

ROTEIRO PARA CORREÇÃO DA 2ª PROVA SEMESTRAL

Disciplina: Direito Constitucional I (DES 0223).
Professor: Elival da Silva Ramos.
Monitor: Antônio Carlos de Freitas Júnior.
Classes: 2º Ano Diurno – Turmas 13 e 14.
Data: 10/06/19.

- 1) Em primeiro lugar (A), não é cabível mandado de segurança no caso em tela pela simples razão de que o responsável pela suposta ilegalidade ou abuso de poder não é autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, da CF). Na espécie, trata-se de pessoa jurídica de direito privado, na forma de associação, que lida com interesses inteiramente privados, pertinentes à relação funcional de seus associados, não exercendo, pois, atribuições de Poder Público. Nessas condições, não se pode considerar o Presidente da entidade associativa uma “autoridade pública”, porquanto apenas dirige associação privada, na defesa dos interesses particulares de seus membros. De outra parte (B), não se mostra viável a concessão de *habeas corpus* de ofício pelo Juízo ao qual foi distribuído o mandado de segurança. Não se cuida de violência ou coação que afete a liberdade de locomoção do impetrante e sim de possível lesão ao direito de se desligar da respectiva associação de classe. Caso coubesse a utilização de algum remédio constitucional, por certo seria o mandado de segurança e jamais o *habeas corpus*. Entretanto (C), procede a alegação de ofensa à liberdade de associação. A liberdade de associação para fins lícitos encontra guarida no artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, compreendendo o direito de criar associações e de a elas se filiar. Na mesma senda de projeção da liberdade individual, a liberdade de associação interdita a filiação compulsória e abrange o direito de se desligar da entidade, por mero ato de vontade do associado. Nesse sentido, a norma expressa do inciso XX, do artigo 5º, da Lei Maior, sendo que pouco importa, juridicamente, o fato de o interessado haver votado favoravelmente à inserção de regra estatutária inconstitucional, que cerceia o direito de desfiliação a qualquer tempo. Por último (D), não é viável a postulação do impetrante de designação de audiência para a produção de prova testemunhal. De um lado, não há controvérsia fática que justifique a oitiva de testemunhas e, de outro, o rito do mandado de segurança não comporta dilação probatória, tratando-se de ação constitucional voltada à proteção de direito líquido e certo, isto é, que é comprovado de plano, conforme remansosa jurisprudência.
- 2) A primeira afirmação (A) é equivocada, pois não há diferença ontológica entre a suspensão e a perda dos direitos políticos, importando ambos os institutos restrições na titularidade e exercício desses direitos. De outra parte, há que se relativizar a transitoriedade da suspensão e a definitividade da perda, pois há hipóteses de suspensão que, de fato, são permanentes (incapacidade civil absoluta em face de doença mental incurável), ao passo que as situações de perda de direitos políticos, em geral, admitem a sua recuperação, ainda que após o cumprimento de diversas exigências, como no caso objeção de

consciência (art. 15, IV, da CF). Por conseguinte, a suspensão é a privação de direitos políticos com tendência à transitoriedade, ao passo que a perda é tendente à definitividade.

A segunda afirmação (B) também não está correta. É certo que a doutrina dominante conceitua o estado de sítio como a suspensão de garantias constitucionais, isto é, das normas proibitivas ou dos instrumentos organizados que protegem direitos fundamentais. Contudo, o concreto regime jurídico do estado sítio, delineado pela Constituição brasileira em vigor, admite sim a suspensão do exercício de direitos fundamentais, como no caso da suspensão do direito de reunião, prevista no artigo 139, inciso IV.

A terceira assertiva, por seu turno, está absolutamente correta. Com efeito, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) consubstancia uma garantia constitucional em sentido amplo, derivando de outra garantia de perfil institucional, qual seja, a separação dos Poderes (art. 2º da CF). Nesse sentido, não se admite a suspensão do princípio, nem mesmo na vigência de estado de sítio ou de defesa, na medida em que se estaria, na verdade, suspendendo o próprio Estado de Direito, pilar do sistema político democrático, porquanto se trata de um dos seus elementos definidores, ao lado da legalidade e da igualdade perante a lei.

Finalmente, a quarta asserção (D) está incorreta. É certo que falta ao analfabeto uma condição geral de elegibilidade, que se soma ao elenco do § 3º, do artigo 14, da Constituição. Nos termos do § 4º desse dispositivo constitucional, os analfabetos são inelegíveis, não podendo, portanto, se candidatar não importando o cargo em disputa (federal, estadual ou municipal). Contudo, isso não significa que não exerçam direitos políticos, podendo se alistar e votar em todas as eleições. De igual modo, não é vedado aos não alfabetizados se filiar a partido político, podendo, a partir, dessa filiação exercer todos os direitos assegurados aos demais filiados, menos os que pressuponham a elegibilidade. De igual modo, um menor com 16 ou 17 anos de idade pode se filiar a partido, embora não possa se candidatar a cargo algum, na medida em que a capacidade eleitoral passiva se inicia aos 18 anos (art. 14, § 3º, VI, *d*, da CF). Cuida-se, a bem de ver, de uma derivação da própria liberdade de associação.

- 3) O mandado de injunção é um remédio constitucional cuja utilização pressupõe a falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício de direito fundamental (art. 5º, LXXI, da CF). Está, portanto, diretamente associado à configuração do direito fundamental por meio de norma de eficácia limitada e de natureza preceptiva, isto é, dependente para a sua implementação unicamente de provisão normativa. No caso, o direito afetado é a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, que é assegurada pelo inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição, em termos que admitem restrição infraconstitucional subsequente, podendo a legislação ordinária estabelecer qualificações técnicas para o exercício de determinadas profissões. Se não existir essa legislação restritiva, será ampla a liberdade em questão, estando agasalhada em norma constitucional de eficácia plena restringível (norma de eficácia contida na classificação de José Afonso da Silva). Não se admite, pois, na espécie a impetração de mandado de

injunção pela entidade regulatória do exercício da profissão de médico, para forçar o legislador a editar lei estabelecendo condições de qualificação de natureza restritiva (exame de proficiência, por exemplo). Por outro lado, conforme jurisprudência do STF, a legislação não pode exigir prova de capacitação técnica para o exercício de todo e qualquer ofício ou profissão, mas apenas nos casos em que a exigência se justifique. Ou seja, cabe avaliar, caso a caso, se o ofício ou profissão é de natureza técnica, hipótese em que poderá o legislador se valer do permissivo da parte final do inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Se assim não for, a legislação restritiva incidirá em inconstitucionalidade, como o Supremo Tribunal Federal reconheceu no tocante à profissão de corretor de imóveis.

- 4) O teste de proporcionalidade consiste em técnica de controle de legislação restritiva de direitos fundamentais, especialmente no âmbito dos direitos individuais (liberdades públicas). As liberdades públicas, como todo e qualquer direito fundamental, não são absolutas, admitindo restrições de modo a viabilizar o exercício simultâneo de outros direitos fundamentais ou a proteger interesses constitucionais contrapostos. O teste de proporcionalidade, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e estruturado pela doutrina germânica, compreende três etapas sucessivas. Na primeira, verifica-se a adequação da legislação restritiva, que deve ser apta a promover o direito ou interesse que pretende proteger. Na segunda etapa, avalia-se a necessidade da medida restritiva, perquirindo-se se não haveria medida dotada de eficácia equivalente com menor teor de intervenção na liberdade afetada. Finalmente, procede-se ao balanceamento entre o direito fundamental restringido e o direito ou interesse constitucional contraposto, de modo a assegurar a intangibilidade do núcleo essencial de cada uma dessas categorias, o que se denomina de proporcionalidade em sentido estrito.

O teste de proporcionalidade pretende servir de instrumento para o controle de constitucionalidade de legislação restritiva de liberdades públicas, estando, com esse perfil, contemplado pelo inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição brasileira, que consagra o princípio do devido processo legal substantivo. Não pode o julgador, com fundamento nesse dispositivo, ingressar no mérito do ato legislativo controlado. Para tanto, deve se ater às etapas do teste, sem extrapolações. Assim sendo, não pode considerar inadequada uma lei de restrição que, de algum modo, promova o fim colimado, ainda que não seja a melhor forma de fazê-lo. Também a necessidade deve ser analisada com cautela, pois não se pode considerar inconstitucional uma lei restritiva que possa ser substituída por outra de menor eficácia ou cujos efeitos não possam ser aos dela comparados. Finalmente, desde que respeitado o núcleo essencial da liberdade afetada, cabe ao legislador efetuar o sopesamento e não ao juiz, que não pode decretar a inconstitucionalidade de lei que tenha efetuado um balanceamento que não se lhe afigure como o mais satisfatório.