei confere validade ao auto de infração celebrado pelo Agente de Limpeza, pois ele recebe sua competência para aplicar multas por meio do Decreto Municipal 21.305/01, que regulamenta a Lei de Limpeza Urbana.

(Esta é, aliás, uma limitação importante de Decretos em geral: eles não podem *criar* obrigações e direitos novos, mas apenas detalhar, especificar e regulamentar direitos e deveres que já tenham sido criados por alguma lei. É por isso que, acima, fizemos referência ao Decreto como *regulamentando* a Lei de Limpeza Urbana)

Uma questão, porém, permanece em aberto: de onde a Lei de Limpeza Urbana retira sua autoridade? Certo, ela dá validade ao decreto, que dá validade à multa aplicada pelo Agente. Mas o que confere validade à Lei 3273/01?

Refletindo sobre a questão e pesquisando um pouco na Internet, você pensa ter encontrado uma solução para a questão. A Lei de Limpeza Urbana é válida por ser um ato legislativo conforme os parâmetros e a competência estabelecidos na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, cujo artigo 30 e seus incisos I e VI estabelecem ser competência do Município “legislar sobre assuntos de interesse local” e “organizar e prestar (...)”, entre outros, os serviços de “limpeza pública, coleta domiciliar” e “remoção de resíduos sólidos”. Como estudante de Direito, você sabe que a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro tem previsão constitucional. Diversos dispositivos da Constituição conferem aos Municípios a prerrogativa e o dever de se organizarem para cumprir suas tarefas junto à população, especialmente os artigos 23, VI, 29 e 30, I, que dispõem:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...)

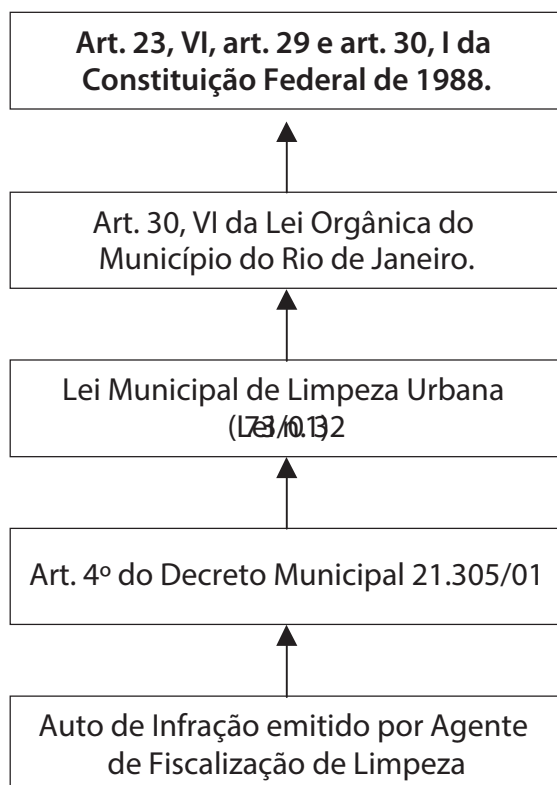
Art. 30. Compete aos Municípios:

I — legislar sobre assuntos de interesse local;



V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Tentando representar graficamente suas conclusões, você chega ao seguinte resultado:



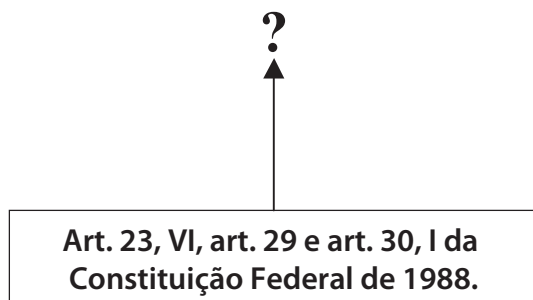
Observando essa “cadeia de validade”, você se detém no último quadro — a Constituição Federal de 1988. Todos os outros quadros são concretizações de competências e deveres direta ou indiretamente estabelecidos nesta Lei Maior. Em última instância, é ela que confere validade a todo o resto do ordenamento. A obediência à Constituição exige que obedeçamos também à Lei Orgânica do Município, que exige que obedeçamos à Lei de Limpeza Urbana, que exige que obedeçamos ao Decreto 21305/01, que nos obriga a reconhecer a validade e autoridade do ato praticado pelo funcionário da COMLURB, por mais inconveniente que seja.

Será que isso responde à questão do Agente de Limpeza?

Vejam. Tudo parece ser uma consequência lógica da aceitação da validade da Constituição. Se reconhecemos a Lei Maior de nosso país, reconhecemos também a validade de toda norma jurídica (lei ordinária, lei comple-



mentar, lei orgânica, decreto, regulamento etc) que tenha sido formulada de acordo com os parâmetros ali previstos. Mas... por que aceitar a validade da Constituição?



Vários autores tentaram responder a essa pergunta. Dependendo da perspectiva, o fundamento da obediência à Constituição — de onde o resto do ordenamento jurídico retira sua validade — pode ser a vontade de Deus, a razão universal, a natureza humana, o simples fato de ela ter sido posta pelo Poder Constituinte²³... O jurista austríaco Hans Kelsen é responsável pela formulação (e tentativa de resposta) mais famosa a esse problema. Para se preparar para a discussão em sala de aula, procure refletir, a partir das idéias de Kelsen, sobre os seguintes trechos de três constituições:

Constituição do Iraque (2005)

Article 2:

First: Islam is the official religion of the State and is a foundation source of legislation:

A. No law may be enacted that contradicts the established provisions of Islam

B. No law may be enacted that contradicts the principles of democracy.

C. No law may be enacted that contradicts the rights and basic freedoms stipulated in this Constitution.

²³ Segundo Raul Machado Horta, “O poder constituinte é o responsável pela elaboração da Constituição. A função constituinte é a atividade desse poder criador da Constituição. Em qualquer de suas denominações — Assembléia Nacional Constituinte, Congresso Constituinte, Convenção Constituinte —, que servem para identificar o órgão, o poder constituinte originário é sempre o autor da Constituição.” (Direito Constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.51)



Constituição do Afeganistão (2004)

Article One.

Afghanistan shall be an Islamic Republic, independent, unitary and indivisible state.

Article Two.

The sacred religion of Islam is the religion of the Islamic Republic of Afghanistan. Followers of other faiths shall be free within the bounds of law in the exercise and performance of their religious rituals.

Article Three.

No law shall contravene the tenets and provisions of the holy religion of Islam in Afghanistan.

“Constitutional Act” de independência do Canadá (1867)

[DECLARATION OF UNION]

3. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty’s Most Honourable Privy Council, to declare by Proclamation that, on and after a Day therein appointed, not being more than Six Months after the passing of this Act, the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick shall form and be One Dominion under the Name of Canada; and on and after that Day those Three Provinces shall form and be One Dominion under that Name accordingly.

c) *Textos*

i) Obrigatórios

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. Cap. II, “A Unidade do Ordenamento Jurídico”, pp. 37 a 53 e 58 a 65 (tópicos **1 a 4 e 6**).

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pp. **181 a 184** (Cap. IX, “A hierarquia das normas”).

KELSEN, Hans. “On the Function of a Constitution”. **Texto a ser enviado pelos professores.**



ii) Acessórios

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1994, pp. 215 a 232 e pp. 246 a 263.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, 1994.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968 (trad. Lycurgo Gomes da Motta). Pp. 318 a 327 (“A constituição escrita”).

WARAT, Luis Alberto. *Quadrinhos Puros do Direito*. Buenos Aires: ALMED.



AULAS 4 E 5: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA II: ANTINOMIAS CONSTITUCIONAIS

NOTA AO ALUNO

a) Introdução

Segundo Tércio Sampaio Ferraz, “podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”. Ou seja: falamos em antinomias no direito para designar situações nas quais temos duas normas, ambas em princípio perfeitamente válidas, determinando condutas incompatíveis entre si.

Existem critérios previstos pelo ordenamento jurídico, e já bastante estabelecidos na prática do direito, para a resolução de boa parte dos conflitos entre normas. Esses critérios são os da temporalidade, da especialidade e da hierarquia, que serão discutidos em detalhe nesta aula. A importância da antinomia para o Direito Constitucional é múltipla, e vai além destes critérios tradicionais, que tipicamente resolvem os conflitos mais simples. Por um lado, o direito constitucional precisa conviver com a existência de normas contraditórias, hierarquicamente situadas no mesmo patamar hierárquico (o texto constitucional) — um fenômeno que, como veremos no bloco III, é resultado em parte do processo constituinte radicalmente democrático que tivemos em 1987-88. Por outro, essa noção de antinomia coloca o intérprete diante da constituição como obra aberta. Como resolvemos os conflitos entre normas, quando os critérios tradicionais, que estão dentro do sistema, não os resolvem?

b) Caso I

Em 1999, o jornalista Ruy de Castro, que já havia publicado dois *best sellers*, “Chega de Saudade”, sobre a bossa nova, e “O anjo Pornográfico”, sobre Nelson Rodrigues, pela editora Companhia das Letras, lançou pela mesma editora uma biografia independente e não oficial da vida de Garrincha. Esse livro teve também imediato sucesso de vendas por ser Garrincha ídolo nacional, e sua história sempre despertar grande interesse do público. O livro narra sua infância em Pau Grande, as dificuldades que sofreu, e depois sua performance como jogador do botafogo e da seleção responsável pelas copas de 58 e 62, tido como igual a Pelé. A vida pessoal de Garrincha sempre foi conturbada. Ele sempre deu entrevistas ao lado de suas namoradas, mesmo



estando casado legalmente. Seu desempenho sexual era conhecido por todos os seus colegas e jornalistas mais próximos. Durante a copa do mundo de 1962, no Chile, ele conhecera a cantora Elza Sares, que estava no país como representante do Brasil. O romance ficou conhecido e Garrincha não fez muito esforço para escondê-lo, mesmo tendo uma esposa e oito filhas. Elza era sua amante publicamente e inclusive tinha acesso aos vestiários, onde todos os jogadores trocavam de roupa. Garrincha teve sucesso absoluto, várias namoradas e era unanimemente reconhecido como um grande namorador.

Dos 14 filhos que Garrincha oficialmente teve, apenas duas de suas filhas foram entrevistadas, tendo os outros tomado conhecimento do livro após a publicação. Apesar dessas entrevistas, o livro foi feito sem uma autorização formal da família. Os fatos narrados se sustentam em depoimentos de diversas pessoas próximas e jornalistas.

Na ocasião de sua morte, suas filhas estavam na maior pobreza. Garrincha entregou-se ao alcoolismo e teve um final de vida triste. Diante do sucesso do livro, instruída por advogados, três delas interpuseram uma ação contra a editora, pedindo indenização por danos morais e materiais, tendo em vista o perfil traçado do pai, que alegaram ser irreal, e o fato de o livro ter sido escrito sem autorização formal da família. As informações alegadas como ofensivas à memória de Garrincha referiam-se às seguintes passagens do livro: o capítulo intitulado “A Máquina de Fazer Sexo” e as menções ao alcoolismo.

O juiz de primeira instância reconheceu preliminarmente esse direito e deu decisão favorável às filhas, concedendo indenização por danos materiais e morais. Na segunda instância, porém, os advogados do escritor conseguiram modificar a decisão. O Desembargador João Wehbi Dib não reconheceu o pedido de indenização por danos morais feito pelas herdeiras, usando como argumento que o tamanho do pênis do jogador citado no livro deveria ser motivo de orgulho para a família, e não de ofensa.

“As asseverações de possuir um órgão sexual de 25 centímetros e ser uma máquina de fazer sexo, antes de serem ofensivas, são elogiosas, malgrado custa crer que um alcoolista tenha tanta potência sexual”, justifica o desembargador. “Há que assinalar que ter membro sexual grande, pelo menos neste País, é motivo de orgulho, posto que significa masculinidade”, continua.

O desembargador cita ainda a foto da capa do livro para justificar seu voto e comentar a polêmica sobre o tamanho do pênis do jogador: “Não consta que tenha sido medido. Demais disso, na foto da capa está com as pernas abertas e não ostenta nenhum volume”, descreveu.

Procuradas, as filhas mostraram-se inconformadas com a decisão. Era uma vergonha, para sua família e a memória de seu pai, ver aspectos íntimos da vida dele, sua privacidade sendo tratados dessa forma.

Como você decidiria tal questão?

c) *Caso II*

Desde as manifestações de Junho de 2013 em várias cidades do país, a proteção constitucional ao direito de reunião e manifestação aparece recorrentemente nas páginas dos jornais. Quais os limites desse direito? Quem pode limitá-lo, e como pode limitá-lo? Veja como diferentes juristas apresentam posições diferentes sobre essas questões na notícia abaixo:

14/01/2016 09h22 — Atualizado em 14/01/2016 13h09

Constituição tem brecha sobre avisar a rota de protesto, dizem especialistas

Legislação não diz quando deverá ser dado o aviso prévio do trajeto. OAB de São Paulo defende diálogo entre manifestantes e Polícia Militar.

Glauco Araújo

Do G1 São Paulo

14/01/2016 09h22 — Atualizado em 14/01/2016 13h09

Um dia depois do protesto que deixou ao menos 20 feridos e 13 detidos em São Paulo, o secretário da Segurança Pública, Alexandre de Moraes, e integrantes do Movimento Passe Livre (MPL) divergiram sobre o aviso prévio da rota das manifestações. Artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal, diz que é exigido aviso prévio, no entanto, para especialistas ouvidos pelo **G1**, não há limite de prazo.

O texto da lei diz “que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

Integrantes do MPL defendem que o trajeto é definido com os participantes do ato, pouco antes de ele começar, e que não podem definir o trajeto com a PM. No dia 12, integrantes comunicaram que iriam da Avenida Paulista até o Largo da Batata, em Pinheiros, na Zona Oeste.

“A tática orquestrada pela Polícia era obrigar a manifestação a descer pela Consolação, onde tinha sido armada um verdadeiro matadouro, com policias da tropa de choque espalhadas ao longo do percurso. Ao denunciarmos esta situação, e insistir em nosso trajeto original, o ato foi reprimido antes mesmo que ele começasse, situação que nunca ocorreu em um ato organizado pelo MPL”, diz nota do movimento.



O secretário Alexandre de Moraes, no entanto, disse que o trajeto deve ser imposto todas as vezes que os manifestantes não quiserem cumprir o caminho informado com antecedência. “Movimento que não informa o trajeto é o Passe Livre [MPL] e quando isso acontecer, obviamente, nós vamos estabelecer o traçado e fazer de tudo e preservar milhões de pessoas que não estão participando da manifestação, como foi feito ontem [ato desta terça]”, afirmou

O procurador-geral de Justiça de São Paulo, Márcio Fernando Elias Rosa, afirmou que a Constituição exige “que haja comunicação para as autoridades”. “O que a comunicação não indica é quais são as autoridades e o modo como a comunicação é feita”.

O jurista Ives Gandra disse que, ao informar previamente o trajeto da manifestação, é possível que as autoridades reprogramem o trânsito e garantam a segurança dos envolvidos. “O aviso prévio de um minuto antes não vale nada”, afirmou. “Qual é a ideia do princípio constitucional? Ao dar o aviso prévio, [ele vai] permitir que as autoridades possam reprogramar o trânsito, não prejudicar a vida de todos os cidadãos que não estão de acordo com a manifestação irem para o trabalho e voltar para casa. Então não existe brecha aí. Está claro — ele tem o objetivo de permitir às autoridades dar segurança aos manifestantes.”

Para Fernando Dias Menezes, professor titular de direito administrativo da USP, o cenário de uma manifestação expõe conflitos de direitos e que são difíceis de serem solucionados. “Em linhas gerais, esse tipo de conciliação de liberdades constitucionais é sempre uma matéria complexa, não tem solução evidente. É liberdade de reunião de um lado e o direito de locomoção de outro. “

Segundo ele, em termos constitucionais, não há necessidade de pedido de autorização para a realização de uma manifestação, mas é preciso de bom senso.

“Que parâmetros a Constituição dá? Liberdade de reunião, que é a manifestação. Não precisa de autorização do poder público para ocorrer, mas precisa que seja avisada com antecedência e isso estabelece um diálogo com o poder público. O prazo não é estipulado na Constituição, é uma brecha na legislação, mas é razoável que tenha um prazo.”

O professor afirmou ainda que se os manifestantes não avisam com muita antecedência, “eles estão abrindo mão de uma garantia que eles teriam que é justamente a interlocução com o poder público, pois a polícia vai estar lá para garantir a manifestação e não para impedir a manifestação. Aviso prévio serve para garantir que os manifestantes entrem em entendimento com os poderes públicos.”

Menezes disse que para estabelecer uma conciliação dessas liberdades é que entra o poder de polícia. “Mas não quer dizer que seja a



Polícia Militar, mas de agentes públicos que não necessariamente tenham caráter policial, é o poder que a administração pública tem de conciliação, não dá para ter isso em abstrato. Problema concreto é que a manifestação quer ocupar uma via, como fica as pessoas que querem voltar para casa, ir a um hospital? É normal que a polícia tenha de agir.”

Para Martim de Almeida Sampaio, presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP, não há nada que determine o limite que deve ser dado aviso prévio.

“É uma situação complicada. A Constituição Federal, em seu artigo 5º e inciso XVI não diz o tempo prévio, como deve ser feito, se por escrito, verbalmente a comunicação da manifestação e seu trajeto. Na letra seca da Lei é assim. Ocorre que o constituinte, em 1988, entendeu que havia um sistema libertário no país e não considerou necessário isso”, disse ele.

Sampaio diz que o país está passando por uma “onda conservadora” e que isso difere do contexto em que a Constituição Federal foi redigida. “Estamos vivendo um estado policial penal onde a solução é a polícia ou a cadeia. Se ocupa escola, chama polícia. Se faz manifestação, chama a polícia.”

Ele criticou o posicionamento de Alexandre de Moraes que disse que vai repetir a ação policial caso não seja informado às autoridades o trajeto da manifestação.

“O secretário não pode criar uma obrigação com a ação da polícia. Se quiser mudar a Constituição, entre com um Projeto de Lei que regulamente o que está lá.”

Para ele, o diálogo é essencial para as próximas manifestações. “É claro que tem de haver diálogo. A única manifestação que o governo permite é a da classe média e branca paulista. A força policial usada nas manifestações dos últimos dias foi excessiva e desproporcional num estado democrático de direito.”

Martim disse que as autoridades precisam avaliar o que incomoda mais na vida do paulistano. “A manifestação incomoda, incomoda quem está no carro, no trânsito, saindo do trabalho, indo para casa. Mas o valor de R\$ 3,80 na passagem de ônibus também incomoda o pobre da periferia que sofre com essa crise econômica que passa o país.”

[extraído de <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/01/nao-ha-prazo-legal-para-avisar-rota-de-protesto-dizem-especialistas.html>]



Nesta aula, vamos discutir, na íntegra, uma decisão do Supremo de 2007 que enfrentou diretamente algumas das questões levantadas pelos entrevistados na matéria acima. Essa será a primeira vez, no curso, que leremos um acórdão do Supremo. No tribunal, cada Ministro dá o seu voto individual, separado, para responder aos problemas colocados pelo caso. O “acórdão” nada mais é do que a soma desses votos individuais, mais o relatório dos fatos do caso (feito por um dos ministros, que é sorteado “Relator” assim que o processo chega ao Supremo), e um pequeno resumo dos principais argumentos e conclusões do tribunal — a chamada “ementa”, que também é feita pelo Relator. Nesse caso, a decisão foi unânime. Mas, como você perceberá, os Ministros apresentam visões e argumentos bastante diferentes sobre se, como, quando e por quem o direito de manifestação pode ser limitado, especialmente quando entra em confronto com outros direitos ou princípios constitucionais. Procure identificar os diferentes argumentos utilizados *por cada ministro*.

d) Textos

Obrigatórios para o caso I:

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trechos a serem indicados pelo professor.

Obrigatórios para o caso II:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação os princípios jurídicos*. Editora Malheiros: São Paulo, 2003. Ler apenas o trecho “Norma e Texto Normativo” do capítulo I.

Trechos selecionados do acórdão da ADI 1969-DF, julgada em 2007.

Acessórios (ambos os casos):

Virgílio Afonso da Silva, “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais” http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf

c1) Jurisprudência

No caso a seguir, incide outra antinomia de normas constitucionais: entre a defesa de uma manifestação cultural e a preservação da fauna. Para ter acesso ao inteiro teor do acórdão, visite o site www.stf.gov.br.



RE 153531 / SC — SANTA CATARINA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK

Rel. Acórdão: Min. MARCO AURELIO

Julgamento: 03/06/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-13-03-98 PP-00013 EMENT VOL-01902-02

PP-00388

Ementa

COSTUME — MANIFESTAÇÃO CULTURAL — ESTÍMULO — RAZOABILIDADE — PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA — ANIMAIS — CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.



AULA 6: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL I: O QUE VAI PARA A CONSTITUIÇÃO?

NOTA AO ALUNO

a) Introdução

O objetivo desta aula é duplo:

a) entender a Constituição como uma decisão — ou, mais especificamente, como o resultado de uma decisão política;

b) saber que tipos de normas devem constar na Constituição.

O que quer dizer entender a Constituição como decisão? O que é uma decisão? Em geral, entende-se por decisão a resolução de um ato voluntário que, após avaliação, forma a execução de uma solução encontrada entre várias alternativas possíveis. Decisão é, pois, uma escolha entre alternativas incompatíveis. Ou seja, em face de diversas soluções possíveis, deve-se escolher uma entre outras que, *ipso facto*, se auto-excluem. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“Decisão é termo correlato de conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade dos interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc, que não prevêem, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão. (...) Sua finalidade imediata é a *absorção de insegurança* nos sentido de que, a partir de alternativas incompatíveis (que, pela sua própria complexidade, constituem, cada uma por si, novas alternativas: *pagar* ou *sujeitar-se a um processo*, sendo *pagar* entendido como pagar a vista, a prazo, com ou sem garantias etc), obtemos outras premissas para uma decisão subsequente, sem ter de retornar às incompatibilidades primárias. Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar situações até mais complexas que as anteriores.”²⁴

Analisando em detalhes a decisão como um tipo de procedimento, o autor explicita quatro elementos constitutivos:

“*Impulso, motivação, reação e recompensa*. *Impulso* pode ser entendido como uma questão conflitiva, isto é, um conjunto de proposições incompatíveis numa situação que exigem uma resposta. A *motivação* corresponde ao conjunto de expectativas que nos força a encarar as incompatibilidades como um conflito, isto é, como exigindo uma res-

²⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, p.89.



posta. A *reação* é propriamente a resposta exigida. A *recompensa* é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em função do ponto de partida. Neste quadro, a decisão é um procedimento cujo momento culminante é um ato de resposta.”²⁵

A partir dessa matriz teórica, podemos enfocar a Constituição como decisão em pelo menos dois momentos. Primeiramente, quando de sua criação. Nas constituições democráticas (e este é o foco deste curso), o processo constituinte envolve a disputa entre interesses de diversos setores da sociedade, que pretendem vê-los *positivados*, isto é, “postos” sob a forma de direito. Cada grupo social pretende a inclusão, modificação ou exclusão de um determinado artigo na Constituição. A promulgação formaliza a decisão entre as normas e os interesses em conflito. O segundo momento se refere ao uso que se pode fazer do “objeto Constituição”: sua interpretação. Interpretar, segundo Kelsen, envolve um ato de cognição e um ato de vontade. Quando o juiz interpreta a carta magna, produz uma nova decisão, escolhe quem tem direito: o autor ou o réu. Escolhe se a norma é constitucional ou não. Neste sentido, podemos dizer que a Constituição é uma arena onde a guerra dos interesses é travada não só quando de sua criação, mas também no seu uso diário.

A decisão em si não tem significado sem o conceito de conflito. O conflito é uma interrupção na comunicação entre dois atores sociais. Assim, para resolver o conflito, é necessário que a comunicação seja restabelecida através de um processo ordenado, onde a manifestação de cada parte é prevista, tendo, por fim, uma decisão. Importante salientar que a decisão termina o conflito. Não significa que elimina a incompatibilidade primitiva, mas coloca-a em uma situação onde não pode ir adiante nem voltar (graças aos efeitos da chamada “coisa julgada”).

O segundo objetivo da aula é correlato do conceito de Constituição como decisão. Suponha que você é um constituinte. Entre milhares de sugestões de artigos e projetos, deve escolher quais as que merecem um tratamento constitucional, quais as que são matéria infraconstitucional. O que vai e o que não vai para o “trono” constitucional? O que merece ou não merece a proteção constitucional em nosso país? Como fundamentar essa escolha? Existe algum critério para determinar qual o “conteúdo” que cabe ou não cabe em uma Constituição? Qual tipo de normas é digno de figurar na Constituição?

No texto indicado na bibliografia desta aula, Luís Roberto Barroso procura dividir as normas constitucionais em definidoras de direitos, programáticas e de organização. Trata-se de uma classificação das normas que constam na maioria das Constituições contemporâneas, e sobre as quais há relativo consenso. Após a leitura do texto, procure preencher o quadro abaixo, indicando dispositivos da Constituição de 1988 que se enquadrem nas três categorias apresentadas por Luís Roberto Barroso:

²⁵ Idem, p.88.



Tipo de norma:	Exemplos na Constituição?
Organização	
Definidora de Direitos	
Programática	

Após terminar de ler os textos e preencher o quadro acima, reflita: será que todas as normas que têm *status* constitucional em nosso país se enquadram na divisão do Prof. Barroso? Será que, além das normas consideradas indispensáveis às Constituições (materialmente constitucionais), existem outras que estão na Constituição tão somente por força do processo formal de elaboração da mesma (normas formalmente constitucionais)? Você consegue pensar em artigos da nossa Constituição que exemplifiquem esse problema?

A partir da leitura dos textos, reflita sobre os trechos abaixo, retirados de tradicionais manuais de direito constitucional. Eles estão em acordo ou desacordo entre si? O que eles dizem é compatível com o texto de Luís Roberto Barroso? Você concorda ou discorda das teses expressas nestes trechos?

“Se há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, nestas costumam existir normas que, rigorosamente falando, não têm conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional (forma de Estado, forma de governo etc)”

(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002)

“Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas mercedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*”

(BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006)

“Define-se a Constituição em sentido substancial pelo conteúdo de suas normas. (...) Em suma, ela é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, o assunto tratado por suas disposições normativas. Pode-se, segundo esta aceção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando-se tão-somente o seu objeto”

(BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997)



b) Caso I

De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em janeiro de 2004 a taxa de desemprego no Brasil era de 11,7%. Estimava-se em 2,4 milhões o número de pessoas sem emprego no país naquele momento. Entre essas, 54,4% eram mulheres, 45,6% eram homens e 18,6% estavam procurando o primeiro trabalho. Os jovens, ou seja, a população com menos de 24 anos de idade, representavam 46,5% deste total.

Sabemos que existe no Brasil o chamado seguro-desemprego, isto é, um benefício temporário concedido pelo Estado ao trabalhador desempregado que tenha sido dispensado sem justa causa. Mas esse benefício só se aplica àqueles que já possuíam um emprego, e que foram dele dispensados sem justa causa. Como fica então esse enorme contingente de jovens formados, que ainda não conseguiram seu primeiro emprego? Como podem se manter enquanto não encontrarem a primeira oportunidade de trabalho de suas vidas? O que o Estado poderia fazer por eles?

Pensando bem, podemos trocar todos os “eles” e “os jovens” do parágrafo acima por “vocês”. Já parou para pensar no que vai acontecer quando você se formar? Apesar de sua dedicação e da excelência do ensino da FGV DIREITO RIO, as condições de contratação no mercado de trabalho na área do Direito estão piorando a cada ano. Será que haverá emprego para você quando se formar?

Foi pensando neste problema que o Deputado João Young, cujo filho aqui estuda, idealizou um projeto de lei que determina que todo aluno recém-formado poderia se beneficiar de um “Programa de Segurança Financeira para o Jovem Profissional”. Isto é, essa lei buscaria garantir que todos os recém-formados que, após um ano de suas respectivas formaturas, não tivessem ainda conseguido um emprego fariam jus a um seguro, ou seja, um valor mensal a ser pago pelo Estado ao recém-formado até que ele obtenha seu primeiro emprego.

Júnior, filho do Deputado João Young, estuda na mesma sala que você. Reunidos em um *happy hour* após o horário de aula, vocês dois e outros colegas discutem a viabilidade da medida. Júnior comenta que, apesar de decidido a implementar o “Programa de Segurança Financeira para o Jovem Profissional” (“JOVEM-SEF”), seu pai não sabe ao certo que caminho tomar. Seus assessores estão divididos. Alguns pensam que o melhor seria acionar os contatos na prefeitura ou no governo estadual, e deixar que o Executivo produza a norma. Outros sugerem realizar uma reunião com membros das assembleias legislativas de todos os Estados brasileiros, para que adotem a medida dentro do seu âmbito de atuação. O Deputado está desorientado. Não sabe qual a medida jurídica mais apropriada para realizar sua ambição de garantir a todos os jovens recém-formados uma renda mínima, por tempo determinado, até que consigam seu primeiro emprego. Sem definir a medi-



da mais adequada, não pode acionar os contatos necessários à aprovação do JOVEM-SEF.

Você, Júnior e seus colegas resolvem pensar em uma solução. Será que podemos fazer essa lei? O que nos permite ou autoriza a fazê-la? Ou o que nos impede? Onde ela provavelmente se encaixaria no ordenamento jurídico?

c) Caso II

Você certamente já percebeu que um dos mais recorrentes tópicos de discordância entre os alunos e alunas da sua turma diz respeito à *temperatura da sala de aula*. O termostato do aparelho de ar-condicionado deve ficar em quantos graus? Qual a temperatura ideal para o estudo? Devemos manter a mesma temperatura o ano todo, ou é melhor que ela seja variável?

Algumas pessoas entendem que a melhor opção é manter o ar-condicionado sempre com força total ou quase total; no geral, justificam sua posição com base no fato de que o Rio de Janeiro é uma cidade quente e, mesmo quando a temperatura lá fora está mais fria, a sala de aula rapidamente esquenta e torna as aulas muito desconfortáveis. Outros alunos e alunas consideram melhor estudar sentindo calor do que frio; outros, ainda, preferem uma solução flexível — a temperatura da sala de aula será definida a cada dia, de acordo com a temperatura do lado de fora, e/ou combinada com votações ou outras formas de manifestação dos alunos que estejam em sala de aula.

Nada disso deve ser novidade para você. O talvez seja novidade é encarar essa situação como um tipo de problema que pode e geralmente é enfrentado por meio de normas e regras, proibições e permissões. Mas será que poderia ou deveria ser criada uma norma *jurídica* para tratar desse tópico? Mais ainda: uma norma *constitucional*?

Como preparação para esta aula, procure refletir: Seria possível criar uma norma constitucional que expressasse uma regra qualquer para resolver o problema da temperatura em sala de aula do 1º período da Graduação em Direito da FGV DIREITO RIO? Seria recomendável? Quais seriam as vantagens e desvantagens de se criar uma regra no nível *constitucional* — qualquer que seja o seu conteúdo específico — sobre essa questão?

d) Material de Apoio

d1) Textos

I) OBRIGATÓRIOS

BARROSO, Luis Roberto. “Uma tipologia das normas constitucionais”, extraído de *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pp. 93-102 e 118 a 122.



FALCÃO, Joaquim. “O ingresso do Terceiro Setor na Pauta Legislativa”, pgs. 19-20 e 21.

GORDON, Beate Sirota. “The Equal Rights Clause”, trecho extraído de *The Only Woman in the Room*. **Texto será enviado pelos professores.**

II) COMPLEMENTARES

CANOTILHO, Joaquim J. G. *Teoria da Constituição*. Pp. 65 a 84. (“Aproximação à Problemática do Poder Constituinte”).

TEIXEIRA, J H Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Org. e Atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. Pp. 316-331.



AULA 7: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL II: A ATA DO PACTO SOCIAL

NOTA AO ALUNO

a) Introdução:

Você já participou de alguma reunião de condomínio? Já reparou como o síndico não decide nada, apenas organiza a discussão e, um momento posterior, implementa as decisões tomadas? Quem toma as decisões são os condôminos, através da deliberação (discussão sobre os pontos da pauta) e do voto. Como acontece com qualquer outro condômino, o voto do síndico tem valor igual ao dos outros. Quanto maior o prédio, maior o número de prováveis participantes da reunião. Cada um defendendo posições que, a princípio, são igualmente legítimas, mas com direito a apenas um voto. Todos consideram suas propostas prioritárias, mas... cada um tem apenas um voto. A proposta mais votada será adotada.

É claro que, antes da votação, os participantes discutem. Apresentam suas idéias. Escutam (ou deveriam escutar) as propostas dos outros. E não é raro que encontrem interesses similares aos seus, ou mesmo que mudem de opinião graças à argumentação deste ou daquele participante. Então, apesar da disparidade de interesses no início da discussão, muitas vezes é possível formar um relativo consenso, ou uma quase unanimidade sobre certos temas.

Se você participava do grêmio estudantil do seu colégio, ou já se envolveu na deliberação de partidos políticos ou outras associações, nada disso é novidade para você. Mas imagine, agora, uma reunião de condomínio com mais de 150 milhões de condôminos. Cada um ou cada grupo com problemas, necessidades e prioridades próprios. Os apartamentos ficam tão distantes uns dos outros e os moradores enfrentam realidades tão distintas que mesmo a mais genérica das decisões dificilmente atenderá da mesma forma aos interesses de todos.

Algo parecido aconteceu com a nossa Assembléia Constituinte. O número de interesses com pretensão de legitimidade era muito maior do que no grêmio do seu colégio. Índios, católicos, juristas, pequenos agricultores, grandes industriais, veteranos de guerra, donos de cartório, senadores biônicos, sociólogos, militantes de Direitos Humanos, feministas, representantes do Movimento Negro... Havia espaço para negociação, mas, com propostas e reivindicações tão díspares e até inconciliáveis, seria impossível haver consenso em cada um dos pontos que a Constituição deveria tratar. Aliás, não havia consenso nem mesmo sobre quais seriam esses pontos — entre os neoliberais mais radicais e os mais ardorosos defensores da presença ativa do Estado na economia, por exemplo, encontrava-se a diferença entre uma Constituição

de um punhado de artigos e uma com dezenas deles. Entre o puro e simples *laissez-faire* e a regulação minuciosa, de cima para baixo, de todas as relações econômicas. Como em vários outros temas fundamentais, a nossa Carta ficou a meio caminho entre essas posições. Vejamos o artigo 170 e seus incisos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II — propriedade privada;

III — função social da propriedade;

IV — livre concorrência;

VII — redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII — busca do pleno emprego;

IX — tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Propriedade privada e função social da propriedade? Propriedade privada e redução das desigualdades regionais e sociais? Livre concorrência e busca do pleno emprego? Livre concorrência e tratamento favorecido para pequenas empresas brasileiras? Não seriam idéias contraditórias, surgidas de doutrinas econômicas e políticas conflitantes?

De fato. Mas, na nossa Constituição, elas convivem. No “mercado de idéias” da Assembléia Constituinte, não poderia haver uma única e completa posição vencedora em algo tão importante quanto a Ordem Econômica brasileira, dada a amplitude do espectro de posições possíveis nessa matéria. Provavelmente, o neoliberal e o defensor do intervencionismo estatal extremo ficaram um pouco desapontados com o resultado da deliberação e votação (o artigo 170 e seus incisos). O que é compreensível. Como vocês já puderam observar, a Constituição é, em última instância, uma escolha entre alternativas concorrentes. Às vezes, porém, a opção escolhida é um precário arranjo entre interesses distintos, que, através da negociação, chegam a um resultado que, embora não atenda ao máximo às expectativas de todos, é o único desfecho possível em um cenário onde o consenso é o mais escasso dos bens. Você não acha que, nesse caso, a mudança possível seria melhor do que a continuidade integral?

A mudança possível, então, é representada por uma “ata”: a Constituição. Este conceito aponta para vários elementos que devem ser levados em conta na análise jurídico-constitucional: (a) seu aspecto de documento formal (ata) dotado de alguma precisão e permanência (escrito), (b) contém o resumo os pontos importantes da reunião, (c) obriga os participantes, pois serve de



testemunho da reunião e, ao mesmo tempo, de diretriz normativa para o comportamento futuro dos dali em diante, e (d) pressupõe a existência de conflitos, diversidade, diferenciação que se suspendem momentaneamente e se conciliam em torno de um pacto, (e) pacto este formado por vontades, aspirações e desejos que abrem mão de alguns interesses específicos em nome de um interesse maior — a independência, a nação, a integração territorial, a segurança jurídica etc; (f) finalmente, a evidência de que esses interesses não caíram dos céus, não foram ditados pelo direito divino dos reis, mas pelo povo, ainda que o povo naquele momento estivesse restrito aos representantes de determinadas classes sociais.

No geral, o responsável pela redação desta “ata” é chamado tradicionalmente de *Poder Constituinte*. Também se costuma fazer uma distinção entre *Poder Constituinte Originário* — que elabora a ata-Constituição e, com isso, funda uma ordem jurídica nova — e *Poder Constituinte Derivado* — que altera a redação da ata-Constituição em um momento posterior à sua criação, *dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário*. O Poder Constituinte Derivado é também chamado “Poder Constituído”, já que, na verdade, é simplesmente uma competência *constituída* e delineada pelo Poder Constituinte Originário. Em nossa Constituição, esses limites estão previstos basicamente no artigo 60, §4º.

Não se preocupe se estes conceitos agora parecem abstratos. Nos textos selecionados para esta aula, você terá apenas o primeiro de muitos outros contatos com os conceitos de “Poder Constituinte Originário”, “Poder Constituinte Derivado”, “Assembléia Constituinte” etc. Todos serão discutidos de forma mais detalhada ao longo do curso.²⁶ Para a discussão do caso desta aula, procure imaginar apenas que a turma está reunida para exercer o “Poder Constituinte Derivado”: vocês não podem fazer uma Constituição nova, apenas alterar a redação da Constituição existente dentro dos limites que ela mesma prevê. Você já tentou imaginar o tipo de debates — e o tipo de problemas — que estão envolvidos em um processo de decisão sobre o conteúdo de uma Constituição?

b) O Caso P²⁷

Alexandre é o filho do meio de uma tradicional família que há anos migrou de Pernambuco para o Rio de Janeiro. Seu pai é um empresário bem sucedido, sua mãe sempre cuidou da criação dos filhos e dos afazeres domésticos. Sua irmã mais velha, para desgosto dos pais, depois de uma rápida experiência no *glamour* das passarelas, enveredou pelo caminho das artes cênicas e atualmente é parte de uma companhia teatral. Seu irmão mais novo demonstra interesse pelos negócios da família.

²⁶ Especialmente nas aulas referentes ao problema da mudança constitucional — tema do Bloco IV deste curso.

²⁷ Este caso foi originalmente elaborado pelo Professor José Ricardo Cunha, em outubro de 2004, para utilização no programa de Aulas-Convite da FGV DIREITO RIO, em uma aula de “Direitos Humanos”.



Ocorre que, desde a infância, Alexandre apresenta inclinações para as maneiras femininas. Com seis anos, gostava de usar as roupas da mãe, e já com onze anos gostava de se maquiar e dizia procurar um namorado. Com treze anos, insistia em se vestir como uma moça e participar da roda de amigas da irmã mais velha. Nesse período de adolescência, sua vida atribulada lhe rendeu muitas formas de discriminação, chegando mesmo a sofrer agressões físicas. Talvez por isso, seu pai tenha lhe forçado a um casamento com uma jovem vinda de sua terra natal, logo que completou dezoito anos. Um ano depois, nasceu uma linda criança que, de alguma forma, manteve Alexandre preso ao casamento, apesar de sua intensa angústia e insatisfação. Como única forma de escape, Alexandre manteve vida dupla, chegando até a se travestir durante algumas noites.

Finalmente, Alexandre termina o casamento e, como consequência, seus pais e seu irmão mais novo rompem relações com ele. Cansado de todo o sofrimento que seu corpo de homem sempre lhe causou, e contando com o firme apoio da irmã, procura o Hospital Universitário para se habilitar a uma cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia. Tendo a equipe multidisciplinar do Hospital diagnosticado Transtorno da Identidade de Gênero (TIG), constatando haver uma cisão entre o sexo somático e o sexo psicológico de Alexandre, apresenta parecer admitindo a intervenção cirúrgica. Apesar de experimental e em caráter de pesquisa, o procedimento cirúrgico é realizado por uma equipe médica específica, com base na Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina.

Com o sucesso da cirurgia, Alexandre teve alterada sua plástica sexual, passando a possuir uma genitália feminina compatível com a aparência totalmente feminina já esboçada no seu corpo. Apesar de sua nova aparência e de seu comportamento feminino, deparou-se com grave problema: sua identificação masculina. Mesmo autodenominando-se de Alexandra, era fato que seu assento de nascimento registrava o sexo masculino e seu nome como Alexandre, como de resto em toda sua documentação. Socialmente e sexualmente, Alexandra. Juridicamente, Alexandre. Para solucionar esta última esquizofrenia, constitui advogado e entra em juízo requerendo *alteração do nome e registro de sexo feminino no lugar de masculino em seu assento de nascimento, com reflexo em toda sua documentação civil*.

Inspirada na vida de Alexandra, sua irmã leva toda a situação para os palcos, na forma de peça teatral, e isso acaba chamando a atenção da imprensa e da sociedade. Rapidamente, formam-se grupos pró e contra Alexandra. O assunto figura nos principais noticiários e programas de televisão, e também é tema de acalorados debates entre grupos formadores de opinião, dentre os quais destacam-se:



- LGBTs (Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Transexuais e Simpatizantes)

Defendem o direito à felicidade e à realização pessoal como sendo inalienáveis. Para tanto, argumentam a favor da tolerância e do respeito à diferença como fundamentos básicos de uma sociedade livre, fraterna e plural. Insistem que a vivência da sexualidade é uma questão da vida privada e, por isso, não pode ser objeto de reprovação pública. Defendem o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo e da adoção de filhos pelo casal homossexual. Para eles, Alexandra tem o direito ao registro do novo nome e sexo.

- TFP (Tradição, Família e Propriedade)

Defendem a família tradicional como um dos principais fundamentos morais da sociedade. Argumentam que o sexo e a sexualidade são dons de Deus dados aos homens, e que configuram aberrações todos os comportamentos contrários à natural relação homem-mulher. Para eles, a ordem social e a virtude pessoal repousam na integridade do caráter, mensurável por uma vida reta e em harmonia com os bons costumes, com as Leis de Deus e as Leis dos homens. Por isso, são contra o pleito de Alexandra e a ação dos médicos que realizaram a cirurgia. Açam que estes devem ser responsabilizados criminalmente.

- Comissão de Direitos Humanos da OAB

Defendem o Princípio da Dignidade Humana como marco fundante para a compreensão do caso. Argumentam que a dignidade é a qualidade intrínseca e ao mesmo tempo distintiva de cada ser humano, fazendo-o merecedor de respeito e consideração, seja por parte do Estado, seja por parte da comunidade. Para eles, cada um tem o direito de ser responsável pelo próprio destino, devendo o Poder Judiciário proteger esta autonomia dos cidadãos como forma de preservação da democracia. São a favor da mudança de nome e sexo de Alexandra no Registro Civil, mas defendem a promulgação de Lei específica que autorize tanto o procedimento médico como o procedimento de registro civil.

- Liga dos Juristas Independentes

Defendem que a democracia constitucional exige que os interesses de uns não se sobreponham aos interesses de muitos. Argumentam que a realização do pleito de Alexandra violaria direito de terceiros, que poderiam se iludir com sua aparência e manter com ele/ela relacionamento amoroso que jamais manteriam se conhecessem sua condição de transsexual. Para eles, a satisfação egocêntrica não deve violar a boa fé da sociedade juridicamente organizada. Apontam possíveis situações insólitas, como a prática de modalidades desportivas categorizadas em masculinas e femininas: o que prevaleceria, a aparência sexual ou a constituição orgânica? Não se posicionaram em relação aos médicos.



- Conselho Federal de Psicologia

Defendem que a finalidade última de toda norma jurídica é evitar ou minimizar ao máximo o sofrimento humano. Argumentam que a questão do transsexual não se reduz ao desejo sexual por pessoas do mesmo sexo, mas, antes, se define pela recusa em aceitar o fenótipo do próprio sexo, o que gera estado insuportável de sofrimento, podendo mesmo conduzir ao suicídio. Por isso, o ordenamento jurídico deve amparar e proteger especialmente esse indivíduo e o seu direito à vida. Não apenas apóiam o pedido judicial de Alexandra, como são entusiastas da cirurgia de transgenitalização nos casos em que o tratamento terapêutico convencional se revela insuficiente.

- Ministério Público

Os representantes do Ministério Público que atuaram no caso defenderam que é impossível alterar por meio de norma jurídica a identidade biológica de cada um, pois esta é definida cromossomicamente e de forma imutável. Argumentam que a aceitação do pleito de Alexandra seria uma ficção jurídica tola e absurda, pois a definição do sexo não é ato de vontade, mas determinação biológica. Lembram que há limites naturais, sociais e jurídicos para o que se pretenda fazer e caso prevalecesse a posição de Alexandra, qualquer um poderia fazer o que bem entendesse. Para evitar tal desvario, a ação do Estado deve reger — não cercear — o exercício dos direitos de forma a evitar excessos e conflitos de interesses. Ainda alegam que o respeito à natureza das coisas é o fundamento primeiro do Direito Natural. Irão propor representação criminal contra os médicos da cirurgia, alegando crime de Lesão Corporal.

- FNI (Fórum Nacional pela Igualdade)

Defendem que o ponto principal do caso é a superação de todas as formas de discriminação, o que é preconizado pela lei. Assim, argumentam que a única forma de superação definitiva do estado de preconceito contra Alexandra é a alteração do nome na sua documentação civil, o que dizem ser admissível conforme a legislação. Com relação à mudança do sexo no assento de nascimento, afirmam ser consequência lógica, mas defendem que seja averbada a expressão — *transsexual* — no registro civil e documentos para evitar a violação da boa fé de terceiros.

Para a atividade desta aula, a turma será dividida em grupos. Cada grupo representará os interesses de uma das facções acima. O professor conduzirá as negociações entre todos os grupos, que, ao final da aula, devem chegar a uma decisão sobre uma proposta de redação de um artigo de lei ou de uma emenda constitucional que regulamente a questão da transexualidade no Brasil.

Para chegar a essa decisão, os diversos grupos têm que decidir como será tomada: por voto? Por maioria simples? Por maioria qualificada? Além dis-



so, será preciso explicitar tanto os critérios que fundamentam cada decisão, quanto a existência ou não, em cada ponto controvertido, de um critério capaz de unir as diferentes demandas, fazer convergir os divergentes.

Cada grupo poderá trazer por escrito sua proposta inicial, como se fosse um projeto de lei com a devida exposição de motivos.

Caso II

Considere o seguinte artigo da Constituição do Equador (2008):

Art. 71.— La naturaleza o *Pachamama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Na tipologia de normas constitucionais proposta por Luís Roberto Barroso, discutida na aula 7, onde você encaixaria esse dispositivo? Justifique sua resposta.

Compare esse dispositivo com o art. 225, *caput*, da Constituição brasileira. Qual dos dois pode mais facilmente ser explicado como resultado de um *acordo incompletamente teorizado*?

c) Material de Apoio

c1) Textos

I) OBRIGATÓRIOS

CANECA, Frei. *Eis Porque*. (editado)

SUNSTEIN, Cass. “Acordos Constitucionais sem Teorias Constitucionais”, *in Revista de Direito Administrativo*, n.246, 2007 (editado).

II) ACESSÓRIOS

CANOTILHO, Joaquim J. G. *Teoria da Constituição*. Pp. 65 a 84. (“Aproximação à Problemática do Poder Constituinte”).



AULA 8: A CONSTITUIÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL III: ENCONTROS E DESENCONTROS

NOTA AO ALUNO

a) Introdução

Imagine se um dia, por um desastre ou milagre qualquer, fictício ou real, impossível ou plausível, o Brasil amanhecesse sem Constituição. Isto é, ao raiar do sol, quando os brasileiros despertassem de seu sono, nenhum exemplar da Constituição brasileira pudesse ser encontrado... Absolutamente todos, sem sobrar nenhum, teriam desaparecido das estantes das bibliotecas, dos arquivos, das gráficas, dos computadores... Imagine que não tivesse sobrado nenhum registro sequer — impresso ou digital — para contar a história. Nem mesmo os anais da constituinte, as atas da elaboração da Lei Maior teriam restado intactos. Seria como se um incêndio tivesse queimado todos os papéis onde a Constituição estivesse escrita, como se um vírus tivesse apagado todos os seus registros eletrônicos e digitais.... Como se uma grande amnésia tivesse até mesmo deixado em branco a memória fresca dos professores de direito constitucional.

O que aconteceria nessa situação? Ora, o país não poderia ficar sem constituição, como sabemos. Seria preciso redigi-la novamente? Como isso seria feito? Você acha que seria possível reconstituir a mesma Constituição que tínhamos antes? Ou será que ela seria diferente? E por quê? O que você acha que aconteceria neste dia hipotético em nosso país? As instituições continuariam funcionando? As demais leis, infraconstitucionais, continuariam vigorando? Como os funcionários públicos e os cidadãos comuns reagiriam? Eles deixariam de obedecer às instituições e às demais leis do país, por exemplo?

Esse caso hipotético nos leva a identificar fatores mais ou menos organizados que, paralela e independentemente da Constituição, regem nosso comportamento diário, bem como próprio o funcionamento das instituições do país. O conjunto desses fatores é chamado por Lassalle de “Constituição Material”, em oposição à “Constituição Formal”, que nada seria além de uma “folha de papel”. Você já parou para verificar o extenso rol de liberdades que a Constituição de 1967 previa para os cidadãos brasileiros? Direitos que jamais chegaram a sair do papel. Não eram obstáculo para o poder puro e simples.

Em última instância, o ponto de Lassalle é que as decisões tomadas pelos constituintes em nada influenciam a realidade do país. Será verdade? O povo e as instituições continuariam mesmo sendo regidos por fatores não-escritos, mas muito visíveis — os “fatores de poder” na sociedade? Segundo o autor, a “folha de papel”, na pior das hipóteses, apenas esconderia esses fatores e, na melhor, os refletiria, tornando-os explícitos. Não haveria margem de mano-

bra entre constituinte e a realidade. Nesta concepção, a única alternativa parece ser a de conformar ao funcionamento dos pactos de poder já existentes.

Contudo, não é necessário que seja assim. O reconhecimento de discrepâncias entre os dispositivos e programas constitucionais e as relações de poder de fato presentes em uma sociedade não conduz inexoravelmente à impotência do Direito. É possível que os próprios processos de poder se adaptem à Constituição, desde que, como observa Karl Loewenstein, a Constituição e a comunidade passem por uma “simbiose”. Para que uma constituição seja viva, deve ser, portanto, efetivamente “vívda” por destinatários e detentores do poder, necessitando um ambiente nacional favorável para sua realização.²⁸

Você acha que a Constituição de 1988 reúne as condições necessárias para que essa “simbiose” ocorra?

b) O Caso

A Constituição de 1988 dispõe, em seu artigo 7º, IV:

Art. 7º— São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

No ano de 2003, o salário mínimo se encontrava no valor de R\$ 240,00. Ou seja, de acordo com o artigo acima, esta quantia deveria ser suficiente para permitir que o trabalhador atenda às necessidades básicas suas e de sua família com moradia (1), alimentação (2), educação (3), saúde (4), lazer (5), vestuário (6), higiene (7), transporte (8), previdência social (9)...

É claro que o salário mínimo no Brasil, nos patamares em que sempre tem sido fixado, é insuficiente para atender a tudo isso. Mas será que a Constituição não está exigindo demais, tendo em vista a realidade do país? Será que a distancia entre o salário mínimo real e aquele desejado pela Constituição pode ser explicada apenas em termos da vontade dos políticos que definem o salário mínimo — isto é, poderiam aumentar esse valor até o exigido pela Constituição, se assim o desejassem? Abaixo, veremos um exemplo de defesa pública do governo no sentido contrário — o de que não seria factível aumentar o salário mínimo além de um valor que, todos sabemos, é insuficiente para a muitas das necessidades básicas do trabalhador.

Em 2004, preocupado com a eterna questão da adequação do valor do salário mínimo, o Governo Federal estudou a possibilidade aumentá-lo. A

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. “A Classificação Ontológica das Constituições”.



expectativa era de um aumento substancial, tendo em vista o Presidente Lula ter prometido na campanha eleitoral de 2001 que dobraria o poder de compra do trabalhador até 2006. Para tanto, o aumento concedido em 2004 deveria ficar em torno de R\$ 310. Apenas para recompor o poder aquisitivo perdido nos últimos anos, o salário deveria ser fixado em, no mínimo, em cerca de R\$ 265. No final das contas, porém, foi aprovado o valor de R\$ 260,00 — um reajuste de apenas R\$ 20,00 —, indignando vários setores da sociedade brasileira. A principal justificativa para a decisão era de ordem fiscal. Se o salário mínimo fosse para R\$ 270, por exemplo, os gastos com previdência aumentariam em R\$ 1,5 bilhão, argumentava o governo.

Em entrevista naquele ano, realizada durante as comemorações do 1º de maio (Dia do Trabalho), o então Ministro José Dirceu justificou da seguinte forma o aumento concedido:

Repórter — Ministro, quanto ao salário mínimo, não dava mesmo para dar um aumento maior?

Ministro José Dirceu — Nós demos um salário mínimo com convicção de que era o possível. Sabemos que é um salário mínimo abaixo do que era esperado pelo país, mas é importante que o país crie emprego, cresça e garanta investimento. Há um aumento real no salário mínimo, há um aumento significativo no salário família para aquele que tem filhos menores, e é o que é possível fazer nesse momento, mas nós vamos trabalhar para melhorar o valor do mínimo em 2005. Nós temos que garantir a retomada do crescimento e a criação de emprego. É isso que o país quer. E o salário mínimo foi estabelecido com base nesse farol, nesse horizonte, o horizonte de fazer o país crescer, reduzir os juros, manter um superávit, manter a meta de inflação para garantir que os investimentos voltem, mas, também, trabalhar para reduzir os juros.

Repórter — Ficou para quem essa decisão?

Ministro José Dirceu — A decisão é do presidente da República e todos nós apoiamos. Eu, particularmente, apóio, defendo e sustento.

Repórter — Mas como fica a promessa de dobrar o valor do salário mínimo? Do jeito que está indo, o senhor acha que ainda vai dar para dobrar o mínimo? É possível?

Ministro José Dirceu — Vamos trabalhar. Esse é o objetivo do governo e o objetivo do país. Nós temos que trabalhar para aumentar o valor do salário mínimo. A CUT apresentou uma proposta para o governo e um plano para que haja uma política definitiva para o salário mínimo, e não que todo ano se discuta qual o valor. Nós temos o problema que todo o país sabe: o salário mínimo está vinculado à Previdência. Se você dá um aumento de R\$ 300,00 no mínimo, você tem R\$ 12 bilhões que o país não tem de onde tirar na Previdência.²⁹ (...)

²⁹ Trecho obtida no site da Casa Civil da Presidência da República: (<https://www.presidencia.gov.br/casacivil/site/exec/arquivos.cfm?cod=428&tip=ent>), acesso em 13/08/04.



Repórter — Ministro, no Congresso fala-se em alterar a Medida Provisória do salário mínimo. O senador Paulo Paim é um dos que afirmou que deve haver mudança. O senhor acha que na prática isso é possível? Eles podem modificar o texto, mas o problema continuará sendo fontes de recursos?

Ministro José Dirceu — Se o governo não deu o aumento o maior que R\$ 260,00, além do reajuste do salário família para R\$ 20,00, é porque o Orçamento de 2004 e as condições do país e as condições internacionais não permitem um aumento maior. É evidente que o governo teria dado, agora, o Congresso Nacional é soberano para debater e decidir.

Repórter — Ministro, enquanto não houver decisão sobre essa desvinculação do mínimo dos cálculos dos benefícios da Previdência, o senhor acha que não será possível dar um aumento real maior para o salário mínimo?

Ministro José Dirceu — Sempre é possível dar aumento real para o salário mínimo, sempre é possível desde que a economia cresça e que o país reduza os juros, que você tenha o serviço da dívida menor, e que nós possamos diminuir o déficit da Previdência, porque na Previdência o déficit é de R\$ 30 bilhões. É evidente que você não pode impunemente acrescentar 5%, 10% a mais nesse déficit, porque isso reflete imediatamente nos juros, reflete diretamente na credibilidade do país, na dívida pública interna. Então, o governo, quando tomou essa decisão, tomou analisando todas essas variáveis. O esforço do governo nesse momento é para garantir os investimentos em infra-estrutura, garantir os investimentos sociais e o crescimento do país. Nós estamos buscando o crescimento. É evidente que aumentar a demanda pode ajudar no crescimento econômico, mas você precisa pesar os prós e os contras, o custo/benefício. Com a situação que estamos vivendo nesses últimos 30 dias de instabilidade internacional, de possibilidade de aumento de juro nos Estados Unidos, de pressões — todos aqui sabem que há pressões sobre o Orçamento da União, o governo tem que cumprir com determinadas obrigações, principalmente garantir os investimentos na infra-estrutura — não foi possível dar um salário mínimo maior que R\$ 260,00. Agora, o governo sempre procurará dar um aumento máximo, o maior possível, real, para o salário mínimo. Se esse ano foi 5% foi porque não foi possível dar maior. Tenho certeza que no ano que vem teremos uma situação melhor. Mas a grande questão é realmente a vinculação com a Previdência.³⁰

Esses são argumentos recorrentes, que podem ser encontrados nas falas de muitos governos, de quaisquer partidos, desde a promulgação da Constitui-

³⁰ Trecho obtido no site da Casa Civil da Presidência da República (<https://www.presidencia.gov.br/casa-civil/site/exec/arquivos.cfm?cod=413&tip=ent>), acessado em 13/08/04.



ção de 1988. Concordando-se ou não com esses argumentos do Governo, o fato é que, de lá para cá, o salário mínimo continuou muito abaixo do necessário para cumprir a norma do art. 7º da Constituição. Nesse cenário, considere que um Deputado Federal — “João Máximo” — pretenda propor ao Congresso Nacional um projeto de lei fixando o valor do salário mínimo em US\$1.000,00 — mil dólares americanos. Trata-se da quantia que o Deputado, após ouvir seus assessores economistas, concluiu ser o mínimo para realmente fazer jus a todos os itens que a Constituição estabelece como necessidades dos trabalhadores — necessidades que o salário mínimo precisa atender, das pequenas cidades do interior até as grandes capitais.

Considere ainda que, em 1996, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, em face da MP 1.415 de 29/04/96, que dispunha sobre o salário mínimo fixado para o ano. Mais ainda, em maio de 1996, o Supremo julgou a medida cautelar da ação impetrada pela CNTS. Após uma pesquisa preliminar no site do tribunal, você encontra o relatório e o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 1458 MC / DF, também referente à constitucionalidade do salário mínimo, cuja ementa se encontra transcrita a seguir:

EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO — MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. — O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. (...) Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. (...) A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. — As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial (...) — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamen-



te, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.(...)”

Após a leitura do trecho acima e dos textos selecionados para a aula, procure refletir:

- Você considera a proposta do Deputado juridicamente boa?
- A partir das categorias expostas por Karl Loewenstein, como podemos classificar o *atual* salário mínimo de R\$ 880,00? Esta norma contribui para a nossa Constituição ser de que tipo?
- Em qual das categorias de Loewenstein você incluiria o salário mínimo de US\$ 1.000,00 proposto pelo deputado João Máximo?
- E se, na nossa Constituição, não houvesse qualquer detalhamento de todas as coisas que o salário *deveria* atender — como isso afetaria sua resposta às questões acima? Você acha que isso tornaria nossa Constituição melhor ou pior?
- A classificação de Loewenstein se aplica a *Constituições*, não a artigos dessas Constituições. Como você acha que a análise de dispositivos específicos pode contribuir ou não para essa categorização diante de uma dada Constituição?
- É possível falar em inconstitucionalidade “por omissão”? Por quê?
- Qual pode ser o papel do Supremo Tribunal diante de omissões desse tipo? O Supremo pode resolver completamente o problema? Pode contribuir para resolver? Como?
- Você considera que os argumentos do Governo mencionados no material, bem como os textos de Lassale e Loewenstein, podem/devem ser relevantes na decisão de um caso como o da ADI 1485, cuja ementa foi reproduzida acima?

c2) Textos

i) Obrigatórios

LASALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Liber Iuris, 1995. (ler apenas páginas 05 a 18 e 25 a 39)

LOEWENSTEIN, Karl. “A Classificação Ontológica das Constituições”, in *Teoria de La Constitución*.

ii) Acessórios

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1991.

**AULA 9: VALIDADE, LEGALIDADE, EFICÁCIA, LEGITIMIDADE: E O COMANDO VERMELHO?****NOTA AO ALUNO***a) Introdução*

Em seu art. 5º, a Constituição assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” — uma das vertentes do princípio da legalidade que estrutura o Estado de Direito. À primeira vista, o dispositivo parece não suscitar maiores problemas. Mas a realidade de nosso país nos coloca certas perplexidades na aplicação de normas constitucionais como essa.

Nas duas primeiras aulas do curso, você entrou em contato com noções básicas de aplicação do direito e de análise jurídica de relações sociais. Muito embora as noções de “fato” e “norma” sejam extremamente problemáticas, para fins deste curso entenderemos os “fatos” como acontecimentos encontrados na realidade, e “norma” como todo dispositivo jurídico, constitucional ou não, que seja aplicável à situação verificada na prática.

Nesta representação simplificada da aplicação de normas jurídicas, o operador pode se deparar com resultados contrários à pretensão da norma. É possível, por exemplo, que uma determinada norma tenha efeitos sociais muito distintos do esperado, ou até mesmo que não tenha efeito algum. Assim, nesta aula, analisaremos alguns instrumentos para lidar com a comparação do “ser” da realidade social com o “dever ser” pretendido pela norma, especialmente pelas normas constitucionais.

Quando encontramos entre o ser (realidade social) e o dever ser (previsão da norma) um espaço intransponível, e as autoridades que criam e aplicam o Direito estão conscientes desse fato, estamos diante do fenômeno chamado por Luís Roberto Barroso de “insinceridade normativa”.³¹ Como observa Eugenio Raúl Zaffaroni, referindo-se ao Direito Penal, se as leis já são postas com a consciência de que não serão cumpridas (ou, pior ainda, por causa dessa consciência), não se pode falar em legitimidade.³² Um Direito sem qualquer possibilidade de concretizar suas normas não pode ser legítimo. Mais: será que um Estado incapaz de promover o cumprimento das normas jurídicas vigentes por meio da força (isto é, através da *coerção*) pode ainda ser considerado como tal?

Leia o seguinte trecho do jurista Miguel Reale sobre a questão:

“(…) Que é o Estado? É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o

³¹ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.*

³² *Em Busca das Penas Perdidas.*



monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mais certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante ensinamento de Laband, tem “a competência da competência”.

O Estado, como ordenação do poder, disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito. Esta pode consistir na penhora, como quando o juiz determina que certo bem seja retirado do patrimônio do indivíduo, para garantia de um seu débito, se as circunstâncias legais o autorizarem. Coação pode ser a própria prisão, ou seja, a perda de liberdade infligida ao infrator de uma lei penal. Coação pode ser a perda da própria vida, como acontece nos países que consagram a pena de morte. Pode chegar-se ao extremo de tirar o bem supremo, o que não nos parece harmonizável com a natureza do Direito.

Podemos afirmar que, em nossos dias, o Estado continua sendo a entidade detentora por excelência da sanção organizada e garantida, muito embora não faltem outros entes, na órbita internacional, que aplicam sanções com maior ou menor êxito, como é o caso, por exemplo, da Organização das Nações Unidas (ONU). Cresce, porém, dia a dia, a importância de entidades supranacionais, que dispõem de recursos eficazes para lograr a obediência de seus preceitos. Instituições, como o Mercado Comum Europeu e o Mercosul, cada vez mais se convertem em unidades jurídico-econômicas integradas, marcando, sem dúvida, uma segunda fase no processo objetivo de atualização das sanções. Seria, todavia, exagero concluir, à luz desses exemplos, pela evanescência do Estado ou seu progressivo desaparecimento, quando, na realidade, o poder estatal cresce, concomitantemente, com aqueles organismos internacionais.”³³

A partir da bibliografia recomendada, reflita: qual a importância da *coerção* estatal para o cumprimento de normas jurídicas? Como este mecanismo tem funcionado (ou não tem funcionado) no Brasil de hoje? O Estado tem conseguido obter das pessoas o cumprimento de normas constitucionais? Porque certas normas constitucionais “pegam” e outras não? Como pode ser importante para o operador do direito saber quais as chances de uma norma produzir ou não seus efeitos na prática?

b) O Caso I

No dia 24/02/03, o comércio da capital carioca recebeu ordens para fechar suas portas. Embora não tivessem por hábito folhear a constituição todo

³³ *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, pp. 76-77.



dia de manhã e antes de dormir, os comerciantes não tiveram problemas em perceber que, juridicamente, o comando apresentava alguns problemas.

Na forma, ao contrário do que exige a Constituição, a exigência do fechamento do comércio não veio da polícia, dos bombeiros, do exército, da saúde pública ou de outro órgão do Estado do qual estamos acostumados a receber exigências do gênero. A notícia simplesmente começou a correr, sem que ninguém pudesse identificar e pedir satisfações à autoridade por trás da ordem.

No conteúdo, o comando também surpreendia — nenhuma calamidade pública ou excepcional interesse público foi invocado para justificar os prejuízos que os comerciantes viriam a sofrer por aquele dia de trabalho perdido. Aliás, nenhum motivo foi apresentado para a população, que, desorientada, se dividiu entre obedecer e sair às ruas, em meio à sensação geral de insegurança. A ordem de fechamento não foi motivada, mas os comerciantes tinham bons motivos para obedecê-la.

Era uma ameaça, supostamente feita pelo Comando Vermelho, organização ligada ao tráfico no Rio de Janeiro.

Nos dias subsequentes, começaram a surgir pela cidade diversas cópias de um panfleto, cuja autoria foi atribuída ao líder do Comando Vermelho, Rogério Lengruber. No documento, são apresentadas algumas explicações sobre o significado do ato:

“Nós deixaremos bem claro que nesta segunda-feira, dia 24/02/2003 aqueles que abrirem as portas de seus comércios estarão desobedecendo uma ordem dada, e será radicalmente punido se desobedecê-la. Pois o que queremos é que esse abuso de poder que esse governo e essa política hipócrita vem implantando caia por terra, porque não tem mais como aturar esses governantes com essa política opressora e covarde que vem praticando o terror nas comunidades carentes, mandando os seus vermes subordinados policiais invadir as favelas e plantar o terror, causando assim a morte de muitos inocentes e entre esses inocentes estão senhoras, idosos, crianças e jovens adolescentes, e todo esse abuso acaba impune como se nada tivesse acontecido, então tá na hora de darmos um basta nessa hipócrita situação porque o povo já está vendo que os verdadeiros marginais não estão nas favelas e nem atrás das grades, e sim no alto escalão da política, assim se colocando pra roubar, matar e destruir o povo mais carente, que nada pode fazer a não ser pedir a Deus que protejam e conceda uma vida digna e de paz. Então já está na hora de reagir com firmeza e determinação e mostrar a essa política nojenta e opressora que merecemos ser tratados com respeito, dignidade e igualdade, porque se isso não vier a acontecer não mais deixaremos de causar o caos nesta cidade, pois é um absurdo tudo isso continuar acontecendo e sempre ficar impune. Também o judiciário



vem fazendo o que bem entende de seu poder, principalmente a vara de execuções penais porque com total abuso de poder está violando todas as leis constituídas e legais, e até mesmo os advogados são alvo da hipocrisia e do abuso e nada podem fazer, então se alguém tem que dar um basta nesta violência este alguém terá que sermos nós, porque o povo não tem como lutar pelos seus direitos, mas sabe claramente quem está lhe roubando e massacrando e isso é o que importa, pois já foi o tempo que bandido eram das favelas e estavam atrás das grades de uma prisão, pois, hoje em dia, quem se encontra morando numa favela ou está atrás das grades de uma prisão são nada mais nada menos que pessoas humildes e pobres, e nosso presidente Luis Inácio Lula da Silva e o país só conta com o senhor para sair dessa lama, pois será que existe violência maior que roubarem os cofres públicos e matar povo a mingau, sem o salário mínimo decente, sem hospitais, sem trabalho e sem comida, será que essa violência dará certo para acabar com a violência, pois violência gera violência, será que entre os presos deste país existe um que tenha cometido um crime mais hediondo do que matar uma nação de fome e de miséria? Então BASTA, só queremos os nossos direitos e não vamos abrir mão, pois o comércio tem que permanecer com as portas fechadas até a meia-noite de terça-feira (25/02/2003), e aquele que ousar abrir as portas será punido de uma forma ou de outra, não adianta, não estamos de brincadeira, quem está brincando é a política com esse total abuso de poder e com essa roubalheira que o judiciário passe a escravizar as prisões e agir dentro da lei antes que seja tarde. Se as leis foram feitas para serem cumpridas, porque esse abuso? C.V.R.L. ³⁴

A partir da carta acima transcrita, reflita:

- Os comandos enunciados pelo suposto líder do Comando Vermelho são legais? Quais dispositivos da Constituição eles contrariam? Apon-te diferenças e semelhanças entre prescrições legais constitucionais e a ordem de fechamento do comércio.
- Quais os dispositivos constitucionais que a ordem de fechamento fere? Se uma organização armada começa a enunciar ordens, garantidas por ameaças, contra a vida e a propriedade dos cidadãos brasileiros, o que acontece com a Constituição?
- Podemos falar de uma “constituição” própria em cada das comunidades onde o tráfico está presente no dia-a-dia das pessoas? Por quê, ou por que não?

³⁴ Carta escrita supostamente por Rogério Lengruher, fundador do Comando Vermelho, publicada na Folha de São Paulo de 08 de março de 2003.



- Na carta, “Rogério” faz referência a leis que não são cumpridas, especialmente as de execução penal. A situação atual dos milhares de presos em território brasileiro é legal? É legítima?
- Você consegue pensar em outros exemplos de “ilegalidade tolerada” no Brasil? Procure-os na Constituição.
- Por que certos tipos de comportamento são tolerados, e outros não? Por que certas proibições são obedecidas, e outras não?

Como preparação para a aula de hoje, você se deve não apenas refletir sobre as perguntas, o caso-gerador e os textos, mas também pesquisar (a) bibliografia (não apenas jurídica) e (b) notícias de jornais que abordem o tema da legalidade/legitimidade/eficácia de outros ângulos. O professor pedirá a você que imagine situações de ilegalidade e ilegitimidade bastante diferentes daquelas descritas na carta de Rogério Lengruber, então procure aumentar o seu “repertório” de exemplos jurídicos. Olhe à sua volta e reflita: onde estão os efeitos das normas constitucionais? Onde está a própria constituição no seu cotidiano (ou no seu imaginário) e no cotidiano de outras pessoas?

d2) Textos

i) Obrigatórios

BARROSO, Luís Roberto. “O Conceito de Efetividade”, extraído de *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (pgs.84-89)

LEVI, Lucio. “Legitimidade”. In *Dicionário de Política*. BOBBIO, Norberto *et al* (org). Brasília: Editora da UNB, 2002. (ler apenas os tópicos I, III, IV e V)

FALCÃO, Joaquim. “O Brasil Ilegal”. Publicado na *Folha de São Paulo* em 12/02/04.

GINSBURG, Tom et al, *The Endurance of National Constitutions*, Capítulo 1 (**trechos a serem enviados pelo professor**)

ii) Acessórios

MATURANA, Humberto. “Constituição Política e Convivência”, extraído de *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1999. Pgs. 74-79.



INTRODUÇÃO AO BLOCO III — HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Nas próximas aulas, o objeto de nossas discussões será a experiência constitucional brasileira. Como base nos instrumentos analíticos discutidos no bloco anterior (os diversos conceitos de Constituição, bem como os parâmetros intra e extranormativos com base nos quais avaliá-las), abordaremos as Constituições uma a uma, viajando no tempo e no espaço para encontrar suas influências ideológicas na experiência constitucional de outros países, especialmente a França e os Estados Unidos.

Neste percurso, contudo, as Constituições são as unidades de análise, mas não serão o único elemento a ser levado em conta. Assim, procure ter em mente as seguintes “chaves explicativas” para estudar a história constitucional brasileira:

- 1) As Constituições são influenciadas (e, numa certa medida, também influenciam) uma série de idéias, realidades e bandeiras políticas e sociais, nacionais e internacionais. Ou seja, não são um sistema fechado, mas um sistema aberto aos demais subsistemas do sistema social;
- 2) Uma Constituição não pode ser entendida em um “vácuo jurídico”, sem referência às Constituições que a antecederam. O que dá sentido aos dispositivos de uma carta constitucional — e, portanto, o que nos permite falar em “inovação”, “avanço” ou “retrocesso” — é o pano de fundo da história constitucional do país. A análise comparativa das Constituições brasileiras servirá para ressaltar a tessitura de idéias, projetos disputas e interesses que as une. A Constituição é um *constructo* complexo, que se desenvolve e eventualmente se aperfeiçoa no correr da História.
- 3) A história constitucional brasileira deve ser passada como uma evolução em direção à democracia e à inclusão social e política. Evolução por vezes incerta, com avanços e recuos, mas que, em longo prazo, apresenta uma visível tendência à democratização e à inclusão. A progressiva ampliação dos direitos constitucionalmente reconhecidos (Direitos Cívicos e Políticos, Direitos Sociais e Direitos Difusos) e sua especificação (Direitos de minorias ou grupos vulneráveis) é um importante indicador dessa tendência. Outro indicador é a evolução do sistema eleitoral de inclusão progressiva, ou mesmo a própria idéia de democracia concomitante.
- 4) Além dos atores tradicionais (Executivo, Judiciário e Legislativo), um outro ganha cada vez maior relevo no espaço constitucional brasileiro, principalmente devido à ampliação e especificação dos direitos constitucionais: a sociedade civil organizada. Com o reper-



- tório de direitos e princípios previstos na Constituição de 1988, e que podem servir de fundamento as diversas reivindicações sociais, maior o espaço que têm para atuar independentemente da atuação direta dentro do Legislativo. A responsabilidade e a influência de ONG's, da imprensa e de outras associações civis no desenho do futuro do país é enorme.
- 5) O futuro jurídico-institucional do Brasil está em aberto. Não há nenhum constrangimento definitivo quanto à forma que nossas Constituições devem prever para nossas instituições. Mesmo a tradicional noção de democracia, por exemplo, ganhou, nas mãos do constituinte de 1988, contornos peculiares, combinando elementos de representação, de participação e de democracia direta.
 - 6) A história do constitucionalismo no mundo pode ser entendida como uma série de tentativas de resposta para o problema do equilíbrio entre *poder* (do Estado) e *liberdade* (do cidadão). As Constituições surgem inicialmente para limitar e, assim, garantir direitos. Contudo, um poder estatal excessivamente limitado ou mesmo inexistente acaba por colocar novamente os direitos individuais em risco, pois será incapaz de proteger a vida e a liberdade de seus cidadãos de ameaças internas e externas. O excesso do remédio pode causar a morte do paciente. Como resolver esta tensão? Este será um tema recorrente ao longo não apenas deste bloco, mas de todo o curso de Teoria do Direito Constitucional. Procure entender cada uma das Constituições (brasileiras e estrangeiras) como a positivação de uma posição histórica e geograficamente localizada diante dessa tensão. Em muitas Constituições, essa posição é mais “pró-liberdade”, isto é, investe mais na proteção aos direitos dos cidadãos, limitando assim o poder estatal. Por outro lado, em outros lugares e épocas essa resposta pode ser mais “pró-poder”, diminuindo assim a autonomia dos indivíduos e aumentando o poder do Estado.

No final deste bloco, você encontrará um anexo contendo os preâmbulos de todas as Constituições brasileiras. Procure analisá-los antes de cada aula, relacionando-os entre si e com o contexto da época.



AULA 10: BRASIL COLÔNIA E IRAQUE. DO PODER DIVINO DOS REIS AO ESTADO DE DIREITO

NOTA AO ALUNO:

a) Introdução

O direito cumpre, entre outras funções, a de organizar uma dada sociedade. Aliás, você já parou para pensar no que significa “Constituição”? O documento que leva esse nome é, por assim dizer, o que “constitui” e dá estrutura jurídica a determinada comunidade.

Em linhas gerais, a história do “constitucionalismo” não tem sido outra senão a limitação e organização do exercício do poder estatal a partir de uma técnica específica — a de consagração de direitos e regras de competência através de uma “Constituição” (aqui tomada em sentido amplo). Além de organizar o poder, ela também o limita, através do estabelecimento de direitos dos cidadãos e de procedimentos que os governantes devem seguir na gestão das coisas públicas. É claro que nem sempre essa “Constituição” é fruto da organização popular, ou nem mesmo da maioria em uma sociedade. O chamado “Estado de Direito” — governo de leis, e não de homens, vinculando tanto os cidadãos quanto os agentes do Estado — pode se basear em normas com fontes muito diferentes, às vezes mais democráticas, às vezes mais autoritárias; às vezes escolhidas pelo povo ou parte do povo, às vezes simplesmente impostas.

b) O Caso

Para explorar melhor essas idéias, vamos pensar e comparar dois exemplos concretos. O primeiro é o Regimento de Thomé de Souza (1542), entregue pelo rei D. João III ao primeiro governador geral do Brasil para orientar sua gestão. Uma versão editada do Regimento será distribuída pelo professor da disciplina.

O segundo exemplo é a Lei para Administração do Estado do Iraque para o Período de Transição (de 08 de março de 2004), em vigor desde junho de 2004. A Lei foi promulgada para organizar a reconstrução do país após a intervenção estrangeira (liderada pelos EUA, sob a alegação de o Iraque possuía e pretendia usar armas de destruição em massa), que culminou na deposição de Saddam Hussein. Vencida a guerra, o governo provisório, formado por Estados integrantes da Coalização que apoiou a iniciativa dos EUA, transferiu oficialmente seu poder sobre a região ao Governo Interino do Iraque. Começava assim o chamado “período de transição”, regido Lei de Administração e programado para acabar em agosto de 2005, quando uma Constituição



Iraquiana será elaborada e apresentada ao povo para ser referendada até outubro de 2005.

Agora, leia com atenção os artigos abaixo, extraídos da Lei para Administração do Estado do Iraque:³⁵

**LAW OF ADMINISTRATION FOR THE STATE OF IRAQ
FOR THE TRANSITIONAL PERIOD**

8 March 2004

PREAMBLE

The people of Iraq, striving to reclaim their freedom, which was usurped by the previous tyrannical regime, rejecting violence and coercion in all their forms, and particularly when used as instruments of governance, have determined that they shall hereafter remain a free people governed under the rule of law.

These people, affirming today their respect for international law, especially having been among the founders of the United Nations, working to reclaim their legitimate place among nations, have endeavored at the same time to preserve the unity of their homeland in a spirit of fraternity and solidarity in order to draw the features of the future new Iraq, and to establish the mechanisms aiming, among other aims, to erase the effects of racist and sectarian policies and practices.

This Law is now established to govern the affairs of Iraq during the transitional period until a duly elected government, operating under a permanent and legitimate constitution achieving full democracy, shall come into being.

Article 2.

(A) The term “transitional period” shall refer to the period beginning on 30 June 2004 and lasting until the formation of an elected Iraqi government pursuant to a permanent constitution as set forth in this Law, which in any case shall be no later than 31 December 2005, unless the provisions of Article 61 are applied.

Article 3.

(A) This Law is the Supreme Law of the land and shall be binding in all parts of Iraq without exception. No amendment to this Law may be made except by a three-fourths majority of the members of the National Assembly and the unanimous approval of the Presidency Council. Likewise, no amendment may be made that could abridge in any way the rights of the Iraqi people cited in Chapter Two; extend the transitional period beyond the timeframe cited in this Law; delay the holding of elections to a new assembly; reduce the powers of the

³⁵ O texto completo pode ser encontrado no site do Governo Provisório da Coalização — <http://www.cpa-iraq.org/government/TAL.html>.



regions or governorates; or affect Islam, or any other religions or sects and their rites.

(B) Any legal provision that conflicts with this Law is null and void.

(C) This Law shall cease to have effect upon the formation of an elected government pursuant to a permanent constitution.

Article 4.

The system of government in Iraq shall be republican, federal, democratic, and pluralistic, and powers shall be shared between the federal government and the regional governments, governorates, municipalities, and local administrations. The federal system shall be based upon geographic and historical realities and the separation of powers, and not upon origin, race, ethnicity, nationality, or confession.

Article 12.

All Iraqis are equal in their rights without regard to gender, sect, opinion, belief, nationality, religion, or origin, and they are equal before the law. Discrimination against an Iraqi citizen on the basis of his gender, nationality, religion, or origin is prohibited. Everyone has the right to life, liberty, and the security of his person. No one may be deprived of his life or liberty, except in accordance with legal procedures. All are equal before the courts.

Article 15.

(A) No civil law shall have retroactive effect unless the law so stipulates. There shall be neither a crime, nor punishment, except by law in effect at the time the crime is committed.

(B) Police, investigators, or other governmental authorities may not violate the sanctity of private residences, whether these authorities belong to the federal or regional governments, governorates, municipalities, or local administrations, unless a judge or investigating magistrate has issued a search warrant in accordance with applicable law on the basis of information provided by a sworn individual who knew that bearing false witness would render him liable to punishment. Extreme exigent circumstances, as determined by a court of competent jurisdiction, may justify a warrantless search, but such exigencies shall be narrowly construed. In the event that a warrantless search is carried out in the absence of an extreme exigent circumstance, the evidence so seized, and any other evidence found derivatively from such search, shall be inadmissible in connection with a criminal charge, unless the court determines that the person who carried out the warrantless search believed reasonably and in good faith that the search was in accordance with the law.

(G) Every person deprived of his liberty by arrest or detention shall have the right of recourse to a court to determine the legality of his ar-



rest or detention without delay and to order his release if this occurred in an illegal manner.

(I) Civilians may not be tried before a military tribunal. Special or exceptional courts may not be established.

Article 16.

(B) The right to private property shall be protected, and no one may be prevented from disposing of his property except within the limits of law. No one shall be deprived of his property except by eminent domain, in circumstances and in the manner set forth in law, and on condition that he is paid just and timely compensation.

(C) Each Iraqi citizen shall have the full and unfettered right to own real property in all parts of Iraq without restriction.

Após a leitura, reflita sobre as questões a seguir:

- Por que a Lei de Administração foi promulgada? Por que ela era necessária?
- No caso do Brasil Colonial, o poder exercido pelos reis era um poder de fato. Mas a distância da metrópole poderia gerar alguns problemas na manutenção e no exercício desse poder, se não houvesse alguma maneira de torná-lo mais estável, claro e passível de ser obedecido na ausência de fiscalização direta da coroa. Por que o poder precisa se organizar dessa forma? Como o Regimento de Thomé de Souza cumpre (ou não cumpre) essa função? Você diria o mesmo da Lei de Administração do Iraque?
- Em artigo intitulado “Por um equilíbrio de forças que favoreça a liberdade”³⁶, Condoleeza Rice³⁷ afirmou que a invasão do Iraque será feita também no interesse do próprio povo iraquiano: “Não buscamos impor a democracia aos outros países, buscamos apenas ajudar a criar condições para que as pessoas possam reivindicar um futuro mais livre para si mesmas.” Dessa forma, procura-se justificar a intervenção e, conseqüentemente, a própria Lei de Administração do Iraque. Examine o preâmbulo da Lei e compare-o com o Regimento de Thomé de Souza. Quais são as semelhanças e diferenças entre os dois, no que se refere às justificativas apresentadas? Na sua opinião, qual dos dois tem mais “cara” de Constituição?
- Você acha que os princípios característicos do Estado de Direito, presentes em toda Constituição moderna, segundo Carl Schmitt, podem ser encontrados no Regimento? E na Lei para Administração do Iraque? E na Constituição de 1988? Explícite-os, apontando eventuais problemas para a realização desses princípios em cada um dos três contextos.

³⁶ Acessado a partir do site <http://usinfo.state.gov/journals/itps/1202/ijpp/pj7-4rice.htm>, em 20/04/04.

³⁷ Assessora do Presidente Bush para assuntos de Segurança Nacional.



- Podemos falar em “Império do Direito” no Regimento de Thomé de Souza? E na Lei de Administração do Iraque? E no Brasil de hoje — você acha que no Brasil vivemos sob o império do direito? Explique.
- Nem o povo brasileiro, nem o iraquiano tiveram a palavra final na elaboração das respectivas normas. Pode se falar em Estado de Direito nesses casos? Reflita novamente sobre a questão: você diria que estamos diante de Constituições? Por quê? Por que não?

c) *Material de Apoio*

c1) Textos

I) OBRIGATÓRIOS

SCHMITT, Carl. “Os Princípios do Estado de Direito Liberal”, extraído de *Teoria de La Constitución*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999 (capítulos 1, 2, 4, 6, 7).

REGIMENTO de Thomé de Souza (editado).

II) ACESSÓRIOS

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1964. (trecho sobre “As Reformas do Rei Rex”)

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1992, pp. 93-104.

NEUMANN, Franz. “A mudança da função do direito na sociedade moderna”. In *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. pp. 187 a 191.

**AULA 11: A INSERÇÃO LIBERAL I: D. PEDRO I VERSUS FREI CANECA****NOTA AO ALUNO***a) Introdução*

Com a falha da Constituinte de 1823 em estruturar a ordem política do país de modo a conciliar harmonicamente os interesses do Imperador e os interesses do país³⁸, D. Pedro I dissolveu a Assembléia e outorgou a sua própria solução ao impasse: a Constituição de 1824. Esta solução foi concretizada em grande parte através da criação do Poder Moderador, exercido pelo próprio Imperador, que incluía as seguintes prerrogativas, entre outras:

- Nomear um terço dos senadores;
- Suspender os magistrados “na forma da lei”;
- Perdoar e reduzir as penas impostas aos réus condenados por sentença irrecorrível;
- Aprovar e suspender interinamente as resoluções dos Conselhos Provinciais.³⁹

Como você já teve a oportunidade de observar, a história do Constitucionalismo tem sido a história da limitação do poder e da garantia de direitos através de documentos jurídicos chamados “Constituições”. Contudo, sendo o Poder Moderador tão forte na Constituição de 1824, seria possível falar ainda de Constituição?

Cerca de três décadas antes da nossa primeira constituinte, a França revolucionária assistia à promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de em 26 de agosto de 1789. Em seu artigo 16, está escrito:

Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, é uma sociedade sem constituição.

Todo o capítulo 1 do Título 5º da Constituição de 1824, compreendendo seus artigos 98 ao 101, é dedicado ao Poder Moderador. O Brasil foi de fato o único país no mundo que aplicou esta idéia do pensador francês Benjamim Constant, qual seja, a de criar um quarto poder, ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Como se lê no artigo 98 daquela Constituição:

Art. 98 — O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente

³⁸ FAORO, Raymundo, citado em BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. P. 90.

³⁹ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, ob. cit.



vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Conforme a história brasileira nos conta, D. Pedro I era o próprio Poder Moderador, isto é, este Poder era não apenas representado pela sua pessoa, mas era a sua própria pessoa. E veja o que diz o dispositivo constitucional seguinte, o artigo 99:

Art. 99 — A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito à responsabilidade alguma.

“Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. Como podemos falar de limitação dos poder e garantia de direitos nesse cenário?

b) O Caso I

Leia abaixo os seguintes trechos do discurso que D. Pedro I proferiu na Constituinte de 1823:

“Depois de ter arranjado esta província, e dado imensas providências para as outras, entendi que devia convocar, e convoquei, por Decreto de 16 de fevereiro do ano próximo passado, um Conselho de Estado composto de Procuradores Gerais, eleitos pelos povos, desejando que eles tivessem quem os representasse junto a mim, e ao mesmo tempo quem me aconselhasse e me requeresse o que fosse a bem de cada uma das respectivas províncias. Não foi somente este o fim, e o motivo, por que fiz semelhante convocação, o principal foi para que os brasileiros melhor conhecessem a minha constitucionalidade, o quanto eu me lisonjearia governando a contento dos povos, e quanto desejava em meu paternal coração (escondidamente, porque o tempo não permitia que tais idéias se patenteassem de outro modo) que esta leal, grata, brios e heróica Nação fosse representada numa Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa, o que, graças a Deus, se efetuou em consequência do Decreto de 3 de junho do ano pretérito, a requerimento dos povos, por meio de suas Câmaras, seus Procuradores Gerais e meus Conselheiros de Estado. (..)

A todo o custo, até arriscando a vida, se preciso for, desempenharei o título com que os povos deste vasto e rico continente; em 3 de maio do ano pretérito, me honraram de *Defensor Perpétuo do Brasil*. Esse título penhorou muito mais meu coração do que quanta glória alcancei com a espontânea e unânime Aclamação de Imperador deste invejado Império. (...)



Como Imperador Constitucional, e mui especialmente como Defensor Perpétuo deste Império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a Pátria, a Nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. Ratifico hoje mui solenemente perante vós esta promessa, e espero que me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma Constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão, e não pelo capricho, que tenha em vista somente a felicidade geral, que nunca pode ser grande sem que esta Constituição tenha bases sólidas, bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessária ao Poder Executivo. (...)

Uma Constituição, em que os três poderes sejam bem divididos de forma que não possam arrogar direitos que lhe não compitam, mas que sejam de tal modo organizados e harmonizados, que se lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. (...)

Todas as Constituições que, à maneira das de 1791 e 92, têm estabelecido suas bases, e se têm querido organizar, a experiência nos tem mostrado, que são totalmente teóricas, e metafísicas, e por isso inexecutáveis, assim, o prova a França e Espanha; e ultimamente Portugal. (...)

(...) Espero que a Constituição que façais, mereça a minha imperial aceitação.(...).⁴⁰

Após a leitura, e com a ajuda do material de leitura selecionada para esta aula, reflita:

- Identifique o contexto histórico do discurso de Dom Pedro I e o relacione com os eventos posteriores ocorridos ao longo do processo constituinte até a promulgação da Constituição em 1824;
- Como se estabelece o princípio da separação de poderes na Constituição de 1824? Exemplifique com artigos da Constituição e com casos da prática política e constitucional do Império.
- Em que medida o discurso de Dom Pedro é compatível com o texto constitucional de 1824? Exemplifique.
- Por que Frei Caneca se recusou a jurar e adotar a Constituição de 1824?
- O que significa entender a Constituição como a ata do pacto social? Quais eram os interesses e agentes envolvidos nesta ata?

⁴⁰ Extraído de BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, pp. 35 e ss.



- Você concorda com Frei Caneca quando ele afirma que a Constituição de 1824 não garante a independência do Brasil? Você acha que a história veio a comprovar esta afirmação ou não?

c) Caso II

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade propostos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, tinham seus limites. A própria França revolucionária mantinha colônias em várias partes do mundo, onde negros trabalhavam como escravos e, portanto, sem acesso ao mais básico direito à liberdade. Mas a Declaração rapidamente se difundiu. Em uma destas colônias, então chamada Saint Domingue, este documento teve um impacto simbólico tão forte que os escravos fizeram uma Revolução, baseada nos próprios ideais franceses, e fundaram a nação livre e independente do Haiti, em 1804.

No Brasil, após a independência, ainda que a monarquia tenha sido mantida, a Declaração francesa influenciou a redação da Constituição de 1824. O Brasil politicamente independente dependia economicamente da agroexportação baseada no trabalho escravo. Assim como no caso dos Estados Unidos, nossa primeira Constituição formal sofria com a contradição entre a garantia de direitos individuais e a manutenção de milhões de pessoas como não-cidadãos, reduzidos à condição jurídica de propriedade privada de uma minoria.

Os escravos brasileiros possuíam um status ambíguo. Ao mesmo tempo em que eram considerados propriedade privada, tinham o direito de serem representados em juízo. Em diversas oportunidades, escravos foram à justiça em busca de liberdade, pedindo ao judiciário que reconhecesse que o título de propriedade sobre eles era inválido. Advogados como o ex-escravo e abolicionista Luis Gama representaram estes homens e mulheres nos tribunais.

A ambiguidade do status de escravo também se refletia nas obras de juristas como Perdígão Malheiro, que escreveu um tratado discutindo o direito da escravidão no Brasil:

§1º

O nosso Pacto Fundamental, nem lei alguma contempla o escravo no número dos cidadãos, ainda quando nascido no Império, para qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública. Apenas os libertos, quando cidadãos brasileiros, gozam de certos direitos políticos e podem exercer alguns cargos públicos, como diremos.

Desde que o homem é reduzido à condição de coisa, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, privado de todos os direitos, e não tem representação alguma, como já havia decidido o Direito Romano. Não pode, portanto, pretender



direitos políticos, direitos da cidade, na frase do Povo Rei; nem exercer cargos públicos: o que se acha expressamente consignado em várias leis pátrias antigas, e é ainda de nosso Direito atual, como princípios incontestáveis, embora elas reconheçam ser este um dos grandes males resultantes da escravidão.

§43

Nossas leis hão constantemente recomendado, desde tempos antigos, todo o favor à liberdade. A Lei autorizava mesmo a desapropriação de um escravo Mouro para trocar por um Cristão cativo em poder dos Infieis; e em tese reconhece que — muitas cousas são constituídas em favor da liberdade contra as regras gerais do Direito. Reconhece igualmente, em princípio, que a escravidão é contrária à lei natural: — Que são mais fortes e de maior consideração as razões que há a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativo: — Que a liberdade é de Direito Natural: — Que a prova incumbe aos que requerem contra a liberdade, porque a seu favor está a presunção pleníssima de Direito: — Que nas questões de liberdade não há alçada, quer dizer, não há valor que iniba de interpor todos os recursos a seu favor.

(MALHEIRO, Perdigão. *A Escravidão no Brasil: Ensaio Histórico-Jurídico-Social*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1866).

Agora, imagine-se no lugar do advogado abolicionista Luis Gama e elabore argumentos em favor da liberdade de um escravo com base na Constituição de 1824 e na doutrina de Perdigão Malheiro. Antes de começar, pense se a Constituição seria útil para defender seu cliente. Quais argumentos poderiam ser levantados contra o seu cliente? Como você os rebateria? Quais argumentos você formularia a favor do seu cliente?

Constituição Política do Império do Brasil, 1824:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

(...)

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

(...)



XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

(...)

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

c1) Textos

I) OBRIGATÓRIOS

NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituição de 1824*. Pp. 1-4 (“A Eficácia Histórica da Constituição de 24”), 12-14 (“O Estado Unitário na Carta de 24”) e 45 (“Idéias-Chave”).

SIÈYES, Joseph. “O que é o Terceiro Estado?” (**trechos selecionados pelo professor**)

II) ACESSÓRIOS

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado federal, 1978. (“Título V: Do Poder Moderador” — pp. 203 a 224 —; e “Título VIII: Dos Direitos dos Brasileiros” — pp. 381 a 434).



JOAQUIM FALCÃO

Doutor em Educação pela Université de Génève. Master of Laws (LL.M) pela Harvard University. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Foi conselheiro do Conselho Nacional de Justiça de junho de 2005 a junho de 2009. Diretor da FGV DIREITO RIO.

ALVARO PALMA DE JORGE

LLM em Direito pela Harvard Law School. Bacharel em Direito pela UFRJ. Sócio do escritório Palma Guedes Advogados.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO