

Direitos Fundamentais – 4.º TAN 2018/2019

Regência: Professor Doutor Pedro Moniz Lopes

Exame de Coincidências – 22 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. Que avaliação se realiza no teste da *proporcionalidade em sentido estrito*?

Tópicos de resposta:

- Referir que estamos perante o *princípio da proporcionalidade*, extraível do artigo 18.º CRP;
- Explicar sucintamente os diversos testes do princípio da proporcionalidade: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*;
- Relativamente a este último, relacioná-lo com 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;
- Por fim, relacionar a ponderação com a fórmula do peso.

2. Atente na seguinte norma, identificando os respetivos sujeitos e as posições jurídicas por ela conferidas: «Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional» (artigo 33.º, n.º 1, CRP).

Tópicos de resposta:

- Identificar os sujeitos da norma como sendo o Estado, enquanto destinatário direto, e os cidadãos portugueses, enquanto destinatários indiretos;
- Trata-se de uma norma proibitiva que impõe um *dever* ao Estado e, correlativamente, um *direito-pretensão* aos cidadãos portugueses, a que aquele cumpra o seu dever.

3. Explique o conteúdo da seguinte frase: «(...) os direitos sociais são normalmente positivos (...)» (WOJCIECH ZAŁUSKI).

Tópicos de resposta:

- Referir que estamos perante a clássica distinção entre direitos, liberdades e garantias *vs.* direitos sociais;

- Explicar que os primeiros, que surgiram numa primeira fase do Estado constitucional, postulavam um conjunto de deveres estatais de não intervenção, enquanto os segundos, que surgiram com o advento do Estado social, geraram uma modificação da conceção constitucional sobre a natureza e tipo de deveres estatais correlativos dos direitos fundamentais;
- Por sua vez, estas mudanças implicaram uma diversificação dos tradicionais deveres de respeito e proteção (típicos dos direitos, liberdades e garantias), e geraram ainda o desenvolvimento de um novo dever geral de promoção dos direitos fundamentais, típico dos direitos sociais e consentâneo com a posição interventiva do Estado social de Direito.

4. Uma regulação de normas de direitos fundamentais tem carácter restritivo?

Tópicos de resposta:

- Identificar o regime constitucional das restrições no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP e referir que estamos perante uma figura afim da restrição 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;
- Referir que o carácter restritivo, ou não, de uma regulação depende do caso concreto. Assim, e por exemplo, a norma que impõe que os cidadãos apenas se possam manifestar com um pré-aviso de 48h amputa vários dos pressupostos da norma de direitos fundamentais relativa à liberdade de manifestação, tendo, nesse caso, carácter restritivo.

5. O que é uma restrição constitutiva de normas de direitos fundamentais?

Tópicos de resposta:

- Identificar o regime constitucional das restrições no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP;
- Uma restrição é constitutiva quando o pressuposto retirado da previsão da norma de direitos fundamentais não foi retirado por uma regra prévia do ordenamento jurídico, pelo que essa restrição implica uma redefinição inovatória, se bem que apenas para o caso, da previsão da norma constitucional

Parte II (3,5 valores)

Comente, em não mais do que 25 linhas, a seguinte frase: «Uns e outros deveriam a sua natureza jus-fundamental ao facto de os respetivos bens jurídicos protegidos possuírem relevo constitucional, pelo que (...) não haveria razões evidentes para conferir a uma dessas categorias, os direitos, liberdades e garantias, uma supremacia material e axiológica sobre os direitos sociais, já que concorreriam, de igual modo, para a valorização e proteção da pessoa humana» (CARLOS BLANCO DE MORAIS, *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de*

liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira” in *e-Pública*, Vol. I No. 3, 2014, p. 63).

Alguns tópicos de resposta:

- Referir que estamos perante a problemática da unidade ou dualidade de regimes de direitos, liberdades e garantias (direitos de liberdade) e direitos sociais;
- A tese da unidade dogmática: idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais; o facto de ambos exigirem prestações financeiras do Estado; a escassa relevância do critério de sistematização constitucional entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais; eventual ausência de consequências práticas na atribuição de um regime reforçado de proteção aos direitos, liberdades e garantias por via do artigo 18.º CRP;
- A tese da dualidade dogmática: critérios constitucionais que fariam subsistir uma diferença de regimes, como os critérios orgânico e o da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias; supostos fatores de desvalorização dos direitos sociais – a *reserva do financeiramente possível*; a diferença qualitativa e quantitativa das obrigações prestacionais do Estado na esfera dos direitos de liberdade e dos direitos sociais;
- Referir que a frase em questão alude à tese da unidade dogmática; tomada de posição em função da explicação de ambas as correntes.

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

Analise a situação prática colocada:

Numa recente entrevista, Paulo *Skin*, conhecida figura da extrema-direita e condenado por crimes racistas e xenófobos, por sentença transitada em julgado, afirmou que fazia falta alguém que conseguisse «pôr Portugal na ordem e limpá-lo da “escumalha” que por aí anda».

Depois de várias manifestações de protesto e indignação, o Governo aprovou um decreto-lei em que proibiu a comunicação social de entrevistar pessoas ou de outra forma dar tempo de antena ou possibilitar a transmissão de ideias racistas e militaristas.

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:

- Identificar a conduta proibida pelo decreto-lei e subsumi-la a uma norma de direitos fundamentais (no caso, entrevistar pessoas e/ou dar tempo de antena ou transmitir ideias racistas e militaristas);
- Entender que esta conduta é típica de pessoas coletivas, que também são titulares de direitos fundamentais por via do artigo 12.º, n.º 2 CRP;
- Identificar a liberdade de imprensa (artigo 38.º CRP) como direito fundamental cuja conduta proibida pelo decreto-lei é *prima facie* permitida;
- Entender o significado de restrição como recorte do âmbito previsivo de um direito fundamental;
- Classificar a restrição operada pelo decreto-lei como restrição normativa e constitutiva;
- Enunciar o artigo 38.º CRP como norma especial face ao artigo 27.º CRP.

ii) Imagine que uma estação televisiva lhe pede ajuda para reagir à decisão do Governo. Como sustentaria juridicamente a posição dessa estação? **(15 linhas)**

Tópicos de resposta

- Entender o fim constitucionalmente legítimo em nome do qual o Governo decidiu restringir a liberdade de imprensa – no caso, o contexto da luta contra o racismo, xenofobia e militarismo, como exigência da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP) e da igual dignidade social, bem como da própria segurança (artigo 27.º CRP), valores esses que também fundamentam a norma do n.º 4 do artigo 46.º da Constituição;
- Identificar que estamos, por isso, perante um conflito normativo entre o direito fundamental restringido e aqueles que fundamentam a restrição operada;
- Seguidamente, enquadrar os restantes pressupostos da proporcionalidade: avaliar se o meio (restrição da liberdade de imprensa) é apto a atingir esse fim (*adequação*) e se é o menos restritivo (*necessidade*). Concluir negativamente, na medida em que existem outras formas menos lesivas de atingir o fim pretendido;
- Enquadrar a terceira vertente da proporcionalidade, verificando se a restrição operada 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;
- Aplicar a fórmula do peso e concluir pela derrotabilidade das normas que fundamentaram a restrição;
- Enunciar eventuais *condições de preferência* que permitam justificar a prevalência do efeito da norma da liberdade de imprensa sobre as normas contrapostas, nomeadamente a independência da imprensa perante o poder político (artigo 38.º, n.º 4, 1.ª parte CRP),

bem como a proibição de censura e a autonomia dos órgãos de comunicação social perante o Governo (artigo 38.º, n.º 6 CRP).

- iii) Se, por oposição, o Governo lhe pedisse ajuda na elaboração do decreto-lei, como sustentaria a norma proibitiva aí vertida? (15 linhas)

Tópicos de resposta:

- Entender o fim constitucionalmente legítimo em nome do qual o Governo decidiu restringir a liberdade de imprensa – no caso, o contexto da luta contra o racismo, xenofobia e militarismo, como exigência da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP) e da igual dignidade social, bem como da própria segurança (artigo 27.º CRP), valores esses que também fundamentam a norma do n.º 4 do artigo 46.º da Constituição;
- Identificar que estamos, por isso, perante um conflito normativo entre o direito fundamental restringido e aqueles que fundamentam a restrição operada;
- Seguidamente, enquadrar os restantes pressupostos da proporcionalidade: avaliar se o meio (restrição da liberdade de imprensa) é apto a atingir esse fim (*adequação*) e se é o menos restritivo (*necessidade*). No caso, a dignidade da pessoa humana e a segurança geram obrigações estaduais correlativas a direitos-pretensões, sendo que, desta perspetiva, a permissão de divulgação de ideias racistas e militaristas, para além de promover uma inevitável “objetificação”/desvalorização das vítimas atingidas por essas ideias (violando, por isso, a dignidade da pessoa humana) pode ainda pôr em causa a segurança da coletividade;
- Enquadrar a terceira vertente da proporcionalidade, verificando se a restrição operada 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;
- Aplicar a fórmula do peso e concluir pela derrotabilidade da norma da liberdade de imprensa, pelo que a proibição, dirigida à comunicação social, de divulgar ou transmitir ideias racistas e militaristas, previne não só a violação da dignidade da pessoa humana, como também promove a segurança da coletividade e respeito dos valores democráticos típicos de um Estado de Direito, cuja observância se impõe juridicamente ao Estado respeitar, proteger e promover;
- Enunciar eventuais *condições de preferência* que permitam justificar a prevalência do efeito das normas de direitos fundamentais justificativas da restrição operada pelo Governo sobre a norma da liberdade de imprensa, nomeadamente a norma vertida no n.º 4 do artigo 46.º da CRP, que visa, entre outros aspetos, impedir a propagação de valores antidemocráticos que, por isso mesmo, gozam de uma clara *inimizade constitucional*.

- iv) Aprecie a compatibilidade da atuação do Governo com o regime constitucional das restrições (25 linhas)

Tópicos de resposta:

- Identificar o regime constitucional das restrições no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP;
- 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;
- 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);
- Relacionar o artigo 18.º, n.º 2 com o artigo 165., n.º 1, alínea b) CRP; 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;
- 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 – ao ser dirigida à “comunicação social”, problematizar, neste caso, se esse requisito se verifica;
- 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).

[Nota: se o aluno não tiver referido este último aspeto porque o referiu *supra*, nas respostas às perguntas *ii*) e *iii*), tal não deve implicar uma desvalorização da resposta a esta pergunta].

(Apreciação global: 1 valor)