

DIREITOS FUNDAMENTAIS

NOITE / EXAME / 11.09.20 / 19:00

Docentes: David Duarte, Pedro Moniz Lopes, Pedro Duarte Silva, Tiago Barboza

Duração: 90 minutos

Cotações: I = 8 (4 x 2); II = 6; III = 4 (+ 2 redacção e sistematização)

I

Responda às seguintes questões, em não mais do que cinco linhas para cada:

a) Qual a função da variável *W* na fórmula do peso?

A função da variável *W* (*peso abstracto*) é a de introduzir artificialmente uma hierarquização entre normas de idêntico patamar jurídico-formal. Sendo uma «porta aberta» para a diferenciação entre normas de direitos fundamentais que radica num pensamento jusnaturalista, a variável *W* não implica todavia que a norma que mereça melhor pontuação nessa variável venha a resultar vencedora da ponderação. Embora de utilidade científica duvidosa, no limite, a variável *W* pode ser reinterpretada como uma escala de utilidade de uma posição jurídica conferida por uma norma num contexto específico da realidade que subjaz a um ordenamento jurídico.

b) Há conflitos parcial-parcial nas normas de direitos fundamentais da Constituição portuguesa ?

A própria génese dos conflitos parcial-parcial, que os fazem depender da morfologia do caso e da instanciação de normas «aparentemente» descorrelacionadas impõe uma resposta positiva. Embora o direito à saúde e o direito de manifestação aparentem não se interseccionar, basta um caso de uma manifestação em frente a um hospital para que o conflito ocorra. A grande maioria de conflitos entre normas de direitos fundamentais são precisamente da modalidade parcial-parcial.

c) Todos os «claim rights» são direitos sociais?

Não. A compreensão dos correlativos permite ver que assim não é. As normas de direitos fundamentais compreendem um feixe de posições jurídicas em que, vastas vezes, à atribuição de um direito (claim-right) corresponde um dever (de agir ou omitir). Assim, por exemplo, no direito à vida ou no direito *prima facie* à construção de templos para fruir da liberdade religiosa.

d) A norma constitucional que proíbe matar impõe a criminalização do homicídio ?

Não. A diferenciação básica resulta da diferenciação entre normas primárias (a norma proibitiva da conduta) e normas secundárias sancionatórias (no caso, a norma impositiva de punir criminalmente, dirigida ao juiz, a conduta configurada como homicídio)

II

Comente, em não mais do que vinte linhas, a seguinte frase:

«Aquilo que há de ponderar são precisamente os direitos em conflito (A ideia de a ponderação se estender à relação entre direitos e factores de outro tipo – valores, princípios, interesses, considerações gerais que operam como cláusulas limitativas, etc. – os quais, também contam com reconhecimento constitucional. Os direitos podem, em certos casos, entrar em conflito com valores, interesses e considerações de outro tipo).

Bruno Celano

Los Derechos en el Estado Constitucional, 2019, Lima: Palestra, p. 177

1. **Argumentação sobre o «objecto» da ponderação;**
2. **Ponderação como operação subsidiária de resolução de conflitos normativos;**
3. **Diferenciação entre normas (e posições jurídicas conferidas) e realidades extra-normativas, ainda que associadas a normas (interesses, considerações gerais, etc)**
4. **Conceito de conflitos normativos: impossibilidade lógica e pragmática de satisfazer todas as normas (*i.e.*, posições jurídicas) em presença.**
5. **A relevância de outros aspectos (interesses, considerações gerais, etc) na operação da ponderação mas não como objecto da ponderação.**

III

Desenvolva, em não mais do que quinze linhas, um dos dois seguintes temas:

a) Pode afirmar-se que existe um critério universal de fundamentalidade material para recortar as normas que têm (ou são de) direitos fundamentais?

O critério é afirmado por parte da doutrina mas é de cientificidade altamente duvidosa, geradora de confusão conceptual. O critério da proximidade do direito da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é infirmada por normas como o «direito de antena» e outras, que diluem largamente o critério, criando insegurança sobre um regime estatutário associado. O critério mais sólido é indubitavelmente o formal. Todavia, a Constituição alude ao critério material no artigo 16.º, n.º 1 (*não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*), num fenómeno de «constitucionalização» (cláusula aberta).

b) As normas de direitos fundamentais que conferem liberdades (permissivas) são violáveis?

A questão radica no pensamento de que as normas permissivas não são violáveis pelos próprios titulares (V. Wright, por exemplo) e no próprio conceito de violação normativa. Se é sustentável a posição segundo a qual o titular de um direito não o pode violar (exercendo, não exercendo ou renunciando), naturalmente que haverá violação se o titular for, por exemplo, por qualquer forma impedido de exercer essa liberdade (e.g., amordaçar um

manifestante). Normativamente, o que está em causa é a violação do dever de abstenção ou omissão correlativo da liberdade. A sustentação da posição pressupõe o estabelecimento de um correlativo da liberdade: um dever *erga omnes* de não interferência ou, mais especificamente, um dever *erga omnes* de não obstaculizar às condições fácticas de exercício da liberdade.