

## GABARITO DA 1ª PROVA SEMESTRAL

Disciplina: Direito Constitucional I (DES 0223).

Professor: Elival da Silva Ramos.

Monitor: Antonio Carlos de Freitas Júnior.

Classes: 2º Ano Diurno – Turmas 13 e 14.

Data: 22/04/19.

- 1) O direito à saúde é previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, estando expresso nesse último dispositivo que ele deve ser implementado mediante “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Logo, trata-se de norma de eficácia limitada e de natureza programática. É de eficácia limitada porque não possui condições técnico-jurídicas para a produção imediata dos efeitos nela previstos, que dependem de providências situadas em nível infraconstitucional. Entretanto, não se trata de providências apenas normativas (legislação/regulamentação) e sim de caráter mais amplo, envolvendo o planejamento, a formulação e a implementação de políticas públicas, a estruturação de aparatos administrativos, a alocação de recursos financeiros, a contratação de pessoas e de serviços, a aquisição de bens, etc., para que, finalmente, possam ser materializadas as prestações estatais que concretizam o direito à saúde. Em face disso, não se compatibiliza com a Constituição considerar o direito à saúde um direito público subjetivo pleno, isto é, exercitável em juízo de imediato, e sim um direito subjetivo *in fieri* (potencial), que exige as mencionadas providências dos Poderes Legislativo e Executivo para se converter em diversos direitos sociais prestacionais, de natureza secundária, pois fundados diretamente na legislação e normas administrativas e apenas indiretamente na Constituição. Portanto, se as políticas públicas de saúde implementadas para dar cumprimento aos arts. 6º e 196 da CF estabelecem o fornecimento de um determinado medicamento, não cabe ao Poder Judiciário substituí-lo por outro, reputado mais eficaz pelo médico que assiste à parte-autora, sob pena de infringência aos princípios da separação dos Poderes, da legalidade (constitucionalidade), da isonomia e da segurança jurídica. Nem se argumente com o postulado hermenêutico da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, consagrado no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, pois consiste apenas em orientação exegética segundo a qual, sempre que possível, o aplicador da Constituição deve construir as normas definidoras de direitos fundamentais como sendo de eficácia plena, o que, entretanto, não impede a existência de normas de eficácia limitada na Constituição, tanto preceptivas, passíveis de colmatação por meio de mandado de injunção, e programáticas, que não dependem apenas de suplementação normativa, o que inviabiliza a superação de sua limitação eficaz por meios judiciais.
- 2) A primeira afirmação (A) é equivocada, pois muito embora as liberdades públicas ou direitos individuais cumpram importante função de defesa, constituindo barreiras que interditam a ação estatal

prejudicial à sua fruição, envolvem, também, prestações estatais para possam ser exercidas pelos seus titulares. Tome-se como exemplo as liberdades de reunião e de manifestação do pensamento, que dependem de um aparato estatal de segurança protetivo de sua fruição, pois, utilizadas para fins políticos, podem inspirar ações de grupos antagônicos no sentido de impedir a sua realização.

A segunda afirmação (B) está correta. O ato de interpretar, como já esclareceu Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* envolve volição e conhecimento. Trata-se de um ato de vontade na medida em que o intérprete-aplicador faz escolhas no espaço de interpretação admitido pelo texto normativo. Há, portanto, um procedimento de construção da norma jurídica sob controle metodológico, ou seja, o intérprete-aplicador escolhe dentre as possibilidades metodologicamente fundadas.

A terceira assertiva também está correta. Com efeito, no que concerne à contribuição para a decisão de casos, as regras têm um peso maior do que os princípios. As regras são mais específicas e objetivas justamente por conterem mandamentos diretamente voltados à regulação de condutas, ao passo que os princípios, de cunho mais genérico e subjetivo, constituem mandamentos finalísticos, que, imediatamente, estão voltados à construção de um futuro estado de coisas. A dimensão preponderante dos princípios é a nomogenética, atuando fortemente na construção sistêmica do ordenamento, inspirando o legislador e fornecendo critérios de interpretação e integração ao aplicador, ao passo que as regras têm dimensão preponderantemente regulatória. Ou seja, a decidibilidade das regras é mais acentuada do que a dos princípios, que, a despeito disso, podem ser utilizados na interpretação de regras, compondo a solução do caso concreto.

Finalmente, a quarta asserção (D) está correta. O conceito de Constituição escrita não equivale, com precisão, ao de Constituição orgânica. Constituição orgânica ou documental é a Constituição escrita organizada em um único documento, tendo o sentido de uma codificação. Já Constituição escrita é aquela vazada em texto escrito, e não em costumes, podendo ser orgânica ou inorgânica, como ocorre quando a Constituição escrita é consubstanciada em leis avulsas, sem adequada sistematização (leis constitucionais francesas da 3ª República). A Constituição em sentido formal está ligada a dois atributos de formalização, a organicidade e a rigidez, bastando a presença de um deles para que exista. O fato de uma Constituição ser escrita, portanto, não significa que seja formal, podendo ser apenas material.

- 3) A depender da concepção de Teoria Geral do Direito adotada, o Poder Constituinte originário, isto é, aquele que dá início à ordem jurídica por meio da Constituição, será um poder de fato ou de direito. Para os jusnaturalistas trata-se de um poder de direito, porquanto o enxergam limitado pelo direito natural, que não poderia ser contrariado pelas normas constitucionais, mesmo as decorrentes da atuação do Poder Constituinte originário. Ao contrário, para os positivistas trata-se de um poder de fato, que não é subordinado a nenhum outro e tampouco limitado por outras normas jurídicas. As normas de direito natural são vistas pelo positivismo jurídico como preceitos de ordem moral e que, mesmo por meio de

normas costumeiras ou de direito internacional não são aptas a criar limitações ao Poder Constituinte originário.

A supremacia da Constituição, de outra parte, decorre da superioridade do Poder que a elabora, que não está subordinado a qualquer outro no plano interno ou externo, a despeito da sujeição às normas do direito internacional público, de natureza costumeira (reiteração de condutas estatais no relacionamento externo) ou livremente pactuadas em tratados e convenções (*pacta sunt servanda*). A organicidade da Constituição não se relaciona com a supremacia das normas constitucionais e sim com a sua rigidez, que, na verdade, é uma consequência da supremacia e não o inverso. Ou seja, na medida em que promulgadas por um Poder supremo as normas constitucionais não admitem alteração por meio de legislação ordinária, exigindo um procedimento especial, em geral mais dificultoso, para sua modificação.

- 4) Cláusulas pétreas são, em sentido técnico, limitações materiais ao Poder Constituinte derivado de revisão, importando na existência de um núcleo irreformável na Constituição, o qual expressa a decisão política fundamental (Carl Schmitt). No caso brasileiro, essa decisão é a de conformar ao sistema político democrático, declarando-o, desde logo, um Estado Democrático de Direito. Essa decisão, desdobra-se nas 4 (quatro) cláusulas pétreas arroladas no § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal, quais sejam, a forma federativa do Estado (limitação territorial do poder), o voto direto, secreto, universal e periódico (participação política), a separação dos Poderes (limitação funcional do poder) e os direitos e garantias fundamentais (considerados enquanto um sistema de proteção de esferas autônomas de liberdade, de liberdades-oposição e de condições mínimas para o livre florescer da personalidade).

A Constituição de 1988, em sua parte permanente, não conhece limitações temporais ao Poder Constituinte derivado de revisão, que importam no estabelecimento de uma periodicidade para as alterações da Constituição, como ocorre em Portugal, após a Constituição de 1976, interditando as revisões enquanto não decorrido o prazo mínimo estipulado (limitações temporais negativas).

Todavia, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição continha uma limitação temporal positiva em seu artigo 3º, ao determinar a realização de uma ampla revisão constitucional após 5 (cinco) anos de sua promulgação, deliberando o Congresso Nacional revisor pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Essa revisão esgotou os seus efeitos, tendo gerado 6 (seis) emendas denominadas de revisão.