

ENADE

COMENTADO

DIREITO

2012

CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN
ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA
FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON
(Organizadores)



ENADE
COMENTADO

DIREITO
2012



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

CHANCELER

Dom Jaime Spengler

REITOR

Joaquim Clotet

VICE-REITOR

Evilázio Teixeira

CONSELHO EDITORIAL

Jorge Luis Nicolas Audy | **PRESIDENTE**

Jeronimo Carlos Santos Braga | **DIRETOR**

Jorge Campos da Costa | **EDITOR-CHEFE**

Agemir Bavaresco

Ana Maria Mello

Augusto Buchweitz

Augusto Mussi

Bettina Steren dos Santos

Carlos Gerbase

Carlos Graeff Teixeira

Clarice Beatriz da Costa Sohngen

Cláudio Luís C. Frankenberg

Erico João Hammes

Gilberto Keller de Andrade

Lauro Kopper Filho

ENADE

COMENTADO

DIREITO

2012

CLARICE BEATRIZ DA COSTA SÖHNGEN
ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA
FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON
(Organizadores)



© EDIPUCRS, 2014

DESIGN GRÁFICO [CAPA] Rodrigo Braga

DESIGN GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO] Francielle Franco

REVISÃO DE TEXTO Fernanda Lisbôa

Edição revisada segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.



EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33
Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone/fax: (51) 3320 3711
E-mail: edipucrs@pucrs.br – www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56 ENADE comentado : direito 2012 [recurso eletrônico] / orgs.
Clarice Beatriz da Costa Söhngen, Elton Somensi de
Oliveira, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon. – Dados
eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2014.
89 p.

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: <<http://www.pucrs.br/edipucrs>>
ISBN 978-85-397-0522-1

1. Educação Superior – Brasil – Avaliação. 2. Exame
Nacional de Cursos (Educação). 3. Direito – Ensino Superior.
I. Söhngen, Clarice Beatriz da Costa. II. Oliveira, Elton
Somensi de. III. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila.

CDD 378.81

Ficha catalográfica elaborada pelo Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

QUESTÃO 20

O Estado de direito contrapõe-se ao Estado absoluto, porquanto, baseado na lei (que rege governantes e governados), reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos, ou seja, de posições jurídicas ativas com relação à autoridade estatal.

GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 5 (adaptado).

Os direitos fundamentais do indivíduo representam limites objetivos à atuação do ente estatal. Esses direitos estabelecem, portanto, um padrão ético a ser seguido pelo Estado. Nessa perspectiva, conclui-se que, em um Estado de direito,

- A. o indivíduo é detentor de uma série de direitos fundamentais protegidos por garantias normativas que asseguram sua plena efetivação no plano prático.
- B. a restrição da atuação do Estado está baseada no fato de o indivíduo ser titular de direitos indisponíveis e, ao mesmo tempo, detentor de prerrogativas processuais.
- C. o agente estatal deve agir, na sua relação com o indivíduo, com base na ética, tendo em vista que os direitos públicos subjetivos exigem do Estado um compromisso moral com o cidadão.
- D. a efetividade das garantias fundamentais é proporcional à liberdade concedida pelo Estado de direito ao indivíduo para o exercício de direitos fundamentais.
- E. os limites encontrados pela autoridade estatal, em uma relação processual com um indivíduo, são estabelecidos em normas de cunho ético contempladoras de garantias fundamentais.

Gabarito: (A)

Autor: Alexandre Mariotti

COMENTÁRIO 1

A Questão 20 trata da repercussão, em um Estado de direito, da titularidade de direitos fundamentais pelos indivíduos em relação à atividade estatal. Parte de um excerto adaptado de obra de doutrina jurídica e acrescenta comentário com uma referência capciosa a “um padrão ético” que decorreria dos direitos fundamentais. E por que essa referência é capciosa? Porque, **mesmo que os direitos fundamentais possuam conteúdo ético, eles vão além disso, estabelecendo limites jurídicos à atuação do Estado**. Em outras palavras, o Estado e seus agentes não têm apenas deveres morais ou éticos, mas **deveres jurídicos** de observância dos direitos fundamentais.

Por essa perspectiva, a primeira assertiva está essencialmente correta: os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico são **normas** e, sendo normas, devem ser observadas pelos agentes estatais, tendendo a produzir efeitos no plano prático. Entretanto, sua formulação merece ressalvas: primeira, ainda que seja tradicional a distinção entre direitos e garantias, os direitos fundamentais, por serem normas, não dependem de outras “garantias normativas” para que sua observância seja obrigatória; segunda, é sabido que a efetividade (ou eficácia social) dos direitos fundamentais não é uma questão puramente normativa, mas envolve também o mundo dos fatos. Assim, parece injustificada a ilação de que a existência de “garantias normativas” asseguraria, por si só, a “plena efetivação” dos direitos fundamentais “no plano prático”.

A segunda assertiva, por sua vez, está incorreta: a limitação jurídica que o Estado sofre em virtude dos direitos fundamentais independe de o indivíduo ser, concomitantemente, titular de “prerrogativas processuais”. No máximo, poder-se-ia dizer que as garantias processuais que integram a relação de direitos fundamentais são importantes para assegurar-lhes maior efetividade.

A seguir, a terceira assertiva está incorreta: como esclarecido na introdução, os agentes estatais não têm apenas deveres morais ou éticos, mas, antes de mais nada, deveres **jurídicos** de observância dos direitos fundamentais. Depois, a quarta assertiva está incorreta porque estabelece uma relação, inexistente no contexto, entre liberdade e efetividade – não mais dos direitos, aqui, mas das “garantias fundamentais”. Não custa lembrar que a liberdade é, ela mesma, um dos direitos fundamentais que o Estado de direito tem o dever – jurídico – de observar.

Por fim, a quinta assertiva está incorreta porque incorre na mesma confusão entre direito, moral e ética já destacada no comentário à terceira assertiva. Reitere-se, então: direitos – e garantias – fundamentais são normas, que estabelecem limites **jurídicos** à atuação do Estado e de seus agentes.

Em conclusão, ainda que sujeita a ressalvas, somente a primeira assertiva pode ser tida por correta, razão pela qual deveria ser assinalada a alternativa **A**.

Autora: Caroline Vaz

COMENTÁRIO 2

O Estado de Direito está presente onde há a supremacia da legalidade, e traduz como principais aspectos caracterizadores: a) o afastamento de qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é uma criação de Deus, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos, restando as questões éticas, religiosas fora do âmbito de competência do Estado; b) os objetivos e tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos; c) a organização do Estado e a

regulação de suas atividades obedecem a princípios racionais, dos quais decorrem em primeiro lugar os direitos básicos da cidadania, a liberdade civil, a igualdade jurídica, o domínio da lei, a existência de representação popular e a sua participação no Poder Legislativo.

Por outro lado, consoante a doutrina especializada, sabe-se que os direitos vêm estabelecidos como declarações que reconhecem direitos representativos dos valores mais importantes de uma sociedade em determinado período histórico. Já as garantias fundamentais são os instrumentos, os meios de que o Direito (legislador constituinte) dispõe para assegurar a realização daqueles direitos.

Assim, devem existir instrumentos que possibilitem a concretização no plano fático daqueles direitos fundamentais, com base na racionalidade e não em critérios éticos e religiosos daqueles que administram a *res publica*. Busca-se, portanto, a proteção jurídica de direitos fundamentais exclusivamente e o controle da discricionariedade legislativa e administrativa por meio de princípios abstratos. Por outro lado, não se tratam essas garantias somente de procedimentos processuais jurídicos, mas também de atuações político-administrativas e político-legislativas, pois todos os Poderes devem atuar para a consecução de tais garantias, daí porque estar equivocada a assertiva **B**.

Ainda, quanto à atuação estatal do Poder Público, como referido, não se trata de compromisso moral, mas sim legal, já que todos os direitos, ou pelo menos aqueles elencados como fundamentais, estão positivados na Constituição Federal, Lei maior de um país, que pode seguir padrões éticos de determinado período histórico, mas padrões gerais, refletidos nas normas editadas pelo próprio Estado. Por isso a assertiva **C** está errada.

A garantia efetiva aos direitos, por sua vez, não tem a ver somente com a liberdade dos indivíduos, ou de modo específico com o modelo de Estado (liberal, social ou democrático, etc.), embora tenha surgido modernamente no Estado liberal, em contraposição ao Estado Absolutista. A garantia dos direitos fundamentais relaciona-se ao compromisso assumido pelo Estado, por seu legislador constituinte, de dar tutela aos direitos mais elementares para a existência digna e igualitária da sociedade, independente das ideologias, enquanto perdurar a Carta Magna, onde surge o equívoco da assertiva **D**.

Por derradeiro, os limites impostos aos Estados nas relações processuais com os indivíduos são previstos em lei, que possibilita o tratamento isonômico de todos os administrados, já que as inclinações éticas e religiosas do Poder Público, como referido no início, estão fora do âmbito de competência dos Estados de Direito.

Daí ser a alternativa mais correta a prevista na alternativa **A**.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Autor: Augusto Jobim do Amaral

COMENTÁRIO 3

É cediço que o Estado Democrático de Direito é marcadamente reconhecido por ser um governo de *leis* (não um governo meramente de *homens*) e, sobretudo, um governo ditado pela lei; a atuação estatal será respaldada através dela, e não por um simples voluntarismo discricionário de seus agentes. Sendo assim, a lei deve ser posta exatamente como mecanismo de proteção do mais débil dessa relação indivíduo/Estado, destaque especial materializado concretamente na figura dos direitos fundamentais do indivíduo. Tal retém o fundo de legitimidade, em maior ou menor medida, de todo Estado de Direito, devendo ser instrumentalizados pelas ditas garantias normativas fundamentais que lhes darão respaldo para a sua plena aplicação. A restrição que possa haver à atuação estatal, a seu turno, não fica adstrita a direitos indisponíveis do indivíduo, mas também dota o Estado do dever de respeitar, quando houver, a disponibilidade deles e assegurar essa condição.

De outra parte, se “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º II da CF), deve também o Estado Democrático de Direito resguardar a liberdade de pensamento, de consciência, de crença, jamais sendo alguém privado de direitos por motivo de convicção filosófica ou política (5º IV, VI e VIII da CF), o que representa a consagração da proibição de ingerência do Estado no âmbito da autonomia moral de cada indivíduo, suprimindo qualquer reprovação penal nessa seara. Portanto, especificamente em matéria processual penal, de maior sensibilidade por tratar-se de liberdades públicas, a atuação estatal em nada deve ter como fonte e ser autorizada por normas de cunho ético, senão pela guarida jurídica respaldada normativamente pelos limites ao poder punitivo constitucionalmente estabelecido.