

DIREITOS FUNDAMENTAIS – Tópicos de correção

(exame 22.06.18 / 09:00)

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

I

Relativamente às questões deste grupo, o examinando deve:

- i) explicar o que é a fórmula do peso; enunciar o conteúdo da lei epistémica da ponderação e constatar que a terceira variável da fórmula é exactamente concebida para ser expressão da lei em causa; explicitar a razão pela qual a notação dessa variável tem menos ponderação do que as duas primeiras;
- ii) enquadrar a necessidade no conjunto dos três testes emergentes da aplicação da norma da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio; caracterizar o teste da necessidade como a consideração de alternativas de decisão, impondo-se a escolha da alternativa que menos sacrifício implique para a norma afectada;
- iii) caracterizar a regulação de direitos fundamentais como meio de facilitar o exercício prático de um direito, através da definição de detalhes adicionais; distingui-la da restrição de direitos fundamentais (e eventualmente das figuras afins da conformação e da concretização); reconhecer que, não obstante, poderá haver casos em que a regulação ampute efectivamente pressupostos da previsão da norma que confere o direito e, nesse caso, terá carácter restritivo;
- iv) apresentar a distinção entre 'liberties' e 'claim rights'; enunciar a norma do direito à vida, que é "quando se trate da vida de qualquer pessoa física (previsão), é proibido (operador deontico) afectá-la (estatuição)"; tomar posição sobre o problema, nomeadamente defendendo que na medida em que a acção regulada pela norma, em sentido proibitivo, é a acção de matar, trata-se de um 'claim right';
- v) evidenciar conhecimento da distinção entre direitos sociais e direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa; referir a dificuldade de afirmar um critério material de distinção, dada a falibilidade dos diversos critérios que têm sido apontados ('claim rights'/'liberties'; normas não exequíveis/normas exequíveis; outros); reconhecer que um critério formal poderá ser a única forma apta de traçar a distinção; referir que, a essa luz, não pode qualificar-se um direito previsto no título dos DLG como direito social.

II

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

- i) evidenciar compreensão sobre o contexto do trecho transcrito: o papel da proporcionalidade como modo de resolução de conflitos de normas;
- ii) referir que o trecho aborda a propensão do ordenamento para oferecer infinitos casos de conflitos de normas, o que no entender do Autor é potenciado pelas características do “estado constitucional”, designadamente a referência à liberdade, típica deste;
- iii) referir que a multiplicidade de conflitos, tendo como contexto a previsão da norma geral de liberdade, multiplica os casos em que esses conflitos só podem ser resolvidos com recurso à ponderação, cujo parâmetro é a proporcionalidade, a qual indica as condições em que uma norma pode ser derrotada por outra, revelando-se aqui, pois, a dimensão em que a proporcionalidade habitualmente surge referida (como critério de admissibilidade das restrições a direitos fundamentais);
- iv) o trecho sublinha também que a ponderação só é admissível em casos em que existam “razões” tanto a favor como contra, ou seja, em que existe um conflito normativo;

III

- i) a norma afectada é a que prevê a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1), sendo possível eventualmente contrapor-lhe a norma que estabelece o dever de promover a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, “designadamente no plano arquitectónico” (artigo 66.º, n.º 2, alínea e), da Constituição);
- ii) colocava-se a questão de saber se a liberdade de iniciativa económica pode ser qualificada como “direito análogo” (artigo 17.º da CRP), e, em caso positivo, se o regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP) se aplica aos direitos análogos; em todo o caso, sendo direito análogo, há reserva de lei restritiva (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), pelo que a Assembleia Municipal não poderia fazê-lo, sem prejuízo da análise da efectividade da última norma referida;
- iii) não; essa questão prende-se com a determinação do sentido das palavras utilizadas na norma e portanto com a operação de recortar o seu âmbito, contrariamente à ponderação, que é uma operação de resolução de conflitos entre normas cujos âmbitos *prima facie* já foram anteriormente recortados; não obstante, a incerteza semântica pode exigir que o intérprete faça opções entre diferentes sentidos possíveis das palavras; essas opções são orientadas pelo contexto e sentido da norma, existindo semelhanças entre esta operação e o que sucede na ponderação.