

DIREITOS FUNDAMENTAIS – Tópicos de correção

(exame 21.07.17 / 09:00)

I = 6 (3 x 2); II = 6; III = 6 (2 x 3); + 2

I

Relativamente às questões deste grupo, o examinando deve:

- i) enunciar os pressupostos de um conflito de normas, sublinhar que à luz do ordenamento jurídico os mesmos se resolvem, por vezes, através de normas de conflitos (de primeiro ou segundo grau), e referir que os conflitos que não se resolvam por essa via (ditos remanescentes) dão origem à necessidade de ponderação;
- ii) evidenciar conhecimento da distinção em causa e do relevo que lhe é atribuído por boa parte da doutrina, enunciar os critérios de distinção de feição material tradicionalmente utilizados ou teoricamente equacionáveis (liberdades-direitos a algo; normas exequíveis-não exequíveis por si mesmas; princípios-regras, etc.) e eventualmente concluir que, mesmo à luz do texto constitucional, todos parecem falíveis e por isso deverão ser preteridos em favor de um critério de base formal (assente na inequívoca diferenciação sistemática e de regime que lhes corresponde na CRP).
- iii) evidenciar que conhece as propriedades constitutivas do conjunto das normas de direitos fundamentais que permitem distingui-las de outras normas constitucionais e avaliar a norma referida à luz dessas propriedades; reconhecer que, mesmo que se lhe reconheça o carácter constitucional, primário e constitutivo de uma posição de vantagem, está ausente a *qualificação* como norma de direito fundamental (o que é revelado pela letra e inserção sistemática); eventual menção a que o percurso percorrido pode revelar o carácter insatisfatório de um critério formal de qualificação (bastaria deslocar a norma para o título dos direitos fundamentais para a resposta ser diferente?);
- iv) revelar conhecimento da distinção e da sua relevância, em particular no domínio dos direitos fundamentais; fazer menção aos diversos critérios de distinção e enunciar o critério da regulação variável e delimitação atendendo a outras normas como o que porventura tem maiores propriedades explicativas, valorizando-se a apresentação de exemplos pertinentes; compreender a relevância da discussão sobre a eventual resistência das normas regra à derrotabilidade neste contexto, tomando posição fundamentada sobre o problema;
- v) evidenciar domínio do contexto da pergunta, com menção ao papel da fórmula do peso como instrumento que pretende conferir objetividade e racionalidade à ponderação; reconhecer o carácter controverso da variável “w” e as dificuldades de uma alocação direta comparativa de valores às normas (designadamente o problema do fun-

damento normativo para tal), equacionando, como possível resposta a essa crítica, considerar o peso relativo como concreto e dependente dos dados do caso; referência a que, no limite, a fórmula do peso não se propõe eliminar os juízos valorativos, mas torná-los explícitos.

II

Relativamente à frase a comentar aqui enunciada, o examinando deve:

- i) evidenciar que compreende o duplo contexto em que ela se insere: por um lado a discussão sobre o sentido da chamada “cláusula aberta de direitos fundamentais” contida no artigo 16.º, n.º 1, da CRP; por outro lado, o eventual apelo que tal norma faz a um critério material de fundamentalidade das posições de vantagem, como condição da sua própria aplicação e como elemento sistemático relevante para a compreensão do sistema de direitos fundamentais como um todo;
- ii) qualificar a norma do artigo 16.º, n.º 1, da CRP: norma sobre normas; de delimitação de âmbito material integrativa. Discussão da sua potencial reduzida relevância atendendo à elevada presença de normas de princípio no sistema de direitos fundamentais, aspeto agravado em ordenamentos dotados de uma norma permissiva geral como é o português;
- iii) discutir a possibilidade de afirmar um critério material de jus-fundamentalidade no nosso ordenamento; análise crítica dos critérios habitualmente apresentados (dignidade humana, estatuto fundamental da pessoa face ao Estado, outros); eventualmente, conclusão pela inexistência de um tal critério e indicação de que tal conclusão não põe necessariamente em causa o funcionamento da norma do artigo 16.º, n.º 1 (sendo apenas necessário interpretá-lo como exigindo uma avaliação de analogia, norma a norma, por referência às normas de direitos fundamentais presentes na CRP).

III

Relativamente às questões deste grupo, o examinando deve:

- i) evidenciar conhecimento sobre o conceito de restrição e a sua distinção de realidades afins; aplicar a distinção à medida normativa em causa, identificando a mesma como cumprindo o imperativo constitucional de densificação das condições em que se pode contrair casamento (artigo 36.º, n.º 2 CRP), exemplo de uma norma de direitos fundamentais não exequível por si mesma e portanto carecida de conformação; identificação de como a conformação pode configurar restrição, porquanto acrescenta pressupostos à previsão da norma, sendo este o caso;

ii) enunciar os pressupostos para que se possa, de forma dogmaticamente aceitável, realizar operações de ponderação; identificar um potencial conflito de normas entre o direito a contrair matrimónio e a norma de proteção do interesse dos menores, garantia de desenvolvimento integral e proteção contra discriminações (artigo 69.º, n.º 1 CRP), que, plausivelmente, tem associada uma dimensão de certeza da paternidade, que parece ser a justificação para os prazos internupciais; a não ser essa a justificação, não seria fácil descortinar uma razão constitucionalmente apoiada para a restrição, o que significaria que não haveria ponderação e a medida seria inconstitucional; a haver ponderação, explicitar a respectiva metodologia; de certa forma independentemente da questão anterior, tem relevo discutir se as posições dos homens e das mulheres são idênticas, discutindo a norma da igualdade (eventual menção a que a norma do artigo 13.º, n.º 2 parece ter uma relação de especialidade declarativa, no presente caso, com a do artigo 36.º, n.º 1, da CRP e portanto é afastada por esta); reconhecimento de que a norma da igualdade, como todas, é derrotável, designadamente por via de ponderação.