

Nota: todas as indicações necessárias ao acompanhamento da disciplina encontram-se em

<https://fundamentais.blogs.sapo.pt/>

## I

### DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

1. Direitos fundamentais, direitos humanos e Constituição. A retirada dos direitos fundamentais da disponibilidade das maiorias políticas. A *viragem* para um novo constitucionalismo na segunda metade do séc. XX e os direitos fundamentais enquanto garantias jurídico-constitucionais em Estado de Direito democrático. Sua natureza, alcance e relevância jurídica. A relação entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. O novo papel do poder judicial na garantia dos direitos fundamentais em Estado democrático.

2. Direitos fundamentais como normas jurídicas e o novo papel do poder judicial na sua garantia enquanto questão de efectividade da Constituição e da aplicabilidade directa das normas constitucionais. As diferenças entre América e Europa e a convergência prática verificada depois da II Guerra.

3. Um novo constitucionalismo de Estado de Direito ou o Estado de direitos fundamentais.

4. A complexidade dos problemas jurídicos de direitos fundamentais:

*i)* entre a sua efectividade enquanto garantias constitucionais *fortes* e a permanente necessidade da sua compressão pela realização dos fins de um Estado de Direito social e democrático;

*ii)* a específica natureza das normas de direitos fundamentais (especialmente quando o legislador constituinte não fez todas as ponderações no momento de aprovação da Constituição).

## II

### CLASSIFICAÇÕES E TIPOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Classificações e tipos de direitos fundamentais (gerações de direitos fundamentais, direitos de liberdade, direitos sociais, direitos negativos, direitos positivos). A distinção entre direito *como um todo* e cada uma das faculdades que o integram.

2. As normas de direitos fundamentais. A distinção entre norma e enunciado normativo. A distinção entre norma-*regra* e norma-*princípio*. O anacronismo das distinções tradicionais de normas constitucionais de direitos fundamentais (normas programáticas/normas preceptivas) a partir do momento em que a Constituição é reconhecida e aplicada pelos tribunais como norma jurídica.

3. A evolução histórica da cidadania em Estado de Direito e o acolhimento constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais. A Constituição portuguesa de 1976, as Constituições contemporâneas e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

4. Crítica da concepção singular da doutrina tradicional portuguesa sobre a existência constitucional de diferentes regimes materiais aplicáveis a diferentes direitos fundamentais: o regime material próprio dos direitos, liberdades e garantias não pode ser outro senão o regime de todos os direitos fundamentais; o regime material dos direitos sociais é o regime geral dos direitos fundamentais. A história da formação da doutrina tradicional portuguesa e o seu carácter obsoleto.

### III

#### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A CONTESTAÇÃO IDEOLÓGICA AO RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Objecções ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais baseadas na indeterminabilidade de conteúdo das normas constitucionais de direitos sociais. Crítica do argumento: o paralelo com os direitos de liberdade. Os direitos fundamentais (sejam os direitos de liberdade ou os direitos sociais) como posições jurídicas fundamentais sustentadas no conjunto normativo deduzido dos enunciados normativos constitucionais, mas também dos enunciados normativos ordinários que os concretizam.

2. Objecções ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais baseadas na pretensa natureza dos direitos sociais como direitos positivos. Os direitos positivos são, por natureza, direitos enfraquecidos relativamente aos direitos negativos, mas tanto encontramos direitos negativos e positivos nos direitos de liberdade como nos direitos sociais.

3. Objecções baseadas no condicionamento dos direitos sociais pela reserva do financeiramente possível. Os custos dos direitos fundamentais em geral. O argumento da indisponibilidade financeira e a sua admissibilidade em casos de afectação de direitos sociais, mas também, embora mais raramente, em situações envolvendo direitos de liberdade. Situações em que o argumento financeiro como justificação das restrições aos direitos fundamentais é relevante (quer estejam em causa direitos sociais quer se trate de direitos de liberdade) e situações em que é irrelevante. Em quaisquer dos casos, a reserva do financeiramente possível condiciona, mas não anula a efectividade de um direito como direito fundamental.

4. A pretensa não-universalidade dos direitos sociais.

#### IV

### DOGMÁTICA UNITÁRIA E FACTORES DE DIFERENCIAÇÃO NO DOMÍNIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A dogmática unitária de tratamento dos direitos fundamentais e a necessidade de atender a factores de diferenciação para efeitos de determinação judicial da eventual inconstitucionalidade: natureza da norma de direito fundamental, natureza do dever estadual envolvido e natureza negativa ou positiva da garantia jusfundamental em causa.

2. A diferente natureza e densidade das normas de direitos fundamentais. Regras e princípios. Normas constitucionais que consagram um direito a título absoluto, definitivo, e normas constitucionais que admitem ou remetem para posteriores decisões de ponderação por parte dos poderes constituídos.

3. A diferente natureza dos deveres estatais correlativos ou associados aos direitos fundamentais (dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover) e o controlo judicial da respectiva realização à luz do princípio da separação de poderes. As reservas próprias de

cada tipo dos diferentes deveres estatais associados aos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes. O dever estatal de respeito dos direitos fundamentais e a reserva geral imanente de ponderação. O dever estatal de protecção e a reserva do politicamente oportuno ou adequado. O dever estatal de promoção e a reserva do financeiramente possível.

4. A natureza negativa ou positiva do direito fundamental invocado na situação concreta (remissão). A distinção entre esta questão e a da natureza do dever estatal. A relevância da distinção direito negativo/direito positivo na determinação da margem de apreciação e de decisão do juiz.

## V

### LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Os problemas de direitos fundamentais como problemas geralmente relacionados com a constitucionalidade dos limites aos direitos fundamentais. A inevitabilidade de limitações aos direitos fundamentais. A complexidade da sua resolução quando a Constituição ou a lei (não inconstitucional) não decidem inequivocamente a questão controvertida, o que ocorre na generalidade dos casos difíceis.

2. Conceitos e tipos de restrições aos direitos fundamentais. Restrições expressamente autorizadas e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

3. Restrições (normas gerais e abstractas que alteram o conteúdo do direito fundamental) e intervenções restritivas nos direitos fundamentais (afecções pontuais e concretas que não alteram o conteúdo do direito, o conteúdo da norma de direito fundamental).

4. A restrição e a suspensão do exercício de direitos fundamentais em estado de sítio ou em estado de emergência.

5. Restrições e omissões.

## VI

## A FUNDAMENTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. O aparente paradoxo da existência de limites aos direitos fundamentais. As diferentes teorias explicativas. Exposição e crítica da teoria interna e da teoria externa dos limites. Vantagens e inconvenientes relativos.

2. A teoria dos direitos fundamentais como princípios (ALEXY) e o seu sucesso fora da Alemanha, especialmente no Brasil e América Latina.

3. A fase de construção da teoria em torno das ideias de otimização e de ponderação. A primeira versão da *lei da ponderação*. As objecções de manipulabilidade e de violação da separação de poderes. A resposta de ALEXY construída em torno da *fórmula do peso* e da mudança radical da teoria nos casos de *empate* na ponderação. A fase de refinamento do modelo enquanto *fórmula do peso*.

4. A crítica desenvolvida às insuficiências e contradições da teoria dos princípios: a opacidade comunicativa e os erros da *fórmula do peso* (obriga a equiparar intensidade e importância; a soma de vários princípios de um dos lados —numerador e denominador— distorce o resultado; não releva a necessidade de estabelecer preferências entre medidas restritivas alternativas). Os problemas de separação de poderes e a mudança de perspectiva. As dificuldades introduzidas com a ideia de otimização (hipertrofia da ponderação; afectação da separação de poderes; concepção radicalmente ampliativa e subjectivização de quaisquer pretensões; anulação da força especial dos direitos definitivos apoiados em *regras*).

5. A explicação do sucesso da teoria no Brasil numa versão simplificada e divergente do sentido da evolução do pensamento de ALEXY (a passagem da fase do *in dubio pro libertate* para a do *in dubio pro legislatore*).

## VII

### DIREITOS COMO TRUNFOS SUJEITOS A UMA RESERVA GERAL DE PONDERAÇÃO

1. Uma concepção constitucionalmente adequada colhida das vantagens e insuficiências das três teorias: direitos como *trunfos* dotados de uma reserva geral imanente

de ponderação. Como esta concepção decorre da dignidade da pessoa humana e da assunção das normas constitucionais como normas jurídicas aplicadas pelos tribunais.

2. A questão do controlo de constitucionalidade como questão decisiva e as diferentes fases do controlo inspiradas na proposta da teoria externa.

3. Primeira fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: a delimitação do conteúdo protegido pelo direito fundamental afectado pela restrição

3.1. A necessidade de apuramento da natureza vinculativa que se extrai da norma de direito fundamental e da delimitação do conteúdo constitucionalmente protegido do direito fundamental para apurar a existência de verdadeira restrição: se não há direito fundamental não pode haver restrição a direito fundamental. A necessidade dessa fase de controlo face aos modelos alternativos: a concepção restritiva do conteúdo protegido pelos direitos fundamentais, própria da teoria interna (que concentra todo o processo de controlo na interpretação restritiva do conteúdo protegido do direito fundamental e prescinde do controlo da restrição) e a concepção radicalmente ampliativa própria da teoria dos direitos fundamentais como princípios (para a qual tudo está protegido, de *prime facie*, pelo direito fundamental, pelo que prescinde da necessidade de prévia interpretação do conteúdo protegido do direito fundamental e concentra todo o controlo na ponderação de bens que conduziu à imposição de um limite).

3.2 Proposta sustentada: uma proposta pragmática que exclui da protecção liminar dos direitos fundamentais apenas aquilo que seja consensual e inequivocamente considerado fora de protecção à luz de uma compreensão própria de Estado de Direito onde os direitos fundamentais são positivamente valorados enquanto garantias decorrentes da dignidade da pessoa humana. A exclusão de protecção jusfundamental ao ilícito penal material, aos comportamentos consensualmente reprováveis e que, em caso algum, possam ser considerados admissíveis em Estado de Direito e à invocação fraudulenta de pretensão exercício de direitos fundamentais.

4. A segunda fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: a justificação exigível para a admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais

4.1. A proibição constitucional de restrições não expressamente autorizadas contida no art. 18º, 2, primeira parte, da Constituição e a sua impossibilidade dogmática. O sentido normativo adequado de simples advertência que se deve extrair do preceito.

4.2. A multiplicidade inabarcável de fundamentos que podem justificar a restrição de direitos fundamentais nas situações de "silêncio" da Constituição. As justificações inadmissíveis em Estado de Direito.

4.3. A multiplicidade indeterminável de bens que, à luz da concepção dos direitos fundamentais como garantias jurídicas fortes (*trunfos*) sujeitas a uma reserva geral imanente de ponderação, podem justificar a restrição a direitos fundamentais. A recusa da distinção tradicional entre bens constitucionais e bens infraconstitucionais enquanto pretense critério adequado para a resolução do problema.

5. A fase de controlo da justificação das restrições aos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana e a exclusão de razões inadmissíveis:

5.1. Irrelevância da força do número

5.2. Razões que contrariam a razão de ser da consagração do direito. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. As várias teorias explicativas do sentido normativo da garantia do conteúdo essencial: absoluta, relativa, objectiva, subjectiva. Um sentido operativo para a garantia do conteúdo essencial.

5.3. As razões que contrariam a independência ética do sujeito

6. Terceira e última fase do processo de controlo de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: os *limites aos limites* ou os princípios estruturantes de Estado de Direito (remissão: a matéria será desenvolvida ao longo do semestre nas aulas de avaliação contínua)

## VIII

### A VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais. O art. 18º, 1, da Constituição portuguesa e as dúvidas que suscita.

2. As diferentes posições doutrinárias sobre o tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre privados.
3. Tese da eficácia directa (imediata) e tese da eficácia indirecta (mediata).
4. A tese dos deveres de protecção.

## IX

### A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. A tutela judicial dos direitos fundamentais. A ordem jurídica portuguesa como ordem de Estado de Direito e a garantia constitucional da tutela judicial em caso de lesão de direitos fundamentais.
2. As graves insuficiências de tutela dos direitos fundamentais no sistema português de fiscalização da constitucionalidade. Os défices significativos de protecção dos direitos fundamentais por parte do Tribunal Constitucional no domínio das intervenções restritivas nos direitos fundamentais, no domínio das omissões estatais e no domínio das relações entre privados.
3. A estruturação contraditória das competências de tutela atribuídas ao Tribunal Constitucional, ao Supremo Tribunal Administrativo, ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.