

Direitos Fundamentais 2015/2016

Turma Noite

Curso de Licenciatura

1. Apresentação da disciplina

a) Os direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas decorrentes das normas constitucionais e das normas legais que os regulam. Eventuais diferenças entre as Constituições de Estado de Direito. A natureza própria, mas diversificada, das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais.

b) A natureza complexa das questões de direitos fundamentais e a dificuldade em encontrar critérios adequados de resolução. Alguns exemplos e remissão do problema para posterior análise. A necessidade de um enquadramento teórico sólido capaz de sustentar a fundamentação e a justificação das decisões sempre controversas das questões de direitos fundamentais.

2. Os direitos fundamentais na história do Estado de Direito

a) Os direitos fundamentais na história do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado democrático e social de Direito.

b) Os direitos fundamentais na Estado de Direito liberal: o papel determinante do direito de propriedade; a natureza individualista; a natureza dos direitos fundamentais como direitos negativos e a limitação dos deveres do Estado ao dever de respeitar.

c) Os direitos fundamentais no Estado social de Direito: a perda de importância relativa do direito de propriedade; os direitos de exercício colectivo; o reconhecimento e generalização dos direitos políticos; os direitos sociais; o desenvolvimento dos deveres estatais de protecção e de promoção do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos fundamentais.

3. Direitos fundamentais e o novo constitucionalismo

a) A *viragem* para um novo constitucionalismo na segunda metade do séc. XX e os direitos fundamentais enquanto garantias jurídico-constitucionais em Estado de Direito democrático. Sua natureza, alcance e relevância jurídica. A relação entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. O novo papel do poder judicial na garantia dos direitos fundamentais em Estado democrático.

b) Os direitos fundamentais como *trunfos contra a maioria*.

A complexidade, as vantagens e as dificuldades da compreensão dos direitos fundamentais como trunfos. A necessária compatibilização entre direitos fundamentais e outros bens dignos de protecção jurídica. Direitos fundamentais como garantias jurídicas fortes, mas simultaneamente sujeitas a limitação. A necessidade de uma dogmática sólida de enquadramento jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

4. Conceito de direito fundamental e normas de direitos fundamentais

a) Conceito de direito fundamental (em sentido material e em sentido formal). A cláusula aberta.

b) As normas de direitos fundamentais. A distinção entre norma e enunciado normativo.

c) A estrutura típica das normas de direitos fundamentais. Titulares e destinatários das normas de direitos fundamentais.

d) Conteúdo e bem protegido dos direitos fundamentais. Dimensão objectiva e dimensão subjectiva das garantias jurídicas jusfundamentais. Direito fundamental e direito subjectivo.

e) Direito fundamental como um todo e cada uma das diferentes faculdades que o integram.

5. Classificações e tipos de direitos fundamentais. A sistematização da consagração dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa.

a) Possíveis classificações e tipos de direitos fundamentais.

b) O art. 17º da Constituição e as dificuldades na determinação do seu conteúdo normativo. Os "direitos análogos a direitos, liberdades e garantias" e a dificuldade em encontrar um critério operativo de identificação.

6. Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa: crítica da concepção tradicional

a) A concepção tradicional sobre a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Os direitos análogos a direitos, liberdades e garantias e o pretense regime de protecção especial dos direitos de liberdade. O regime especial de protecção dos direitos, liberdades e garantias enquanto regime material, orgânico e de revisão constitucional.

b) Crítica da concepção tradicional sobre a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa. Crítica da concepção tradicional sobre a existência de dois regimes materiais diferentes de protecção dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

7. As objecções gerais à consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais

Crítica da doutrina que desqualifica a natureza jusfundamental dos direitos sociais com base na sua natureza de direitos positivos, no facto de estarem afectados por uma reserva do financeiramente possível e no facto de terem um conteúdo constitucional indeterminado.

a) Objecções ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais baseadas na pretensa natureza dos direitos sociais como direitos positivos.

b) Objecções baseadas no condicionamento dos direitos sociais pela reserva do financeiramente possível.

c) Objecções ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais baseadas na indeterminabilidade de conteúdo das normas constitucionais de direitos sociais. Crítica do argumento: o paralelo com os direitos de liberdade. Os direitos fundamentais como posições jurídicas fundamentais sustentadas no conjunto normativo deduzido dos enunciados normativos constitucionais, mas também dos enunciados normativos ordinários que os concretizam.

8. Os direitos sociais e a jurisprudência constitucional da crise

a) Os reflexos da desvalorização da natureza jusfundamental dos direitos sociais por parte da doutrina tradicional na jurisprudência constitucional da *crise*: "a Constituição consagra o direito à retribuição, mas não o direito a um *quantum* de retribuição; a Constituição consagra o direito à pensão, mas não o direito a um *quantum* de pensão".

b) Os reflexos da desvalorização da natureza jusfundamental dos direitos sociais na crítica que a doutrina tradicional faz à jurisprudência constitucional da *crise*: "o Tribunal Constitucional deveria ter-se limitado a um *controlo de evidência*".

9. Dogmática unitária no tratamento das questões de direitos fundamentais e necessidades de diferenciação

A natureza constitucional das garantias jusfundamentais e a necessidade de uma dogmática de direitos fundamentais unitária e abrangente. Os factores de diferenciação no quadro de uma dogmática de direitos fundamentais unitária e os seus reflexos na fixação de diferentes margens de decisão de legislador, administração e poder judicial. A diferente

densidade normativa das normas de direitos fundamentais. A diferente natureza dos deveres estatais e das reservas que os afectam. A natureza negativa ou positiva dos direitos.

a) A diferente densidade normativa das normas de direitos fundamentais. Regras e princípios. Normas constitucionais que consagram um direito a título absoluto, definitivo, e normas constitucionais que admitem ou remetem para posteriores decisões de ponderação por parte dos poderes constituídos.

b) A diferente natureza dos deveres estatais correlativos ou associados aos direitos fundamentais (dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover) e o controlo judicial da respectiva realização à luz do princípio da separação de poderes. As reservas próprias de cada tipo dos diferentes deveres estatais associados aos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes. O dever estatal de respeito dos direitos fundamentais e a reserva geral imanente de ponderação. O dever estatal de protecção e a reserva do politicamente oportuno ou adequado. O dever estatal de promoção e a reserva do financeiramente possível.

c) A natureza negativa ou positiva do direito fundamental invocado na situação concreta. A distinção entre esta questão e a da natureza do dever estatal. A relevância da distinção direito negativo/direito positivo na determinação da margem de apreciação e de decisão do juiz.

10. As restrições aos direitos fundamentais e a controvérsia em torno da fundamentação da sua legitimidade

a) A figura e o conceito de restrição aos direitos fundamentais enquanto instância central da teoria de direitos fundamentais. Restrições expressamente autorizadas e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Restrições e intervenções restritivas nos direitos fundamentais.

b) O problema da fundamentação da ocorrência de restrições a direitos fundamentais. As diferentes teorias explicativas: teoria externa, teoria interna e teoria dos direitos fundamentais como princípios.

c) A teoria externa e a distinção entre conteúdo e limites. A distinção entre direito e bem de protecção do direito. A distinção entre interpretação e restrição. A distinção entre âmbito de protecção e âmbito de garantia efectivo. A importância decisiva do sistema constitucional diferenciado de reservas. Reservas simples, reservas qualificadas e direitos fundamentais sem reserva. As restrições implicitamente autorizadas pela necessidade excepcional de proteger outros bens constitucionais em colisão.

d) A teoria interna e a identificação entre conteúdo e limites dos direitos fundamentais. A resolução do problema da admissibilidade das restrições na fase da interpretação. Os limites imanentes. As figuras conceptuais afins (regulamentação, condicionamento).

e) A teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios. A ponderação como categoria-chave da resolução dos problemas de direitos fundamentais.

11. Proposta de fundamentação da legitimidade de ocorrência de restrições: direitos fundamentais como trunfos com reserva geral imanente de ponderação

a) A necessidade de uma concepção de partida dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídico-constitucionais, *fortes*, mas constitucionalmente consagradas, em geral, no pressuposto da inevitável eventualidade da sua posterior limitação.

b) O sentido da natureza de *trunfos* dos direitos fundamentais e as duas diferentes modalidades da sua consagração constitucional: na qualidade de *regras* (e, logo, da sua não posterior derrotabilidade, do seu carácter de garantia definitiva, absoluta, insusceptível de cedência) ou na qualidade de *princípio* (e, logo, da sua posterior limitabilidade, possibilidade de cedência face a outros *trunfos* que, nas circunstâncias do caso, surjam com maior peso).

c) O sentido da reserva geral imanente de ponderação enquanto pressuposto teórico da limitabilidade dos direitos fundamentais, mas de invocação controlada pelos tribunais de acordo com os parâmetros típicos da *teoria externa* e não da teoria dos *limites imanentes* ou da ponderação na lógica da *teoria dos direitos fundamentais como princípios*.

d) Necessidades de controlo judicial das afectações desvantajosas dos direitos fundamentais em Estado de Direito e proposta de um modelo constitucionalmente adequado de controlo inspirado na ideia dos direitos fundamentais como trunfos e segundo os procedimentos desenvolvidos pela teoria externa. A natureza diferenciada das normas de direitos fundamentais e os procedimentos de controlo nos casos difíceis.

12. Primeira fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: a delimitação do conteúdo protegido pelo direito fundamental afectado pela restrição

a) A necessidade da delimitação do conteúdo constitucionalmente protegido do direito fundamental para apurar a existência de verdadeira restrição. A necessidade dessa fase de controlo face aos modelos alternativos: a concepção restritiva própria da teoria interna (que concentra todo o processo de controlo na interpretação restritiva do conteúdo protegido do direito fundamental e prescinde do controlo da restrição) e a concepção radicalmente ampliativa própria da teoria dos direitos fundamentais como princípios (que concentra todo o controlo na ponderação de bens que conduz à imposição de um limite e prescinde da necessidade de prévia interpretação do conteúdo protegido do direito fundamental).

b) Uma proposta pragmática que exclui da protecção liminar dos direitos fundamentais apenas aquilo que seja consensual e inequivocamente considerado fora de protecção à luz de uma compreensão razoável própria de Estado de Direito; a exclusão de protecção jusfundamental ao ilícito penal material. Apurada a existência de verdadeira restrição a direito fundamental, o essencial das conclusões definitivas sobre a sua legitimidade constitucional é remetida para as fases posteriores de controlo.

13. Segunda fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: a justificação exigível para a admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais

a) A fase do controlo judicial da existência de justificação legítima para uma restrição de direito fundamental. A diferente complexidade e relevância do problema consoante estão em causa restrições expressamente autorizadas pela Constituição ou quando as restrições não são apoiadas em habilitação constitucional expressa.

b) Os fundamentos que podem justificar a restrição de direitos fundamentais nas situações de "silêncio" da Constituição. A recusa da distinção tradicional entre bens constitucionais e bens infra-constitucionais enquanto pretense critério adequado para a resolução do problema.

c) A multiplicidade indeterminável de bens que, à luz da concepção dos direitos fundamentais como garantias jurídicas fortes (*trunfos*) sujeitas a uma reserva geral imanente de ponderação, podem justificar a restrição a direitos fundamentais. A proposta para uma redução do subjectivismo e decisionismo judiciais na solução do problema: a via da *exclusão de razões*, ou seja, da determinação genérica de razões que em Estado de Direito são constitucionalmente inadmissíveis para sustentar a restrição de direitos fundamentais.

14. Terceira e última fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: os *limites aos limites*

a) A fase de controlo da observância dos *limites aos limites* ou dos princípios constitucionais estruturantes por parte das restrições e intervenções restritivas que foram consideradas autorizadas pela Constituição ou que não foram consideradas de justificação inadmissível.

b) A importância do controlo da observância dos *limites aos limites* face à contenção judicial que existiria na fase anterior. A densidade do controlo em função da intensidade e gravidade da restrição.

c) Os limites previstos no artigo 18º da Constituição enquanto concretização dos princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana como origem e fundamento dos restantes princípios constitucionais estruturantes.

15. A dignidade da pessoa humana

a) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. História, origem, alcance e conteúdo normativo. A rejeição de uma pura e simples identificação do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais e a recusa de um preenchimento parcelar, confessional ou não inclusivo como sendo incompatível com a natureza de um Estado de Direito democrático.

b) Proposta de determinação de um conteúdo normativo autónomo para a dignidade da pessoa humana através de uma estratégia de identificação das violações: dignidade como integridade e dignidade como igualdade

c) *Dignidade como igualdade*: há violação da dignidade humana quando a pessoa é humilhada ou é estigmatizada como ser inferior a outras pessoas.

d) *Dignidade como integridade*: há violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade intrínseca, quando não lhe é reconhecida a natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições para desenvolver as capacidades de realização humana.

e) A pessoa como sujeito autónomo. A importância da chamada *teoria* ou *fórmula do objecto* de inspiração kantiana. O requisito de existência de um elemento de degradação para a possibilidade de qualificação da instrumentalização/coisificação como violação da dignidade da pessoa humana.

f) Síntese do conteúdo normativo autónomo para efeitos de determinação de existência de violação: discriminação estigmatizante; desrespeito da humanidade intrínseca; desrespeito da independência ética; coisificação ou instrumentalização degradante; impedimento de acesso à identidade; devassa humilhante da esfera íntima; falta de recursos materiais para autodeterminação mínima.

16. Princípio da igualdade

1. O princípio da igualdade e a proibição de leis restritivas não gerais e abstractas.
2. O princípio da igualdade entre a simples proibição de arbítrio e a presunção de inconstitucionalidade quando estão em causa *categorias suspeitas*.

17. Princípio da protecção da confiança

1. A dimensão objectiva e subjectiva do princípio da segurança jurídica.
2. Princípio da protecção da confiança e proibição de retroactividade das leis restritivas.
3. Tópicos de orientação da ponderação conducentes ao apuramento de violação da protecção da confiança.

18. Princípio da proibição do excesso

1. O princípio da proibição do excesso: o sentido normativo dos cinco subprincípios (aptidão, necessidade, proporcionalidade, razoabilidade e indeterminabilidade).
2. A necessidade de uma aplicação de conjunto, não compartimentada, ponderando benefício marginal e sacrifício marginal da restrição em análise e de uma alternativa real ou idealmente configurável.

19. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

1. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Origem histórica e recepção constitucional. A utilização particular que o Tribunal Constitucional faz desta

garantia: reforço retórico de outros princípios ou justificação para não identificar a existência de inconstitucionalidade.

2. A discutível relevância de uma garantia situada entre a retórica e a identificação com a proibição do excesso ou com a dignidade da pessoa humana.

3. As várias teorias explicativas do sentido normativo da garantia do conteúdo essencial: absoluta, relativa, objectiva, subjectiva.

20. O controlo da afectação dos direitos fundamentais por omissões estatais

1. O controlo judicial da omissão estatal no caso dos direitos positivos ou da dimensão positiva dos direitos fundamentais.

2. A aplicação genérica dos limites aos limites (igualdade, segurança jurídica), mas com aplicabilidade específica do princípio da proibição do défice ou da proibição da insuficiência.

3. A dedução deste princípio a partir do princípio do Estado de Direito num Estado social. O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do princípio nos últimos anos, mas as dificuldades de invocação no nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade por omissão.

4. A proposta de configuração do conteúdo normativo do princípio da proibição do défice em torno de duas dimensões distintas e complementares: a dignidade da pessoa humana (mínimo para uma existência condigna, mínimo para uma vida com autonomia) e a razoabilidade (a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade).

21. A tutela judicial dos direitos fundamentais e o acesso ao Tribunal Constitucional

1. A tutela judicial dos direitos fundamentais. A ordem jurídica portuguesa como ordem de Estado de Direito e a garantia constitucional da tutela judicial em caso de lesão de direitos fundamentais.

2. As graves insuficiências de tutela dos direitos fundamentais no sistema português de fiscalização da constitucionalidade. Os défices significativos de protecção dos direitos fundamentais por parte do Tribunal Constitucional no domínio das intervenções restritivas nos direitos fundamentais, no domínio das omissões estatais e no domínio das relações entre privados.

3. A estruturação contraditórias das competências de tutela atribuídas ao Tribunal Constitucional, ao Supremo Tribunal Administrativo, ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

22. Vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais

1. A vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais. O art. 18º, 1, da Constituição portuguesa e as dúvidas que suscita.

2. As diferentes posições doutrinárias sobre o tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

3. Tese da eficácia directa (imediata) e tese da eficácia indirecta (mediata).

4. A tese dos deveres de protecção.