

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Exame - 16.06.2015

Turma: Dia

I

Responda, sucintamente, às seguintes questões:

1. Explícite o sentido, mas também as consequências práticas, em termos de densidade do controlo judicial, da existência de uma reserva do politicamente adequado ou oportuno no dever estatal de protecção dos direitos fundamentais (3 valores).

O sentido da reserva é o de que, não havendo imposições de protecção concreta, precisa e definitivamente fixadas na Constituição, há uma margem de opção entre quais as medidas mais adequadas ou mais oportunas para proteger um direito fundamental num dado contexto que deve ser deixada aos órgãos com legitimidade e capacidade funcional para decidirem este tipo de questões, designadamente o legislador democrático. Na prática, significa que o juiz só deve anular as decisões do legislador ou substituir-se à Administração na protecção de um direito fundamental quando considere que, sem a sua intervenção, a protecção garantida pelo Estado fica aquém de um mínimo de protecção constitucionalmente exigível, ou seja, que, no caso, a omissão constitui uma violação do princípio da proibição do défice.

2. Distinga, considerando criticamente as respectivas vantagens e inconvenientes, a teoria externa e a teoria interna de fundamentação de restrições não expressamente previstas aos direitos fundamentais (3 valores).

A teoria externa que os direitos fundamentais constitucionais podem ser legitimamente restringidos por limites que atingem o seu conteúdo provindo de fora, do exterior. Mas como esses limites são da responsabilidade de poderes constituídos sujeitos aos direitos constitucionais, a fundamentação da admissibilidade dos limites aponta para a necessidade de uma prévia autorização constitucional. O problema é quando essa

autorização não existe e, aí, a teoria externa recorre à ideia de restrições implicitamente autorizadas com base na existência de uma colisão entre bens constitucionais e os direitos fundamentais em causa. Para a teoria interna não há separação entre conteúdo e limites, ou seja, qualquer conteúdo jurídico só existe já com limites, que podem estar expressos, visíveis, ou apenas imanentes, competindo então ao legislador revelá-los. Será o que acontece no caso das restrições não expressamente previstas, ou seja, elas não serão verdadeiras restrições, mas apenas concretização de limites imanentes.

A vantagem da teoria externa é que, separando muito claramente conteúdo e limites, permite um controlo efectivo incidente sobre os limites. Os inconvenientes residem numa fundamentação duvidosa que acaba a permitir que direitos constitucionais sejam restringidos por normas infraconstitucionais e nunca admite a possibilidade, de ocorrência por vezes necessária, de direitos fundamentais serem restringidos para proteger valores ou bens sem assento constitucional. A vantagem da teoria interna é que dá uma fundamentação sólida, mas, uma vez que permite que se possa invocar, sempre e em qualquer situação, a existência de um limite imanente, deixa a actuação do legislador ordinário sem um controlo efectivo quando restringe direitos fundamentais.

III

Comente, criticamente, a seguinte afirmação:

"A chamada dogmática unitária de consideração e tratamento dos direitos fundamentais é, entre nós, perfeitamente insustentável, dado que a Constituição prevê expressamente a existência de diferentes regimes materiais para os direitos, liberdades e garantias e para os direitos sociais" (seis valores).

A afirmação baseia-se num dado só parcialmente verdadeiro. Ou seja, a Constituição, ao contrário daquilo que é dito ("prevê expressamente a existência de diferentes regimes materiais para os direitos, liberdades e garantias e para os direitos sociais"), não consagra dois regimes diferentes para os dois tipos de direitos. Diz, é certo, que há um regime material próprio dos direitos, liberdades e garantias e que esse regime é aplicável também aos ditos "direitos análogos", mas não diz nada sobre qual o regime material aplicável aos direitos fundamentais que não sejam, supostamente, análogos a direitos, liberdades e garantias. Portanto, no silêncio da Constituição, o intérprete tem que descobrir qual é esse regime. Ora, tratando-se de garantias constitucionais fundamentais, elas terão sempre uma

supremacia normativa relativamente à actuação dos poderes constituídos e dos actos infraconstitucionais. Isso significa que mesmo quando se admita, excepcionalmente, que esses direitos constitucionais sejam afectados, eles nunca o possam ser com violação dos princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso, proibição do défice, segurança jurídica, protecção da confiança). Mas, esses são também os mesmos princípios, todos eles, que integram, afinal, o regime dito próprio dos direitos, liberdades e garantias, o que pode e deve ser demonstrado analisando os vários princípios e limites aos limites materiais constantes do artigo 18º.

Nota: esta é a posição do regente, muito diferente da posição defendida pela doutrina tradicional. Na resposta, os alunos não têm, obviamente, de apoiar esta posição, mas têm de demonstrar que, no mínimo, conhecem os argumentos das duas posições.

III

HIPÓTESE

Imagine que o novo Governo, pressionado pela necessidade impreterível de reduzir as despesas com as prestações a cargo da Segurança Social e tendo verificado o abuso do chamado "turismo social" (pessoas oriundas de países terceiros que se deslocam na União Europeia em função da possibilidade de beneficiarem de prestações sociais), alterou as disposições que regulam o acesso ao Rendimento Social de Inserção no seguinte sentido:

A partir de Janeiro de 2016, só podem aceder ao Rendimento Social de Inserção os cidadãos que:

- a) Tenham mais de 25 anos;
- b) Residam em Portugal há mais de três anos;

Porém, atendendo às graves carências de sangue no Serviço Nacional de Saúde, dispensou do cumprimento daqueles requisitos todos os que se dispusessem a doar sangue, regularmente, enquanto beneficiassem da prestação, mas com a seguinte ressalva:

Para beneficiarem da dispensa de preenchimento daqueles requisitos, os homossexuais seriam obrigados a substituir a contrapartida da doação de sangue pela prestação de serviço cívico a tempo parcial numa instituição particular de solidariedade social.

Imagine que é juiz do Tribunal Constitucional e é chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade destas diferentes disposições (oito valores).

Trata-se de um direito fundamental integrável no direito à segurança social do art. 63º e que o Tribunal Constitucional considera directamente derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, o controlo judicial que incida sobre as eventuais

restrições tem que ser um controlo denso e as justificações susceptíveis de serem apresentadas pelo Estado para o restringir têm de ser sujeitas a um controlo judicial intensivo.

Para além disso, há no caso duas "categorias suspeitas" (território de origem e orientação sexual), pelo que a presunção da inconstitucionalidade só pode ser afastada se o Estado puder demonstrar que as diferenciações são absolutamente necessárias por outras razões.

A diferenciação em função da idade carece de uma justificação que muito dificilmente pode ser apresentada. Suscita dúvidas de violação da igualdade e da existência de justificação suficiente para restringir um direito fundamental.

A exigência de residência coloca o problema da discriminação de não nacionais e da discriminação de portugueses que, por exemplo, tivessem residido fora do país nos últimos anos. Se a primeira ainda pode ter alguma justificação, embora levante o problema da desproporcionalidade e da necessidade (isto é, a existência de outros meios para fazer o controlo que não se traduzissem na privação completa do direito fundamental), a segunda não tem qualquer justificação.

A questão das contrapartidas (doar sangue e serviço voluntário) obriga a questionar a genuinidade e necessidade das razões primariamente invocadas para restringir (se se permite que estes cidadãos usufruam do direito, então é porque não há a referida necessidade financeira nem a intenção de combater o "turismo social"). Se elas se justificam por necessidades de saúde e de solidariedade, então não há razão para serem estes cidadãos a serem constringidos, já que o problema afecta toda a gente e eles estão simplesmente a exercer um direito fundamental, logo, com carácter universal e igual e independente de contrapartidas.

Para a discriminação dos homossexuais na doação de sangue dificilmente pode ser apresentada uma justificação racional que não seja discriminatória, excessiva e desrazoável.

Princípios estruturantes especificamente envolvidos: dignidade da pessoa humana quanto às pessoas que, por força destas restrições, fiquem ameaçadas na sua sobrevivência

ou num mínimo para uma existência condigna ou que sejam estigmatizadas com base na orientação sexual; igualdade nas várias situações mencionadas; proibição do excesso, nas dimensões de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade.