

Direitos Fundamentais – 4.º TAN 2018/2019
Regência: Professor Doutor Pedro Moniz Lopes
Exame – 15 de janeiro de 2019 – 19h00
Duração 2h

Parte I (1,5 valores + 1,5 valores + 1,5 valores)

Responda, com o limite de 10 linhas para cada, a **três** das seguintes cinco questões:

1. Distinga *direito-pretensão* de *liberdade*.

Tópicos de resposta:

- Qualquer destinatário direto de uma norma impositiva ou proibitiva terá um *dever* como posição jurídica. Correlativo a este dever existe um *direito-pretensão* que se consubstancia na pretensão do cumprimento do dever. Esse *direito-pretensão* é a posição jurídica do destinatário indireto da norma;
- A *liberdade*, por sua vez, parte do operador deôntico permissão, que consiste na ausência de uma proibição ou imposição. Na *liberdade* haverá uma ação ou abstenção à escolha do destinatário direto e uma abstenção de interferência, por parte do destinatário indireto, com a conduta pela qual se orientou o destinatário direto

2. Explique a estrutura da seguinte norma, identificando se se trata de uma norma de regra ou de uma norma de princípio: «É garantida a liberdade de aprender e ensinar» (artigo 43.º, n.º 1, CRP).

Tópicos de resposta:

- Apresentar a estrutura da norma como sendo *a p* (docentes e discentes) *b* (todos) e explicar o operador deôntico de permissão dirigido aos docentes e discentes, com a consequente abstenção de interferência por parte dos destinatários indiretos desta norma, com a conduta pela qual se orientaram os destinatários diretos.
- Identificar a norma como sendo uma norma de princípio, por estarmos perante uma representação normativa de uma classe genérica e indiferenciada de condutas associadas à liberdade de aprender e ensinar, na medida em que as condutas representadas não são enunciadas como pertencendo a um género específico de condutas, i.e., a uma conduta específica, mas a uma classe genérica e indiferenciada de condutas.

3. Explique o conteúdo da seguinte frase: «(...)o ordenamento compreende normas de resolução de conflitos: a previsão destas normas representa um conflito e o efeito compreende a selecção da norma conflituante prevalecente» (PEDRO MONIZ LOPES).

Tópicos de resposta:

- Referir o que são conflitos normativos e que esses conflitos só *prima facie* é que poderão ser considerados irresolúveis, na medida em que o ordenamento compreende normas de resolução de conflitos;
- Referir o método primário de resolução de conflitos normativos: *lex specialis derogat legi generali*; *lex posterior derogat priori*; *lex superior derogat legi inferiori*;
- A *ponderação* como método subsidiário de resolução de conflitos normativos.

4. O que são normas de promoção de direitos fundamentais?

Tópicos de resposta:

- Tratam-se de normas que visam promover uma situação jurídica de vantagem conferida por uma norma de direitos fundamentais, podendo ser *gerais* (v.g., artigo 9.º CRP) ou *especiais* (v.g., artigo 66.º, n.º 2 CRP);
- Distinguir entre *normas de promoção diretas* (que determinam a realização das condutas diretamente causais ao exercício da situação jurídica de vantagem da norma de direitos fundamentais a promover) e *indiretas* (que determinam a realização das condutas indiretamente causais ao exercício da situação jurídica de vantagem da norma de direitos fundamentais a promover).

5. Distinga *conformação*, *regulação* e *concretização* de normas de direitos fundamentais.

Tópicos de resposta:

- Estamos perante figuras afins da restrição de normas de direitos fundamentais;
- A *conformação* é a vicissitude normativa incidente sobre normas de direitos fundamentais em que, através de normas inferiores, se confere exequibilidade àquelas;
- A *regulação* é a vicissitude normativa incidente sobre normas de direitos fundamentais em que, através de normas inferiores, se configuram os detalhes que permitem tornar totalmente operativa uma norma de direito fundamental cuja situação jurídica de vantagem já era exercitável;
- A *concretização* é a vicissitude normativa incidente sobre normas de direitos fundamentais em que, através de normas inferiores, se fazem escolhas linguísticas que um enunciado com incertezas obriga a fazer.

Parte II (3,5 valores)

Comente, em não mais do que 25 linhas, a seguinte frase: «Os direitos fundamentais são necessariamente situações jurídicas *fundamentais* (...)» (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007, p. 24).

Alguns tópicos de resposta:

Os direitos fundamentais devem ser entendidos como situações jurídicas de vantagem previstas na Constituição ou por esta recebidas, como situações jurídicas de vantagem atribuídas por normas constitucionais primárias. As normas de direitos fundamentais estabelecem para os sujeitos de acordo com a estatuição uma situação jurídica ativa, que satisfaz ou potencia a satisfação de um interesse ou o aproveitamento de um bem.

Como explicita JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO na sequência da frase citada, são *fundamentais* «porque, definindo relações qualificadas do homem e do Estado, esses direitos desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder»; são ainda «*universais* (ainda que se apresentem, por vezes, atribuídos a categorias particulares de pessoas, são direitos de todas as pessoas); *permanentes* (são direitos que não podem ser e deixar de ser, apenas se extinguindo pela morte do respectivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima o direito); *personais* (estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis); *não patrimoniais* (...)».

Parte III (11 valores: a) 3 valores; b) 2 valores; c) 2 valores; d) 4 valores)

Analise a situação prática colocada:

“*Naked Attraction*” é um programa televisivo em que o par para um encontro amoroso é escolhido de entre um grupo de seis pessoas, com base no progressivo retirar, a cada episódio, da roupa de cada concorrente.

O Governo aprovou um decreto-lei proibindo a emissão desse programa com o fundamento no cumprimento de um dever de dignificar a vida humana.

Respeitando o limite de linhas indicado para cada, responda às seguintes questões:

- i) Qual (ou quais) a(s) norma(s) de direitos fundamentais afetada(s) pela norma do decreto-lei e em que medida a posição jurídica que a(s) mesma(s) confere(m) é (são) restringida(s)? (20 linhas)

Tópicos de resposta:

- (i) Identificar a conduta proibida pelo decreto-lei e subsumi-la a uma norma de direitos fundamentais (no caso, emissão televisiva do programa *Naked Attraction*);
 - (ii) Entender que esta conduta é típica de pessoas coletivas, que também são titulares de direitos fundamentais, por via do artigo 12.º/2, uma norma sobre normas de direitos fundamentais, relativa à definição do âmbito subjetivo;
 - (iii) Identificar a liberdade de imprensa (art. 38.º) como direito fundamental cuja conduta proibida pelo decreto-lei é *prima facie* permitida;
 - (iv) Entender o significado de restrição como recorte do âmbito previsivo de um direito fundamental;
 - (v) Classificar a restrição operada pelo decreto-lei como restrição normativa (ou *stricto sensu*) e constitutiva;
 - (vi) Enunciar o artigo 38.º como norma especial face ao artigo 27.º da Constituição.
- ii) Com base na norma da dignidade da pessoa humana, defenda a constitucionalidade da atuação do Governo. **(15 linhas)**

Tópicos de resposta:

- (i) Entender a controvérsia em torno do sentido e referência do conceito de dignidade da pessoa humana e relacioná-la com a diluição da sua utilidade como argumento jurídico, implicando a sua aplicação subsidiária e incremental (se o aluno não abordar este ponto, poderá ser contabilizado na pergunta iii), caso o aluno o tenha aí referido);
 - (ii) Identificar a dignidade da pessoa humana, para efeitos da questão, como direito fundamental à dignidade ou princípio constitucional gerador de obrigações estaduais correlativas a direitos-pretensões (art. 1.º);
 - (iii) Alicerçar o conceito de dignidade da pessoa humana numa perspetiva comunitário-religiosa, relacionando-a com a fórmula do objeto.
 - (iv) Concluir que, desta perspetiva, a livre sujeição dos concorrentes do *Naked Attraction* às regras do concurso “objetifica” o ser humano e, conseqüentemente, viola a dignidade da pessoa humana. Desta forma, a proibição do concurso previne a violação da norma dignidade da pessoa humana, logo é *prima facie* compatível com a Constituição.
 - (v) Considerar, em qualquer caso e independentemente da perspetiva adotada, a dignidade da pessoa humana como enunciado normativo constitucional cuja observância se impõe juridicamente ao Estado respeitar, proteger e promover.
- iii) Com base na norma da dignidade da pessoa humana, defenda a inconstitucionalidade da atuação do Governo. **(15 linhas)**

- (i) Identificar a dignidade da pessoa humana, para efeitos da questão, como direito fundamental à dignidade ou princípio constitucional gerador de obrigações estaduais correlativas a direitos-pretensões;
- (ii) Alicerçar o conceito de dignidade da pessoa humana numa perspetiva liberal-individual, assente na autodeterminação do sujeito; admite-se eventual relação (ainda que tautológica) entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.
- (iii) Concluir que, desta perspetiva, a livre sujeição dos concorrentes do *Naked Attraction* às regras do concurso é o exercício de uma conduta permitida pela norma da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a proibição do concurso proíbe uma conduta permitida pela Constituição, nos termos do seu artigo 26.º (1) – *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* –, sendo, *prima facie* com ela incompatível (admite-se sustentação de que a norma permissiva genérica deriva do artigo 27.º).

Tópicos de resposta:

- iv) Aprecie a compatibilidade da atuação do Governo com o regime constitucional das restrições. **(25 linhas)**
 - (i) Identificar o regime constitucional das restrições no artigo 18.º/2/3;
 - (ii) Identificar as normas desse regime potencialmente violadas pelo decreto-lei: autorização expressa para restringir; reserva de lei restritiva; generalidade e abstração da lei restritiva; proporcionalidade da restrição.
 - (iia) entender que se trata de uma restrição não expressamente autorizada pela Constituição; entender em que medida é que uma restrição nestes termos pode ser compatível com a Constituição (enquadrar um conflito normativo *prima facie* irresolúvel com a proibição de *non liquet* e concluir pela derrotabilidade desta específica norma do regime das restrições).
 - (iib) relacionar o art. 18.º/2 com o artigo 165.º/1/b); entender que se trata de um direito liberdade e garantia e que o Governo só o poderá manusear mediante autorização da Assembleia da República; entender que esta norma é, também, suscetível de ser derrotada, mas que, no caso, deve ser discutido se se verificam ou não indícios que sustentassem essa derrota.
 - (iic) entender que esta restrição deveria ter sido feita num contexto que respeite a generalidade como característica das normas jurídicas, i.e., que os seus sujeitos devem ser indeterminados; compreender que, mesmo assim, se

trataria de uma discriminação indireta, por, na prática, afetar uma parte individualizável do universo (a estação televisiva que emite o programa);

(*iid*) enquadrar os pressupostos da proporcionalidade: identificar um fim constitucionalmente legítimo em nome do qual se restringe, avaliar se o meio (restrição a um direito fundamental) é apto a atingir esse fim (*adequação*), se é o menos restritivo (*necessidade*) e se respeita a lei substantiva da ponderação – quanto maior a interferência num direito fundamental, maior a relevância do fim constitucionalmente legítimo – e a lei epistémica da ponderação – quanto maior a interferência num direito fundamental, maior a certeza dos pressupostos empíricos dessa interferência (*proporcionalidade em sentido estrito*, relacionando-a com a ponderação e fórmula do peso).

Tópicos de resposta:

(*Apreciação global: 1 valor*)