

ROTEIRO PARA CORREÇÃO DA 1ª PROVA SEMESTRAL

Disciplina: Direito Constitucional I (DES 0223).

Professor: Elival da Silva Ramos.

Monitor: Antônio Carlos de Freitas Júnior.

Classes: 2º Ano Diurno – Turmas 11 e 12.

Data: 22/04/20.

- 1) Os fundamentos da sentença são todos improcedentes. (A) De fato, o Município tem competência constitucional para adotar medidas de proteção ao direito à saúde (art. 23, II, da CF), em comum com a União e os Estados, sendo certo que essa competência foi respeitada pela Lei Federal nº 13.979/20, que dispôs sobre medidas para o enfrentamento atual situação de emergência de saúde pública. Porém, não existe precedência de princípios constitucionais em relação a regras da própria Constituição, devendo se proceder à harmonização de normas-princípio e normas-regra sempre que necessário, por meio de interpretação adequada dos dispositivos de base. (B) A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental de toda a ordem constitucional (art. 1º, III, da CF), justamente porque alicerça todo o sistema de direitos fundamentais, cuja fruição constitui a finalidade maior do Estado (bem-comum). Todavia, por se tratar de um “sobrepincípio”, que serve de fundamento a outros, ostenta notável abrangência, o que implica em perda de precisão e em menor serventia no plano da decidibilidade. Não há, pois, que se falar na prevalência da dignidade da pessoa humana em relação a outros princípios constitucionais que dela derivam. (C) Não cabe ao Poder Judiciário buscar a solução mais justa para o caso concreto que lhe seja submetido, sem que essa solução esteja fundada em premissas normativas extraídas do direito positivo. Não se admite que um juiz afaste a incidência de regra legal de natureza técnica, ao julgar demanda sob sua apreciação, salvo se apontar, motivadamente, a inconstitucionalidade dessa norma legal, valendo-se de princípios ou regras de porte constitucional.
- 2) A primeira afirmação (A) é acertada, pois nem toda Constituição flexível é dotada de organicidade ou documentalidade. Aliás, a expressiva maioria das Constituições flexíveis é inorgânica ou desarticulada, sendo excepcional a existência de Constituição orgânica flexível, como é o caso do Estatuto Albertino, a Constituição italiana que vigorou da unificação até a entrada em vigor da Carta de 1947. Por outro lado, as Constituições históricas ou costumeiras, cujas normas vão sendo construídas ao longo do tempo e sem um planejamento prévio, são sempre, por isso mesmo, inorgânicas ou desarticuladas. A segunda afirmação (B) está incorreta. A interpretação conforme é um dos postulados específicos da Hermenêutica aplicada à Constituição, sendo que, segundo tal postulado, deve-se sempre buscar a compatibilização entre a lei e a Constituição, interpretando-se uma e outra de modo a afastar exegeses que conduzam ao conflito, em homenagem ao objetivo de preservação dos atos normativos editados pelo Poder Público, que gozam de presunção de validade. Apenas em situações em que a interpretação do ato legislativo, embora inconstitucional, resta consolidada no aparato judiciário, deve a Corte de

controle abandonar o postulado da interpretação conforme e proclamar a inconstitucionalidade da lei, mesmo sendo possível, em tese, uma exegese conciliadora.

A terceira assertiva também está incorreta. A supremacia da Constituição, em termos pragmáticos, é a *supremacia formal* ou hierárquica. O conceito material de Constituição se relaciona com a fundamentalidade substancial de suas normas e nada predica no tocante a essa supremacia hierárquica. Já o conceito formal comporta duas vertentes: a Constituição formal é aquela que conta com um dos dois fatores de formalização, que são a organicidade/documentalidade e a rigidez. A supremacia hierárquico-formal está associada, precisamente, à característica da rigidez.

Finalmente, a quarta asserção (D) está correta. Os direitos fundamentais de solidariedade são aqueles da chamada terceira geração, que se consolidou a partir do advento dos tratados internacionais de direitos humanos, muito frequentes a partir do pós-guerra. Trata-se de direitos concernentes à qualidade de vida, como o direito ao meio-ambiente sadio e equilibrado, cujos titulares não podem ser individualizados com precisão, compondo a categoria dos chamados direitos difusos.

- 3) A teoria do Poder Constituinte não se desenvolveu em Estados dotados de Constituições flexíveis porque neles as normas constitucionais podem ser alteradas pelo Poder Legislativo ordinário, sem nenhum obstáculo. Com efeito, Constituição flexível é precisamente aquela cujas normas podem ser alteradas sem a exigência de um procedimento especial, mais gravoso do que o procedimento legislativo ordinário, fazendo com que se esmaça a distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos (o Poder Legislativo incluso). Por isso mesmo, nos Estados em que não existe uma Constituição rígida, fala-se em “soberania do Parlamento”, a indicar que o Poder Legislativo não se subordina, na prática, a nenhum outro Poder, com o que passa a não fazer sentido a doutrina do Poder Constituinte.

A institucionalização de um Poder Constituinte de revisão, de outra parte, não é incompatível com os traços característicos do Poder Constituinte originário (inicialidade, insubordinação e ilimitação), porquanto nada mais significa do que a percepção dos Legisladores Constituintes de que a ordem constitucional não pode viver aos sobressaltos, com rupturas sucessivas provocadas por manifestações diretas do Poder Constituinte originário. É claro que a existência de um Poder Constituído, incumbido da atualização da Constituição de conformidade com as suas próprias normas (Poder Constituinte de reforma ou revisão), não significa o desaparecimento por completo do Poder Constituinte originário, que, enfeixando a soberania estatal, poderá, em situações excepcionalíssimas, voltar a se manifestar, na medida em que a Constituição não ofereça solução aceitável para determinada crise institucional.

- 4) Nas declarações de direitos oitocentistas os direitos fundamentais decorrem da natureza humana, não sendo criados ou outorgados e sim simplesmente reconhecidos ou declarados pelo Estado. Assim sendo, cuida-se: de direitos *naturais*, isto é, conformes à natureza humana e a ela indissolivelmente vinculados; *universais*, pois não são direitos de uma região ou comuna ou mesmo de um País e nem de

um estamento ou classe social e sim de todos os homens (daí a denominação “Declaração *Universal* dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789); *inalienáveis*, que não podem ser alienados a qualquer título, justamente por serem intrínsecos à natureza humana; *irrenunciáveis*, não se admitindo que mesmo o titular possa deles abdicar; *imprescritíveis*, já que o não exercício dos direitos não importa em perda, muito embora se admita a prescrição em relação a manifestações concretas desses direitos ou seja, de direitos deles derivados; *individuais*, ou seja, são direitos de titularidade individual e não coletiva ou difusa, que beneficiam o indivíduo diante do Estado por serem ambos os entes dotados de personalidade (pessoa física privada e pessoa jurídica estatal); *direitos concernentes à liberdade*, seja a liberdade entendida enquanto esfera de autonomia individual diante do Estado, seja a liberdade vista como forma de participação política (direitos do cidadão ou direitos políticos), de modo a garantir a liberdade-autonomia. *(Foram arroladas 7 características, mas foram pedidas apenas 4 delas, a critério do aluno)*

As declarações de direitos liberais se referem a direitos de conteúdo essencialmente *negativo* (1), isto é, que são usufruídos a partir do exercício da liberdade individual, para o que se exige do Estado uma postura passiva ou de abstenção (não interferência no gozo do direito), ao passo que as declarações de direitos social democráticas importam em um Estado-providência, porquanto incorporam direitos a prestações estatais, que pretendem assegurar ao indivíduo e suas projeções sociais (associações) um mínimo de condições materiais. Ou seja, as novas declarações de direitos passam a contemplar direitos de conteúdo *positivo*. *As liberdades públicas*, nas variantes das liberdades-limite e das liberdades-oposição *assumem feições sociais* (2) nas declarações social-democráticas do século XX, o que, na Constituição alemã de Weimar pode ser exemplificado com o direito de propriedade, que continua assegurado, porém com as limitações e condicionamentos decorrentes de sua função social. Os direitos públicos subjetivos das primeiras declarações (liberais) são veiculados por normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ao passo que os novos direitos públicos subjetivos (direitos sociais) das Constituições social-democráticas são veiculados por normas de *eficácia limitada*, de natureza preceptiva ou, com muita frequência, *programática* (3). Bem por isso, a associação entre *direitos fundamentais e políticas públicas*, praticamente inexistente à luz das declarações liberais, torna-se realidade a partir da implantação do modelo weimariano de declaração de direitos (4). Os direitos fundamentais passam a ser dimensionados a partir do *direito positivo*, representado pela Constituição que os consagra, enfraquecendo-se, sobretudo, a sua conceituação enquanto exigências da natureza humana (4). *(Foram abordados 5 aspectos, de modo comparativo, sendo solicitados apenas 3)*