UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

DEVERES DO ESTADO
DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

− Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares −

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa

para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Políticas

JORGE PEREIRA DA SILVA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

DEVERES DO ESTADO
DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

− Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares −

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa

para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Políticas

JORGE PEREIRA DA SILVA

Sob orientação do Professor Doutor Jorge Miranda

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Abril de 2013

INTRODUÇÃO 5

1. Preliminares 5

1.1. Ambiente sócio-cultural e jurídico 7

1.2. Aproximação conceptual 15

1.3. Delimitação conceptual 22

2. Sequência 29

§1º. FUNDAMENTAÇÃO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTECÇÃO 33

3. Fundamentação no plano da teoria política 33

3.1. Thomas Hobbes. 34

3.2. John Locke. 40

3.3. Confronto de perspectivas 44

4. Fundamentação no plano da teoria dos direitos fundamentais 48

4.1. Aproximação histórica 48

4.2. Dimensão de defesa 55

4.3. Dimensão de prestação 61

4.4. Dimensão de eficácia entre privados 67

4.5. Conteúdo objectivo dos direitos fundamentais 83

4.6. Dignidade da pessoa humana 89

4.7. Pontos firmes na Constituição de 1976 98

4.7.1. Deveres gerais: artigo 18º 99

4.7.2. Deveres especiais: protecção diplomática (14º) e policial (272º) 106

5. Estrutura das relações jurídicas de direitos fundamentais 116

5.1. Relações triangulares 117

5.2. Relações bipolares e multipolares 126

§2º. O AGRESSOR: PRIMEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL 133

6. Caracterização geral do perigo 133
6.1. Distinção dos conceitos de perigo e risco 136
6.1.1. Perspectiva do decisor público 137
6.1.2. Modelos tripartidos: risco residual 140
6.1.3. Prevenção *versus* precaução 143
6.1.4. Relevância dogmática 147
6.2. Análise e regulação de (perigos e) riscos 150
6.2.1. Percepção 152
6.2.2. Avaliação 160
6.2.3. Gestão 167
6.3. Perigo, risco e lesão 173
7. Fontes do perigo e do risco 177
7.1. Corresponsabilidade estadual por perigos de origem privada 180
7.1.1. Aceitação passiva 183
7.1.2. Permissão expressa 185
7.1.3. Fomento 195
7.1.4. Possibilitação material 199
7.1.5. Posição de garante 201
7.1.6. Dirigismo público 205
7.2. Perigos humanos e perigos da natureza 206
7.3. Perigos com conexões internacionais 217
7.3.1. Perigos internos com efeitos internos 221
7.3.2. Perigos internos com projecção externa 224
7.3.3. Perigos externos com projecção interna 230
7.3.4. Perigos externos com efeitos externos: protecção diplomática 235
7.4. Perigos causados pelo próprio titular do direito 249
7.4.1. Autocolocação em perigo, autolesão e renúncia 253
7.4.2. Capacidade de autodeterminação e défice informativo 256
7.4.3. *Harm principle*: direitos alheios e interesses comunitários 261
7.4.4. Protecção em face e contra o titular do direito 268

§3º. O LESADO: SEGUNDO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL 277

8. Objecto do dever de protecção: bens jusfundamentais 277

9. Bens fundamentais susceptíveis de exigir protecção estadual 289

9.1. Os direitos negativos eficazes nas relações entre privados 290

9.1.1. Conteúdos fundamentais negativos: direitos sociais, propriedade e igualdade 291

9.1.2. Conteúdos fundamentais eficazes entre privados 313

9.2. Os direitos das gerações futuras 325

9.2.1. Perspectiva filosófica e ética 328

9.2.2. Perspectiva política 335

9.2.3. Perspectiva jurídico-constitucional 340

9.2.4. Questões dogmáticas 349

9.3. Disponibilidade dos direitos fundamentais afectados 358

9.3.1. Debate teórico sobre o problema da (in)disponibilidade 361

9.3.2. Limites: dignidade da pessoa, conteúdo essencial e princípios estruturantes 371

9.3.3. Disponibilidade da própria protecção estadual 389

10. Caracterização do bem jusfundamental e do respectivo titular 393

10.1. Posição na ordem de valores constitucional 395

10.2. Reversibilidade das lesões do bem jurídico protegido 410

10.3. Possibilidade de defesa própria 422

10.3.1. Heterotutela pública *versus* defesa própria 424

10.3.2. Pretensa subsidiariedade da protecção pública 431

10.3.3. Situações pessoais de especial vulnerabilidade 440

§4º. O ESTADO: TERCEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL 447

11. Destinatários do dever de protecção 447

12. Função legislativa 453

12.1. Primado do legislador e liberdade de conformação 453

12.2. Limites à liberdade de conformação do legislador 462

12.2.1. Princípios gerais, princípios específicos e princípios exclusivos 464

12.2.2. Reserva do possível 469

12.2.3. Não reconstituição de omissões inconstitucionais 472

12.3. Princípio da proibição de protecção insuficiente 474

12.3.1. Identidade própria 478

12.3.2. Princípio da proporcionalidade 483

12.3.3. Conteúdo essencial 491

12.3.4. Imperativos de optimização 497

12.3.5. Limites funcionais da justiça constitucional 501
12.3.6. Questões operativas 512
12.4. Aproximação tipológica às normas de protecção 516
12.4.1. Normas sancionatórias 521
12.4.2. Normas de organização, procedimento e processo 522
12.4.3. Normas sobre informação 525
12.4.4. Normas de segurança 528
12.4.5. Normas de compensação de posições factualmente desigualitárias 529
12.4.6. Estratégias complexas de protecção 530
13. Nota sobre a função administrativa 532
13.1. Protecção *secundum legem* 534
13.2. Protecção *praeter legem* 535
13.3. Protecção *contra legem* 540
14. Função jurisdicional 543
14.1. Conceito material de omissão legislativa 545
14.2. Tribunais comuns 549
14.2.1. Fiscalização concreta 549
14.2.2. Preenchimento dos défices de protecção 554
14.2.3. Responsabilidade civil por omissão legislativa 560
14.3. Tribunal Constitucional 567
14.3.1. Jurisprudência 568
14.3.2. Processos e instrumentos decisórios 572
15. Entidades privadas 579
15.1. Premissas do problema 581
15.2. Deveres de protecção privados e públicos 591
15.3. Privatização de deveres estaduais de protecção 594

EPÍLOGO 599

16. Sobre a natureza dos deveres estaduais de protecção 599
16.1. Alternativas em confronto 601
16.2. Protecção eminentemente subjectiva 606
16.3. Centralidade do problema metodológico 611

BIBLIOGRAFIA 617

INTRODUÇÃO

1. Preliminares

Depois de muitos anos de acentuada crença nas virtudes do progresso técnico e científico, a sociedade parece ter finalmente acordado – sobressaltada, é certo – desse longo sono despreocupado. Em alguma medida, é a própria ideia de progresso que parece ter-se esgotado[1]. Para o Estado resulta deste despertar intranquilo um novo e sério problema de intervenção política e de intermediação social. As consequências sociais e culturais do dito progresso, algumas delas de incomensurável magnitude e de todo não calculadas, colocam as comunidades políticas presentes perante o desafio não apenas de redesenhar o seu destino conjunto, mas sobretudo de o manter sob o respectivo domínio. Quer isto dizer que o "desafio colocado pela técnica não pode ser enfrentado apenas com a técnica. É necessário pôr em marcha um discurso politicamente eficaz, que relacione de modo racionalmente vinculante o potencial social do saber e poder técnicos com o nosso saber e querer práticos"[2]. O alargamento do conhecimento técnico e científico e o resultado da sua aplicação concreta reclamam, pois, uma resposta articulada do *político* – politicamente democrática – e do *jurista* –, juridicamente prospectiva –, desde que ambos empenhados no respeito pelos valores mais perenes e, sem excepção, receptivos a todos os saberes disponíveis.

Apenas por esse caminho se poderá atravessar de vez a ponte que liga a vetusta sociedade técnica de massas à hodierna "sociedade de risco"[3] – sendo que esta se apresenta já hoje, de forma particularmente vincada, como uma "sociedade de risco global", mesmo que essa globalização, levada no plano dos factos a limites absolutamente inimagináveis até há bem pouco tempo, se encontre ainda na infância no plano político e institucional[4-5]. É um desafio enorme, num contexto cultural particularmente

[1] BOBBIO, *A era*, pp. 131 ss..
[2] HABERMAS, *Teoría*, p. 334; também *Técnica*, pp. 45 ss..
[3] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 838.
[4] As duas obras de BECK, cujos títulos se citam, remontam respectivamente a 1986 e a 1999.
[5] HABERMAS, *Um ensaio*, pp. 143 ss..

difícil e contraditório: uma sociedade "que não conhece nem heróis nem amos", que "representa uma interrupção das formas tradicionais de reciprocidade" e que abandonou o "mecanismo de ajuda-agradecimento-ajuda relativamente às organizações estaduais"; enfim, uma sociedade em que tudo isso deu lugar "a um clima de exigências em que a ajuda é muito maior do que em qualquer outro tempo, mas em que, simultaneamente, as desilusões aumentam" a cada dia que passa[6].

A sociedade actual vive, portanto, enredada numa inextrincável teia de paradoxos: promove um desenvolvimento técnico e científico acelerado, ciente de que assim gera problemas a um ritmo superior ao da sua própria capacidade para produzir o conhecimento necessário à sua resolução; exige cada vez maior segurança, num cenário que é precisamente marcado pela multiplicação e pela globalização dos riscos; reclama (e recebe) do Estado níveis de intervenção social e de actuação (preventiva e sucessiva) cada vez mais elevados, ignorando a situação de sobrecarga em que essas exigências o colocam, e retribui-lhe com desconfiança e insatisfação permanentes. Trata-se, bem entendido, de uma sociedade que parece não querer abdicar de nada: nem das oportunidades e altos índices de bem-estar proporcionados pelo vertiginoso progresso tecnológico e científico; nem de elevados níveis de segurança para os bens que considera mais preciosos e se encontram garantidos por um estatuto jurídico que assenta sobre extensos catálogos de direitos e liberdades. Sobretudo, é uma sociedade confinada ao tempo presente, que vive como se não houvesse futuro ou, pior, transferindo para as gerações vindouras muitos dos custos – ambientais, financeiros ou políticos – decorrentes das suas próprias opções e dos seus próprios modelos de desenvolvimento[7].

A agravar a difícil situação presente está, naturalmente, o exaurimento financeiro do próprio Estado. Se é inegável que os direitos fundamentais sempre dependeram dos impostos, é também certo que, com a assumpção dos direitos sociais como verdadeiros direitos de cidadania – e, portanto, a sua atribuição segundo um princípio de universalidade[8] –, essa dependência financeira se acentuou exponencialmente, ao ponto de o Estado que os tomou a sério e os assumiu com tarefa sua – o Estado-Providência – ter entrado numa crise (de financiamento, de eficácia e de legitimidade) da qual não consegue sair vai para 30 ou 35 anos[9]. Mais, quase todos os factores que estiveram na origem da crise se agravaram entretanto: redução da natalidade; aumento da esperança média de vida; desemprego estruturalmente elevado; alargamento da escolaridade obrigatória; aumento do preço dos cuidados de saúde; elevação do custo da energia; crédito escasso e demasiado caro; etc[10]. Acresce que os próprios direitos fundamentais da geração pós-social – das gerações ambiental, tecnológica e da informação –, assim como as denominadas dimensões objectivas de muitos dos direitos recebidos das gerações anteriores, que demandam crescentes patamares de intervenção pública, estão longe de ser propriamente

[6] LUHMANN, *Sociología*, p. 153.
[7] Muito em particular, JONAS, *El principio*, esp. pp. 82 ss..
[8] MARSHALL / BOTTOMORE, *Citizenship*, pp. 27 ss.; J.C. ESPADA, *Direitos*, esp. pp. 263 ss..
[9] Sobre a dependência fiscal dos direitos, HOLMES / SUNSTEIN, *The cost*, pp. 35 ss..
[10] ROSANVALLON, *A crise*, esp. pp. 13 ss.

isentos de custos financeiros. De modo que, também neste domínio, se não vislumbra luz ao fundo do túnel – pelo menos para quem não aceita regressar ao Estado mínimo, dos primórdios do liberalismo. A circunstância de a justiça intergeracional ser, porventura, o grande desafio do século XXI, não significa obviamente que se possam olvidar as exigências de justiça social que ocuparam a teoria política e o próprio direito público durante grande parte do século XX.

1.1. Ambiente sócio-cultural e jurídico

É um facto indesmentível que a segurança sempre constituiu uma função primordial do Estado. Nada há de novo nisso. Novos são, isso sim, alguns dos problemas de segurança com que os Estados estão hoje confrontados.

I – Os autores contratualistas do iluminismo dão conta, de forma lapidar, de que a principal motivação que leva os homens a reunirem-se e a erigir, em conjunto, um poder político para os governar é, precisamente, a busca da paz e da segurança para as suas vidas e para os seus bens. Como bem refere Hobbes, "o fim último, causa final e desígnio dos homens (…), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação"[11]. Por isso, "a obrigação dos súbditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de os proteger" [12]. Por seu turno, para Locke – autor insuspeito de qualquer tentação securitária –, "o fim principal e capital em vista do qual os homens se unem em comunidades políticas e se submetem ao governo" é precisamente "a preservação da sua propriedade"[13] – ou seja, a salvaguarda da sua vida, das suas liberdades e dos seus bens[14]. Também do lado de cá da Mancha, para o aristocrático barão de Montesquieu, a liberdade política depende daquela "tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão"[15]. E ainda, em termos paradigmáticos, Humboldt defende mesmo a limitação das tarefas estaduais à segurança, estabelecendo o princípio segundo o qual "a garantia da segurança, tanto frente ao inimigo exterior, como frente às tensões interiores, deve constituir o fim do Estado e o objecto da sua actividade"[16]. Não deve este preocupar-se com o "bem-estar positivo dos cidadãos", nem tão-pouco em "fomentar a sua felicidade", nem sequer

[11] *Leviatã*, p. 143.
[12] *Leviatã*, p. 182.
[13] *Dois tratados*, p. 316 e, também, p. 321.
[14] Sustentando este conceito lato de propriedade, o próprio Locke, *Dois tratados*, pp. 316 e 318.
[15] *O espírito*, p. 168.
[16] *Os limites*, p. 48. Esta obra constitui, aliás, uma verdadeira monografia sobre o tema da segurança enquanto fim do Estado.

deve proceder a uma "reforma dos costumes", através da educação ou da religião[17]. A segurança interna e externa há-de ser o seu único fim e o objecto exclusivo da sua actividade.

Sublinhe-se, contudo, que nenhum destes autores pode reclamar para si qualquer tipo de originalidade neste domínio, uma vez que no essencial se limitam a descrever a realidade do seu tempo, algo que era então tido por auto-evidente, sem que tenham trazido para a história do pensamento político nenhum contributo novo acerca do problema da segurança[18]. Bem pelo contrário, muito antes de os Estados se sentirem juridicamente vinculados ao respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos – quanto mais à sua protecção activa e sistemática –, eles já constituíam máquinas mais ou menos eficazes de providenciar segurança aos membros da comunidade, primeiro ainda enquanto súbditos, depois já na qualidade de cidadãos. Era assim que se legitimavam perante a comunidade, compensando até certo ponto pelo exercício a legitimidade que faltava em título a grande parte dos governantes.

Na verdade, mais do que uma característica do Estado de Direito, nas suas diferentes configurações – liberal, social, pós-social ou de direitos fundamentais –, a segurança dos indivíduos (em face das ameaças internas e externas) é sobretudo uma característica do Estado enquanto tal, uma função que medularmente lhe assiste e que faz parte do seu próprio conceito[19]. Pode mesmo afirmar-se que a função de segurança do Estado representa um daqueles momentos de continuidade na evolução histórica dos modelos estaduais que, inclusivamente, passa incólume pelas profundas rupturas políticas das revoluções liberais. Porque a generalidade dos pensadores e dos estrategas revolucionários, mais do que preocupados com o papel do Estado como "guarda" da ordem e tranquilidade das relações sociais, o qual era dado como adquirido, queriam sobretudo saber quem podia e como se podia "guardar o próprio guarda", evitando o abuso e a prepotência deste. Numa palavra, queriam segurança nas relações com o próprio Estado[20]. A segurança nas relações entre os indivíduos era uma simples *questão de polícia* e, quando ultrapassados certos limites, algo que apenas dizia respeito aos tribunais e aos magistrados encarregados da aplicação das leis penais.

II – Na actualidade, o que de novo há a registar neste domínio da segurança é a convergência de vários factores no sentido da acumulação contínua de expectativas e de exigências sociais e individuais que são endereçadas ao Estado[21]. Dito de outra forma, o que há de novo é a exigência de respostas para os inúmeros problemas da dita "sociedade de risco global".

[17] *Os limites*, pp. 25 ss., e pp. 57 ss..
[18] Para uma análise compreensiva da "ordem" e da "segurança", como valores presentes na história do pensamento político, MORROW, *A history*, esp. pp. 19 ss..
[19] Mais amplamente, sobre a função de segurança: ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 3 ss.; GÖTZ, *Innere Sicherheit*, pp. 1007 ss.; GUZY, *Rechtsgüterschutz*, pp. 575 ss..
[20] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 5-7.
[21] Sobre os novos desafios à função de segurança do Estado, MÖSTL, *Die staatliche Garantie*, *passim*.

De um lado, existe uma percepção muito apurada da multiplicação dos riscos inerentes aos novos meios e instrumentos técnicos e científicos, abundantemente incorporados na vida quotidiana. Para tal contribui o facto de muitos dos processos sociais estarem em si mais transparentes e de a informação – que não necessariamente o conhecimento – circular com uma enorme fluidez. A própria actividade governativa, prosseguida em nome do povo e para o povo, tem também de ser conduzida *à vista* do povo. De outro lado, é também mais clara a consciência de que esses novos riscos se vêm (apenas) somar aos perigos que desde sempre acompanharam o percurso do homem na sua vida em sociedade, mas que agora surgem amiúde com diferente roupagem e em diferentes escalas, alguns deles circulando pelo globo com uma facilidade sem precedentes. Alargando-se as ameaças, alarga-se também inevitavelmente o próprio conceito de segurança.

Para compreender a magnitude e diversidade dos problemas em causa, basta pensar nas questões suscitadas pela exposição a substâncias ou a radiações potencialmente nocivas (*v.g.*, amianto, urânio enriquecido, equipamentos de comunicação móvel e redes de transporte de energia), nas consequências para a saúde decorrentes do consumo de determinados produtos alimentares (*v.g.*, transgénicos, aditivos, nitrofuranos), ou nos problemas inerentes à propagação de doenças contagiosas mais recentes (*v.g.*, HIV, BSE, H1N1, E.coli). Assim como basta também pensar em fenómenos como os da criminalidade organizada e violenta (*v.g.*, tráfico de droga e de seres humanos), do terrorismo internacional (*v.g.*, Al-Qaeda, ausência de controlo de arsenais militares), da poluição transfronteiriça e global (*v.g.*, buraco da camada de ozono e aquecimento global) e dos desastres ambientais em larga escala (*v.g.*, acidentes nucleares, químicos e derrames de crude).

O estado de alerta permanente em relação às questões da segurança surge claramente associado a uma maior convicção individual e colectiva referente aos direitos fundamentais de cada um – quando não a um sobrecentramento da pessoa em si mesma, esquecida do seu "ser-com-os-outros". Tanto a efectiva salvaguarda da vida humana e das liberdades básicas, inclusive no confronto com potências e organizações estrangeiras, como a tutela da saúde e da integridade física das pessoas e a própria protecção do ambiente passaram a ser encaradas como problemas de direitos fundamentais – e já não como simples questões de *ordem pública*, de *saúde pública* ou de *bem-estar*. Nos Estados que tomam a sério os direitos fundamentais – envergando orgulhosamente o fato de "Estado de direitos fundamentais" –, estes, contidos em extensos catálogos de natureza heterogénea, tornam-se no prisma através do qual são vistos quase todos os problemas sociais e escrutinadas quase todas as acções e políticas públicas[22].

III – Neste quadro, as respostas que se exigem do Estado têm que ser céleres e integradas – em regime "tudo-incluído" –, porquanto o tratamento assistemático e o tom dramático que os meios da sociedade da informação concedem aos eventos ligados aos perigos e riscos pessoais e ambientais abrem

[22] BOBBIO, *A era*, pp. 49 ss..

caminho ao medo e, dois passos adiante, à pura irracionalidade. Há quem viva apavorado com uma doença surgida do outro lado do mundo, ainda que a probabilidade de morrer atropelado ao virar da esquina, por desrespeito de um sinal vermelho, seja infinitamente superior à de vir a integrar as cifras negras daquela mesma doença. Por isso, a sensação é a de que, no domínio da segurança, a urgência se tornou a regra e se está permanentemente à beira de uma tragédia (potencialmente evitável), seja ela de pequenas dimensões – como as que afectam a vida ou a saúde de um concidadão – ou à escala planetária – como as que decorrem de acidentes nucleares ou do aquecimento global. O Estado encontra-se, assim, sob uma excruciante pressão, continuamente obrigado a gerir um sem fim de ameaças, incertas, mutáveis, sub-reptícias e sempre de difícil controlo – quando não mesmo impossível, considerando a sua própria escala de acção. Dele se espera que confronte, a um tempo, a utilidade social de inúmeras actividades arriscadas e perigosas, os custos económicos inerentes – tanto ao seu desenvolvimento, como à minimização das suas potenciais consequências – e, em particular, as probabilidades de danos jusfundamentais de muito difícil mensuração e valoração.

Para tanto, o Estado acha-se munido de dados científicos em constante efervescência, da falível métrica dos economistas, de uma mão-cheia de *valores em crise* e, no plano jurídico, de um conjunto de conceitos e de instrumentos legislativos e administrativos que, no confronto com a novidade dos problemas, aparentam ter sido retirados de um museu de antiguidades. Em particular, a tendência para a antecipação das ameaças, associada ao desenvolvimento de teorias da prognose, faz com que a criação de segurança que se exige do Estado adquira definitivamente um sentido preventivo – ou mesmo pré-preventivo –, pondo em xeque os tradicionais raciocínios baseados na ideia de causalidade[23]. Em inúmeros domínios – como o da segurança alimentar, o da produção de medicamentos, o da segurança de instalações industriais ou o da utilização de tecnologias ou produtos potencialmente nocivos – a actuação estadual restritiva impõe-se cada vez mais antes de a relação entre causa e efeito estar perfeitamente estabelecida. E, portanto, ao mesmo tempo que se debate com a inadequação dos seus procedimentos decisórios tradicionais, estruturados em torno de parâmetros jurídicos rígidos e de critérios políticos voláteis, o Estado vê-se compelido a decidir questões de elevadíssima complexidade – técnica, científica e até ética – sem dispor de todos os dados, num claro ambiente de incerteza, tanto mais que, juntamente "com o conhecimento, cresce também o horizonte conhecido do não-conhecimento"[24]. Daí que a palavra de ordem pareça mandar agora que *in dubio pro securitate*.

Sob pena de erosão da sua própria legitimidade aos olhos dos cidadãos – que escrutinam em directo (e *on line*) a acção governativa –, a decisão pública tem doravante que integrar dados e critérios providenciados pelas mais diversos saberes – incluindo, naturalmente, as ciências sociais –, por mais que esses elementos não tragam já consigo a aura tranquilizadora da certeza[25]. Tanto quanto possível, política,

[23] J.E. PARDO, *Técnica*, pp. 70 ss., e pp. 192 ss..
[24] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 111.
[25] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 58 ss., esp. p. 64.

direito e ciência são forçados a caminhar a par, exigindo-se a conformação das soluções jurídicas em função do último estado do conhecimento ou, pelo menos, do mais recente conhecimento incontroverso. Só por essa via o Estado pode fazer frente aos problemas relativos à (re)distribuição equitativa – segundo critérios justos e democraticamente aceitáveis – dos múltiplos perigos e riscos sociais, por uma banda, e das vantagens correspondentes às actividades e aos produtos tecnológicos que os geram, por outra banda. Só assim também o Estado pode dar resposta aceitável às novas questões colocadas pela necessidade de avaliar as decisões públicas segundo parâmetros de justiça intergeracional, garantindo que a sua acção presente não projecta para o futuro consequências negativas inaceitáveis, pondo em causa os direitos das gerações futuras.

IV – Com as suas raízes neste terreno fértil, não é pois de estranhar que a figura dos deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais, enquanto instituto vocacionado para a segurança dos mais preciosos bens jurídicos dos indivíduos, tenha sido bem recebida por grande parte da literatura especializada e, sobretudo, que o seu campo de aplicação se tenha expandido rapidamente. Com efeito, não obstante o tema ter entrado para a teoria dos direitos fundamentais, tanto na Alemanha como em Portugal, pela mão das conhecidas decisões jurisprudenciais sobre a interrupção voluntária da gravidez[26] – lançando sobre o legislador uma imposição de tutela efectiva da vida intra-uterina, ainda que não necessariamente pela via penal –, a verdade é que sem demora se propagou para outros domínios, em larga medida ligados aos ditos riscos da técnica em sentido amplo, mas, mais uma vez, sem esquecer todos os outros perigos jusfundamentais inerentes à convivência humana nas complexas sociedades contemporâneas. No conhecido verso de Hörderlin: *Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch!*

Como a seu tempo se verá com pormenor, a instalação e funcionamento de centrais atómicas, as chuvas ácidas originadas pela poluição atmosférica e que determinaram a morte de florestas, o ruído provocado pela aviação civil na proximidade de aeroportos, a poluição sonora própria da circulação automóvel, o uso do tabaco e as suas consequências sobre os fumadores passivos, mas também a actuação do poder público em caso de tomada de reféns por grupos terroristas são apenas alguns dos exemplos mais significativos de questões jurídicas que, na jurisprudência e doutrina germânicas, vieram depois a ser analisados ou reanalisados à luz dessa nova figura dos deveres de protecção[27]. Assim como, no caso português, na senda das primeiras decisões sobre a interrupção voluntária da gravidez, os deveres de protecção têm vindo a ser convocados pela jurisprudência a respeito de questões tão diversas como: a segurança e saúde no local de trabalho; a salvaguarda da vida, da integridade física e da segurança das pessoas em situação de greve; o regime do consumo do tabaco em locais públicos; a tutela da identidade genética em face da possibilidade de clonagem reprodutiva; a protecção da vida não nascida em sede de

[26] Também em Espanha, com as Sentenças do TCE nº 53/1985 e nº 212/1996.
[27] Para uma primeira resenha da jurisprudência germânica: KRINGS, *Grund*, pp. 60 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 99 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 43 ss..

responsabilidade civil por acidente de viação; ou até a garantia do direito de propriedade de certos credores, frente aos credores públicos e, naturalmente, aos devedores inadimplentes[28].

A figura dos deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais, nas suas diferentes configurações, parece assim lograr constituir-se como um suporte teórico e conceptual com grandes potencialidades. Sem representar uma panaceia para os inúmeros problemas da sociedade de risco global, ela fornece uma chave de leitura para um número elevado de situações típicas, em que bens jurídicos protegidos por direitos fundamentais se encontram sob ameaça e o Estado é chamado a intervir, garantindo a sua intangibilidade ou promovendo a sua segurança. Quando devidamente inserida nos quadros gerais da dogmática jusfundamental – princípio da proporcionalidade, intangibilidade do conteúdo essencial, reserva de lei, liberdade de conformação do legislador, tutela jurisdicional efectiva, etc. –, a figura dos deveres de protecção tem, não apenas a pretensão, mas a capacidade real de fornecer critérios válidos para decidir algumas das mais relevantes questões relativas ao *se*, ao *como* e à *medida* da actuação estadual constitucionalmente exigida. Não oferece soluções automáticas ou predefinidas, mas providencia um caminho que, quando seguido com cautela, pode proporcionar aos decisores públicos – começando pelo legislador, mas prosseguindo pelas instâncias administrativas e jurisdicionais – uma preciosa orientação para o delineamento da respectiva actividade.

V – Prova do elevado potencial dos deveres de protecção encontra-se na circunstância de o seu campo de aplicação (não apenas futuro, mas já presente) ser quase inesgotável, atravessando verdadeiramente a ordem jurídica de uma ponta à outra:

a) No que respeita ao *Direito da Vida*, problemas como os da reprodução medicamente assistida, da manipulação genética e da investigação com células estaminais não prescindem do contributo dogmático dos deveres de protecção, com algumas Constituições – como sucede com o artigo 67º, nº 2, alínea *e)* da Constituição portuguesa – e outros tantos textos convencionais a reclamar expressamente (dos legisladores) o estabelecimento de limites que garantam uma efectiva tutela da dignidade humana frente aos contínuos avanços das ciências biomédicas[29].

b) No campo do *Direito do Ambiente*, os deveres de protecção estão no centro da problemática da utilização da energia nuclear para fins pacíficos, assim como das exigências de segurança impostas a outras instalações industriais e, de um modo geral, ao exercício de actividades económicas que apresentam riscos ecológicos. Eles andam aqui de braço dado com os princípios da prevenção e da precaução, e com as denominadas relações jurídicas

[28] Sobre a jurisprudência portuguesa, Infra, §4º, ponto 14.3.1.

[29] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 544 ss.; P. OTERO, *Personalidade*, pp. 55 ss.; R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 67º*, pp. 1365 ss.; GIWER, *Rechtsfragen*, pp. 62 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, esp. pp. 190 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 183 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 253 ss..

multipolares, fornecendo uma explicação teórica – é verdade que nem sempre pacífica – para os (novos) problemas das (velhas) relações de vizinhança, como sejam os relativos ao tratamento dos riscos dos campos electromagnéticos (radiações não ionizantes) e, em geral, ao licenciamento e controlo de todas as emissões poluentes (poluição sonora e atmosférica, contaminação das águas e dos solos, tratamento de resíduos)[30].

c) Por seu turno, no domínio do *Direito do Consumo*, os deveres de protecção jusfundamental permitem lançar uma nova luz sobre muitas das regras existentes (ou insistentemente reclamadas) sobre questões de segurança alimentar (*v.g.*, preparação, transformação e conservação de alimentos, organismos geneticamente modificados), sobre o consumo de substâncias nocivas para a saúde (*v.g.*, tabaco, álcool, *fast-food*, "drogas legais"), ou ainda sobre informação dirigida aos consumidores, referente aos perigos inerentes ao manuseamento de certas máquinas e aparelhos, domésticos ou outros[31].

d) De igual modo, no *Direito do Trabalho*, é inegável o relevo que os deveres de protecção vêm assumindo no que respeita aos parâmetros de exercício da actividade laboral. Mormente, o Estado faz impender sobre os empregadores especiais obrigações de saúde e segurança no local de trabalho, que naturalmente se agravam quando os trabalhadores respectivos desenvolvem uma actividade perigosa (*v.g.*, construção civil, extracção mineira, segurança privada) ou estão em contracto com substâncias nocivas para a saúde (*v.g.*, metais pesados ou outros produtos químicos)[32].

e) No que ao *Direito da Saúde* respeita, somente os deveres estaduais de protecção fornecem adequada explicação para a rigorosíssima regulamentação a que tem de estar sujeito o fabrico, a experimentação e a comercialização de medicamentos para uso humano. Assim como são também esses deveres que justificam as múltiplas actuações estaduais de prevenção, contenção e gestão de doenças contagiosas e de outras emergências de saúde pública – acções que, aliás, nem sempre serão desenvolvidas com base num quadro legislativo suficientemente densificado (*v.g.*, exames e procedimentos médicos compulsivos, quarentenas, encerramento de actividades)[33].

f) Dirigindo-se à salvaguarda dos direitos das pessoas, os deveres de protecção projectam-se também com inteira naturalidade no âmbito do *Direito Policial* e, mais amplamente, no

---

[30] M.G. GARCIA, *O lugar*, esp. pp. 369 ss.; C.A. GOMES, *Risco*, esp. pp. 362 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 186 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, esp. pp. 288 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 332 ss.; LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 174 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 312 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 65 ss.; MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, esp. pp. 105 ss.; G.D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 249 ss..

[31] J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 60º*, p. 1171; KRINGS, *Grund*, pp. 305 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 132 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 213 ss..

[32] M. ROUXINOL, *A obrigação*, pp. 89 ss.; J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 65 ss.; M.P. RAMALHO, *Direitos*, pp. 619 ss.; BADURA, *Persönlichkeitrechtsliche Schutzpflichten*, pp. 1 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 27 ss..

[33] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 166 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 249 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, esp. pp. 67 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 43 ss..

Direito da Segurança Interna. Designadamente, eles representam um importante contributo para a determinação dos objectivos e do *modus operandi* das forças de segurança, bem como dos próprios serviços de protecção civil. Regras tão díspares como as respeitantes à prevenção e controlo do fenómeno do terrorismo, à utilização de armas de fogo, à segurança das comunicações e dos transportes (rodoviário, ferroviário e aéreo), bem como até os instrumentos normativos destinados a combater fenómenos de violência sobre grupos mais vulneráveis (*v.g.*, violência doméstica ou exercida sobre menores e idosos), não deixam de convocar o Estado para essa tarefa de salvaguarda efectiva dos direitos fundamentais das pessoas, em face das múltiplas ameaças sociais que sobre eles impendem[34].

g) Por sua vez, no âmbito do *Direito do Urbanismo*, os deveres de protecção encontram-se por detrás da necessidade de estabelecer regras apertadas sobre a segurança de construções e edificações, mormente em caso de acidente ou de calamidades naturais, mas também sobre a localização no território de infra-estruturas de comunicação (*v.g.*, estradas, aeroportos) e instalações perigosas ou poluentes (*v.g.*, fábricas, aterros sanitários) – temáticas que, naturalmente, obrigam a uma revisitação das já referidas relações de vizinhança[35].

h) No *Direito Internacional*, a figura dos deveres estaduais de protecção permite, antes de mais, a refundamentação (e a reconstrução dogmática) do instituto da protecção diplomática, tradicionalmente explicado através do vínculo jurídico da cidadania. Mas, sobretudo, os deveres estaduais de protecção afirmam-se hoje como parâmetros de exercício do *treaty making power* e da condução das relações internacionais do Estado, mormente quando as ameaças jusfundamentais têm origem externa, como sucede com o terrorismo internacional, a poluição transfronteiriça e as ameaças ecológicas globais. No fundo, para ameaças que transcendem as fronteiras do Estado, torna-se necessário que este promova soluções institucionais e normativas que transcendam a escala puramente nacional[36].

i) Finalmente, no *Direito Penal* – terreno onde foram (re)descobertos os deveres de protecção – , só uma compreensão adequada das obrigações que impendem sobre o legislador permite uma releitura crítica – constitucionalmente sustentada – de muitas das suas normas incriminadoras, como instrumentos de salvaguarda de bens jurídicos protegidos jusfundamentalmente (*v.g.*, vida, integridade física, saúde, autodeterminação pessoal e sexual, ambiente), com as consequências daí advenientes no que respeita ao princípio da subsidiariedade das sanções criminais. Mais do que um simples "sismógrafo da

[34] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 21 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 14 ss.; HECKMANN, *Sicherheitsarchitektur*, pp. 9 ss.; SCHWARZ, *Die Dogmatik*, pp. 29 ss.; GÖTZ, *Innere Sicherheit*, pp. 1007 ss.; GUZY, *Rechtsgüterschutz*, pp. 575 ss..

[35] M.G. GARCIA, *Sociedade*, pp. 201 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 183 ss., e pp. 297 ss.; KÖNIG, *Drittschutz*, esp. pp. 192 ss.; GOERLICH, *Nachbarschutz*, p. 631; SCHWABE, *Grundrechtlich begründete Pflichten*, pp. 523 ss..

[36] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 251 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 194 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 191 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 103 ss..

> Constituição", na conhecida expressão de Roxin referida ao direito processual, o direito penal no seu conjunto e cada uma das suas normas incriminadoras tornam-se, pela via dos deveres estaduais de protecção, verdadeiros "sismógrafos dos direitos fundamentais"[37].

Não obstante as naturais limitações fácticas da acção do Estado, agravadas pela escassez de recursos humanos e materiais que o afectam, os deveres de protecção podem efectivamente desprender-se de um vasto conjunto de normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, impondo-se ao legislador e aos outros poderes a respeito de um sem-fim de situações da vida, reguladas por quase todos os ramos da enciclopédia jurídica. Assim é ao ponto de, numa primeira aproximação, se poder recear uma verdadeira panconstitucionalização – ou uma jusfundamentalização – da ordem jurídica no seu conjunto. A defesa dos diferentes direitos fundamentais e a tutela da integridade dos bens jurídicos por aqueles protegidos volver-se-iam, invariavelmente, no objecto de cada um dos ramos do direito, obnubilando a sua especificidade e a sua autonomia dogmática. Para que tal não suceda – o que teria nefastas consequências, considerando até o panorama cultural e jurídico acima traçado – é necessário que os deveres estaduais de protecção sejam configurados com todo e rigor e deduzidos com grande prudência, sendo por isso importante proceder desde já a um primeiro delineamento da figura em análise.

1.2. Aproximação conceptual

A categoria constitucional dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, não obstante o relativo pouco aprofundamento que tem suscitado, não sofre hoje, na doutrina portuguesa, particular contestação. Bem pelo contrário – ao invés do que sucedeu noutras paragens, onde se levantaram vozes defendendo a sua inutilidade ou, bem pior, vaticinando que os direitos fundamentais se transformariam, através dela, no seu próprio reverso[38] –, a sua descoberta e recepção recentes têm decorrido, no contexto nacional, num tom claramente favorável, apenas pontuado, aqui ou além, por uma ou outra nota mitigante e de cautela na sua aplicação[39]. A própria Jurisdição Constitucional aderiu a esta ideia dos deveres estaduais de protecção e tem recorrido a eles com uma cadência crescente, sendo já vários os arestos em que aqueles se encontram na base de decisões de inconstitucionalidade – Acórdãos nº

---

[37] J.P. SILVA; *Dever*, pp. 46 ss.; M.F. CUNHA, *"Constituição*, pp. 291 ss.; I. SARLET, *Constituição*, pp. 325 ss.; L.L. STRECK, *Bem jurídico*, pp. 303 ss.; ROXIN, *¿Es la protección*, pp. 433 ss.; LAGODNY, *Strafrecht*, esp. pp. 254 ss.; AMELUNG, *El concepto*, pp. 227 ss.; KAYSER, *Abtreibung*, pp. 57 ss..

[38] Opinião reflectida em algumas das opiniões divergentes da jurisprudência germânica sobre a interrupção da gravidez: *BVerfGE*, 39, 1; *BVerfGE*, 88, 203. Na perspectiva da separação de poderes, DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 279 ss..

[39] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 323 e 326-327; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 342 ss.; G. CANOTILHO, *Omissões*, pp. 111 ss.; e *Direito Constitucional*, p. 399, e pp. 1402-1404; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 137 ss.; D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, pp. 299 ss.; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 86 ss.; *Direiros sociais*, pp. 259 ss.; *Direitos fundamentais*, pp. 77 ss.; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 190 ss.; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 93 ss.; e *O discurso*, pp. 83-84; S. CORREIA, *O direito*, pp. 53-56; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 91 ss.; I. MOREIRA, *A solução*, pp. 148 ss., e pp. 212 ss.; F.P. MARQUES, *As relações*, pp. 228 ss.; J.S. SAMPAIO, *O dever*, pp. 85 ss.; R. CASTRO, *As omissões*, esp. pp. 214 ss.; C. MARIANO, *A indemnização*, pp. 93 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 186 ss..

254/2002 e nº 166/2010 – ou em que, apesar do desfecho não favorável, se situam no epicentro da questão jurídica decidida pelo Tribunal – Acórdão nº 75/2010[40].

Mas o que vêm a ser, assim, estes deveres de protecção de direitos fundamentais, que se impõem ao Estado em tantos e tão diversos âmbitos da sua actuação?

I – Como seria de antever, o texto constitucional utiliza inúmeras vezes a palavra "protecção", referida, mais ou menos directamente, a direitos fundamentais:

a) Logo no seu o artigo 14º, que tem sido entendido como uma disposição de consagração expressa do instituto da protecção diplomática, a Lei Fundamental estabelece que os portugueses no estrangeiro "gozam da protecção do Estado" para o exercício dos seus direitos.

b) Mais frequentes são, todavia, os casos em que a Constituição especifica que a actuação protectora a que o Estado está obrigado é, antes de mais, uma "protecção legal", quer esta se dirija "contra quaisquer formas de discriminação" (nº 1 do artigo 26º), quer respeite a "dados pessoais" (artigo 35º), a "direitos de autor" (nº 2 do artigo 40º), ou se refira aos delegados sindicais e aos membros das comissões de trabalhadores, "contra quaisquer formas de condicionamento" das respectivas pessoas ou actividades (nº 4 do artigo 54º e nº 6 do artigo 55º).

c) Noutros casos, a protecção imposta pela Constituição é apresentada como um "direito" (institucional) e dirige-se não apenas ao próprio "Estado", mas envolve também a "sociedade" como um todo – é o que sucede com a família (nº 1 do artigo 67º) e com a maternidade e a paternidade (nº 1 do artigo 68º).

d) Ou noutros casos ainda, a dita obrigação estadual surge de algum modo agravada, como ocorre com a "especial protecção" devida às mulheres durante a gravidez e após o parto (alínea *c)* do nº 1 do artigo 59º e nº 3 do artigo 68º), às crianças órfãs (nº 2 do artigo 69º) e à juventude em geral, na efectivação dos seus direitos (nº 1 do artigo 70º).

e) Por sua vez, no âmago dos direitos económicos e sociais, a ideia e a própria palavra "protecção" encontram-se presentes tanto entre os direitos dos consumidores – cuja saúde deve ser protegida (nº 1 do artigo 60º) –, como na definição dos objectivos (ou das coberturas) do sistema de segurança social (nº 3 do artigo 63º), como ainda na enunciação das incumbências do Estado em matéria de saúde (artigo 64º) e de salvaguarda da paisagem e do ambiente (alíneas *c)*, *e)* e *h)* do artigo 66º).

[40] Em causa estão, respectivamente, as decisões sobre o Conselho de Opinião da RTP, sobre a protecção dos credores no processo de execução fiscal e sobre a lei de despenalização da interrupção voluntária da gravidez (Aborto V).

f) Por fim, a Constituição refere-se ainda à "protecção do segredo de justiça" (nº 3 do artigo 20º) – instituto que não deixa de ter uma dimensão jusfundamental – e à "protecção da independência e do sigilo profissional" dos jornalistas (alínea *b)* do nº 2 do artigo 38º).

Não pode ser literal, todavia, o caminho que há-de conduzir a uma primeira noção de deveres estaduais de protecção[41]. Mesmo à vista desarmada se percebe, por um lado, que o termo "protecção" é utilizado no texto constitucional com sentidos muito díspares e em contextos bastantes heterogéneos e, por outro lado, que vários outros direitos hão-de estar cobertos pelos referidos deveres estaduais de actuação para além ou em alternativa aos que ostentam a referida palavra no enunciado linguístico do respectivo preceito consagrador. "Protecção" não constitui, pois, uma palavra mágica, capaz de transformar o preceito constitucional em que se insere na fonte de um verdadeiro e próprio dever estadual de tutela de direitos fundamentais. Nem, inversamente, a ausência da mesma – substituída ou não por outra, como "salvaguardar", "assegurar", "tutela" ou "inviolabilidade" – pode isentar por si os poderes públicos de tais deveres de protecção jusfundamental.

II – O caminho há-de ser, pois, outro bem diferente e bastante mais exigente. Com efeito, em finais do século XX e princípios do século XXI, os direitos fundamentais não mais se esgotam na sua função tradicional de defesa da autonomia e da liberdade dos indivíduos em face do poder público, numa perspectiva reactiva contra as potenciais agressões por este desencadeadas. Em contraste com a unidimensionalidade de outrora, fala-se hoje abertamente de uma multifuncionalidade (ou pluridimensionalidade) dos direitos fundamentais[42]. A tradicional função de defesa é apenas uma entre variadíssimas outras funções – de pendor subjectivo, objectivo, institucional ou valorativo – que os direitos fundamentais desempenham no seio da ordem jurídica.

A par da referida (dupla) função inicial de garantia de esferas reservadas de acção individual e de reacção defensiva frente ao poder, que se estrutura primeiro em termos absolutos e depois verticalmente contra o Estado – e em que o indivíduo reclama essencialmente deste uma abstenção –, os direitos sociais vierem afirmar a existência de uma função de prestação, também estruturada de modo vertical, em que o indivíduo exige do Estado um conjunto diversificado de actuações de natureza jurídica e ou material. Nuns casos exige-o partindo de uma posição jurídica de consistência variável – porventura mais enfraquecida –, ao passo que noutros formula uma *pretensão de quota-parte* – o acesso justo e igual (aos recursos públicos e) aos benefícios em que se materializam as políticas sociais –, mas em qualquer dos casos apresenta-se sempre perante o Estado como credor de uma actuação positiva deste. E a estas duas

[41] Para uma análise textual da Lei Fundamental alemã: UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 26 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 28 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 49 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 30 ss..
[42] G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1255 ss.; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 134 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 186 ss.; numa exaustiva desagregação das dimensões jusfundamentais, DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, esp. pp. 71 ss.; WAHL, *Die objektiv-rechtlice Dimension*, pp. 745 ss.; JARASS, *Funktionen*, pp. 625 ss..

grandes dimensões jusfundamentais haveria de juntar-se mais tarde – não sem hesitações e seguramente com diferentes matizes – a função de vinculação dos sujeitos privados nas relações que entre si estabelecem, a qual tanto se desenvolve verticalmente, nos casos em que se registam fenómenos de poder económico e social – por mimetismo da relação que se estabelece entre o indivíduo e o poder político – como horizontalmente, nos restantes casos.

Para além disso, a função de protecção – a mais recente a ser descoberta ou redescoberta – assenta *grosso modo* no reconhecimento de um conjunto de pressupostos dogmáticos, dos quais se destacam os seguintes[43-44]:

a) A vinculação do poder público aos próprios direitos de primeira geração – ou, se se preferir aos direitos, liberdades e garantias – não implica tanto um dever negativo de os não violar, quanto, crescentemente, um dever positivo de os salvaguardar em face de potenciais agressões provindas de terceiros e de promover de forma activa e eficiente a sua realização;

b) Em alguma medida, os direitos fundamentais no seu conjunto (e não apenas os direitos sociais) não são um dado de partida, mas uma verdadeira tarefa que o Estado tem de prosseguir de forma contínua, direito a direito, através de actuações jurídicas estruturadas e de prestações materiais de vária índole;

c) O efectivo respeito desses direitos nas relações entre os particulares nunca está assegurado *a priori*, carecendo sempre da assumpção por parte do Estado de uma função de coordenação normativa das diversas liberdades e de garante dos bens jurídicos fundamentais;

d) À medida que o Estado de Direito se desenvolve, com a elevação dos padrões de democraticidade e de respeito pelos direitos fundamentais, mais evidente se torna a necessidade de intervenção pública no sentido de proteger os bens jusfundamentais em relação a perigos de proveniência não estatal, quer estes tenham uma origem mais convencional (criminalidade comum, terrorismo, condutas violentas e discriminatórias, calamidades naturais), quer tenham surgido com a denominada "sociedade de risco" (poluição ambiental, utilização profusa de tecnologia e fontes de energia perigosas, desenvolvimento científico em áreas de ponta, interacção humana a uma escala global).

Deixando agora de lado as demais funções (ditas objectivas) dos direitos fundamentais – nomeadamente as dimensões valorativas (ou irradiantes em sentido estrito), institucionais e organizativo-

[43] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 342-343.

[44] Pressuposta é, igualmente, a unidade essencial de todos os direitos fundamentais – pelo que os deveres de protecção surgem sempre referidos ao seu conjunto (e não apenas a uma das suas categorias constitucionais, como a dos direitos, liberdades e garantias). Neste sentido: Infra, §3º, ponto 9.1.1.; J. NOVAIS, *Direitos sociais*, esp. pp. 251 ss..

procedimentais[45] – e partindo das premissas apontadas, a função de protecção representa de certa forma uma função de síntese das dimensões jusfundamentais que historicamente a antecederam. Ou, em bom rigor, das funções que antecederam a sua redescoberta recente, saindo da penumbra em que esteve durante largo tempo até à sua construção teórica nos actuais moldes. Assim[46]:

a) À tradicional função de defesa, própria dos direitos da primeira geração e das concepções liberais que lhe estavam subjacentes, prende-a a circunstância de não querer mudar o mundo – transformar a realidade económica e social para melhor –, visando apenas a preservação dos bens jurídicos fundamentais dos indivíduos em face de certas ameaças. Em larga medida, é também ela uma função de defesa, de preservação do *status quo*, mas agora em relação a perigos e riscos de origem não pública ou, pelo menos, não inteiramente controláveis pelo próprio Estado.

b) Em contrapartida, tal como sucede com as dimensões prestacionais que caracterizam medularmente os direitos sociais, a dimensão de protecção implica para o Estado a necessidade de actuações positivas, por parte dos órgãos dos seus diversos poderes. A segurança dos bens jusfundamentais dos cidadãos não se alcança pela omissão do Estado, mas por via da realização de prestações jurídicas – antes de mais a cargo do legislador – e de prestações materiais de diversa índole: sobretudo da responsabilidade das instâncias administrativas (*v.g.*, polícias, órgãos de licenciamento e fiscalização); e também de um efectivo funcionamento da máquina da justiça (*v.g.*, responsabilidade penal, responsabilidade civil, providências cautelares). Numa palavra, a função de protecção não é uma verdadeira dimensão negativa, mas antes uma função marcadamente positiva. Está, por isso, também ela sujeita às vicissitudes próprias da denominada "reserva do possível" – no que aliás apenas se confirma que, em última análise, todos os direitos fundamentais estão dependentes dos recursos públicos e, portanto, dos impostos[47].

c) Cada um dos concretos deveres de protecção é, na generalidade dos casos, construído sobre a recíproca vinculação dos cidadãos aos direitos fundamentais uns dos outros. O dever estadual de protecção não cria vinculações jurídicas a partir do nada. O facto de "A" estar constitucionalmente vinculado a respeitar a integridade dos bens fundamentais de "B", consolida a obrigação que o Estado tem de prevenir (e reprimir) eventuais agressões daquele contra este, escolhendo os meios mais adequados e desenvolvendo estratégias eficientes para alcançar esse desiderato. Ao contrário do que por vezes se sugere, os deveres de protecção não constituem uma espécie de *terceira via*, a meio caminho entre as teses da eficácia

[45] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 220 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewähleistungspflichten*, pp. 165 ss.; FABIO, *Zur Theorie*, pp. 1031; KLOEPFER, *Einrichtungsgarantien*, pp. 921 ss.; SCHMIDT-AβMANN, *Grundrechte*, pp. 993 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 32 ss., e pp. 308 ss..
[46] Infra, §1º, pontos 4.2. a 4.4.
[47] HOLMES / SUNSTEIN, *The cost*, pp. 35 ss..

mediata e as teses da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações intersubjectivas privadas. Eles representam uma dimensão jusfundamental autónoma, que assenta precisamente sobre a efectiva vigência daqueles direitos naquelas relações[48].

III – Os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais – embora existam casos de relações bipolares e multipolares – desenvolvem-se paradigmaticamente segundo uma estrutura triangular[49-50-51].

Num dos vértices da base do triângulo situa-se o titular de um direito fundamental que se encontra ameaçado por um perigo de origem não estadual, perigo esse que deve ser efectivo e suficientemente caracterizado. No outro vértice da base do triângulo situa-se a fonte desse perigo: quer se trate, como é mais comum, de sujeitos privados identificáveis – e também eles titulares de posições jurídicas garantidas por direitos fundamentais –; de uma pluralidade indeterminada ou difusa de sujeitos privados; de uma organização ou de um Estado estrangeiros; ou até eventualmente de uma força da natureza. No vértice superior do triângulo está colocado o Estado, que no exercício das suas diferentes funções – começando pela legislativa, onde beneficia normalmente de uma significativa margem de liberdade de avaliação e conformação – está obrigado a prevenir (ou a reprimir) a consumação da ameaça jusfundamental em causa. Ou seja, às relações que em princípio se estabelecem entre sujeitos privados na base do triângulo somam-se, depois, as relações verticais com o Estado, que em regra se vê obrigado a comprimir de um lado – porventura recorrendo a leis restritivas ou outras intervenções normativas de compressão de direitos fundamentais – para proteger os que se encontram do outro lado.

Atendendo ao que acima se disse sobre o escasso significado das referências constitucionais expressas a imperativos de protecção, a dedução em concreto destes deveres apresenta-se, de um modo geral, como uma tarefa delicada, sujeita a uma metodologia específica que tem de entrar em consideração com diferentes variáveis. Sem embargo de superveniente demonstração[52]:

a) Quanto mais alta for a probabilidade de consumação da ofensa ao direito fundamental, quanto mais vasto for o potencial lesivo de certo perigo ou risco, tanto mais forte é também o imperativo de protecção estadual[53].

b) Quanto mais elevada for a posição de um direito na ordem (flexível e não hierárquica) de valores constitucional, quanto menor for a reversibilidade (natural ou jurídica) da lesão do

---

[48] Como inspirador da tese da via intermédia, CANARIS, *Direitos*, pp. 52 ss., e pp. 101 ss.. Criticamente, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 335-336.

[49] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 343; ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 34; UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 21; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 44; KRINGS, *Grund*, p. 268; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 199 e 206; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 289 ss..

[50] Sobre as relações multipolares: V.P. SILVA, *Em busca*, pp. 273 ss.; F.P. MARQUES, *As relações*, esp. pp. 217 ss..; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 256 ss..

[51] Infra, §1º, ponto 5.

[52] Infra, Epílogo, ponto 16; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 343-344.

[53] Infra, §2º, ponto 6.

bem jusfundamental sob ameaça, ou quanto menor for a capacidade do titular do direito para evitar a lesão ou para se proteger em relação ao agressor (em especial, devido à sua intrínseca ou circunstancial fragilidade), tanto maior será a exigência de protecção estadual[54].

c) De resto, quanto menores forem os custos da protecção estadual do direito em causa – abarcando aqui os custos jurídicos, respeitantes à compressão de outros direitos fundamentais contrapostos, assim como os custos financeiros e materiais, relativos aos recursos humanos, técnicos e organizacionais envolvidos –, e quanto mais eficazes forem os instrumentos disponíveis para efectuar essa protecção, tanto mais se impõe um concreto dever de protecção por parte do Estado[55].

Estabelecido um específico dever de protecção – o que não é possível sem reconhecer ao Estado uma prerrogativa de avaliação dos perigos envolvidos e de ponderação dos direitos conflituantes –, terá este de actuar em seu cumprimento, começando no plano legislativo por emanar, cumulativa ou alternativamente, regras de diversa índole. Designadamente: leis penais e sancionatórias (*v.g.*, que previnam e punam o desrespeito por certos direitos básicos); regras de segurança (*v.g.*, na utilização de certas tecnologias, fontes de energia ou substâncias perigosas, no exercício de certas actividades poluentes ou nos locais de trabalho); normas que estabelecem obrigações de informação e rotulagem (*v.g.*, no domínio da segurança alimentar e dos medicamentos); normas que tutelam a parte mais fraca de uma relação contratual (*v.g.*, como sucede em certos âmbitos do direito do consumo); normas de organização, procedimento e processo (*v.g.*, destinadas a criar as condições institucionais de respeito por certo direito ou a permitir o acesso dos seus titulares a uma tutela cautelar efectiva)[56].

Em todo o caso, o cumprimento destes deveres por parte do Estado é por regra marcado por uma significativa liberdade de conformação do legislador, que lhe permite delinear diferentes estratégias, fazendo escolhas de entre os diversos instrumentos disponíveis (mais ou menos agressivos) ou usando-os de forma complementar. Essa liberdade de conformação tem como principal limite o princípio da proporcionalidade, na sua dupla vertente de *proibição de defeito* – ou de protecção insuficiente – e de *proibição de excesso* – ou restrição injustificada. Isto é, se o legislador tem que conferir ao direito fundamental sob ameaça um grau de protecção que seja constitucionalmente aceitável, considerando as variáveis acima apontadas – sob pena de pecar por omissão (total ou parcial), naturalmente aferível pelos tribunais –, também só pode levar essa protecção até onde as eventuais medidas restritivas para o efeito mobilizadas possam ainda, nos termos do nº 2 do artigo 18º, considerar-se não excessivas para

[54] Infra, §3º, ponto 10.
[55] Infra, §4º, ponto 12.1.
[56] Infra, §4º, ponto 12.4; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 344.

salvaguardar o direito ameaçado – sob pena de inconstitucionalidade por acção, também controlável pelos tribunais[57].

1.3. Delimitação conceptual

Este não pretende ser um estudo sistemático das denominadas *dimensões objectivas* – ou sobre o conteúdo objectivo – dos direitos fundamentais. Não será por aqui, pois, que o lado objectivo destes direitos sairá do nevoeiro que envolve o respectivo conceito desde o seu surgimento[58]. E, da mesma forma, não tem também este trabalho a pretensão de abordar a totalidade dos *deveres de actuação do legislador* (ou dos demais poderes públicos) no domínio jusfundamental, nem tão-pouco a de versar o conjunto das *vertentes positivas* daqueles direitos.

I – Em primeiro lugar – mesmo assumindo, o que não é de todo pacífico, que os deveres de protecção são essencialmente objectivos e que apenas em casos pontuais se transmutam em termos que permitem a dedução de pretensões subjectivas[59] –, são várias as dimensões objectivas dos direitos fundamentais que, de forma mais ou menos nítida, se assumem na doutrina com autonomia relativamente à figura em análise e que terão de ficar de fora do texto que agora se inicia. Isto apesar de serem frequentes, como se verá, as tentativas de fundamentar dogmaticamente os deveres de protecção nessa vertente objectiva dos direitos fundamentais[60-61].

Será o caso da chamada *função de irradiação* (ou eficácia irradiante), quando tomada em sentido estrito, e na qual os direitos fundamentais são havidos como referências determinantes nas operações de interpretação da lei ordinária[62] – e de realização do direito no caso concreto –, em termos tais que conduzem a uma verdadeira hermenêutica orientada e em conformidade com a Constituição jusfundamental[63]. Mas será igualmente o caso da chamada *dimensão institucional* dos direitos fundamentais, que obviamente é mais marcante em alguns tipos constitucionais – mormente nas "garantias" com o mesmo nome –, mas que não deixa também de estar presente no conjunto do acervo

---

[57] Infra, §4º, ponto 12.3; J.P. SILVA, *Interdição*, pp. 185 ss.; MAYER, *Untermaß*, esp. pp. 152 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 123 ss..

[58] SCHWABE, *Probleme*, p. 286, introduzindo o conteúdo objectivo dos direitos fundamentais como um *"Nebelbegriff"*. Também: HOLOUBECK, *Grundrechtlichen Gewährleistungspflicten*, pp. 81 ss.; MÜLLER, *Zur subjektiv- und objektiv rectlichen Bedeutung*, pp. 33 ss..

[59] ALEXY, *Teoria*, pp. 240 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 55 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss..

[60] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 117 ss..

[61] Infra, §1º, ponto 4.5.

[62] JARASS, *Funktionen*, pp. 625 ss., esp. pp. 649-650; STARCK, *Praxis*, pp. 21 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 220 ss..

[63] Distinguindo "interpretação orientada" e "interpretação conforme", R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 289-291.

jusfundamental, tal como sublinham algumas das mais conhecidas visões ditas institucionalistas[64]. De resto, de fora do campo de análise há-de ficar também a (mais esporadicamente referida) *função valorativa* dos direitos fundamentais – ou, na expressão do *Bundesverfassungsgericht*, o papel destes como "decisões de valor"[65] – e das normas que respectivamente os consagram[66]. O que se justifica, não tanto por causa das críticas doutrinais que têm sido dirigidas à associação entre direitos fundamentais e sistemas de valores – e, em particular, da argumentação desenvolvida em torno da "tirania dos valores"[67] –, mas antes porque, salvo num ou noutro caso pontual, não se vêem grandes elementos de contacto entre tal função e a missão constitucional a que são chamados os deveres estaduais de protecção[68].

Em segundo lugar, não obstante os deveres de protecção implicarem para o legislador obrigações de actuação – produzindo, com significativa liberdade criadora, normas de diferente índole destinadas a assegurar a tutela preventiva ou repressiva dos bens jurídicos fundamentais –, são várias as categorias de *deveres específicos de actuação legislativa* – para além, portanto, do dever geral de produção das leis requeridas pelo interesse público[69] – cuja análise não caberá nas fronteiras desta investigação. Mesmo excluindo de antemão as imposições legislativas existentes em sede de Constituição económica e de organização do poder político, será designadamente o caso[70]:

a) Dos *deveres de concretização* de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas – independentemente de remissão constitucional expressa para lei ordinária –, os quais estão sobretudo presentes no domínio dos direitos sociais, entre as incumbências do Estado, mas que pontualmente também se encontram entre os direitos de liberdade (*v.g.*, nº 6 do artigo 41º)[71].

b) Dos denominados *deveres de conformação* dos regimes jurídicos, substantivos ou adjectivos, que são pressuposto normativo necessário do normal exercício de certos direitos – como sucede, no âmbito do direito privado, com a propriedade (artigo 62º), o direito a contrair casamento (artigo 36º) ou com a liberdade de associação (artigo 46º)[72] –, mas que também surgem no âmbito do direito público, como ocorre por exemplo na relação entre o direito de voto e a legislação eleitoral[73].

---

[64] M.O. MARTINS, *Contributo*, esp. pp. 82 ss.; HÄBERLE, *La garantía*, pp. 71 ss.; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 165 ss..

[65] KRINGS, *Grund*, pp. 164 ss..

[66] Em todo o caso, sobre a função de valor como função-base (do lado objectivo) dos direitos fundamentais (ou como segunda função originária), DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 155 ss..

[67] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 130 ss.; KRINGS, *Grund*, p. 168.

[68] Também J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 80 ss..

[69] Para a distinção entre *dever geral* e *deveres específicos*: J.P. SILVA, *Dever*, pp. 21 ss.; EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 148-152.

[70] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 326-327.

[71] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 474 ss..

[72] N. BRITO, *A justificação*, esp. pp. 963 ss.; JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 22 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 92 ss..

[73] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 158 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 149 ss..

c) De alguns dos *deveres que impendem sobre o legislador em matéria de organização, procedimento e processo*, que – como em breve se verificará – respeitam à criação das estruturas e condições institucionais adequadas ao pleno exercício de determinados direitos e, bem assim, à disponibilização aos respectivos titulares dos instrumentos procedimentais e processuais indispensáveis à sua tutela jurídica efectiva.

d) De um eventual *dever (mais genérico) de promoção e de efectivação dos direitos fundamentais*, que seja ainda possível autonomizar dos anteriores, enquanto elemento decisivo de caracterização e como fundamento legitimador de um renovado paradigma da estadualidade – o *"Estado de direitos fundamentais"*, como aquele modelo de Estado que se estrutura e age de modo a criar um ambiente favorável ao mais profundo respeito e ao mais amplo exercício daqueles direitos[74].

e) Das *"positive obligations"* decorrentes de várias convenções internacionais sobre direitos do homem, quer enquanto deveres de transposição legislativa de normas directamente vinculativas dos Estados, quer como deveres de actuação deduzidos pelos órgãos jurisdicionais encarregados da sua interpretação e aplicação[75].

Por conseguinte, sem prejuízo das relações de proximidade que vários destes deveres têm (não apenas entre si, mas) com a figura dos deveres de protecção de direitos fundamentais – quantas vezes estas diferentes vinculações não formam uma teia que, de tão apertada, torna difícil saber o que vem de onde[76] –, a verdade é que a análise subsequente não poderá senão recair apenas sobre estes últimos.

Em terceiro lugar, apesar de os deveres de protecção implicarem para os diferentes órgãos do poder público prestações positivas de diferente natureza – se bem que, como de disse, essa vertente não esgote a sua caracterização dogmática –, não serão aqui abordadas todas as *obrigações de facere* a que o Estado está adstrito em consequência da sua vinculação às normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais. Essa tarefa revelar-se-ia verdadeiramente desmedida, em extensão e em complexidade, porque em última análise "todos os direitos fundamentais são positivos"[77] – mesmo que essa unidade seja bem mais aparente do que real, dado que a *positividade* varia muitíssimo, não apenas no seu grau de intensidade, mas sobretudo na sua localização (mais central ou mais periférica) dentro da estrutura jurídica dos direitos fundamentais como um todo[78].

---

[74] Fundamento esse paralelo à tradicional fundamentação do Estado através do impedimento da guerra civil, de todos contra todos: DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 146; igualmente, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 261-269.

[75] Embora apenas por referência à CEDH: MOWBRAY, *The development*, *passim*; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 191 ss.; RENUCCI, *Traité*, pp. 87 ss.; F. SUDRE *et alli*, *Les grands arrêts*, pp. 18 ss..

[76] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 86-88.

[77] HOLMES / SUNSTEIN, *The cost*, pp. 35 ss..

[78] J. NOVAIS, *Direitos sociais*, esp. pp. 282 ss..

Muito em particular, há-de excluir-se da análise a empreender toda a problemática dos direitos sociais, independentemente do modo concreto como estes sejam configurados pela doutrina, pela jurisprudência ou pelo direito positivo. Ou seja[79]:

a) Como direitos (originários) a prestações, fundados directamente nas normas constitucionais que especificamente os consagram;

b) Como direitos (derivados) a prestações legalmente definidas, em concretização daquelas normas constitucionais[80];

c) Como direitos de quota-parte ou de acesso, em condições de igualdade e procedimentalmente justas, aos diferentes programas em que se materializam as políticas sociais – e, portanto, também como direitos a participar na repartição dos recursos públicos[81-82];

d) Como garantias de um "mínimo de existência condigna", inerente ao princípio do Estado Social ou, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana[83];

e) Como direitos dotados (apenas) de um "conteúdo essencial" constitucionalmente determinável[84];

f) Como direitos de determinadas categorias de pessoas – atribuídos claramente em termos não universais, portanto –, que pela sua especial vulnerabilidade carecem de apoio (jurídico) ou assistência (material) do Estado para o exercício normal dos seus direitos (*v.g.*, direitos dos idosos, dos deficientes, das crianças ou das mulheres grávidas)[85].

De um modo ou de outro – ainda que seja pertinente a questão de saber se pode haver deveres de protecção de bens jurídicos que integram o conteúdo dos direitos sociais[86] –, uns e outros nunca se confundem no plano teórico. Com efeito, em si mesmos, os direitos sociais não se orientam contra potenciais agressões ou riscos originados por terceiros privados ou por forças externas. Em matéria de direitos fundamentais, só em sentido figurado se pode falar, por exemplo, em risco de pobreza ou em perigo de desemprego. Ao menos quando se deixaram já de lado as concepções acerca dos direitos sociais que, partindo da sua qualificação como direitos de cidadania, deduzem dogmaticamente a sua atribuição em termos universais, o pressuposto de base destes reside na existência de situações de carência objectiva, em domínios concretos da vida dos cidadãos – e não em quaisquer perigos e riscos para bens jurídicos

[79] ALEXY, *Teoria*, pp. 482 ss.; RÜFNER, *Leistungsrechte*, pp. 679 ss.; MURSWIEK, *Grundrechte*, pp. 243 ss..
[80] No pós-76, sobre estas duas primeiras visões, G. CANOTILHO, *Constituição dirigente*, pp. 368 ss..
[81] STARK, *Teilnahmerechte*, pp. 709 ss..
[82] Artigo 76º, nº 1, e Acórdão nº 142/94 (propinas no ensino superior).
[83] V. ANDRADE, *O "direito*, pp. 21 ss.; J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 190 ss.. Neste sentido, Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção).
[84] J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 199 ss.. Linha aparentemente seguida no Acórdão nº 400/2011 (alimentos devidos a menores).
[85] Artigos 68º a 72º. Amplamente, sobre os direitos das crianças, J. ALEXANDRINO, *O discurso*, pp. 51 ss., e pp. 129 ss..
[86] Infra, §3º, ponto 9.1.1.

individuais, especificamente imputáveis a fontes não-estaduais. Ademais, os deveres de protecção dirigem-se essencialmente à conservação do *status quo*, zelando tanto quanto possível pela intangibilidade de certos bens jurídicos – ao contrário dos direitos sociais, que têm sido ao longo dos anos apresentados como fundamento para a transformação da realidade económico-social e para a melhoria das condições de vida das pessoas.

II – Mais delicada – e, por isso, merecedora de um pouco mais de atenção – é a relação que se estabelece entre os deveres do legislador de protecção de direitos fundamentais e os deveres do legislador de emanação de *normas de organização, procedimento e processo*, também estes tidos comummente como um reflexo da dimensão objectiva dos direitos em apreço[87]. Pense-se, a respeito destes últimos deveres, na necessidade de estruturação legislativa do procedimento expropriatório e no seu controlo jurisdicional, assim como nas exigências organizacionais e procedimentais aplicáveis à verificação da objecção de consciência ou à concessão do direito de asilo. Reflicta-se, de igual modo, nas imposições derivadas da liberdade de ensino e de investigação no domínio da organização e funcionamento das instituições públicas universitárias (*v.g.*, composição e competências dos respectivos órgãos, regime de contratação e progressão de docentes e investigadores) e, bem ainda, nas exigências de independência e de imparcialidade, colocadas pelas liberdades de expressão e de imprensa aos órgãos de comunicação social do sector público e que, obviamente, se repercutem na sua organização interna e modo de funcionamento[88].

Porque pressupõem uma potencial agressão externa, de proveniência não estadual, e se estruturam por regra em face de terceiros (privados), os deveres estaduais de protecção parecem ter à partida uma natureza jurídica diferente da que é própria destes deveres de actuação mediante regras de organização, procedimento e processo[89]. Aliás, olhando aos exemplos referidos – e que são porventura os mais frequentemente citados[90] –, verifica-se que a convocação de normas de organização, procedimento e processo se destina, respectivamente, a salvaguardar o direito de propriedade, a liberdade de consciência, o acesso ao estatuto de exilado, a liberdade de ensino e investigação (quando não a própria autonomia universitária), e as liberdades de expressão e imprensa, precisamente, contra o próprio Estado, que desse modo assume em cada uma das situações consideradas uma clara posição de agressor potencial – e não a de guardião dos bens jurídicos em causa contra quaisquer outras ameaças exteriores. Por outras palavras,

---

[87] SCHMIDT-AβMANN, *Grundrechte*, pp. 993 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 232 ss.; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 328 ss.; DENNINGER, *Staatliche Hilfe*, pp. 291 ss.. Mais amplamente: GÖERLICH, *Grundrechte*, esp. pp. 186 ss., e pp. 243 ss.; BERGNER, *Grundrechtsschutz*, esp. pp. 34 ss., e pp. 105 ss..

[88] Com outros exemplos: J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 326-327; desenvolvidamente, quanto às liberdades da comunicação, J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 869 ss..

[89] KRINGS, *Grund*, p. 193.

[90] Procurando categorizar estes deveres, a partir dos exemplos disponíveis: ALEXY, *Teoria*, pp. 454 ss.; G. CANOTILHO, *Tópicos*, pp. 20 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 52 ss..

as exigências normativas de índole organizacional, procedimental e mesmo processual, destinadas a garantir os mencionados bens jusfundamentais – pelo menos quando estes se apresentam na sua configuração mais comum – têm aqui por escopo assegurar os direitos contra eventuais agressões emanadas das próprias instâncias estaduais – numa perspectiva de direitos de defesa – e não contra potenciais agressões de terceiros – numa perspectiva de deveres de protecção[91].

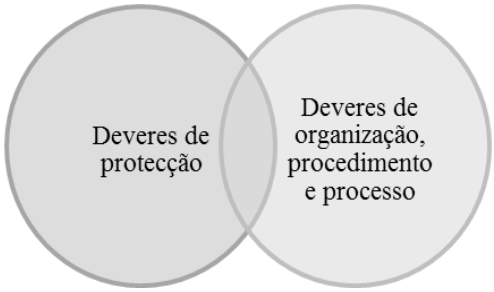
Não obstante, nem sempre assim ocorre. Longe disso. Como melhor de irá compreendendo ao longo do texto, outros casos existem em que deveres de protecção e deveres de organização, procedimento e processo se interceptam. São os próprios deveres de protecção de direitos fundamentais que permitem (ou, inclusive, reclamam) a dedução de determinantes organizativas, procedimentais e processuais, com o propósito de salvaguardar a integridade de certos bens jusfundamentais em face de ameaças de proveniência não estadual, quer estas se identifiquem com terceiros privados, quer tenham fontes de outra natureza[92]. Em particular, os procedimentos públicos (normalmente de feição administrativista) servem muitas vezes, nas relações tripolares (ou multipolares), uma função de delimitação de esferas jusfundamentais colidentes[93]. Tipicamente, em inúmeras das chamadas decisões administrativas de risco – por exemplo, quando se trata da autorização ou do licenciamento público de actividades poluentes ou perigosas, que podem colocar em perigo a vida, a saúde ou a integridade física dos vizinhos, dos utentes, dos consumidores ou da população em geral[94] – podem desprender-se das normas constitucionais deveres normativos de organização e procedimento, agora destinados a proteger os titulares daqueles direitos em face das agressões resultantes do exercício da actividade autorizada ou licenciada.

Antes de mais, exige-se que os direitos dos terceiros potencialmente afectados sejam introduzidos no procedimento de modo a poderem ser aí adequadamente ponderados[95]. Procedimentos de autorização ou licenciamento rigorosos – e, antes destes, os próprios procedimentos de planificação, quando não a própria estruturação das instituições e serviços administrativos que os põem em marcha – correspondem à satisfação de exigências dos deveres de protecção que impendem sobre o Estado relativamente aos bens jusfundamentais dos potenciais afectados, a começar por aqueles que se encontram numa relação de maior proximidade (geográfica ou social)[96]. E, quem diz procedimento, diz naturalmente processo, uma vez que a Constituição não se preocupa apenas com a tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais quando o agressor se encontra entre os próprios poderes públicos. Dependendo dos direitos, como é evidente, assim também certas regras processuais específicas estarão (ou não) directamente ao serviço da

[91] HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 346.
[92] HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 339.
[93] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 253.
[94] FABIO, *Risikoentsheidungen*, esp. pp. 52 ss..
[95] V.P. SILVA, *Em busca*, pp. 333 ss.; GOERLICH, *Grundrechte*, esp. pp. 343 ss..
[96] HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 351.

necessária defesa de bens jusfundamentais (máxime de natureza pessoal, em conformidade com o nº 5 do artigo 20º) em caso de agressões privadas ou afins.

Em suma, sem tomar partido sobre o problema do significado dogmático dos deveres de organização, procedimento e processo, é inegável que estes se apresentam em termos diferenciados: umas vezes ao serviço das dimensões de defesa dos direitos fundamentais – quando a tutela dos respectivos bens se ordena relativamente ao poder público interno –; outras vezes ao serviço da dimensão de protecção – sempre que se posicionam frente a agressões de origem não estadual (seja privada, desconhecida, externa ou natural). Por conseguinte, a relação que existe entre as duas figuras constitucionais pode representar-se graficamente através de duas circunferências secantes[97]:



Há certamente uma zona de sobreposição – em que a protecção dos direitos fundamentais em face de ameaças não estaduais internas se efectua através de instrumentos organizativos, procedimentais e processuais, que cabe em primeiro lugar ao legislador conformar em termos adequados –, mas há também duas zonas distintamente autónomas. Uma, em que a protecção de direitos fundamentais se desenvolve com recurso a normas jurídicas de outra natureza: normas penais e contraordenacionais; normas de segurança; normas sobre informação ou, em termos mais genéricos, normas de regulação material de relações intersubjectivas privadas (*v.g.*, regras especiais de responsabilidade civil, de tutela da parte mais fraca, ou que estabelecem obrigações acessórias). Outra, em que as normas legais de organização das instituições públicas, de regulação dos respectivos procedimentos e as normas processuais editadas pelo legislador têm como fim principal limitar o próprio poder do Estado, na sua relação com os cidadãos, evitando ou corrigindo incursões desnecessárias ou abusivas na esfera jusfundamental destes.

Evidentemente que não há aqui fronteiras cortantes, nada impedindo que a mesma regra organizatória, o mesmo procedimento ou o mesmo processo tutelem certo direito fundamental simultaneamente em face de ameaças estaduais e de ameaças privadas. Nem sequer existe qualquer obstáculo a que a protecção de um qualquer bem jusfundamental, originariamente localizada na zona de autonomia, se desloque (ou se expanda) para a zona de sobreposição – como terá sido o caso da protecção

[97] Algo diferentemente, J.P. SILVA, *Dever*, p. 38.

da vida intra-uterina, que deslizou do contexto penal para o campo do procedimento médico-administrativo[98].

III – Por último, este é um trabalho que – tanto quanto essa opção é legítima nos dias que correm – adopta marcadamente uma perspectiva de direito interno, deixando inconsiderado o problema dos eventuais deveres de protecção que possam resultar para o Estado português, e até para outras instâncias políticas, do Direito da União Europeia e do Direito Internacional dos Direitos do Homem.

É certo que as temáticas do perigo e do risco, sobretudo nos domínios do ambiente, do progresso tecnológico e da segurança, assumem no presente uma dimensão supranacional e mesmo global, em face da qual, portanto, a escala do Estado e dos seus instrumentos de acção é já hoje manifestamente curta e estreita-se a cada dia que passa. Problemas globais precisam obviamente de soluções globais, assim como problemas à escala regional carecem de decisões tomadas e aplicadas a esse mesmo nível[99]. Não obstante, é importante também separar as águas: a intercomunicação entre Direito Constitucional, Direito da União Europeia e Direito Internacional dos Direitos do Homem – que é patente no processo de desenvolvimento de novos princípios jurídicos, como o da prevenção e da precaução, que são decisivos nos domínios em apreço[100] – não impede o reconhecimento de que há especificidades de cada um dos ramos de direito referidos que dificultam muito uma abordagem conjunta das fontes (normativas e jurisprudenciais). Intercomunicabilidade não equivale a assimilação. Muito em particular, no que toca aos deveres jusfundamentais de protecção, é patente não apenas que o tratamento dogmático do tema tem alcançado muito maior profundidade no Direito Constitucional, mas também que no plano europeu e internacional ele se acha, com demasiada frequência, diluído no conjunto das obrigações positivas dos Estados em matéria de direitos fundamentais[101].

2. Sequência

O ambiente auspicioso que, ao longo dos últimos anos, tem acompanhado a introdução dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais na dogmática e na prática constitucional portuguesas, não exonera todavia a doutrina de procurar responder à questão "de onde vêm, afinal, estes deveres?". Esta interrogação sobre o ADN destas particularíssimas obrigações estaduais de tutela

[98] Para a avaliação desse procedimento, Acórdão nº 75/2010 (aborto V).
[99] P. SINGER, *Um só mundo*, pp. 155 ss..
[100] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 252 ss..
[101] À luz da CEDH, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 191 ss.; sucessivamente segundo a CEDH e o direito da União Europeia, JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 103 ss., e pp. 183 ss.; conjuntamente sobre os direitos europeus, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 459 ss..

jusfundamental deve, aliás, declinar-se noutras perguntas não menos pertinentes: "de onde vêm eles historicamente?"; "como vêm sendo fundamentados de um ponto de vista teórico?"; e "que pontos de apoio podem eles invocar no direito positivo?". Não basta, pois, saber "como são na realidade" os deveres de protecção, descrevendo os seus contornos e os (três) grandes elementos estruturantes das relações em que se inserem. A sua compreensão integral não é compatível com a uma análise a-histórica ou com uma atitude estritamente pragmática, que apenas se interessa por saber se do direito consagrado em certo artigo é possível ou não deduzir, com recurso a uma metodologia específica, um dever de protecção com o conteúdo *x* ou *y*.

I – Por conseguinte, importa conhecer antes de mais nada – ainda que certamente sem o aprofundamento que o tema mereceria – quais são as mais significativas raízes da figura em causa (§1º). Tarefa que se desdobrará em três momentos essenciais.

a) Primeiro, a localização histórica das teorias políticas em que se apoiam as correntes de pensamento que, de um lado, olham os direitos fundamentais como (meros) espaços de liberdade frente ao poder público e como garantias dos indivíduos contra as intervenções arbitrárias desse mesmo poder – concepção largamente dominante e de que são tributários os chamados direitos de defesa – e daquelas que, de outro lado, procedem ao entrosamento entre os direitos fundamentais e a denominada função de segurança do Estado – onde verdadeiramente se radicam os deveres estaduais de protecção (ponto 3).
b) Num segundo momento, importará perceber a razão pela qual as Constituições modernas e contemporâneas fazem, no essencial, eco daquela primeira concepção teórica, remetendo para as suas entrelinhas a segurança (dos bens jusfundamentais) dos cidadãos. Para perceber como foi possível ultrapassar essa tendência de subalternização da tutela dos bens jusfundamentais em face de ameaças não estaduais, será então inevitável fazer uma incursão nas mais recentes teorias dos direitos fundamentais, para aí perceber qual a mais-valia que esta nova (ou renovada) função dos direitos básicos pode ainda ter, sobretudo quando confrontada com a inexorável desagregação de funções (ou dimensões) jusfundamentais a que se assiste na actualidade. Ainda neste contexto, impor-se-á uma abordagem do problema da fundamentação positiva dos deveres de protecção no texto constitucional português e, em particular, dos deveres especiais de protecção que aí encontram arrimo (ponto 4).
c) Por fim, num terceiro momento, será necessário descer à realidade e fazer uma breve análise das relações jusfundamentais de protecção do ponto de vista da sua estrutura jurídica. Apesar de o seu modelo paradigmático ser o das relações triangulares, a realidade demonstra que a protecção dos bens jurídicos fundamentais se processa também em relações bipolares e em

relações multipolares. Aliás, nem tão-pouco as relações triangulares são iguais entre si, podendo pelo menos discernir-se entre as simétricas e as assimétricas (ponto 5).

II – Uma coisa é a fundamentação (teórica e positiva) da figura dos deveres de protecção de direitos fundamentais num determinado contexto constitucional, outra bem diferente é a dedução de deveres concretos de protecção de um determinado direito fundamental, considerando as circunstâncias jurídicas e fácticas em que se encontra o respectivo titular. À semelhança do que sucede com o §2º do nº 1 do artigo 1º da Constituição de Bona – e com a vinculação aí consagrada de todos os poderes estaduais à protecção da dignidade da pessoa humana[102] –, também na Constituição de 1976 será possível, partindo da alínea *b)* do artigo 9º, localizar no artigo 18º a fonte geral dos deveres de protecção de direitos fundamentais. Mas isso não significa que a inferência de cada dever de protecção não tenha em concreto de passar por uma análise na especialidade do direito fundamental em apreço (e do direito fundamental com o qual se confronta). Ou seja, não obstante a presença de uma disposição constitucional que, em termos panorâmicos, projecta sobre os poderes estaduais exigências de tutela efectiva relativas ao conjunto dos direitos fundamentais, é das normas que consagram cada um destes em especial que, em última análise, têm de ser extraídos os deveres de protecção, nada dispensando portanto a consideração analítica do seu conteúdo e a sua exegese rigorosa.

Esta dedução a partir da interpretação das normas constitucionais de deveres concretos de protecção de direitos fundamentais pressupõe, como se adiantou, a utilização de uma metodologia singular, que implica naturalmente operações argumentativas complexas, a desenvolver em diferentes estádios, bem como o cumprimento de exigentes obrigações de ponderação e fundamentação[103]. Caso contrário, correr-se-ia o sério risco de dar razão aos detratores da figura em causa: banalização dos deveres de protecção e, por consequência, transformação dos direitos fundamentais no seu próprio contrário; perturbação de outros equilíbrios inerentes à estadualidade de direito, como os que devem presidir às relações entre o poder legislativo e o poder jurisdicional, *maxime* no que toca à jurisdição constitucional[104].

Tomando o já referido arquétipo das chamadas relações jusfundamentais triangulares, são assim de considerar em separado cada um dos três elementos estruturais dos deveres de protecção, embora com a consciência de que, na realidade, eles se apresentam intimamente entrelaçados: o *agressor*, o *lesado* e o

[102] Sobre a influência do dever de protecção da dignidade da pessoa humana constante do nº 1 do artigo 1º relativamente aos "direitos fundamentais subsequentes", DÜRIG, *Der Grundrechtssatz*, pp. 118 ss.. Presentemente, ALEXY, *Teoria*, p. 439; STERN, *Die Würde*, pp. 74 ss., e pp. 96 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 28-29; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 137 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 93 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 142 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 42-44; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde*, pp. 95 ss.. No contexto português, sobre as funções da dignidade da pessoa, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, II, pp. 323 ss..

[103] Sublinhando a necessidade de uma "fundamentação específica", CANARIS, *Direitos*, p. 103.

[104] Desenvolvidamente, DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 275 ss..

(Estado) *protector*[105]. Mais precisamente, é importante analisar primeiro o fenómeno do perigo, as suas características e as suas diferentes fontes – vendo a relação triangular pelo ângulo do agressor (potencial ou efectivo) –, procurando determinar qual a relevância jurídico-constitucional das respectivas manifestações (§2º). Num momento subsequente – perspectivando agora a mesma relação pelo ângulo do lesado (potencial ou efectivo) –, será necessário fazer uma aproximação aos bens jurídicos que constituem o objecto dos direitos fundamentais, para assim identificar, em função da respectiva natureza, quais os que podem aconselhar ou reclamar medidas activas de protecção estadual e, em caso afirmativo, com que configuração e intensidade (§3º). Num momento final, impor-se-á a consideração dos diversos destinatários dos deveres de protecção – ou seja, aquelas entidades públicas, mas também privadas, que estão adstritas ao seu cumprimento –, averiguando os termos da respectiva vinculação às tarefas protectoras de bens jurídicos fundamentais (§4º).

A análise isolada de cada um dos três elementos do triângulo jusfundamental não esgota o processo argumentativo que conduz à dedução de deveres concretos de protecção de direitos fundamentais. Ela permite recolher e alinhar os dados jurídicos (e materiais) que serão utilizados para pôr em marcha aquela que é porventura a mais sensível equação destinada a inferir deveres de protecção, mas não permite ainda afirmar em termos definitivos a existência de quaisquer imposições concretas de actuação protectora. Para alcançar este desiderato, será ainda mister entrelaçar de uma forma predeterminada os ditos elementos que compõem a estrutura triangular das relações jusfundamentais – sobretudo no que se refere ao risco (potencial agressor) e ao bem jurídico a proteger (potencial lesado)[106] –, procurando fixar em termos aproximados aquilo que tem sido designado, embora com muitas oscilações semânticas, como o *limiar do perigo relevante*[107]. De resto, tal resultado deverá ser testado numa equação em que se ponderam quantitativa e qualitativamente os *custos* e os *benefícios* decorrentes das diversas possibilidades de adopção de mecanismos de protecção de direitos fundamentais (epílogo)[108].

---

[105] Embora não necessariamente pela ordem apresentada, ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 34; UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 21; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 44; KRINGS, *Grund*, p. 268; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 199 e 206; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 289 ss..

[106] Sublinhando a necessidade de autonomizar a análise dos elementos e o relacionamento entre os mesmos, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 109 ss..

[107] ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 37; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 105 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 85-88; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 76-78.

[108] Fundamentalmente, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 236 ss., esp. p. 240. Apontando múltiplas vantagens à análise custo/benefício, começando pelo facto de constituir um "factor de racionalidade da acção", M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 452-457.

§1º. FUNDAMENTAÇÃO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTECÇÃO

3. Fundamentação no plano da teoria política

Como ficou dito, desde os primórdios do movimento liberal até quase aos nossos dias que os direitos fundamentais são simultaneamente concebidos como espaços de autonomia do seu próprio titular, que lhe permitem efectuar o aproveitamento de um certo bem, e como posições jurídicas que os homens podem erguer perante o Estado, para se defenderem das agressões que este episodicamente desfere contra tal aproveitamento ou contra tal bem. Não obstante esta dupla vertente – como *direitos absolutos* e como *direitos relativos* em face do poder[109] –, trata-se no essencial de direitos que, garantindo aos respectivos titulares uma esfera reservada de actuação pessoal e social livre de interferência pública, encontram a sua verdadeira razão de ser na defesa dos indivíduos contra o Estado. Do lado deste, por sua vez, eles representam um limite mais ao exercício do seu poder – começando historicamente pelo executivo –, a par de outros, como o princípio da separação de poderes ou o princípio da legalidade[110].

Esta concepção dos direitos fundamentais – que, como se verá, é largamente tributária do pensamento de Locke – não é, todavia, a única que encontra as suas raízes no pensamento liberal (ou pré-liberal). Bem pelo contrário, cronologicamente antes da publicação dos *Dois Tratados sobre o Governo Civil* (1689), já Hobbes tinha no seu *Leviatã* (1651) procurado lançar as bases de uma outra visão dos direitos básicos do homem, que se preocupava essencialmente com a preservação dos bens jurídicos nas relações sociais, ou seja, nas relações horizontais que se estabelecem entre os membros da comunidade[111]. Partindo também da ideia de que cada homem é originariamente titular de um conjunto de *direitos*

[109] Salientando esta dupla vertente, P. MACHETE, *Estado de Direito*, pp. 519-520.
[110] HABERMAS, *Teoría*, p. 118, apontando aos direitos fundamentais liberais a função reflexa de "princípios de uma Constituição que organiza o Estado e a sociedade simultaneamente".
[111] Sobre o contributo de Hobbes para a teoria dos direitos fundamentais, ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 40 ss..

absolutos – porquanto, no estado de natureza, "todo o homem tem direito a todas as coisas"[112] –, a vertente *relativa* destes mesmos direitos desenvolver-se-ia claramente frente aos seus inimigos mais perigosos e mais comuns: os outros homens, dominados pelas suas nefastas paixões e permanentemente enredados em conflitos[113]. E não frente ao poder estadual, até porque este deveria ser detentor de um estatuto muito particular, de guardião da ordem e da paz, de estabilizador das relações sociais, que aparentemente não se deteria mesmo perante obstáculos jurídicos de tal natureza[114].

O subsequente confronto entre estas duas visões paradigmáticas dos direitos fundamentais revelará que, apesar de ter sido a primeira que (foi apoiada pela burguesia oitocentista e) saiu vencedora nas revoluções liberais e que, por isso, ficou gravada nas Constituições e declarações de direitos que aquelas originaram – e de a segunda ter ficado esquecida durante muitos e muitos anos, provavelmente porque associada aos preconceitos que sempre envolveram as ideias políticas do seu autor –, esta está agora a ter a sua vitória tardia, revelando-se indispensável para enfrentar os inúmeros problemas gerados por uma "nova guerra civil", de todos contra todos, que caracteriza as sociedades de risco globais e que os aparelhos públicos de poder têm imensa dificuldade em debelar[115]. Ao fim de mais de duzentos anos de Estado de Direito, verifica-se pois que nenhuma destas duas concepções contrapostas era detentora de toda a verdade e, sobretudo, que apenas a concatenação das duas permite alcançar a verdadeira natureza dos direitos fundamentais como posições jurídicas multifuncionais e dotadas de eficácia *erga omnes*.

3.1. Thomas Hobbes.

É sabido que a imagem global que Hobbes tem na história da teoria política não lhe é particularmente favorável e que, por essa razão, não é fácil colocá-lo na raiz de uma qualquer teoria dos direitos fundamentais. Visto como um pessimista, dominado por preconceitos e sentimentos negativos e muito influenciado pela época turbulenta em que viveu, tem-se extraído dessas premissas – em conjunto com algumas passagens seleccionadas das suas obras mais célebres – o desejo de fundamentar a necessidade de um poder absoluto, que tudo pode e tudo quer dominar em nome da paz e da segurança dos membros da sociedade[116]. Por regra, é-lhe mesmo negado um lugar na galeria dos autores liberais. Paradigmaticamente, é deixado à porta como um "individualista que teve medo" de o ser e preferiu o conforto de um poder providencial às incertezas e aos riscos de uma sociedade livre[117]. Mais do que um precursor da modernidade, é tido como um autor de transição ou, até, dada a sua obsessão com a paz e

[112] *Leviatã*, p. 115.
[113] Numa análise específica das causas do conflito, HAMPTON, *Hobbes*, pp. 58 ss..
[114] RAWLS, *Palestras*, p. 103.
[115] KRINGS, *Grund*, pp. 159-161; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 196.
[116] J.P. MONTEIRO, *Prefácio*, pp. 7 ss.; L.C. MONCADA, *Filosofia*, pp. 179 ss.; L. BERNS, *Thomas Hobbes*, pp, 405 ss.; MORROW, *History*, pp. 33 ss., e pp. 258 ss.; PRÉLOT / LESCUYER, *História*, I, pp. 291 ss.; TOUCHARD, *História*, II, pp. 104 ss.; PIOTTE, *Les grands penseurs*, pp. 164 ss.; HAMPTON, *Hobbes*, pp. 97 ss..
[117] D.F. AMARAL, *História*, I, p. 354; PRÉLOT / LESCUYER, *História*, I, p. 291.

com a ordem, como um arauto dos Estados autoritários e securitários do século XX[118]. Melhor sorte tiveram, portanto, outros autores, como Montesquieu – cuja ostensiva defesa dos privilégios da aristocracia não obnubilou a lisura da sua teoria da separação de poderes[119] –, e como o próprio Rousseau – em que a peculiar defesa do despotismo da maioria e a repugnância pela representação política e pela separação de poderes não ofuscaram o brilho da sua teoria da soberania popular[120].

Não obstante esta imagem negativa, uma releitura dos textos de Hobbes – e, em particular, da sua obra maior – revela não apenas uma preocupação genuína e surpreendentemente consistente com a garantia da "liberdade dos súbditos" (capítulo XXI), mas também com a adopção de institutos jurídicos que viriam a revelar-se peças importantes no processo de edificação dos Estados de Direito. Isto também não significa, como é óbvio, que Hobbes deva ser liminarmente absolvido dos pecados que, enquanto pensador político, também cometeu e não deixam de ressaltar do seu texto[121]. Mas, segundo se crê, quererá pelo menos dizer que a penitência a que tem sido sujeito pela história das ideias políticas é demasiado severa, por ausência de consideração de alguns dos aspectos mais inovadores da sua obra[122].

I – Assim, em primeiro lugar, a convicção de Hobbes acerca da igualdade dos homens é inequívoca e particularmente bem construída do ponto de vista jurídico[123]. Com efeito, "a natureza fez os homens todos iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito"[124]. A nona lei da natureza é, precisamente, a de que "cada homem reconheça os outros como seus iguais"[125]. Mesmo quando entre os homens se encontram diferenças quanto a estes dois aspectos – ou porque um homem é mais forte do que outro, ou mais vivo do que outro –, o relevante é que "quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa igualmente aspirar"[126]. Por outras palavras, as diferenças naturais existentes entre os homens são puramente acidentais e, nessa medida, não permitem fundar um tratamento jurídico diferenciado. Pelo contrário, da primacial igualdade dos homens quanto à sua capacidade "deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos os nossos fins"[127] – e, em particular no estado de natureza, o facto de "todo o homem ter direito a todas as coisas"[128].

---

[118] D.F. AMARAL, *História*, I, pp. 384-385; J.P. MONTEIRO, *Prefácio*, pp. 7-9; WOLIN, *Hobbes*, pp. 19 ss., acusando o autor de ter "mentalidade despótica" e de "legitimar o despotismo".
[119] *O espírito das leis*, pp. 171-172.
[120] *O contrato social*, pp. 27, 33-35, e 96-97. Numa análise não complacente, I. BERLIN, *Rousseau*, pp. 49 ss..
[121] Sobre o excesso de "contexto" na análise da obra de Hobbes, por contraposição ao seu "texto": M. MORGADO, *A aristocracia*, pp. 232 ss..
[122] Apontando Hobbes como o fundador de uma "nova ciência política", STRAUSS, *The political*, pp. 129 ss..
[123] HAMPTON, *Hobbes*, pp. 24-27
[124] *Leviatã*, p. 109. Também, p. 179, afirmando que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres".
[125] *Leviatã*, pp. 131-132, defendendo que a "a desigualdade actualmente existente foi introduzida pelas leis civis".
[126] *Leviatã*, p. 109.
[127] *Leviatã*, p. 110.
[128] *Leviatã*, p. 115.

Em segundo lugar, não é precisa a ideia de que ao entrar no estado de sociedade o homem é forçado, em nome da paz social e da segurança para a sua pessoa, a renunciar ou a alienar definitivamente todos os seus direitos[129-130]. Com efeito, se é fundamental que os homens renunciem "a certos direitos de natureza", perdendo o direito a "fazer tudo o que lhes apraz", também "é necessário para a vida do homem que alguns desses direitos sejam conservados, como o de governar o próprio corpo, desfrutar o ar, a água, o movimento, os caminhos para ir de um lugar a outro, e todas as outras coisas sem as quais não se pode viver, ou não se pode viver bem"[131]. Sem prejuízo da debilidade deste elenco de direitos – noutra passagem referem-se já a "liberdade de comprar e vender, ou (…) de realizar contratos mútuos, de cada um escolher a sua residência, a sua alimentação, a sua profissão, e instruir os seus filhos conforme achar melhor"[132] –, o mais importante é verificar que existe espaço, no pensamento de Hobbes, para colocar a questão dos direitos fundamentais: isto é, dos direitos inatos que o homem conserva após a celebração do contrato. Ou, nas palavras do próprio, daqueles "direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir", como sucede com o direito a defender a sua vida, a sua integridade física, a sua liberdade (física) e com o governo da sua vida privada[133]. Pode mesmo dizer-se que, até certo ponto, "o elemento basilar da teoria política de Hobbes é só um: o indivíduo portador de direitos"[134].

Em terceiro lugar, não obstante caber ao soberano, através do seu poder legislativo, "prescrever as regras através das quais todo o homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as acções que pode praticar sem ser incomodado por qualquer dos seus concidadãos" – e, portanto, definir o regime daquilo a que "os homens chamam propriedade" –, Hobbes considera que a "verdadeira liberdade dos súbditos" consiste naquelas "coisas que, embora ordenadas pelo soberano, não obstante [os súbditos] podem sem injustiça recusar-se a fazer"[135]. No fundo, porque "todo o súbdito tem liberdade em todas aquelas coisas cujo direito não pode ser transferido por um pacto", se o poder pretender constranger os homens à obediência em qualquer um desses domínios, estes podem legitimamente exercer um direito de resistência[136]. Esta simples ideia de um direito de resistência contra o Estado – que, só por si, repugnaria a qualquer defensor do poder absoluto – declina-se aliás em várias faculdades[137]. Nomeadamente[138]:

---

[129] Não obstante, D.F. AMARAL, *História*, I, p. 379.

[130] Mesmo não sobrevalorizando a polémica (literal) sobre a "transferência" ou "desistência" (*et alli*) dos direitos: HAMPTON, *Hobbes*, pp. 114 ss.. Preferindo falar de uma "autorização" dirigida ao soberano para agir sobre direitos, e não de renúncia, Sublinhando este ponto, RAWLS, *Palestras*, p. 110.

[131] *Leviatã*, p. 123.

[132] *Leviatã*, p. 177.

[133] *Leviatã*, p. 115.

[134] M. MORGADO, *A aristocracia*, p. 256.

[135] *Leviatã*, p. 179.

[136] *Leviatã*, p. 180.

[137] Sustentando, contudo, que nem mesmo estas "liberdades invioláveis" põem em causa o "direito absoluto do soberano", L. BERNS, *Thomas Hobbes*, p. 408.

[138] Em termos mais desenvolvidos, D.F. AMARAL, *História*, I, p. 283; também PIOTTE, *Les grands penseurs*, pp. 170-171.

a) Existe liberdade de desobedecer se "o soberano ordenar a alguém (…) que se mate, se fira ou se mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar alimentos, o ar, os medicamentos ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver";
b) "Se alguém for interrogado (…) relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (…) a confessá-lo, porque (…) ninguém pode ser obrigado por um pacto a acusar-se a si próprio"[139]
c) E deve ainda reconhecer-se um direito à objecção de consciência, para aqueles que não possuem a necessária coragem para combater, bem como um direito de resistência colectiva para aqueles que procuram subtrair-se a uma condenação à morte[140].

Em quarto lugar, a par das faculdades acabadas de enumerar, o filósofo britânico sustenta, depois, a existência de uma liberdade dos homens que, dependendo do "silêncio da lei", em alguns lugares é maior e noutros menor[141]: "nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súbdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conformemente à sua discrição"[142]. Quer dizer, portanto, que para o autor do *Leviatã* haverá que discernir pelo menos três espaços jurídicos diferentes na relação entre o soberano e os súbditos: uma zona coberta pela lei, em que, por força das obrigações assumidas livremente com o contrato social, os homens devem obediência às regras definidas pelo soberano; uma zona diametralmente oposta, de "verdadeira liberdade" em face do poder, respeitante aos direitos irrenunciáveis e que por isso não podem em circunstância alguma constituir objecto do dito contrato; e uma zona intermédia, (ainda) não coberta pela lei, em que vigoraria – numa terminologia actual – uma espécie de liberdade geral de acção.

Nem se pense que a primeira destas zonas – onde se situa a regulação da propriedade, numa acepção amplíssima que reaparecerá em Locke – é uma zona inteiramente sujeita à vontade arbitrária do soberano. Ao menos formalmente, é uma zona de legalidade, ao ponto de o próprio soberano poder ser demandado para cumprir a lei, tal como qualquer outra pessoa[143]. Com efeito, se "um súbdito tem uma controvérsia com o seu soberano, quanto a uma dívida ou um direito de posse de terras ou bens, ou quanto a qualquer serviço exigido das suas mãos, ou quanto a qualquer penalidade, corporal ou pecuniária, baseando-se em qualquer lei anterior, tem a mesma liberdade de defender o seu direito como se fosse contra outro súbdito, e perante os juízes que o soberano houver designado"[144]. Numa palavra, portanto, "o súbdito tem o direito de pedir que a sua causa seja julgada e decidida de acordo com a lei", quer o demandado seja outro súbdito, quer seja o próprio soberano[145].

---

[139] *Leviatã*, p. 180.
[140] *Leviatã*, pp. 180-181.
[141] HAMPSHER-MONK, *A history*, pp. 49-51.
[142] *Leviatã*, p. 181.
[143] *Leviatã*, p. 232, afirmando que "*lex* e *jus* são tão diferentes como *obrigação* e *liberdade*".
[144] *Leviatã*, pp. 181-182.
[145] *Leviatã*, p. 182. Algo diversamente, p. 218.

É ainda neste âmbito da legalidade que Hobbes estabelece algumas garantias fundamentais dos cidadãos. Defende, por um lado, que uma lei só pode vincular "aqueles que têm meios para dela se informarem", não bastando que "a lei seja escrita e publicada"[146]. Em consequência, mesmo no domínio penal, "a falta de meios para conhecer a lei desculpa totalmente" a infracção[147]. E, por outro lado, formula em termos claros o princípio *nullum crimen sine lege* e o princípio da irretroactividade da lei penal: "antes da lei não há transgressão da lei, e a punição supõe um acto julgado como transgressão de uma lei"; "nenhuma lei feita depois de praticado um acto pode transformar este num crime"[148].

II – O significado das afirmações transcritas, que certamente prenunciam o advento do Estado de Direito – tal como sucede, aliás, como a defesa clara da representação política e da regra da maioria[149] – não deve, porém, obnubilar aquelas outras passagens que parecem revelar uma inclinação de Hobbes no sentido de instituir um poder (demasiado) forte. Designadamente[150]:

a) No domínio dos direitos fundamentais, a relação difícil com as liberdades de opinião, expressão e ensino – que admite poderem ser objecto de censura, embora apenas quando se trate de "doutrinas contrárias à paz"[151] – e, também, com as liberdades de associação e reunião (e com a existência de corpos intermédios) – que considera em geral dependentes de consentimento do soberano[152];
b) Sobretudo, em sede de organização do poder político, a ideia segundo a qual "o poder soberano, quer resida num homem, como numa monarquia, quer numa assembleia, como nos Estados democráticos e populares, é o maior que é possível imaginar que os homens possam criar"[153] –, bem como, em consequência, a defesa firme da concentração de poderes numa só pessoa ou numa só assembleia, com expressa rejeição do princípio de sinal inverso, em nome da preservação da unidade do Estado[154].

Sucede que, sem ter a pretensão de avaliar globalmente a doutrina *hobbesiana*, não parece que estas passagens possam por si comprometer irremediavelmente o pensamento político do autor, ao ponto de o remeter para junto dos inimigos da liberdade e defensores do despotismo[155]. Por uma banda, dado o contexto da época, em que não existia ainda uma conceptualização acerca das liberdades de pensamento e comunicação – bem pelo contrário, a censura era ainda uma realidade comummente aceite, em especial a

[146] *Leviatã*, pp. 221-222.
[147] *Leviatã*, p. 239.
[148] *Leviatã*, respectivamente, p. 249 e p. 235; KLENNER, *Thomas Hobbes*, p. 43.
[149] D.F. AMARAL, *História*, p. 377.
[150] De lado fica a análise do seu "positivismo jurídico" (*autoritas, non veritas facit legem*): KLENNER, *Thomas Hobbes*, esp. pp. 51 ss.; HAMPTON, *Hobbes*, pp. 107-110.
[151] *Leviatã*, p. 152.
[152] *Leviatã*, pp. 185 ss..
[153] *Leviatã*, p. 173.
[154] *Leviatã*, pp. 220, 258 e 265.
[155] PRÉLOT / LESCUYER, *História*, I, pp. 295-296.

do foro religioso[156] –, mais importante do que a defesa que Hobbes faz desta instituição parece ser o facto de limitar a sua admissibilidade aos casos em que as ideias expressas pudessem pôr em causa a paz social. E, quanto às liberdades de associação e reunião, o autor limita-se também a fazer eco do dogma individualista liberal – que haveria de perdurar muito para além dos próprios períodos revolucionários –, segundo a qual todos os corpos intermédios podem ser perigosos, motivo de sedição ou de subversão da igualdade entre os homens. Por outra banda – e este é o ponto que mais interessa salientar –, uma leitura cuidada do texto parece revelar que Hobbes defende que do contrato social deve sair certamente um poder muito forte, mas que ainda assim não é legítimo identificar com um poder totalitário.

Na verdade, pelo pacto social, configurado pelo autor como uma espécie de contrato a favor de terceiro, institui-se um poder que é "o maior que é possível imaginar que os homens possam criar"[157] – isto é, que os homens possam *legitimamente* criar através do seu consentimento –, o que não significa necessariamente um poder absoluto, sem regras ou balizas de qualquer espécie, à maneira do Rei-sol ou dos totalitarismos do século XX. Recorde-se em especial que "há alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir"[158]. A expressão "poder absoluto" surge efectivamente no texto da obra em apreço, mas aparece referida tão-só ao poder que, segundo as Escrituras, Deus terá conferido a Moisés sobre os filhos de Israel, e não ao poder que os homens transferem através do contrato social para o homem ou para a assembleia de homens que os há-de governar[159]. No fundo, com esta particularíssima leitura do Leviatã – que, em termos literais, parece mesmo ser corroborada por algumas passagens do *De Cive*[160] –, sublinha-se a impossibilidade de, sem reconhecer simultaneamente uma flagrante antinomia de pensamento, conciliar a ideia de um poder uno e sem limites com a afirmação segundo a qual "assim como é necessário a todos os homens que buscam a paz renunciar a certos direitos de natureza (…), assim também é necessário para a vida do homem que alguns desse direitos sejam conservados"[161].

Na esteira de Bodin, o poder instituído pelo contrato social de Hobbes será indubitavelmente um poder *soberano*, no sentido em que é supremo e, por isso, não admite nenhum outro (ao seu lado ou) acima dele[162] – e que a partir dessa posição de supremacia o possa cercear[163] –, mas não é em rigor um poder *absoluto*, quando por tal se entende um poder sem limites de qualquer espécie[164]. Uma coisa é a defesa de um poder de última instância, que não se compadece com outros poderes concorrentes e que

[156] A própria publicação do Leviatã haveria de ser objecto de censura: KLENNER, *Thomas Hobbes*, pp. 67-68.
[157] *Leviatã*, p. 173.
[158] *Leviatã*, p. 117. Sublinhando este ponto, RAWLS, *Palestras*, pp. 111-112.
[159] *Leviatã*, p. 172.
[160] *Do cidadão*, p. 108, onde se afirma que "em toda a cidade perfeita (…) reside um poder supremo em alguém, o maior que os homens tenham direito a conferir".
[161] *Leviatã*, p. 132.
[162] M. MORGADO, *A aristocracia*, p 245, afirmando que "Hobbes absorve impecavelmente a teoria da soberania de Bodin".
[163] *Do cidadão*, p. 114. Segundo KLENNER, *Thomas Hobbes*, p. 58, não pode existir um *"Supraleviatã"*.
[164] Neste sentido, ROBBERS, *Sicherheit*, p. 41. Contra, HAMPSHER-MONK, *A history*, pp. 46-47.

possam paralisar ou revogar as suas decisões – e que só neste sentido estrito de *ausência de relação* poderia merecer o epíteto de *absoluto* –, outra bem diversa é a defesa de um poder que não admite quaisquer baias, independentemente da sua natureza[165]. "A segurança dos indivíduos, e não o carácter absoluto do poder, é que constitui a pedra angular da sua teoria do Estado"[166]. Hobbes não revelou por certo a intuição necessária para transformar a "prerrogativa" régia num simples poder discricionário – exercido nos interstícios da lei, como em Locke[167] –, ou num poder moderador – como mais tarde em Constant –, mas também nunca identificou o poder com o puro arbítrio do monarca. De resto, aliás, até mesmo os mais estrénuos partidários das monarquias do *Ancien Régime* se esforçaram por distinguir o (legítimo) poder absoluto (dos seus senhores) do mero poder arbitrário[168].

Ademais – mesmo que não se considere muito relevante a limitação do poder do soberano que advém da sua sujeição às leis naturais e de, portanto, ofender a Deus sempre que as desrespeitar[169] –, não pode desconsiderar-se a circunstância de "a obrigação dos súbditos para com o soberano durar enquanto, e apenas enquanto, durar também o poder mediante o qual ele é capaz de os proteger"[170-171]. A obediência devida pelos homens ao poder instituído não é, pois, puramente unilateral ou ilimitada em termos temporais. Apesar de o soberano não ser parte do contrato social, ela repousa sobre uma relação de reciprocidade, que só se mantém *se* e *na medida em que* o poder cumprir aquela que é a sua parte e razão fundamental da sua existência: a protecção da vida, da integridade física, da propriedade e, em geral, de todas as coisas de que os homens necessitam para viver bem, em paz e segurança[172]. O dever de fidelidade e o dever de protecção são portanto recíprocos[173]. Quebrada essa relação sinalagmática, os homens retomam os seus direitos originários – nomeadamente, "o direito ao gládio privado"[174] –, ainda que isso represente um retorno ao caos e aos enormes malefícios do estado de natureza.

3.2. John Locke.

É inevitável apontar Locke como o autor liberal que contribuiu decisivamente para que as liberdades fundamentais do homem ocupassem o lugar que lhes foi atribuído nas primeiras cartas de

---

[165] Algo diferentemente, M. MORGADO, *A aristocracia*, pp. 240 ss..
[166] ROBBERS, *Sicherheit*, p. 42.
[167] *Dois tratados*, pp. 340 ss..
[168] M. MORGADO, *A aristocracia*, p. 241.
[169] *Leviatã*, p. 231, onde se conclui que não há dever de obediência dos súbditos a leis do soberano que sejam contrárias à lei moral (da natureza). Não obstante, PIOTTE, *Les grands penseurs*, p. 168.
[170] *Leviatã*, p. 182.
[171] KLENNER, *Thomas Hobbes*, p. 41, para quem, no texto de Hobbes, "as aparências enganam".
[172] ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 42-43.
[173] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 21-22.
[174] *Do cidadão*, p. 108.

direitos e, partindo daí, na construção dos modernos Estados de Direito e das respectivas Constituições[175]. Chegou mesmo a dizer-se que, diante do pensamento de Locke, a Declaração de Independência dos Estados Unidos mais parece uma "compilação de lugares-comuns"[176]. Se Montesquieu será para sempre recordado pela sua construção da teoria da separação de poderes, e se a Rousseau cabe o mérito inigualável de firmar a doutrina da soberania popular – conceitos que representam dois dos pilares do Estado de Direito –, a Locke são por regra creditadas as principais ideias que estão na base do terceiro pilar: os direitos fundamentais[177].

I – Com inteira justeza, porquanto, segundo o autor:

a) "Todos os homens são iguais por natureza", uma vez que "não há nada mais evidente do que criaturas da mesma espécie e categoria, que nasceram para gozar os mesmos benefícios da natureza e para gozar as mesmas faculdades, deverem também ser iguais entre si"[178];

b) Essa igualdade não impede porém que "a idade ou a virtude possam conceder a certos homens uma justa precedência", nem que a "a excelência das faculdades e o mérito possam elevar outros acima do nível comum", uma vez que aquela deve ser entendida (apenas) como "o direito igual que todo o homem tem à sua liberdade natural, sem estar sujeito à vontade ou à autoridade de qualquer outro homem"[179];

c) Por outro lado, "os homens são livres por natureza", mas verdadeiramente "onde não há lei não há liberdade: (…) porquanto a liberdade consiste" na possibilidade de cada um de "dispor e de ordenar como quiser da sua pessoa, as suas acções, as suas posses e toda a sua propriedade, dentro dos limites impostos pela lei à qual se está sujeito, e desse modo não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem"[180];

d) Além disso, "o homem (…) tem [também], por natureza, o poder (…) de proteger a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens" [181];

e) "A preservação da sua propriedade" – no sentido amplíssimo apresentado, que abrange inclusivamente a sua própria pessoa[182] – "é o fim principal e capital em vista do qual os homens se unem em comunidades políticas e se submetem ao governo"[183];

---

[175] D.F. AMARAL, *História*, II, pp. 161 ss.; PRÉLOT / LESCUYER, *História*, II, pp. 42-43; MORROW, *History*, pp. 216 ss..
[176] HABERMAS, *Teoría*, p. 92.
[177] HABERMAS, *Teoría*, pp. 90 ss., acentuando todavia as diferenças entre os direitos dos britânicos, dos americanos e dos franceses; MORROW, *History*, pp. 77-80.
[178] *Dois tratados*, p. 269 e p. 233.
[179] *Dois tratados*, pp. 269-270.
[180] *Dois tratados*, p. 302 e p. 271.
[181] *Dois tratados*, p. 289.
[182] *Dois tratados*, p. 358.
[183] *Dois tratados*, p. 316.

f) Esta união e esta submissão implicam, para cada homem individualmente, a renúncia ao direito de fazer tudo o que se "considere conveniente para garantir a sua própria preservação" e, bem assim, ao direito de realizar justiça pelas suas próprias mãos.

g) Mas, em contrapartida, o poder da sociedade (política) assim instituída é necessariamente limitado, dado que "não se estende para além do bem comum", "da paz, da segurança e do bem público do povo"[184];

h) "O poder de impor leis à comunidade (…) resulta do seu consentimento" – firmado segundo a regra da maioria, que "tem o direito de agir em nome de todos"[185] –, constituindo "as leis estabelecidas nessas sociedade o grande instrumento" para garantir a todos o "usufruto das suas propriedades em paz e segurança"[186];

i) Por conseguinte, "o poder legislativo não é, nem pode ser, um poder absoluto e arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas", porque, tratando-se de um poder transferido dos membros da sociedade, "ninguém pode transferir para outrem mais poder do que aquele que tem"[187].

É de facto incomensurável o acervo de ideias, apresentadas por Locke, que irão constituir-se em traves mestras do Estado de Direito liberal: a igualdade entre todos os homens; a intrínseca liberdade que os caracteriza; o próprio desdobramento dos seus direitos inatos (na vida, nas liberdades individuais e na propriedade dos bens); a limitação que eles representam para o poder instituído; e finalmente a lei, como acto consentido pela maioria e como principal instrumento de salvaguarda daqueles direitos.

II – Contudo, não deixa de ser verdade que o autor dos *Dois Tratados sobre o Governo Civil* tende a concentrar a sua atenção nos perigos que para os direitos do homem podem advir de um poder público arbitrário ou abusivo – quer se trate do executivo, quer se trate do próprio legislativo, que tem justamente a função inversa de garantia dos particulares[188-189] –, ao mesmo tempo que negligencia as ameaças provindas dos outros membros da comunidade. A sua preocupação volta-se contra os perigos inerentes à "criatura" saída do contrato social e não contra quaisquer outros perigos vindos de trás e que, de certa forma, sempre poderão ser considerados como inevitáveis[190]. Bastante ambíguo quanto ao modo como seria a vida do homem no estado de natureza – apesar de reconhecer que os homens se encontram aí expostos aos inconvenientes do "exercício irregular e incerto do poder que cada homem tem de punir as

[184] *Dois tratados*, p. 318-319.
[185] *Dois tratados*, p. 297.
[186] *Dois tratados*, p. 321.
[187] *Dois tratados*, p. 322.
[188] O poder jurisdicional não chega sequer a ser autonomizado do executivo: *Dois tratados*, pp. 290-291, e pp. 329 ss..
[189] Sobre a vinculação do Parlamento aos direitos fundamentais, segundo Locke: ROBBERS, *Sicherheit*, p. 50.
[190] KRINGS, *Grund*, p. 88.

transgressões dos outros", inerentes à ausência de uma lei fixa e conhecida (para além da lei natural), de um juiz imparcial que resolva os litígios e de um poder que suporte e execute as sentenças[191] –, o certo é que esta situação seria de longe preferível ao poder absoluto e arbitrário. Isso sim seria manifestamente "pior do que o estado de natureza, em que [apesar de tudo os homens] tinham a liberdade para defender o seu direito contra as injúrias dos outros, em condições de igualdade"[192].

Por outas palavras, tendo em conta que, no estado de natureza, os homens eram capazes de conviver entre si de forma relativamente pacífica, o contrato social tem na teoria de Locke uma função essencialmente pragmática, em vez de representar – como em outros autores contratualistas – uma necessidade premente. Por isso, depois do contrato social, o principal inimigo a recear por um membro da sociedade não poderia ser – como não era antes no estado de natureza – a conduta dos seus concidadãos, mas sim o poder público, erigido pelo próprio contrato. Com a celebração deste particular contrato social, resolve-se um problema anterior – que nunca é apresentando como muito grave, mas apenas como um conjunto de inconvenientes –, ao mesmo tempo que se cria um outro problema – o próprio poder do Estado –, potencialmente bem mais sério e que exige a mobilização de instrumentos destinados à sua limitação. Caso contrário, sem esses instrumentos previstos no próprio clausulado contratual, a emenda poderia revelar-se pior do que o soneto.

Desta forma, a perspectiva de Locke é, marcadamente, a de quem concebe os direitos inatos do homem como instrumentos de limitação do poder do Estado, como meios de defesa dos indivíduos contra as intervenções arbitrárias ou abusivas dos governantes. Ainda quando sublinha que o fim pelo qual "os homens se unem em comunidades políticas e se submetem ao governo" é a preservação dos seus direitos, com a consequente renúncia a todas as formas de autotutela, a consequência que daí retira não é a necessidade de o Estado assumir activamente uma função de heterotutela desses direitos, mas sim a necessidade de garantir que o poder que resulta para o Estado do contrato social fica circunscrito, materialmente, pela velha ideia de bem comum e, formalmente, por uma lei que não pode ter um domínio absoluto ou arbitrário sobre a vida das pessoas. As relações sociais – as relações entre os homens que transitaram para o estado de sociedade – são deixadas por Locke absolutamente na sombra. Uma vez instaurado o estado de sociedade, "a vida, a liberdade e a propriedade dos bens" só fazem sentido, na sua qualidade de direitos individuais, porque são construídos numa relação de suspeição e confronto com o poder público, seu arqui-inimigo de longa data. Ainda que alguns tenham procurado escudar-se em Locke para fazer do Estado "a administração de um seguro mútuo de livres proprietários contra o risco e a falta de segurança"[193] – tomando a propriedade num sentido bem mais restrito do que aquele que ressalta da obra em causa[194] –, a verdade é que do Estado nada se espera em relação aos direitos fundamentais, a não

[191] *Dois tratados*, pp. 316-317
[192] *Dois tratados*, p. 325.
[193] PRÉLOT / LESCUYER, *História*, II, p. 38.
[194] Amplamente, M.N. BRITO, *A justificação*, esp. pp. 330 ss..

ser respeito escrupuloso, preferencialmente, e moderação quando não existe outra alternativa senão a intervenção pública (*v.g.*, impostos, expropriações, medidas de polícia).

3.3. Confronto de perspectivas

A conclusão que se retira deste debate é, como se foi adiantando, a de que os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais se filiam numa linha de pensamento que remonta às obras de Hobbes e que, algo paradoxalmente, não têm qualquer esteio na doutrina do mais lídimo representante dos autores liberais: Locke. Não é por acaso que as principais obras monográficas sobre a teoria dos deveres de protecção jusfundamental invariavelmente reservam um lugar de destaque às conclusões de Hobbes[195].

I – Hobbes e Locke, sendo ambos herdeiros da tradição do direito natural, partindo ambos da ideia de que o homem é dotado originariamente de determinados direitos – direitos que exerce irrestritamente no estado de natureza –, e aceitando ambos que a sociedade política se constitui racionalmente pela celebração de um pacto entre os homens, chegam contudo a conclusões bastante diferentes. Como é sabido, o que os distingue logo no início – e por isso os faz também divergir no fim, no momento de retirar os corolários – é a sua própria concepção quanto à natureza humana.

Para Hobbes, o "outro" é o inimigo a temer, é dele que precisamos de nos defender, é ele a fonte dos nossos medos e é dele que provêm as principais agressões aos nossos direitos. Há mesmo quem sublinhe que a principal paixão do homem, que o conduz ao estado de sociedade, não é tanto o medo da morte – ou sequer da morte violenta, que também pode ser infligida pelo Estado –, mas "o medo de morrer às mãos de outro homem" e, portanto, de sofrer uma morte vergonhosa, como sintoma de inferioridade[196]. Ao invés, para Locke, o "outro" será alguém igual a nós e provavelmente um amigo, porquanto os homens são perfeitamente capazes de viver em harmonia, respeitando os respectivos direitos, mesmo na ausência de um poder instituído. Por esta mesma razão, Hobbes é um contratualista *por convicção*, em que o pacto social corresponde a um imperativo premente, ao passo que Locke é um contratualista *por conveniência*, em que o pacto surge como um mero instrumento ao serviço de um fim. No primeiro caso, o poder do Estado e o correspondente o monopólio da força pública são chamados pelos homens em defesa contra os seus semelhantes, numa situação de extrema urgência, pelo que é fundamental que esse poder seja forte, tão pujante quanto o necessário para atingir eficazmente os seus objectivos. No segundo caso, porque os homens não representam um perigo de maior nas relações que

[195] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 21 ss.; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 3 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 20-21; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 40 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 28 ss.; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 5-13; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 144 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 63 ss..

[196] M. MORGADO, *A aristocracia*, p. 277, reportando-se à teoria de M. Oakeshott. Recordando que o medo e a vaidade são as duas principais paixões, STRAUSS, *The political*, p. 130.

entabulam entre si, é o próprio poder do Estado que vem a encarnar a figura do inimigo a temer – como havia sucedido, aliás, durante todo o período do absolutismo monárquico –, pelo que este só pode ser aceite se balizado nas suas finalidades e sob compromisso de respeito pelos direitos naturais dos homens.

Neste confronto de ideias, não se trata propriamente de um duelo entre os valores basilares da segurança e da liberdade, protagonizado por um autor de inclinação absolutista e por um defensor da limitação do poder[197]. Em tais debates, como salienta o próprio Hobbes, "é difícil passar sem ferimentos por entre as lanças de ambos os lados"[198]. Em causa estão, isso sim, duas visões diferentes dos direitos e liberdades dos homens: uma que os quer a todo o custo salvaguardar em face daqueles que considera serem os seus maiores e mais comuns inimigos – isto é, os outros homens, nas relações sociais quotidianas –; e outra que antes de mais os não quer deixar à mercê de um poder político demasiado forte e não sujeito a limites claros. Ao passo que Hobbes se empenha no respeito dos direitos e liberdades nas *relações horizontais* entre os homens, negligenciando ou abdicando mesmo da sua defesa em face do poder do Estado, Locke centra precisamente a sua atenção nesta *relação vertical*, sublinhando a vinculação do poder político a tais direitos, concebidos como esferas reservadas de actuação dos indivíduos isentas de interferência do poder. De certa forma é sempre a segurança dos mesmos bens que está em causa, ora como "segurança através do Estado", ora como "segurança contra o Estado"[199]. Por isso, o pensamento daquele serve de inspiração aos contemporâneos defensores da figura dos *deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais* – ao menos quando estes se orientam contra ameaças com origem em terceiros privados –, enquanto este serviu ao longo de dois séculos de ponto de apoio da concepção dos *direitos fundamentais como direito de defesa*.

O filósofo de Malmesbury teve a percepção, clara e correta, de que nas relações entre os particulares o respeito efectivo pelos direitos do homem não acontece espontaneamente, mas pela acção planeada e sistemática de um poder público. A sua argumentação em favor de um poder forte não tem de ser lida como sinal de menor apreço pelos direitos fundamentais, mas sim como algo que deflui da exigência e da magnitude da tarefa que cabe às instâncias públicas no domínio em questão. Um poder fraco ou demasiado condicionado na sua margem de actuação poderia não ser suficiente para garantir aqueles bens que os homens consideram como mais valiosos e que lhes permitem viver bem, em paz e tranquilidade. Os homens têm demasiado a perder com o regresso do caos e, nessa medida, no momento de celebrar o pacto social decidem – em termos inteiramente democráticos, sublinhe-se[200] – dar preferência aos prognósticos maus sobre os prognósticos bons[201].

---

[197] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 1-2.
[198] Dedicatória do Leviatã a Sir Francis Godolphin.
[199] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 22-23; ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 6.
[200] M. MORGADO, *A aristocracia*, p. 257.
[201] Como defenderá, muito mais tarde, H. JONAS, *El principio*, pp. 71 ss..

Pode mesmo dizer-se que a perspectiva de Hobbes precede a de Locke – não apenas em termos cronológicos, como é óbvio –, mas também em termos lógicos. Primeiro há que legitimar o poder do Estado através da função de segurança das pessoas e dos seus bens fundamentais, e só depois é que se coloca a questão da limitação do poder do guardião dessa mesma segurança[202]. Um poder legitima-se antes de mais pelos seus fins e não tanto pelas limitações que lhe são apostas. Uma perspectiva não substitui a outra, embora o tempo tenha vindo a demonstrar que, apesar da complementaridade estrutural de ambas as perspectivas, será a de Locke que irá fazer carreira quase sozinha, não só nos textos históricos produzidos pelas revoluções liberais – ou não fossem estas movimentos contra um poder que se vangloriava de ser absoluto e se exercia despoticamente –, mas também em momentos posteriores – a cada novo texto constitucional, redigido as mais das vezes na sequência de uma qualquer experiência autoritária. Nos alvores do constitucionalismo e ao longo do percurso evolutivo do Estado de Direito, a função dos direitos fundamentais, enquanto exigências de segurança em face dos demais membros da sociedade, manteve-se quase sempre como uma *função implícita* – remetida para a polícia e para os tribunais[203] –, enquanto a função dos mesmos direitos, como instrumentos de defesa contra o poder público, assumiu o papel principal, como sua *função explícita*[204].

II – Será necessário esperar pelo século XX para se perceber que a salvaguarda dos direitos dos indivíduos, nas suas relações privadas, não era uma questão que pudesse ser resolvida apenas segundo os cânones tradicionais do direito penal e do direito civil – e, lá está, pela acção das polícias e dos tribunais, encarregados de aplicar as respectivas normas[205]. Mas é antes uma questão que tem uma dimensão político-constitucional manifesta, no sentido de exigir uma mudança de paradigma do Estado e o envolvimento activo da própria função legislativa e das máquinas administrativas no seu conjunto. Concomitantemente com o desenvolvimento das instituições do Estado Social, o desabrochar do *direito do trabalho* encerra em si uma verdadeira revolução teórica neste domínio, na medida em que pela primeira vez se reconhece o artificialismo do dogma da igualdade (formal) entre os cidadãos e, em consequência, o legislador se abalança na tarefa de corrigir desigualdades de facto entre os sujeitos privados, tutelando a posição da parte materialmente mais fraca por meio de regras imperativas. Não terá sido por acaso que o problema jurídico-constitucional da vinculação dos privados aos direitos fundamentais nasceu, precisamente, na jurisprudência e doutrina juslaboralistas (germânicas)[206]. Ainda assim, será preciso aguardar pelo final do século XX para, agora sob a influência avassaladora do *direito do ambiente* – dada a circunstância de, por junto com outras novas áreas da ciência jurídica ligadas à

[202] ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 17; KRINGS, *Grund*, pp, 43-44.
[203] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 15-16.
[204] FABIO, *Risikoentsheidungen*, pp. 35 ss.; e SCHWABE, *Probleme*, p. 223; ROBBERS, *Sicherheit*, p. 47.
[205] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 65.
[206] J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 74 ss., sublinhando que só muito mais tarde os civilistas se ocupariam do problema. Também, R. SINGER, *Direitos*, pp. 327 ss..

tecnologia e ao progresso científico, se regular a interacção do homem com o mundo que o rodeia (e já não simplesmente as relações intersubjectivas) –, se proceder à reabilitação da função de segurança Estado e para a colocar ao serviço dos bens jurídicos protegidos por catálogos alargados de direitos fundamentais. Agora sim, comete-se ao Estado, a par da exigência negativa de respeito por tais direitos, uma tarefa positiva de os tornar realidade também nas relações entre os membros da comunidade política. Enfim, de os transpor da verdade normativa dos textos constitucionais (e legais) para a verdade dos factos[207].

O fim de segurança do Estado, depois de, numa primeira fase, tem subido das funções secundárias do Estado para o domínio da função legislativa, ascende agora desse patamar para o nível das questões constitucionais – ainda que não abandone de todo os planos anteriores e ainda que só pontualmente tal ascensão se projecte nos textos das próprias constituições[208]. E é nesse plano que se defronta com tensões de sinal divergente. Por uma banda, de tarefa (exclusiva ou, pelo menos,) primordial do poder público assente no contrato social, vê-se hoje forçada a concorrer com vários outros fins do Estado decididos democraticamente – concorrência que, quantas vezes, enfrenta em condições de desvantagem, dada a tremenda força legitimadora das tarefas sociais do Estado. Por outra banda, ganha um redobrado alento através da sua associação aos direitos fundamentais. Ou seja, porque evolui de uma perspectiva puramente objectiva para se relegetimar como uma função instrumental de garantia de posições jusfundamentais subjectivas, colocando o problema de, por um efeito de contágio, se constituir num *direito à segurança* que sintetize tais pretensões especiais[209].

Refira-se ainda, a terminar este confronto de perspectivas, que não se ignoram as críticas à utilização das teses contratualistas na fundamentação dos imperativos constitucionais de tutela. Com efeito, os deveres de protecção estadual não têm que se basear num "argumento de compensação" ou numa perspectiva de reciprocidade contratual entre o poder e os cidadãos – *do ut des* –, podendo antes ser alicerçados numa certa ideia de protecção da confiança e na assumpção pelo Estado de uma "posição de garante" relativamente aos direitos dos indivíduos[210]. Sempre que, diante da actuação lesiva de terceiros, se acentua demasiado a importância da imposição estadual aos lesados de uma conduta omissiva, pode abrir-se caminho à imputação ao próprio Estado da conduta desses terceiros[211]. Não obstante – e sem prejuízo de se reconhecer que pode haver deveres de protecção inexplicáveis por essa via, mormente por não existir um terceiro identificado responsável por uma agressão a direitos fundamentais –, a proibição da justiça privada e o monopólio estadual do uso legítimo da força só encontram justificação razoável se, ao mesmo tempo, o Estado se comprometer a defender os direitos dos seus cidadãos em relação às

[207] J. NOVAIS, *Direitos sociais*, p. 42, sobre uma origem da tricotomia "dever de respeitar", "dever de proteger" e "dever de realizar".
[208] KRINGS, *Grund*, pp. 47 ss..
[209] Amplamente, sobre a construção do direito à segurança, ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 121 ss.. Também, E.C. BAPTISTA. *Os direitos*, pp. 99 ss..
[210] KRINGS, *Grund*, pp. 31 ss., e pp. 100 ss..
[211] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 43.

ameaças e violações de que estes podem ser vítimas por parte dos seus concidadãos[212]. Esta linha não de fundamentação não é válida exclusivamente no âmbito da teoria política, sendo relevante também do ponto de vista do Direito Constitucional positivo[213].

4. Fundamentação no plano da teoria dos direitos fundamentais

4.1. Aproximação histórica

Compreensivelmente, as primeiras declarações de direitos e os primeiros textos constitucionais pós-revolucionários hão-de espelhar tanto a sobrevalorização, tipicamente liberal, da função de defesa dos direitos fundamentais, quanto a percepção subliminar da função de segurança do Estado – independentemente de esta última ser encarada em termos puramente objectivos, como fim do Estado e como fundamento para a sua legitimação, ou ordenada à protecção efectiva dos direitos originários do homem. Ao contrário do que poderia esperar-se, porém, tais perspectivas hão-de perdurar muito para além dos primórdios do constitucionalismo, passando incólumes à sucessão das diferentes geração de direitos fundamentais e, em muito casos, chegando mesmo praticamente imaculadas até ao presente.

Será assim diante desse quadro que interessa demonstrar que a função de defesa dos direitos fundamentais não é mais capaz de encerrar em si toda a complexidade estrutural e funcional que os direitos fundamentais foram ganhando ao longo do percurso do Estado de Direito e, sobretudo, que são insatisfatórias todas as tentativas de explicar a (nova) dimensão jusfundamental de protecção através dos parâmetros mentais da função original de defesa ou das outras que entretanto se desenvolveram na segunda metade do século XX: mormente, a função de prestação e a função de eficácia nas relações intersubjectivas privadas. Da mesma forma que, aliás, são também insuficientes outras estratégias argumentativas empreendidas pela doutrina para enquadrar dogmaticamente a figura dos deveres de protecção em termos que desvalorizam a sua autonomia enquanto função jusfundamental.

I – Na *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 1776, começa por afirmar-se (quase que parafraseando Locke) que a entrada do homem no estado de sociedade não pode privá-lo dos seus direitos inatos, como a vida, a liberdade, a propriedade e a busca da felicidade (secção I). A ligação entre o Estado e os cidadãos é claramente definida em termos contratuais, como uma relação de garantia de segurança entre a comunidade estadual e os indivíduos, onde é bem reconhecível a conexão entre protecção e

[212] ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 85; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 102-106.
[213] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 103. Aparentemente, também, J. NOVAIS, *As restrições*, p. 88.

obediência[214]. Logo se adianta porém, nesse mesmo texto, que não obstante o governo existir para a "segurança do povo", que o "melhor governo" é aquele que está "mais eficazmente organizado contra o perigo da má administração" (secção III). Da mesma forma, a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*, também do ano de 1776, avança com a ideia de que "os governos são estabelecidos para assegurar" os direitos inalienáveis dos homens, entre os quais se encontram "a vida, a liberdade e a busca da felicidade". Contudo, rapidamente se percebe que o seu propósito essencial é justificar a rebelião contra os governos cuja acção se torna em si mesma "ofensiva desses fins", considerando "a longa sucessão de abusos e usurpações, visando (…) o despotismo absoluto"[215].

Do lado de cá do Atlântico, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, revela, apesar de tudo, maior preocupação com a garantia dos "direitos naturais e imprescritíveis" do homem nas suas relações sociais. Facto que, porventura, terá ficado a dever-se à sua menor sujeição à influência dominante de Locke e, em contrapartida, ao influxo de Siéyés e do seu *Préliminaire,* no qual se sustentava a existência de um dever de segurança do Estado: artigo XI – "A liberdade, a propriedade e a segurança dos cidadãos deve repousar sobre uma garantia social, superior a todos os atentados"; artigo XII – "A lei deve ter às suas ordens uma força capaz de reprimir aqueles que, de entre os simples cidadãos, se proponham atacar os direitos de quaisquer outros"[216]. Assim, na declaração francesa: erige-se a segurança num direito, a par da liberdade, da propriedade e da resistência à opressão (do poder) (artigo 2º); define-se a liberdade como o "poder de fazer tudo o que não prejudique" o exercício dos direitos dos outros (artigo 4º)[217]; e reconhece-se que "a garantia dos direitos do homem e do cidadão carece de uma força pública" (artigo 12º). Não obstante, o certo é que mote de toda a declaração é dado logo pelo seu preâmbulo, de onde se depreende que o desígnio dos seus autores é sobretudo o de recordar ao poder público – ao legislativo e ao executivo, já que o jurisdicional seria por definição um poder nulo[218] – os direitos dos homens, bem como aos próprios cidadãos, para que doravante pudessem fundar as suas "reclamações" (contra o poder) em "princípios simples e incontestáveis".

Tal não impediu, em todo caso, que a Constituição do Ano I (1793) tenha insistido na ideia de um direito fundamental à segurança, configurado como uma espécie de direito recolector: "a segurança consiste na protecção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e das suas propriedades"[219]. Curiosamente, esta disposição encontra-se cercada no respectivo texto constitucional por duas afirmações claríssimas do primado da perspectiva dos direitos

---

[214] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 157.
[215] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 157; STERN, *(§69) Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 932-933; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 171 ss..
[216] *Préliminaire*, p. 44.
[217] Curiosamente, o artigo 6º da Constituição do Ano I (1793) há-de traduzir esta formulação no princípio ético *"não faças aos outros o que não queres que façam a ti"*.
[218] MONTESQUIEU, *O espírito*, p. 175.
[219] ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 64 ss., esp. pp. 74-76, no sentido de que, nos primórdios do constitucionalismo francês, se podia considerar ponto assente a existência de um direito à segurança.

de defesa: no nº 2 do artigo 7º, afirma-se que a enunciação de direitos dos cidadãos "supõe a presença ou a lembrança recente do despotismo"; e no artigo 9º sustenta-se que a lei deve proteger a liberdade "contra a opressão daqueles que governam" [220].

No caso português, a Constituição de 1822 espelha também o ambiente dogmático dominante à época, em que os direitos fundamentais são construídos por contraposição às distintas possibilidades de intervenção estadual restritiva: a liberdade pessoal é consagrada contra a prisão arbitrária ordenada por um juiz ou por outro oficial público (artigo 4º); a inviolabilidade do domicílio é consignada frente à intrusão da autoridade competente (artigo 5º); a propriedade é justaposta à expropriação ou à requisição (artigo 6º); a liberdade de expressão é reconhecida em face da censura do Estado e da Igreja (artigos 7º e 8º)[221]. A única excepção relevante que confirma a regra – e que, de certa forma, poderia ser vista como uma premonição sobre um diferente conceito dos direitos fundamentais, que extravasa a sua dimensão original de defesa – encontra-se no artigo 3º, onde se pode ler que "a segurança pessoal consiste na protecção, que o Governo deve a todos, para poderem conservar os seus direitos pessoais". Ou seja, neste enunciado constitucional vintista, "a liberdade e a segurança passavam pelo respeito das mesmas quer do lado dos poderes públicos quer do lado dos particulares, e pelo dever de protecção, a cargo do Governo, dos direitos pessoais"[222].

Embora padeça de uma certa circularidade, e não obstante o seu tom proclamatório, trata-se, com efeito, de um preceito digno de registo, já que encerra no seu enunciado linguístico alguns tópicos importantes das modernas teorias dos deveres estaduais de protecção: a exigência dirigia ao Estado de actuações positivas, abarcando o conjunto das suas três funções[223]; a orientação dessas actuações para a salvaguarda dos direitos pessoais, enquanto acervo particularmente sensível de direitos fundamentais; o enquadramento global dessa tarefa cometida aos poderes públicos no contexto da função de segurança do Estado; e, porventura mesmo, a qualificação da segurança pessoal como um direito de síntese dos diversos deveres de protecção de bens jusfundamentais singulares[224]. Nada de ilusões, porém. Não será sequer necessário invocar a curta e atribulada vigência da Constituição de 1822 para se reconhecer que, no contexto político e jurídico da altura, o preceito transcrito não poderia ter grande eco, nem no modo global de conceber os direitos fundamentais, nem na visão que o próprio poder teve sobre os mesmos.

Por conseguinte, sem prejuízo de algumas referências esparsas, mais ou menos inconsequentes, estes e outros textos fundadores do constitucionalismo focam-se, acima de tudo, naquilo que acreditavam

---

[220] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 159-160; STERN, *(§69) Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 932-933; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 171 ss..

[221] J. MIRANDA, *Manual*, I, pp. 266-268.

[222] G. CANOTILHO, *Omissões*, p. 112.

[223] Não parece que a palavra "Governo" se refira apenas ao poder executivo, porquanto, à luz do artigo 29º, o *"Governo da Nação é a Monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulam o exercício dos três poderes políticos"*.

[224] Apesar de os seus estudos se debruçarem sobre a Carta Constitucional, e não sobre a Constituição de 1822, o artigo não passou despercebido a L. PRAÇA, *Direito*, I, pp. 33-34.

ser específico – uma novidade absoluta – do modelo de Estado que procuravam construir (quase) do zero: a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos em face de um poder público que, para tanto, tem de ser limitado efectivamente na sua esfera e nos seus instrumentos de acção. Os movimentos revolucionários liberais nascem e desenvolvem-se, pois, por contraposição à realidade política dos respectivos países e reagem, numa perspectiva pragmática, contra o absolutismo monárquico que bem conheciam – contra a *insegurança* originada por uma determinada forma concreta de exercício do poder político – e não, naturalmente, contra a *insegurança* inerente à vida em comunidade, que dentro de certos parâmetros era tida como natural e inevitável[225].

II – Duas ordens de razões parecem explicar o arrastamento desta tendência de sobrevalorização (embora não necessariamente de absolutização) da função de defesa dos direitos fundamentais – com o consequente esbatimento da sua função de protecção – até alguns dos textos constitucionais mais recentes e, com eles, até aos dias de hoje[226]. Fruto das aporias em que o agravamento da crise financeira do Estado-providência tem vindo a colocar os direitos sociais – e, por efeito de contágio, todas as dimensões dos direitos fundamentais que possuem uma forte componente prestacional ou positiva –, são aliás cada vez mais frequentes as tentativas de regresso ao passado, com algum recrudescimento das originais concepções puramente negativas dos direitos básicos.

Em primeiro lugar, muitos dos textos constitucionais em vigor – como a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978, a Constituição brasileira de 1988, assim como alguns dos textos básicos surgidos na Europa do Leste após a queda do Muro de Berlim – foram redigidos, também eles, sob a fortíssima influência de experiências autoritárias ou totalitárias anteriores. A sua legitimidade deriva assim, em larga medida, da força com que repudiam os regimes políticos pretéritos – o fascismo italiano, o totalitarismo nazi, o regime autoritário salazarista, a ditadura franquista, a ditadura militar brasileira, os regimes comunistas pró-soviéticas – e do modo como se distanciam dos respectivos instrumentos jurídico-constitucionais de dominação. Nesse sentido, como se dizia já no nº 2 do artigo 7º da Constituição do Ano I, o enquadramento jurídico dos direitos fundamentais há-de reflectir "a lembrança recente do despotismo". Quanto mais traumática foi a realidade política vivida, menores são as possibilidades de estabelecer compromissos com o passado[227]. E, portanto, quanto maior era em concreto o peso do Estado na sociedade e quanto mais opressiva a sua actuação em matéria de direitos fundamentais, maior a desconfiança de que ele é alvo nos momentos posteriores à sua refundação e menor a abertura para lhe reconhecer no futuro um papel significativo na conformação e na protecção desses direitos.

[225] KRINGS, *Grund*, p. 88. Também, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 84-85.
[226] ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 97 ss., sobre aquilo a que chama a "perda do direito à segurança" na evolução do constitucionalismo (germânico e não só).
[227] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 156.

Imediatamente após o derrube do poder anterior, no momento constituinte que se lhe segue, representaria um paradoxo confiar a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos a um Estado que até então os esmagava. Afinal, há limites (imanentes) ao próprio poder constituinte originário – "enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias" históricas[228] –, impedindo-o de lançar pontes aí onde a nova ideia de Direito que desponta exige claramente ruptura.

Paradigmaticamente, na Alemanha e em Portugal, em dois momentos históricos diversos, a disponibilidade que o legislador tinha (*de jure* e *de facto*) sobre os direitos fundamentais durantes os respectivos regimes ditatoriais, conduziu em linha recta a que, nos novos textos constitucionais, uma das principais preocupações tenha sido a de garantir a auto-suficiência das normas constitucionais consagradoras desses mesmos direitos, retirando-os definitivamente das mãos do legislador. O §3º do artigo 1º da *Grundgesetz* – ao estabelecer que "os direitos fundamentais subsequentes vinculam o legislador, o poder executivo e a jurisprudência como direito directamente vigente" – e o nº 1 do artigo 18º da Constituição de 1976 – ao prescrever que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis"[229] – traduzem de forma claríssima esse mesmo desiderato. O conhecido aforismo segundo o qual "é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais, e não os direitos fundamentais que se movem no âmbito [ou ao sabor] da lei" – cuja origem remonta aos primeiros escritos do pós-guerra de H. Krüger –, só a esta luz histórica se compreende plenamente[230]. E, do mesmo modo, o sentido das inúmeras profissões de fé na "aplicabilidade directa" ou na "exequibilidade imediata" das normas constitucionais consagradoras de direitos e liberdades fundamentais só é igualmente explicável por um desejo profundo de ver o legislador longe dos mesmos[231] – ou melhor, longe da conformação do seu conteúdo e da garantia da sua efectividade –, relegado (de novo) para a sua posição tipicamente liberal de agente agressor, através de leis restritivas[232].

A ideia é a de que mais vale um inimigo declarado, coarctado nas suas possibilidades de acção, do que um falso amigo, que em qualquer momento pode trair a confiança nele depositada. Não que a confiança perdida no Estado e no legislador em particular, durante os períodos de opressão da história de um povo, não possa ser reconquistada mais tarde, em democracia. Pode, certamente, mas para isso são necessários muitos anos de uma conduta genuína dos poderes públicos e, em especial, que a comunidade possa reconhecer o legislador (também) como um aliado fiel. Talvez seja essa a razão pela qual apenas nos anos mais recentes, bastante tempo volvido sobre o início da vigência da Lei Fundamental de Bona e da Constituição de 1976, tem sido possível (re)colocar a função de segurança do Estado no lugar que lhe

---

[228] J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 136.
[229] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 318-319.
[230] JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 8 ss..
[231] Recorde-se o § 2º do artigo 8º da Constituição de 1933, segundo o qual "leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão do pensamento, de ensino, de religião e de associação".
[232] J.C. MENDES, *Direitos*, pp. 93 ss., esp. p. 110; J. MIRANDA, *Regime*, pp. 72 ss., sublinhando não ser por acaso que a Constituição "tentou banir das disposições atributivas de direitos a expressão «nos termos da lei»".

cabe e, através da figura dos deveres de protecção, integrá-la no seio da teoria dos direitos fundamentais. O que aliás equivale a admitir que, numa medida muito significativa, a efectividade destes direitos não saiu e nunca poderá sair verdadeiramente das mãos do legislador ordinário e que, cada vez mais, à medida que a sociedade se complexifica, os direitos fundamentais necessitam do seu olhar vigilante e da sua pronta capacidade de resposta[233].

Em segundo lugar, as experiências securitárias e totalitárias ocorridas sobretudo na Europa durante o século XX estão na origem de um certo preconceito ideológico contra a função de segurança do Estado – presente, por exemplo, na sistemática associação no discurso político entre *autoridade* e *autoritarismo* ou entre *maioria absoluta* e *poder absoluto* –, com consequências no que respeita à atenção concedida e ao próprio investimento público efectuados pelos governos nas tarefas tipicamente soberanas: administração da justiça; segurança interna; defesa nacional; negócios estrangeiros. Os direitos fundamentais seriam no essencial sinónimo de liberdade e, portanto, desenvolver-se-iam numa relação de antinomia ou no mínimo de tensão com a ideia de segurança (através do Estado). Com tal preconceito no horizonte – e em tempos de relativa estabilidade interna e de pacificação das relações interestaduais em amplos espaços geográficos do Ocidente –, as *funções sociais* do Estado substituíram-se sub-reptícia e paulatinamente à tradicional *função de segurança*, que assim há-de continuar relegada para segundo plano. Desde logo, no próprio debate público, os direitos sociais – até pelas constantes controvérsias em que a crise do Estado-providência os submergiu – preenchem um espaço que sobreleva o ocupado pelos direitos (negativos) das primeiras gerações, que são também aqueles a respeito dos quais se exerce efectivamente a função estadual de garantia da intangibilidade dos bens jusfundamentais.

Não está em causa apenas a verificação empírica de que o desenvolvimento de políticas sociais – mormente nos domínios da educação, da saúde e da segurança social – é largamente mais compensador do ponto de vista eleitoral do que o investimento feito nas mais tradicionais funções de soberania. Nem tão-pouco se trata de admitir que décadas de Estado-providência, de uma solidariedade prestada de forma burocratizada e em termos (quase) monopolistas, destruíram paulatinamente muitas das estruturas naturais de entreajuda existentes na sociedade[234] – como a família, as instituições com fins altruístas, as comunidades de vizinhos, as igrejas –, criando nos cidadãos dependências em relação ao Estado antes inexistentes e transformando os direitos sociais em adquiridos que são *de facto* (ou até *de jure*) irreversíveis[235]. Trata-se, sobretudo, de reconhecer que a ideia de Estado Social se impregnou na consciência jurídica e política da comunidade com uma tal profundidade que lhe permite ombrear com a sobredita função de segurança do Estado – senão mesmo sobrepujá-la – na tarefa de legitimação do

[233] As teses institucionalistas são o exemplo mais acabado dessa real dependência dos direitos relativamente ao trabalho do legislador ordinário: P. HÄBERLE, *La garantía*, pp. 97 ss., e pp. 168 ss..
[234] GLAZER, *The limits*, ESP. pp. 98 SS..
[235] Alertando, desde cedo, para a possibilidade de o "apego ao bem-estar se tornar maior do que o amor pela liberdade", HAYEK, *O caminho*, pp. 195 ss., esp. p. 206.

próprio do Estado[236]. As expectativas que, a coberto de uma imensa teia de normas (constitucionais e) legais, os cidadãos dirigem contra o Estado incidem, pois, cada vez mais, sobre um conjunto alargado de necessidades no domínio social e cuja satisfação se impõe, aos olhos de todos, como um factor decisivo de justificação do poder estadual.

Em síntese, quer seja porque muitos dos textos constitucionais vigentes ainda se ressentem das experiências ditatoriais que os antecederam, quer seja porque a relação entre direitos fundamentais e segurança é (preconceituosamente) tida por antitética – abrindo espaço a que as políticas sociais do Estado se sobreponham, enquanto fonte legitimadora, à sua função de segurança –, a verdade é que a visão dos direitos fundamentais como direitos de defesa chegou forte à actualidade. De qualquer modo, uma coisa é o sentido dos textos constitucionais – que bem podem ainda reflectir uma concepção unidimensional ou unifuncional dos direitos básicos –, ou até a vulgata do discurso político sobre os direitos fundamentais. Mas outra bem diferente é a mais recente teoria constitucional, onde aquele paradigma já está absolutamente ultrapassado e onde agora assume posição de crescente destaque a função estadual de protecção dos direitos fundamentais. Isto é, onde cada vez mais se assiste à denominada *redescoberta* ou *reinterpretação* da tradicional tarefa do Estado de garantia da segurança à luz de uma concepção nova e mais exigente dos direitos fundamentais, na complexidade interna das suas múltiplas dimensões. Do que se trata é, pois, de reorientar a fundamentação política e jurídica de uma tarefa estadual objectiva, há muito reconhecida, no sentido de uma imposição constitucional de protecção, activa e dinâmica, dos direitos fundamentais – (re)orientação que as próprias revoluções liberais nunca poderiam ter logrado, porquanto quase exclusivamente empenhadas no controlo e redução do potencial lesivo das intervenções estaduais.

No fundo, ainda que com escasso apoio nos textos constitucionais, transitou-se da simples garantia da segurança dos indivíduos – tarefa tida por auto-evidente e traduzida, internamente, na actividade policial e na administração da justiça penal e cível, segundo simples parâmetros de legalidade – para a garantia activa dos direitos fundamentais dos cidadãos[237]. O essencial dessa transição está, pois, na perspectiva de como se avalia a segurança e, concretamente, na sua referenciação axiológica aos direitos fundamentais individuais[238]. Lateralmente, essa importante transformação – já chamada de revolução cultural e de reconstrução do Estado a partir dos direitos fundamentais[239] – é ainda acompanhada do alargamento dos órgãos do Estado encarregados de garantir essa segurança: a polícia e os tribunais, primeiro, todos os poderes públicos, depois. O problema da segurança sobe, portanto, do nível da lei ordinária (e da sua aplicação) para o nível da Constituição (e da sua efectivação).

---

[236] KRINGS, *Grund*, p. 39.
[237] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 154 ss..
[238] FABIO, *Risokoentscheidungen*, p. 39.
[239] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 161.

4.2. Dimensão de defesa

Isto dito, não pode ignorar-se que existe uma forte corrente doutrinal que advoga a inutilidade da função de protecção dos direitos fundamentais, sustentando que a função original (e única) dos direitos fundamentais como posições jurídicas de defesa das pessoas contra as agressões estaduais é perfeitamente capaz de integrar dogmaticamente as situações que os defensores daquela nova dimensão jusfundamental pretendem ver explicadas. Tal corrente de pensamento – que tem, ainda assim, bastantes adeptos[240-241] – é comumente designada pelos seus críticos como "solução dos direitos de defesa" (*abwehrrechtliche Lösung*) ou, com alguma acrimónia, "doutrina da convergência estatista" (*etatistische Konvergenztheorie*)[242-243].

I – Sinopticamente, entendem os autores em questão que é possível imputar ao Estado a generalidade das condutas privadas lesivas de direitos fundamentais alheios que não tenham sido expressamente proibidas por aquele. Como inexistem nas relações sociais espaços livres de direito, todas as condutas humanas são necessariamente ou proibidas ou permitidas: *tertium non datur*[244]. O que sucede é que quando se trata de permissões elas apresentam-se, na ordem jurídica, umas vezes de forma expressa, outras de modo silente. Daí que a não proibição expressa de uma certa conduta signifique que a mesma deva ter-se por implicitamente autorizada pelo Estado e, por essa via, se vincule a generalidade dos indivíduos a um *dever de tolerância* (*Duldungspflicht*) em relação a todas e quaisquer actuações, ainda que lesivas dos seus direitos ou interesses, levadas a cabo por terceiros, ao abrigo de tal norma permissiva tácita. Muito em particular, fazendo uso de um exemplo corrente, uma lei que estabeleça limites máximos para certas emissões poluentes tem inevitavelmente um *duplo efeito*: proíbe emissões acima desses limites, mas ao mesmo tempo autoriza-as implicitamente abaixo da fasquia definida, impondo aos cidadãos em geral, vinculados que estão pelo princípio da proibição da autotutela, um dever de as tolerar na sua esfera jusfundamental[245].

Por isso, em última análise, todas as actuações privadas que aproveitam tais efeitos autorizativos subliminares podem e devem ser imputadas ao Estado como verdadeiras restrições a direitos

---

[240] SCHWABE, *Probleme*, pp. 211 ss, esp. pp. 215, 217 e 218; também *Die sogenannte Drittwirkung*, pp. 140 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 63-68. Em sentido próximo: LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 69 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, esp. pp. 453 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 251-252. Mais recentemente, KOCH, *Der Grundrechtsschutz*, esp. pp. 65 ss., e pp. 211 ss..

[241] Apontando o nome de Dürig como precursor desta corrente, ALEXY, *Teoria*, pp. 441 ss.

[242] UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 44 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 38 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 71-74, pp. 93-97; KRINGS, *Grund*, pp. 102 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 71 ss..

[243] A segunda expressão é utilizada por: CANARIS, *Os direitos*, p. 62; ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 207. Na doutrina portuguesa: P.M. PINTO, *A influência*, pp. 149-150; B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 37 ss., e pp. 68-72; F. MARQUES, *As relações*, pp. 226 ss..

[244] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 65.

[245] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 64-65.

fundamentais, explicando-se assim em termos dogmáticos pela função jusfundamental de defesa. Aliás, tendo em conta o amplo consenso existente na doutrina quanto à necessidade de construir um conceito amplo de restrição, com vista a obter uma protecção sem lacunas, nunca haveria razão para distinguir entre as simples *ausência de proibição* e uma *autorização concedida* pelo Estado de forma explícita[246]. Numa palavra, os autores em apreço constroem uma restrição a partir de uma (suposta) omissão (ou falha) do Estado: quando não se proíbe, autoriza-se e, por isso, restringe-se indirectamente, pela mão de quem beneficia dessa permissão[247].

II – Sem prejuízo de se reconhecer que existem situações particulares de corresponsabilidade estadual por actuações de sujeitos privados lesivas de direitos fundamentais de terceiros – que serão analisadas por categorias mais adiante[248] –, os deveres de protecção não podem em geral reduzir-se a meros direitos de defesa em face de terceiros, imputem-se ou não as actuações danosas destes ao próprio Estado[249]. Muitas são, aliás, as razões que militam no sentido de uma clara rejeição da dita "solução dos direitos de defesa" e que, consequentemente, concorrem também para a demonstração da irredutibilidade da figura dos deveres estaduais de protecção a qualquer outra função jusfundamental preexistente[250]. Apontam-se as mais importantes:

a) A afirmação segundo a qual tudo o que não se encontra expressamente proibido é permitido não pode ser tomada pelo seu valor facial. Ainda que se aceite a existência nestes domínios das relações jusfundamentais de espaços livre de direito – e que, portanto, inexistam também pontos intermédios entre proibição e permissão[251] –, semelhante argumentação ignora ostensivamente um cânon basilar da ordem jurídica: o princípio *neminem laedere*[252]. Há por certo muitas condutas que o legislador não proíbe de forma explícita – porque são de difícil tipificação ou apenas porque as não conseguiu antever – e que nem por isso podem considerar-se legítimas no plano jurídico, porque simplesmente atentam contra os direitos de outrem[253]. Aliás, basta olhar para as clássicas declarações de direitos para perceber que desde os seus primórdios que a máxima de liberdade, dominante nas relações entre sujeitos privados – por oposição à regra da competência que rege a actuação dos poderes públicos –, se constrói precisamente partindo daquele princípio elementar, que goza de precedência (lógica) em relação ao que é disposto por lei (e não o inverso): "a liberdade consiste em

[246] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 66-67.
[247] KRINGS, *Grund*, p. 107.
[248] Infra, §2º, ponto 7.1.
[249] ALEXY, *Teoria*, p. 442.
[250] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 188 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 441 ss..
[251] Ideia que tem sido posta em causa no âmbito penal: M.C. CUNHA, *Vida*, pp. 243-245, 422-424 e 595 ss..
[252] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 46 ss.; KRINGS, *Grund*, p. 106.
[253] Na jurisprudência nacional aceita-se, aliás, que o cumprimento dos limites legais (de certas emissões) não exclui a possibilidade de violação de direitos de personalidade: E.V. SEQUEIRA, *Dos pressupostos, pp.* 264 ss..

poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos (…) não tem outros limites senão os que assegurem aos outros membros da sociedade os mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei"[254]. O advérbio de modo (que em tais textos está naturalmente ausente) faz toda a diferença: a circunstância de certa conduta privada não ter sido "expressamente" proscrita por lei formal (de natureza geral e abstracta), não permite concluir em concreto pela sua licitude se porventura com ela forem prejudicados direitos de outros sujeitos privados. E, por consequência, não será também aceitável procurar imputar ao Estado-legislador todas as correspondentes acções concretas alegadamente praticadas ao abrigo de uma omissão que é apenas aparente, uma vez que, numa visão sistémica, o poder público não deixou de desenvolver o seu trabalho de conformação da ordem jurídica em termos adequados[255].

b) É muito duvidoso, por outro lado, que a ideia de um dever de tolerância dos cidadãos relativamente a todas as agressões da sua esfera jusfundamental não (expressamente) proibidas pelo legislador acrescente alguma coisa ao princípio da proibição de autotutela e à ideia básica de sujeição dos cidadãos à lei. Com efeito, em circunstâncias normais – isto é, exceptuados os casos particularíssimos em que a Constituição ou a lei admitem formas de autotutela de direitos fundamentais, como sucede em particular com o direito de resistência (artigo 21º) –, os cidadãos devem sempre obediência à lei (e ao Direito), ficando *prima facie* obrigados a suportar na sua esfera jurídica todas as consequências negativas dela (e dele) decorrentes. O facto de, entre essas consequências, poderem incluir-se actuações de terceiros privados – *v.g.*, o exercício por estes de uma actividade poluente legalmente não proibida – não traz verdadeiramente nada de novo[256]. Tanto mais que esse dever de tolerância dos cidadãos em face dos efeitos legais potencialmente lesivos dos seus direitos não só não é *absoluto* – tendo em vista as situações referidas de autotutela –, como sobretudo não é *definitivo*, dado que está sempre em aberto a possibilidade de questionar a constitucionalidade das soluções legais junto dos tribunais (recorrendo às vias processuais disponíveis, incluindo as de natureza cautelar – nº 5 do artigo 20º)[257].

c) Além disso, a argumentação dos defensores da "solução dos direitos de defesa" parece encerrar um círculo vicioso, uma vez que só faz sentido imputar ao Estado uma conduta privada lesiva de direitos fundamentais de outro sujeito privado se se partir do pressuposto que o legislador tinha o dever de a proibir. É por não ter agido em cumprimento desse dever que as consequências negativas dessa omissão lhe são devolvidas, sob uma qualquer forma de responsabilidade. Ora, se assim é, e se os deveres do legislador apenas podem ter uma

[254] Artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.
[255] Sobre o problema, à luz do princípio da unidade da ordem jurídica, M. CARMONA, *O acto*, pp. 153 ss..
[256] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 38, e pp. 46 ss..
[257] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 39.

fonte constitucional (ou supralegal), isso significa que aquela imputação pressupõe o reconhecimento prévio de um dever estadual de protecção do direito concretamente lesado[258]. Isto quer dizer, portanto, que em rigor a argumentação em causa não tem como negar o *problema* suscitado pela necessidade constitucional de proteger legalmente os direitos fundamentais, procurando apenas dar-lhe uma *solução* nos quadros da doutrina tradicional, que vê os direitos em causa numa única dimensão: com instrumentos de defesa dos indivíduos em face do poder público. Mesmo alguns dos mais conhecidos arautos desta orientação não negam a necessidade de protecção de direitos fundamenais recorrendo a normas sancionatórias, empenhando-se antes em demonstrar que em muitos casos – como sucede a respeito das emissões poluentes – tudo pode ser convenientemente explicado ainda dentro dos parâmetros da função de defesa[259].

d) Ademais, a solução em análise, ao ignorar a relevância constitutiva que a liberdade de acção tem na conduta dos sujeitos privados não só tem um insustentável efeito desresponsabilizante do seu autor, como em última instância não adere de todo à realidade. Ela pressuporia a construção de um (absurdo) "dever estatal universal de responsabilidade por tudo aquilo que é permitido as pessoas fazerem"[260]. Sem prejuízo da existência de diferentes níveis de influência do Estado na actuação dos sujeitos privados, há limites para a ficção jurídica. Por exemplo, numa relação de vizinhança em que o direito de A é posto em causa por uma acção deliberada de B, não se pode simplesmente fazer de conta que foi o Estado que produziu uma restrição do direito daquele. Os agentes privados não são em geral concessionários do Estado, nem a sua liberdade de actuação lhes foi outorgada por este[261]. E o Estado, por sua vez, no comum das relações tripolares permanece como um terceiro imparcial, que desempenha superiormente uma função de coordenação dos direitos fundamentais dos titulares envolvidos[262].

e) Neste quadro, pode mesmo dizer-se que há nesta solução algo de paradoxal, uma vez que tão grande apego à concepção liberal dos direitos fundamentais como posições de defesa redunda numa visão profundamente antiliberal, responsabilizando o Estado por condutas de indivíduos livres e perfeitamente capazes de responder pelos seus próprios actos. Daí que porventura não seja imerecida a denominação de "convergência estatista" que por vezes surge na doutrina. Bem mais coerente com os seus pressupostos liberais será, outrossim, a tese que sustenta, não a inutilidade da função de protecção, mas a sua perversidade, vendo

[258] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 97; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 39; ALEXY, *Teoria*, pp. 443-444. Sustentando que uma eventual "posição de garante" do Estado não pode, logicamente, derivar do próprio dever de protecção: KRINGS, *Grund*, p. 108.
[259] SCHWABE, *Probleme*, p. 229.
[260] ALEXY, *Teoria*, p. 443.
[261] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 208; KRINGS, *Grund*, p. 109.
[262] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 195.

nela uma forma de transformar os direitos fundamentais, de espaços de liberdade pessoal contra o Estado, em razões para impor ao legislador a obrigação de cercear ou restringir os direitos dos outros e, inclusive, de criminalizar condutas alheias[263]. Com maior facilidade se percebe a rejeição dos deveres de protecção, em nome de uma *liberdade livre do Estado*, do que uma tese em que uma agressão privada não permanece responsabilidade privada[264].

f) A "solução dos direitos de defesa" encerra ainda um segundo paradoxo, que consiste na completa ausência de espaço para a consideração das posições jurídicas de vantagem que o sujeito agressor pode deter e de que, naturalmente, não quererá abdicar. Sabendo-se hoje que grande parte da doutrina administrativista funda dogmaticamente as relações jurídicas multipolares nos deveres de protecção estadual – uma vez que é esta a concepção que melhor tutela a posição dos chamados *terceiros*, convertendo-os em *partes* de uma relação jurídica onde figuram em pé de igualdade com os *destinatários* directos do acto administrativo –, não deixa de ser surpreendente que o (tradicionais) terceiros sejam agora colocados numa relação bilateral com o Estado, onde por exemplo o particular titular de uma autorização administrativa ou de uma licença não é tido nem achado. Tanto esforço de construção dogmática para valorizar a posição dos ditos *terceiros*, ao ponto de os erigir em partes, para agora se descartarem os próprios *segundos*, que sempre serão aqueles que mais directamente se relacionam com o poder público. Se antes a afectação dos terceiros era vista como um mero reflexo factual do acto administrativo, na visão aqui sob escrutínio os agentes agressores são um mero reflexo factual da acção do Estado[265].

g) Por outro lado, a concepção em análise, ao equiparar pelo resultado acções e omissões do legislador, dissolve por completo o conceito constitucional de restrição, que perde contornos e manejabilidade[266]. É sabido que existe uma tendência para alargar este conceito, de modo a garantir aos titulares de direitos fundamentais uma protecção jurisdicional tão ampla quanto possível – ou, pelo menos, para alargar o campo de aplicação do regime das restrições legais[267] –, mas obviamente há limites que não podem ser transpostos e um deles deve passar, precisamente, pela distinção entre autonomia (privada) e heteronomia[268]. Quando o *fazer* e o *omitir* estaduais são igualmente qualificados como restrições é o próprio princípio da reserva de lei que se esvazia de sentido – assim como os demais parâmetros das leis restritivas –, sendo indiferente saber se o Estado os respeita ou não: afinal ele responderia

[263] Argumentação presente logo em BVerfGE, 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch* I).
[264] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 195.
[265] F. MARQUES, *As relações*, pp. 230-231.
[266] KRINGS, *Grund*, pp. 106-107, e pp. 124-126.
[267] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 350-351.
[268] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 208.

sempre[269]. A figura da *restrição omissiva* pode até ser uma construção que se aproxima dos chamados crimes omissivos impuros (ou comissivos por omissão), mas a verdade é que estes só existem se o omitente – ou seja, o Estado – estiver previamente investido numa posição de garante[270] – o que por regra não pode afirmar-se da posição do Estado relativamente à conduta dos privados[271].

h) Por fim, mesmo que se aceitasse a "solução dos direitos de defesa", ela só poderia servir para explicar uma das várias modalidades das relações jusfundamentais de protecção – porventura a mais frequente, mas, ainda assim, apenas uma –, mormente aquela em que o Estado intervém nas relações entre sujeitos privados com o objectivo de salvaguardar os bens jurídicos de uns, comprimindo os de outros. Quer dizer, aquela modalidade de relação triangular em que o perigo ou o risco para os bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais têm por fonte a conduta de terceiros privados, melhor ou pior identificados. De fora teriam de ficar, pois, todos aqueles casos em que a questão da salvaguarda dos direitos fundamentais se coloca em relação a fontes de perigo e de risco que, de todo em todo, se encontra absolutamente fora do controlo do Estado, como sucede com as (denominadas) forças da natureza (*v.g.*, epidemias, tremores de terra, inundações), mas também com as ameaças originadas por ou em Estados estrangeiros (*v.g.* terrorismo, intervenções militares, criminalidade organizada internacional). Naturalmente que, nestas duas situações – que, como base no princípio da irrelevância da fonte das ameaças jusfundamentais, não devem ser excluídas da figura dos deveres de protecção[272] – seria um completo absurdo considerar estes fenómenos ou acções como restrições estaduais, imputando-as ao próprio Estado.

III – Outras razões são ainda apontadas contra a teoria em análise, como aquelas que sustentam ser vantajosa a colocação dos deveres de protecção fora da função subjectiva de defesa – isto é, do lado das dimensões jusfundamentais objectivas –, visto que assim se minimiza o perigo de subalternização da liberdade pelo valor da segurança e de fazer desta um factor de bloqueio da dinâmica social. Nessa posição, os deveres de protecção seriam mais manejáveis e não teriam efeitos tão perturbadores da balança dos poderes estaduais[273]. Todavia, o que ressalta de uma avaliação global do problema é, sobretudo, que a denominada solução dos direitos de defesa constitui um esforço derradeiro para responder a problemas sociais novos com instrumentos antigos – como os conceitos de restrição, de essencialidade e de proibição do excesso –, ignorando a existência de um modelo híper-complexo de

[269] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 209.
[270] Artigo 10º do Código Penal.
[271] KRINGS, *Grund*, pp. 107 ss..
[272] Infra, §2º, pontos 7.2. e 7.3..
[273] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 190-191.

relacionamento entre o Estado, os grupos e os indivíduos, em que os interesses se interpenetram e em que ao mesmo tempo as possibilidades de conflito se multiplicam[274]. Um esforço votado ao insucesso, porque de todo já não basta que o Estado deixe os cidadãos em paz (*in Ruhe lasssen*), sendo cada vez mais necessário que se empenhe na construção e na manutenção dessa paz (*für Ruhe sorgen*)[275]. As relações entre Estado e sociedade são hoje demasiado diversificadas para caberem nesse espartilho único e simplista, assente numa rígida dicotomia Estado/sociedade e em visões maniqueístas que dividem a Administração em agressiva e prestadora. O objectivo hodierno de construção de um modelo personalista de Estado, orientado pelos direitos fundamentais, não se compadece com o empobrecimento forçado a que a solução dos direitos de defesa os condena, confinados na sua unidimensionalidade originária.

Todas as tentativas de vestir aos direitos fundamentais o colete-de-forças dos direitos de defesa são, aliás, tanto mais inglórias quanto é certo que a irredutibilidade da função de protecção à função de defesa não significa necessariamente que aquela não possa ser pré-ordenada a esta, num contexto em que as novas dimensões (tidas usualmente por objectivas) dos direitos fundamentais se encontram ao serviço do reforço da tradicional dimensão subjectiva de defesa[276]. São questões diferentes: a ideia de autonomia dogmática da função de protecção não implica por si a adopção de uma posição rígida quanto à inexistência de relações de cooperação ou de domínio entre as diferentes funções jusfundamentais. Bem pelo contrário, se é certo que a função de defesa e a função de protecção se encontram, na generalidade dos casos, numa relação estruturalmente conflitual – os deveres de protecção actualizam-se frequentemente através de restrições jusfundamentais –, não é menos verdade que ambas estão ao serviço (da intangibilidade) dos mesmos bens jurídicos, podendo falar-se de complementaridade e, mesmo, de "apoio da função primária e originária de defesa pelos deveres de protecção"[277]. Afinal, o fim da segurança nas relações intersubjectivas privadas é também o fim da liberdade individual, e é na mira desta que devem ser orientadas todas as actuações positivas do Estado.

4.3. Dimensão de prestação

Ao contrário do que sucede em relação à dimensão de defesa, não existe propriamente uma corrente doutrinal que procure reconduzir os deveres estaduais de protecção àquela que é, historicamente, a segunda grande função assumida pelos direitos fundamentais: a função de prestação, característica dos direitos sociais. Não obstante, importa apesar de tudo reconhecer a existência de vozes que procuram utilizar os direitos sociais – ou, nas constituições sem direitos sociais explícitos, o princípio do Estado

[274] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 190, e pp. 192-193.
[275] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 35.
[276] Nunca para a enfraquecer, como terá sucedido no Acórdão nº 288/98 (Aborto II). Para a sua crítica, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 507-508.
[277] KRINGS, *Grund*, pp. 141-142.

Social[278] – como trampolim para chegar mais facilmente aos deveres estaduais de protecção, baseando-se naquilo que uns e outros têm de comum[279]. Inclusivamente, sustentou-se que a dedução destes deveres de protecção resultaria da combinação do conteúdo das restrições a direitos fundamentais com a vinculação do Estado a actuar em conformidade com o princípio da socialidade estadual[280].

I – Apesar da heterogeneidade material dos direitos sociais, e não obstante as divergências quanto ao modo concreto como são juridicamente concebidos – como simples direitos originários ou derivados a prestações estaduais, como direitos de acesso procedimentalmente justo a recursos públicos disponíveis, como direitos a um mínimo de existência condigna ou delimitados pelo conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, ou ainda como direitos de pessoas em situação de especial fragilidade[281-282] –, eles reconhecem-se sempre por um conjunto de traços estruturantes, inerentes à sua natureza: *a)* são exigências dirigidas (directa ou indirectamente) ao Estado; *b)* de prestações materiais (com imediatos reflexos financeiros) ou de prestações financeiras (propriamente ditas); *c)* fundadas em e conformadas por lei ordinária, com arrimo constitucional. Sendo assim, é inegável que existe aqui um importante ponto de contacto com os deveres estaduais de protecção: o carácter positivo, que implica para o Estado intervenções activas sobre a realidade; mais precisamente, a imposição de uma conduta estadual que, por norma, se desdobra por dois níveis de actuação distintos – primariamente, a criação de um quadro jurídico e institucional e, secundariamente, o desenvolvimento de uma actividade (administrativa e jurisdicional) destinada a dar-lhe aplicação efectiva[283]. Numa palavra: prestações normativas, por certo; e regra geral também prestações materiais – ou, pelo menos, actividade pública de efectivação normativa[284].

No contexto nacional, junta-se a este ponto o carácter programático ou dirigente da Constituição de 1976 – com abundantes disposições que apontam fins do Estado, com extensas listas de tarefas estaduais e, sobretudo, com um catálogo de direitos económicos, sociais e culturais amplo e ambicioso –, que parece roubar ainda mais espaço de afirmação autónoma aos deveres públicos de protecção de direitos fundamentais. Tal poderá suceder, com particular acuidade, no campo dos direitos sociais especiais – como os direitos das crianças e jovens, os direitos dos deficientes ou os direitos dos idosos –, onde precisamente se pretende "realçar situações de protecção acrescida"[285]. Quando não também noutros

---

[278] Sobre constituições com e sem direitos sociais, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 71 ss.; P. OTERO, *Instituições*, pp. 333 ss..

[279] Referências em: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 58-59; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 48-50; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 113 ss., e pp. 129 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 172 ss..

[280] SEEWALD, *Zum Verfassungsrecht*, pp. 79 ss..

[281] Supra, Introdução, ponto 1.3.

[282] RÜFNER, *Leistungsrechte*, pp. 679 ss.; MURSWIEK, *Grundrechte*, pp. 243 ss.; STARK, *Teilnahmerechte*, pp. 709 ss.; G. CANOTILHO, *Constituição dirigente*, pp. 368 ss.; V. ANDRADE, *O "direito*, pp. 21 ss.; J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 190 ss.; J. ALEXANDRINO, *O discurso*, pp. 51 ss., e pp. 129 ss..

[283] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 49.

[284] Trabalhando a distinção, dentro das "prestações em sentido amplo", entre "prestações normativas" e "prestações fácticas", ALEXY, *Teoria*, pp.419 ss..

[285] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 127.

domínios mais ou menos próximos destes, como os denominados direitos da família, dos pais e das mães, dos doentes, dos reclusos, dos imigrantes ou de outras pessoas que, por múltiplas vicissitudes da vida, se encontram numa particular situação de *fragilidade* – isto é, numa especial situação de *necessidade* do ponto de vista económico e, concomitantemente, de *vulnerabilidade* em face de ameaças sociais[286].

Não será certamente por acaso que, por estes lugares constitucionais, se topa amiúde com a palavra "protecção" ou até com assertivas referências a um "direito à protecção" estadual[287-288]. O entrosamento que na realidade existe entre a falta de condições mínimas de vida de alguns cidadãos, no plano económico e social, e a exposição daí resultante a um conjunto de ameaças para os seus bens jurídicos mais elementares, está também na origem da dificuldade sentida pela doutrina constitucionalista em separar nos preceitos em causa quais os segmentos normativos que respeitam à garantia da *"freedom from want"* – e, portanto, mais em sintonia com a sua localização sistemática – e os que se referem já (ou ainda) à *"freedom from fear"*[289-290].

O próprio Tribunal Constitucional, no seu Acórdão nº 400/2011, debateu-se também com o mesmo problema. Num caso respeitante ao alcance temporal das obrigações do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, começou-se por assumir que "o dever de prover ao sustento das crianças incumbe, numa primeira linha, aos pais", sendo deles também a principal responsabilidade pelo seu desenvolvimento integral. Mas logo se salienta que "um Estado que visa a realização da democracia económica e social" não poderia colocar-se "à margem da tarefa de assegurar o crescimento saudável" das crianças, daí resultando simultaneamente um direito destas à protecção do Estado (artigo 69º, nº 1) e um direito dos pais a beneficiar de apoio estadual no cumprimento das suas responsabilidades (artigo 68º, nº 1) [291-292]. Para finalmente se concluir que este "direito de protecção e [os] correlativos deveres de prestação e de actividade legislativa" correspondem a um "típico *direito social* (…), um direito especial no campo do direito à segurança social (artigo 63º, nºs 1 e 3), num domínio em que se entrecruzam *dois tipos de responsabilidade ou deveres de protecção*, cada um com a sua lógica própria"[293].

Não é seguro que o Tribunal tenha sido particularmente bem-sucedido na saída que encontrou para o problema da delimitação das duas funções jusfundamentais. Desde logo, com a linha de raciocínio

---

[286] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 130-131, salientado a inexistência de uma linha de separação entre as múltiplas situações de necessidade com que se depara o homem em sociedade (doença, acidente, desemprego, etc).
[287] Artigo 67º, nº 1 e 2; artigo 68º, nº 1 e 3; artigo 69º, nº 1 e 2, artigo 70º, nº 1.
[288] Infra, §3º, ponto 9.1.1., e ponto 10.3.3.
[289] R. MEDEIROS, *Anotações aos artigos 67º a 71º*, pp. 1371 ss., acentuando o carácter não vinculado da protecção de tipo social (excepto a respeito da protecção de menores em risco); G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, esp. pp. 856, 864 e 869, olvidando a dimensão de protecção jusfundamental presente nos preceitos em causa, em detrimento da sua dimensão social.
[290] Tomadas estas expressões no seu sentido corrente, que não corresponde necessariamente ao do célebre discurso das "quatro liberdades", do Presidente Roosevelt, proferido em 1941.
[291] Também sobre o direito dos menores a alimentos: Acórdão nº 306/2005; Acórdão 54/2011.
[292] Diferente é o caso do Acórdão nº 683/99, segundo o qual o artigo 53º impõe ao legislador um "*dever de protecção* da segurança no emprego".
[293] Itálico não original.

seguida, parece insinuar-se que são os pais (e não o Estado) que têm um verdadeiro dever de protecção relativamente aos seus próprios filhos – o que, até do ponto de vista terminológico, é no mínimo perturbador. Haveria um dever de protecção dos pais e, no plano social, um dever de protecção do Estado. Sobretudo, o que interessa sublinhar é que o Tribunal acaba por deixar na sombra aquele que na realidade deveria ser o outro dever de protecção (do Estado) e que efectivamente faz par com o denominado *dever de protecção com natureza de direito social*: ou seja, *o dever do Estado de proteger as crianças em relação aos seus próprios pais – v.g.*, contra o exercício abusivo da autoridade no seio da família, garantindo eficazmente que os pais cumprem o seu dever de manutenção dos filhos, sem omissões ou discriminações[294] – *e em relação a terceiros – v.g.*, no meio escolar ou em instituições de acolhimento[295].

II – Em todo o caso, uma coisa é a dificuldade prática em discernir certos segmentos dos direitos sociais e determinados instrumentos de protecção jusfundamental – ou o entrelaçamento entre uns e outros nos amplos aspaços semânticos recortados por direitos fundamentais tomados como um todo, por vezes até numa relação de cooperação mútua –, outra bem diversa há-de ser a resposta à questão da autonomia dogmática das duas figuras em apreço. E, quanto a este ponto, sem prejuízo de se reconhecer que a prévia (embora ainda não incontroversa) aceitação dos direitos sociais enquanto membros efectivos do clube dos direitos fundamentais facilitou muito o caminho para a afirmação dogmática dos deveres de protecção estadual – afinal foi com eles que se quebrou o sentido apenas negativo da liberdade[296] –, as semelhanças entre as duas figuras terminam quase onde começam: no seu carácter positivo. Por um lado, essa positividade não é sequer exclusiva dos direitos sociais e dos imperativos de tutela – encontrando-se também noutras paragens, inclusive em alguns segmentos da estrutura normativa complexa dos direitos de defesa. Por outro lado, a natureza positiva dos deveres de protecção nem sempre se traduz na necessidade de efectuar prestações materiais em sentido estrito – e, menos ainda, prestações financeiras –, ficando-se então o cumprimento destes pela realização de prestações normativas e, depois, pela garantia estadual da efectiva aplicação dos regimes de tutela. Basta pensar, a este respeito, na forma mais típica de protecção jusfundamental através da edição de normas penais. Por outro lado ainda – e é este o aspecto que agora interessa destacar –, não é tão-pouco seguro que a positividade das duas figuras aqui sob escrutínio seja exactamente da mesma estirpe.

Com efeito, na geografia dos direitos fundamentais, ao passo que o elemento positivo dos direitos sociais parece situar-se por regra no epicentro da sua própria estrutura normativa (simultaneamente constitucional e legal) – por outras palavras, o bem jurídico de cujo aproveitamento trata o direito social consiste na prestação material providenciada pelo Estado –, já o elemento positivo típico dos deveres de

[294] Mais adiante o Tribunal reconhece, aliás, que "o dever de protecção também exige do legislador medidas eficazes para que os progenitores cumpram o dever fundamental de manutenção dos filhos".
[295] Para uma inovadora análise da estrutura dos direitos das crianças, realizada em torno da palavra-chave "protecção", J. ALEXANDRINO, *O discurso*, pp. 51 ss. (esp. p. 57 e pp. 83-84).
[296] KRINGS, *Grund*, p. 155; em geral, M. CARMONA, *Liberdade*, pp. 511 ss..

protecção tende a localizar-se em torno de um bem jurídico que é estruturalmente negativo (ou neutro). Ou seja, sem querer abusar da metáfora, o carácter positivo dos deveres de protecção estadual respeita à auréola de um bem jurídico – mormente, um bem pessoal ou uma liberdade – em relação ao qual a Constituição estabelece um mandato de intangibilidade ou um imperativo de tutela efectiva nas relações sociais. Numa palavra: os direitos sociais são no essencial direitos *a prestações*; os deveres de protecção são na sua essência dimensões jusfundamentais *que implicam prestações*.

Neste sentido, não pode sequer enjeitar-se a caracterização dos deveres de protecção como direitos de defesa de bens jurídicos fundamentais em face de ameaças não estaduais[297]. Se com ela se não pretender embarcar numa qualquer variante da denominada solução dos direitos de defesa, a única coisa que há a apontar a esta afirmação é o facto de relegar para um plano secundário a vertente positiva dos deveres de protecção, que apesar de instrumental na estrutura destes também não é meramente incidental ou conjuntural. Em contrapartida, põe-se em relevo que no centro dos deveres de protecção estão bens jurídicos escolhidos em função da possibilidade de serem alvo de ameaças não estaduais (privadas, naturais ou externas) e não em razão de se traduzirem, eles mesmos, em prestações estaduais (como sucede no domínio da educação, da saúde, da segurança social ou da habitação)[298].

III – A diferença entre a positividade dos direitos sociais e a positividade dos deveres de protecção não é, pois, uma simples questão de grau – isto é, de quantidade de actuação constitucionalmente requerida às instâncias públicas – e, consequentemente, um mero problema relativo à grandeza das cifras inscritas no orçamento de Estado. Mas deve reconhecer-se que é também uma questão de grau e de recursos económicos envolvidos, não devendo, no actual contexto de crise financeira em que o Estado se encontra, negligenciar-se estes aspectos. Mesmo que não seja possível fazer confrontos directos – a protecção de direitos fundamentais não tem um ministério, com uma dotação global fixada pela lei orçamental, ao contrário do que sucede com a saúde, a educação ou a segurança social –, pode afirmar-se sem correr riscos que os montantes envolvidos com o cumprimento directo dos deveres estaduais de tutela, de uma banda, e com a efectivação dos direitos sociais no seu conjunto, de outra banda, não têm qualquer tipo de comparação.

No conspecto das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, não há uma "caras" e outras "baratas" – e, menos ainda, não há nenhumas "grátis" –, mas qualquer análise estatística rudimentar revela que só a efectivação dos direitos à educação, à saúde e à segurança social – num contexto como o português (artigos 63º, 64º e 73º a 76º) – consome cerca de 3/4 dos recursos públicos (em classificação funcional das despesas e excluindo, naturalmente, o serviço da dívida). Assim[299]:

---

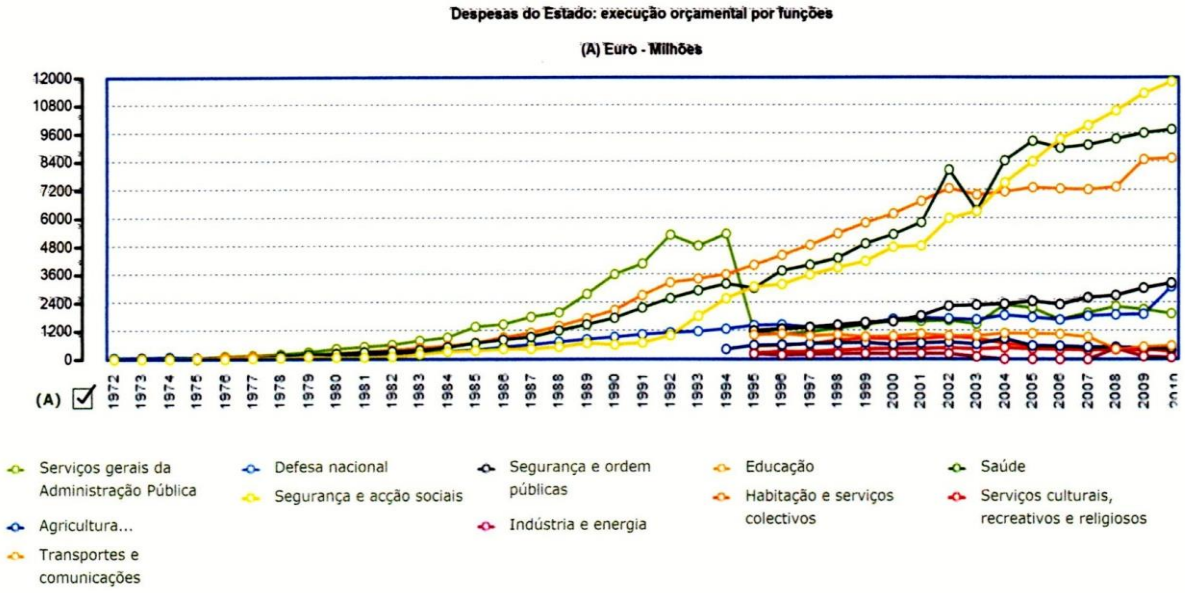
[297] KRINGS, *Grund*, pp. 141-142, e pp. 160 ss..
[298] KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss..
[299] PORDATA, Fonte dos dados DGO/MFAP – Relatório/publicação "Conta geral do Estado".

Tempo	Serviços Gerais A. Pub	Defesa nacional	Segurança ordem públicas	Educação	Saúde	Segurança acção sociais	Habitação serviços colectivos	Serviços culturais, recreativos religiosos	Agricultura	Indústria energia	Transportes comunicações
1990	3.617,9	946,0	-	2.091,0	1.756,3	616,0	-	-	-	-	-
1991	4.070,9	1.056,8	-	2.722,2	2.189,1	700,8	-	-	-	-	-
1992	5.305,1	1.136,3	-	3.267,7	2.597,6	1.013,6	-	-	-	-	-
1993	4.841,4	1.187,7	-	3.429,8	2.928,0	1.844,6	-	-	-	-	-
1994	5.350,6	1.296,4	-	3.617,8	3.211,8	2.586,8	-	-	430,0	-	-
1995	1.197,1	1.447,0	1.213,6	4.013,8	3.031,7	3.083,1	557,7	267,9	598,1	228,0	1.032,5
1996	1.060,4	1.474,9	1.288,9	4.430,3	3.775,9	3.190,3	595,1	324,2	610,5	183,6	1.081,9
1997	1.164,2	1.368,7	1.359,7	4.863,8	4.018,8	3.601,3	653,9	317,7	663,4	204,5	991,6
1998	1.318,8	1.387,2	1.461,0	5.354,1	4.313,1	3.899,1	803,6	378,1	686,8	233,4	1.053,0
1999	1.461,5	1.502,4	1.565,7	5.813,0	4.923,6	4.167,0	883,4	429,0	701,3	241,9	952,7
2000	1.637,1	1.710,9	1.606,6	6.202,6	5.318,7	4.771,0	860,9	449,4	622,5	228,9	979,6
2001	1.613,6	1.757,8	1.849,5	6.729,8	5.824,0	4.824,4	871,4	447,4	682,4	238,4	1.074,4
2002	1.647,6	1.728,6	2.261,0	7.276,7	8.061,5	5.999,1	945,7	483,2	724,2	236,2	995,4
2003	1.499,2	1.683,9	2.303,0	7.005,0	6.329,1	6.303,1	891,0	430,2	645,0	107,0	993,2
2004	2.313,7	1.871,6	2.355,0	7.132,1	8.454,0	7.518,7	660,6	488,3	874,5	9,4	1.100,9
2005	2.184,6	1.786,8	2.471,9	7.316,1	9.282,9	8.413,3	568,4	436,2	576,2	2,5	1.091,0
2006	1.683,1	1.682,5	2.336,5	7.263,4	8.989,4	9.372,8	537,6	417,8	565,9	0,0	1.065,8
2007	1.980,9	1.846,3	2.625,4	7.232,1	9.129,3	9.949,4	477,5	397,8	518,5	0,0	941,1
2008	2.256,7	1.901,7	2.720,8	7.348,6	9.383,7	10.582,7	521,7	409,3	526,1	466,2	437,0
2009	2.122,9	1.923,4	3.030,0	8.507,4	9.632,6	11.318,6	447,4	397,6	486,1	121,9	527,6
2010	1.945,9	3.079,8	3.242,6	**8.559,2**	**9.776,5**	**11.809,8**	315,8	381,9	468,0	72,8	573,6

Despesas do Estado: execução orçamental por funções (em milhões de euros).

Mais ainda, ao contrário do que sucede com a generalidade das rubricas da despesa pública – em que se verifica uma tendência para uma relativa estabilização ou para um aumento moderado – estas três componentes da despesa social são, de longe, aquelas que têm revelado um crescimento mais acentuado ao longo dos últimos anos. Por razões que são sobejamente conhecidas e que em parte são comuns à maioria dos Estados ocidentais – mas em que em Portugal se junta o esforço tardio de concretização do modelo social, plasmado já em contraciclo na Constituição de 1976[300] – desde a década de oitenta do século passado que o crescimento da despesa pública com a efectivação dos três principais direitos sociais tem sido exponencial[301].

[300] M. CARREIRA, *As políticas*, esp. pp. 280 ss..
[301] PORDATA – Contas públicas.



Nada de semelhante se poderá dizer, pois, em relação à função de segurança do Estado, por mais amplo que seja o entendimento que dela se tenha e por mais deveres de protecção de bens jurídicos fundamentais que nela se insiram. Quando se pretende consolidar uma nova figura constitucional no quadro doutrinal e jurisprudencial português, é importante sublinhar a sua diminuída dependência relativamente aos recursos financeiros públicos, porquanto, como é sabido, uma parte muito substancial das resistências dirigidas contra o reconhecimento do estatuto jusfundamental dos direitos sociais tem subjacente a sua sujeição à ideia de "reserva do possível"[302] – que poderá bem significar, uma vez feita a demonstração da insustentabilidade financeira dos respectivos sistemas públicos de garantia, que eles seriam também *direitos a prazo*. No essencial, contudo, a função de protecção de direitos fundamentais não tem de todo um projecto global de transformação do mundo – assumir a realidade económica e social como tarefa e mudá-la para melhor –, visando apenas a preservação dos bens jurídicos fundamentais dos indivíduos em face de certas ameaças externas bem delimitadas. Em larga medida, é uma função de preservação do *status quo*, mas agora em relação a perigos e riscos de origem não pública ou, pelo menos, não inteiramente controláveis pelo próprio Estado.

4.4. Dimensão de eficácia entre privados

Bastante mais delicados se apresentam os problemas respeitantes à autonomia dogmática da figura dos deveres de protecção relativamente à função de vinculação das entidades privadas, sua predecessora imediata no percurso histórico de diversificação funcional dos direitos fundamentais**.**

[302] Em termos críticos, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 103 ss., e pp. 115 ss..

Dificilmente, aliás, esses problemas poderão ser resolvidos em termos adequados neste momento, sendo necessário esperar, para se compreender a questão na sua globalidade, pela análise das características dos bens jurídicos que reclamam protecção estadual, por uma banda, e pela definição do elenco dos sujeitos jurídicos constitucionalmente vinculados a deveres de tutela, por outra banda[303]. Seja como for, num primeiro olhar sobre as tentativas entretanto empreendidas de delimitação do campo problemático ocupado por cada uma das figuras constitucionais em causa – isto é, do conjunto de situações concretas da vida a que uma e outra procuram dar resposta –, verifica-se que não tem sido possível alcançar resultados minimamente convergentes. Longe disso, as soluções avançadas dispersam-se antes por um amplo leque de possibilidades e apresentam contornos nem sempre bem definidos[304].

I – Mais precisamente, enxergam-se quatro grandes tipos de orientações – as quais, por sua vez, podem comportar ainda significativas variantes[305].

a) A primeira hipótese – representada graficamente por uma única circunferência – é a de *sobreposição total* entre deveres de protecção e vinculação dos privados. As razões para esta sobreposição podem, apesar de tudo, divergir de forma sensível. De um lado, ela pode ser o resultado de uma verdadeira e própria *identificação* entre as (supostas) duas figuras – os deveres de protecção seriam apenas um novo nome para uma realidade dogmática pré-existente, nada se acrescentando ao reconhecimento de que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também as entidades privadas. De outro lado, ela pode resultar apenas da circunstância de a vinculação jusfundamental dos sujeitos privados se processar exclusivamente através dos deveres de protecção e da sua concretização legislativa ordinária. De acordo com esta orientação, que sustenta a existência de uma mera *coincidência* entre ambas as figuras, os deveres de protecção seriam instrumento único da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados e a vinculação destes processar-se-ia em exclusividade através do cumprimento daqueles deveres pelo Estado.

b) A segunda hipótese – que pode apresentar-se através de duas circunferências concêntricas – é a da *inclusão*. As duas realidades em presença teriam um campo de aplicação comum,

---

[303] Infra, §3º, ponto 9.1.2, e §4º, ponto 15.

[304] Entre a muita doutrina que se tem debruçado especificamente sobre a relação entre os dois conceitos: CANARIS, *Direitos*, *passim*, esp. p. 58; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss.; OETER, *"Drittwirkung"*, pp. 549-551; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 71 ss.; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 213 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflicten*, pp. 435 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 201 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 99 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 321 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 66-68; LANGNER, *Die Problematik*, esp. pp. 82 ss.; HAGER, *Grundrechte*, pp. 373 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 136 ss., e esp. pp. 174-178; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 198 ss..

[305] Numa outra tentativa de sistematização, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss., identifica as seguintes teses: identidade absoluta e relativa; separação, complementação, fundamentação, esclarecimento, pressuposto, colisão ou ultrapassagem (pontual).

embora apenas em parte. Se bem que, mais até do que na hipótese anterior, sob esta ideia de abarcamento parcelar, escondem-se duas alternativas diametralmente opostas. Para uns, a figura dos deveres estaduais de protecção é representada pela circunferência maior, o que faz da vinculação dos privados um simples capítulo deste mais vasto tema constitucional. A vinculação dos privados aos direitos fundamentais constituiria assim uma manifestação especial – mormente, por se cingir ao âmbito do direito privado – dos deveres de protecção de direitos fundamentais – os quais se espraiam (antes de mais) por diversos ramos do direito público, com particular ênfase no domínio penal. Pelo contrário, para outros é a ideia de vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais que deve ocupar a circunferência exterior, dado que tal adstrição dos particulares nem sempre se opera através dos deveres de protecção ou, mais precisamente, através das normas emanadas pelo legislador em cumprimento dessas obrigações estaduais. Bem pelo contrário, a efectiva vinculação dos entes privados seria (ou deveria ser) o resultado de um conjunto mais ou menos diversificado de instrumentos jurídicos, que começam logo nos planos mais elementares da interpretação e da integração de lacunas em conformidade com a Constituição.

c) A terceira hipótese a considerar é a da *sobreposição parcial* – que naturalmente se representa por meio de duas circunferências secantes. Até certo ponto, trata-se de reconhecer que ambas as sub-teses da inclusão têm uma parte da razão: há casos de deveres estaduais de protecção fora daquele espaço semântico que normalmente é ocupado pela ideia de vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais; assim como há casos de vinculação dos sujeitos privados que não têm na sua base ou que não passam pelo estabelecimento (ou pelo cumprimento) de imperativos constitucionais de tutela de bens jusfundamentais. Ainda nesta hipótese de sobreposição parcial cabe também, de certa forma, a ideia segundo a qual os deveres de protecção são um problema que, conceptualmente, respeita sobretudo à vinculação das entidades públicas – e do legislador em particular –, ainda que na generalidade das situações esta última tome por pressuposto a existência de uma prévia vinculação recíproca dos sujeitos privados.

d) Por fim, a quarta hipótese teórica a considerar pode designar-se por *separação total* – a qual se explica em termos gráficos por meio de duas circunferências tangentes ou, até, de todo não relacionadas. Simplesmente, tal como na orientação oposta, também esta ideia de separação total pode ter duas explicações. Por um lado, pode ser apenas a consequência de as situações da vida que suscitam problemas de deveres de protecção e de vinculação dos particulares serem de diversa natureza e, portanto, de todo não coincidentes. Ou, por outro lado, pode ser o resultado de uma análise material, que conduz à valoração muito divergente de questões práticas que, todavia, até podem ter factualmente algo em comum – desde logo

porque a função de protecção dos direitos fundamentais se impõe, em primeira linha, ao Estado-legislador e, portanto, respeita à vinculação das entidades públicas (e não à vinculação das entidades privadas).

Procurando desagregar as orientações indicadas em termos gráficos, alcança-se o seguinte quadro:

Sobreposição total (1A) *por identificação substantiva*
Sobreposição total (1B) *por simples coincidência do âmbito de aplicação*
Inclusão (2A) *da vinculação dos privados nos deveres de protecção*
Inclusão (2B) *dos deveres de protecção na vinculação dos privados*
Sobreposição parcial (3)
Separação total (4A) *por divergência do âmbito de aplicação*
Separação total (4B) *por razões de natureza substantiva*

Por agora, importa sobretudo sublinhar que, com excepção das duas variantes mais extremas – quer dizer, da primeira variante da primeira orientação (1A) e da segunda variante da quarta orientação (4B) –, nenhuma das outras hipóteses de trabalho implica de *per si* uma posição firme e definitiva sobre a questão da autonomia dogmática das duas figuras constitucionais em confronto. Mesmo a tese da sobreposição total por mera coincidência dos campos de aplicação (1B) não é incompatível com a ideia de autonomia recíproca, uma vez que para garantir esta última seria suficiente que entre os deveres de protecção e a vinculação dos privados se demonstrasse a existência de uma relação meio/fim: os deveres de protecção representariam o instrumento (único) de efectivação do objectivo constitucional de imposição da vigência dos direitos fundamentais também nas relações entre privados. Ou porque, inclusivamente, a figura da vinculação dos privados constituiria o (único) argumento constitucionalmente válido para alicerçar a dedução de deveres do legislador de protecção jusfundamental[306]. De igual modo, as duas declinações da tese da inclusão (2A/B) são também compagináveis com um relativo grau de autonomia dos imperativos de tutela jusfundamental em relação à vinculação dos entes privados: não tanto por o todo nunca ser igual à parte, mas sobretudo porque aqui a parte – independentemente da figura

[306] Sobre outras teses da "relação meio/fim" e da "fundamentação", SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 252-253.

constitucional que ocupar essa posição mais restrita – pode apresentar em qualquer dos casos características específicas que impedem a sua simples dissolução no seio do todo. No quadro dos deveres de protecção, a tutela da posição jurídica da parte mais fraca numa relação contratual nunca será equiparável, por exemplo, à protecção de um bem jurídico fundamental pela via penal. Ou, inversamente, no contexto global da vinculação das entidades privadas, por certo que os instrumentos legais especificamente desenhados para garantir a protecção de bens jurídicos não são assimiláveis a meras operações de interpretação (em conformidade com a Constituição) dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais existentes na lei civil.

Ainda que assim seja, porém, será nas orientações que sustentam ou a mera *sobreposição parcial* (3) e ou a *não sobreposição* (4A/B) das duas figuras em apreço que a autonomia teórica de ambas há-de ser mais facilmente sustentável e, além disso, que o respectivo grau de autonomia deverá ser mais alargado. E, entre essas duas vias, a terceira apresenta-se claramente como a mais equilibrada: *sobreposição parcial*. O que não significa que as razões que a sustentam na sumária apresentação efectuada sejam suficientes. Nem sequer que todos os argumentos mobilizados em defesa das outras orientações sejam totalmente destituídos de senso. Ela comporta, aliás, uma diversidade de significados que até ao momento não foram ainda desvendados.

II – Acima de tudo, é nesta última linha de pensamento que deve ser integrada aquela que é, certamente, uma das orientações mais em voga, tanto na Alemanha como em Portugal, a respeito da *vexata quaestio* da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais[307]. Nas palavras do seu principal arauto, C.W. Canaris, "estamos, assim, a chegar à decisiva «palavra-chave». E aqui a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a «eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros», da qual, em substância se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos). Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são igualmente atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a defender um cidadão perante o outro"[308]. Neste quadro, seria "justamente através da mais fraca eficácia da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência" – em

[307] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.. Também, I. SARLET, *A influência*, esp. pp. 124 ss.; B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 28 ss., mas também pp. 66-67; J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 98-100;

[308] CANARIS, *Direitos*, p. 58, apresentando em nota uma extensa lista dos (supostos) defensores da mesma posição dominante. No original, *Grundrechte*, p. 38.

comparação com a proibição de intervenção e com o princípio da proibição do excesso – que ficaria garantido "o respeito pela autonomia do direito privado e, em especial, pela autonomia privada"[309].

Que esta posição se enquadra no modelo da sobreposição parcial (3) resulta, por um lado, da afirmação segundo a qual compete ao direito ordinário – e não à própria Lei Fundamental, naturalmente – "disponibilizar os instrumentos de protecção" exigidos pelos "imperativos jurídico-constitucionais de tutela", os quais "vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até ao direito privado"[310]. Com efeito, "à disposição do direito infraconstitucional, existe (…) um amplo espectro de diferentes instrumentos"[311]. Os deveres de protecção correspondem a uma figura mais ampla do que a sua eficácia no âmbito do direito privado e das relações jurídicas por este regidas, espraiando-se antes de mais por outros ramos da enciclopédia jurídica (a começar pelo direito penal, de onde aliás são originários). Neste sentido, a afectação dos privados pelos direitos fundamentais no âmbito das suas relações intersubjetivas constitui-se, pois, como um sub-caso da mais abrangente função do Estado de protecção jusfundamental.

Mas, em contrapartida, correspondendo esta tese específica, tal como apresentada até ao momento, a uma variante mais evoluída ou mais requintada das tradicionais teorias da eficácia mediata dos direitos fundamentais, não é de crer que se pretendam abandonar os antigos caminhos através dos quais, tipicamente, se fazia a irradiação dos direitos fundamentais para as relações jurídico-privadas, a começar pelos próprios conceitos de flexibilização do direito privado (*v.g.*, boa fé, bons costumes, ordem pública), mas passando também por outros institutos privatistas estruturantes (*v.g.*, direitos de personalidade, "responsabilidade civil extracontratual, responsabilidade pelo risco, acções negatórias"[312])[313]. Aliás – numa formulação que parece estar na origem de uma aparente justaposição entre teses da vinculação dos privados "através da mediação do legislador" e "através da mediação do juiz"[314] –, a convocação dos imperativos de protecção de direitos fundamentais, enquanto fundamento de concretos deveres de legislar, só ocorre quando não seja possível obter o desejado efeito de adstrição por meios hermenêuticos comuns: "o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de protecção de direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um acto do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito"[315]. Assim, por exemplo, com o aprofundamento e consolidação das teorias sobre os chamados deveres de segurança no tráfego, enquanto instituto civilista *a se*, reduz-se significativamente a necessidade de convocação

[309] CANARIS, *Direitos*, p. 67.
[310] CANARIS, *Direitos*, p. 115.
[311] CANARIS, *Direitos*, p. 117.
[312] CANARIS, *Direitos*, p. 116.
[313] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 74.
[314] M.V. GRAU, *Derechos*, pp. 148 ss., e pp. 163 ss..
[315] CANARIS, *Direitos*, p. 116. No original, *Grundrechte*, p. 81.

autónoma da figura dos imperativos constitucionais de tutela[316]. Pelo que, em suma, os próprios deveres de protecção jusfundamental – ou, pelo mínimo, a necessidade de proceder ao seu cumprimento através de uma intervenção legislativa *had hoc* – representam apenas uma forma particular, entre várias outras, de alcançar a vinculação efectiva e recíproca dos sujeitos privados ao conteúdo dos direitos fundamentais. Se se preferir, é mais um instituto (de raiz constitucional), a par de outros (por regra com raízes privatistas), que contribui para alcançar o desiderato civilizacional de pôr fim à *dualidade ética* que, em matéria de direitos fundamentais, caracterizou o período liberal.

Esta conclusão não é alterada pelo facto de se reconhecer que, afinal, o juiz – ele próprio destinatário dos deveres constitucionais de protecção – tem também um papel importante no estabelecimento da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, mormente quando o legislador não cumpriu em termos adequados as suas tarefas: "para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controlo jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judicial do direito. Mas, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir essa tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional défice de protecção"[317]. Com efeito, esta ideia de atribuir ao juiz um papel supletivo ou complementar do legislador no cumprimento dos deveres de protecção e, por essa via, na garantia de uma vigência real dos direitos fundamentais nas relações privadas – justificando agora mais claramente a já referida tese da vinculação dos privados "através da mediação jurisdicional" –, diz apenas respeito ao problema das funções do Estado que são destinatárias (primárias e secundárias) dos imperativos constitucionais de protecção. O papel atribuído à jurisdição em nada bule com a explicação das relações entre as duas figuras cotejadas com recurso ao modelo da sobreposição parcial.

No entanto, adiante-se desde já, que assim fica em causa a integração da posição doutrinária em análise no grupo das tradicionais teses da eficácia mediata dos direitos fundamentais – contrariando a visão do seu principal autor, que vê no apelo à figura dos deveres de protecção, recorde-se, "uma explicação dogmática convincente para a «eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros»"[318]. Quem, inclusivamente, responde em termos afirmativos à questão de saber "se a jurisdição (…) pode, em certas circunstâncias, ir além do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente imposto, porque e na medida em que o legislador (ordinário) também o poderia fazer", não pode, ao mesmo tempo, colocar-se entre as teses mais conservadoras da eficácia meramente indirecta ou mediata. Não se trata sequer de uma orientação intermédia – uma espécie de "terceira via" entre as teorias da

[316] CANARIS, *Direitos*, p. 110; e *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss..
[317] CANARIS, *Direitos*, p. 124. No original, *Grundrechte*, p. 87.
[318] CANARIS, *Direitos*, p. 58. No original, *Grundrechte*, p. 38.

eficácia mediata e as teorias da eficácia imediata, tal como benevolamente já foi sustentado[319-320-321]. Trata-se antes de uma orientação que vive numa contradição insanável entre os seus pressupostos, que quer manter à viva força – só os poderes públicos, legislador e tribunais, estão vinculados directamente pelos direitos fundamentais, mas não os sujeitos privados –, e os resultados que pretende (e diz conseguir) alcançar: a real vinculação dos particulares nas suas relações recíprocas, em conformidade com os padrões de tutela definidos pela própria Lei Fundamental. Com premissas *mediatas* não se podem obter consequências práticas tipicamente *imediatas*.

Na melhor das hipóteses, esta será uma orientação em trânsito: começa por uma vinculação mediatizada pela lei existente (e pelo seu desenvolvimento jurisprudencial), passa depois para uma vinculação mediatizada pelas leis que o legislador (ainda) deve editar, e termina – quando confrontada com o seríssimo problema das omissões legislativas – por reconhecer a necessidade (pontual) de uma vinculação apenas intermediada pela função jurisdicional, no que acaba por se mudar definitivamente para o outro lado da barricada: o da eficácia directa ou imediata[322]. Nem mesmo a mais aprofundada (re)fundamentação nacional desta teoria – para a qual os deveres de protecção constituem o sétimo céu do *modus vinculandi* dos privados, como se eles próprios não estivessem carregados de problemas[323] – consegue explicar este percurso desviante, limitando-se a acusar as orientações defensoras da vinculação imediata de darem com uma mão, aquilo que depois tiram com a outra (por meio de vários expedientes de ponderação), bem como a caricaturá-las como um modo de entregar de bandeja ao arbítrio dos juízes (em detrimento do legislador democrático) a resolução de todos os conflitos jusfundamentais no seio das relações privadas[324].

No fundo, os deveres de protecção de direitos fundamentais são utilizados numa estratégia argumentativa de dissolução do problema complexo da vinculação das entidades privadas no problema, bem mais pacífico, da vinculação das entidades públicas. Mesmo quando se procura construir um modelo

---

[319] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 75, onde se lê: "mesmo nas situações em que não há lei ou cláusula geral aplicável, considera a tese dos deveres de protecção que os direitos fundamentais projectam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, não enquanto direitos subjectivos oponíveis a particulares, mas mediatamente, através do reconhecimento de uma dimensão objectiva (…) de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judicial, especiais deveres de protecção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a protecção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares".

[320] Criticando a ideia de uma "terceira via", J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 335. Contudo, reconhece-se hoje que a crítica não está bem fundamentada, por se basear apenas na distinção entre vinculação mediata através do *direito (privado) legislado* e a vinculação mediata através do *direito (privado) a legislar*, esquecendo o papel que se pretende atribuir ao poder judicial. O que não significa que uma teoria que encerra uma *contradictio in adjecto* possa ser considerada uma verdadeira "terceira via". Igualmente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118.

[321] Também ALEXY, *Teoria*, p. 513, autonomiza uma "terceira teoria", onde curiosamente integra quer a doutrina da "convergência estatista" – que, em rigor, é negativista –, quer a doutrina dos deveres de proteção.

[322] Assimilando abertamente esta posição às teses da eficácia imediata, B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 66-67.

[323] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 111, invocando contra as teses da eficácia imediata o mais típico dos argumentos contrários aos deveres de protecção: o argumento da perversidade: "assistiríamos, nas relações entre privados, a uma verdadeira inversão dos direitos fundamentais, ou seja, à instrumentalização dos direitos fundamentais contra a liberdade".

[324] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 103 e pp. 108-109.

em três níveis – "o dos deveres do Estado, o dos direitos contra o Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado"[325] –, só o terceiro destes é que respeita efectivamente ao problema da vinculação das entidades privadas. Mas aquela estratégia falha quando (ou precisamente porque) se convocam os tribunais – ainda que supletivamente ou até excepcionalmente[326] – à concretização, nos casos *sub judice*, dos deveres de protecção que sobre eles próprios impendem e simultaneamente da adstrição de privados aos direitos fundamentais dos seus concidadãos. A não ser que se queira mesmo defender a quadratura do círculo – conferir aos juízes o (exorbitante) poder de vincular os privados a obrigações de respeito pelos direitos dos seus congéneres que, para eles, não resultariam nem das normas constitucionais nem de nenhuma outra fonte normativa prévia! –, o chamamento dos tribunais à tarefa em questão, à margem do legislador, desloca inapelavelmente a posição doutrinal em causa para o campo da eficácia imediata (onde, como é sabido, nunca se excluíram formas paralelas de eficácia mediata). Numa palavra: "vincular o juiz a estes direitos implica, na prática, que os particulares também o estejam"[327].

Em síntese, sobreposição parcial sim, mas não à custa da menorização da função dos direitos fundamentais de vinculação dos sujeitos privados nas relações jurídicas que entre si estabelecem, nem tão-pouco de qualquer forma de dispersão daquela no quadro problemático da vinculação dos entes públicos.

III – Sobressai deste debate, outrossim, a impossibilidade de confrontar adequadamente o instituto dos deveres estaduais de protecção com a figura da vinculação das entidades privadas sem determinar de antemão, como um mínimo de acuidade, o significado de cada um dos objectos em análise. "A" e "B" só podem ser comparados correctamente se antes se souber com precisão o que é "A" e o que é "B". E, como terá sido perceptível, algumas das afirmações que justificam as mais relevantes hipóteses teóricas apresentadas – bem como algumas das suas declinações – têm subjacente concepções muito díspares acerca do que seja a vinculação dos privados aos direitos fundamentais. Por conseguinte, para que se possa confirmar a opção assumida sobre a questão da autonomia dogmática dos deveres de protecção, importa elencar esquematicamente quais são as principais orientações que se escondem por detrás da referência genérica à vinculação dos entes privados pelos direitos fundamentais – e que, como é sabido, vão muito para além da simples bifurcação entre eficácia mediata e eficácia imediata com que trabalha a concepção (dita) intermédia acabada de analisar.

Assim, numa visão panorâmica do problema – excluindo orientações radicalmente negativistas, por manifesta incompatibilidade com a parte final do nº 1 do artigo 18º, e sublinhando que se pretendem apresentar meros arquétipos, que não têm de representar posições doutrinais concretas –, é possível alinhavar nada menos do que dez tendências diversas, a que podem acrescer os múltiplos cruzamentos que entre elas se estabelecem na literatura:

---

[325] ALEXY, *Teoria*, p. 516.
[326] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 106-109.
[327] B. MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 67.

a) *Tese da formulação constitucional expressa* – os direitos fundamentais valem nas relações entre sujeitos privados naqueles casos particulares (e nos respectivos termos) em que as normas constitucionais que os consagram estabeleçam essa vinculação de modo explícito. Os direitos fundamentais mantêm-se assim essencialmente como direitos de defesa contra o poder público, mas há domínios concretos – como sucede, por exemplo, nas relações laborais – em que os preceitos constitucionais apontam os privados como destinatários dos direitos fundamentais.

b) *Tese da eficácia irradiante* – os direitos fundamentais não são apenas direitos subjectivos, mas também estruturas objectivas constitutivas de uma ordem de valores constitucional e, nessa qualidade, possuem um efeito irradiante que paira sobre todo o direito ordinário. O direito privado não pode ser, em consequência, uma zona livre de constitucionalidade e de valoração à luz dos direitos fundamentais, embora enquanto pretensões subjectivas estes se dirijam exclusivamente contra os poderes públicos. Em particular, esse efeito de irradiação traduz-se na necessidade de interpretar as normas do direito privado (que definem o estatuto jurídico dos particulares) e de integrar as suas lacunas em conformidade com a Lei Fundamental e, naturalmente, com os direitos fundamentais que ela consagra.

c) *Tese da eficácia mediata (em sentido estrito)* – em virtude da superior posição da Constituição no seio da ordem jurídica, os direitos fundamentais podem ser invocados e devem ser aplicados nas relações jurídicas entre sujeitos privados, mas unicamente através dos institutos jurídicos disponibilizados pelo próprio direito privado. Não valem, *qua tale*, no âmbito das relações privatistas. Os particulares podem, por essa via, considerar-se vinculados por um dever de respeito pelos bens jusfundamentais alheios e ver os seus actos jurídicos invalidados por violação desses parâmetros legais. Entre estes institutos, que servem de *ponta-de-lança* dos direitos fundamentais num terreno que não é originariamente o seu, contam-se os seguintes:

   - A interpretação de conceitos indeterminados e preenchimento cláusulas gerais (bons costumes, boa fé, abuso do direito, ordem pública);
   - Os direitos de personalidade;
   - Mais recentemente, os deveres de segurança no tráfego jurídico que têm vindo a ser identificados pela doutrina e reconhecidos pela jurisprudência.

d) *Tese da eficácia relativamente a terceiros (em sentido restrito) (Drittwirkung)* – apesar de a expressão se confundir, na maior parte dos textos jurídicos, com o próprio problema global da vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais, a verdade é que, no seu sentido mais rigoroso, esta orientação está ainda profundamente marcada pela visão dos direitos fundamentais como simples direitos de defesa contra o poder. Estes são direitos que têm um credor – que é um sujeito privado – e um devedor – que é o poder público estadual,

colocados numa posição de clara desigualdade. Primariamente, é apenas entre estes dois personagens que se estabelece a relação jusfundamental. É essa a sua *eficácia interna*. Só num segundo momento, é que se admite que os direitos fundamentais (ou alguns deles) podem também, lateralmente ou incidentalmente, produzir alguns efeitos horizontais fora dessa relação primacial, denominados no seu conjunto por eficácia quanto a terceiros ou *eficácia externa*. Por outras palavras, um pouco à semelhança da teoria da eficácia externa das obrigações, a vinculação dos sujeitos privados é, aqui, meramente lateral, secundária ou mesmo acidental – e sempre mitigada ou enfraquecida – em face dos efeitos que se produzem na estrutura nuclear do direito, que continua a desenvolver-se verticalmente.

e) *Tese da vinculação do legislador de direito privado* – consagrados na Constituição, os direitos fundamentais impõem-se (não apenas ao intérprete, mas também) ao legislador de direito privado, que evidentemente tem de os ter em conta e de os respeitar nos diferentes regimes que define. Sob penal de inconstitucionalidade, por exemplo, a lei civil tem de se conformar com a proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento ou com o princípio da igualdade entre os cônjuges. Esse dever de respeito pode traduzir-se ainda na existência de normas imperativas, que não podem ser afastadas pela livre vontade dos sujeitos privados (como sucede, em especial, no âmbito das relações laborais).

f) *Tese dos deveres estaduais de protecção* – na sua formulação mais simplificada, o legislador não tem apenas um dever (negativo) de respeito pelos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, mas está igualmente vinculado a deveres (positivos) de actuação, destinados a proteger activa e eficazmente os bens jurídicos que constituem o objecto daqueles direitos em face dos sujeitos privados que ameaçam a sua integridade. Só os poderes públicos – com grande preponderância para o legislador – são destinatários directos e estão constitucionalmente vinculados pelos direitos fundamentais, mas através do cumprimento dos seus deveres de protecção ordenam as relações intersubjectivas privadas de modo a que aqueles se projectem também nas esferas individuais. Os casos e os termos da vinculação dos privados são assim decididos pelo legislador, em obediências aos imperativos de tutela de direitos fundamentais que a Constituição lança sobre ele.

g) *Tese da vinculação (supletiva ou excepcional) dos tribunais* – sublinha-se agora que os tribunais – em paralelo (ou não) com a orientação anterior –, na sua qualidade de entes públicos, se encontram constitucionalmente sujeitos tanto a deveres de respeito como a deveres de protecção de direitos fundamentais. Os primeiros deveres cumprem-se, essencialmente, pela não prolação de decisões judiciais em si mesmas violadoras de direitos fundamentais ou pela não aplicação de leis que os desrespeitem. Por sua vez, os segundos deveres poderão sem cumpridos, consoante os casos, ou pelas vias mais consensuais da hermenêutica jurídica e do desenvolvimento jurisdicional do direito, em conformidade com

os elementos normativos disponíveis, ou, em situações de evidente omissão legislativa e de grave ameaça para bens jusfundamentais de primeira grandeza, por meio de uma directa intervenção judicial na relação interprivada em causa, com o objectivo de tutelar aqueles bens.

h) *Tese da vinculação dos poderes privados* – concebidos historicamente como instrumentos de defesa dos indivíduos em relação ao poder (e aos abusos por este cometidos), os direitos fundamentais não devem valer apenas frente ao Estado, nas suas diferentes vestes jurídico-públicas e jurídico-privadas, mas igualmente – numa lógica mimética – frente aos diversos poderes privados ou poderes de facto existentes na sociedade (*v.g.*, face aos detentores do poder económico, aos sujeitos privados dotados de supremacia baseada em razões culturais ou sociais, às instituições em que os particulares estão inseridos). Numa época em que, cada vez mais, os aparelhos públicos de poder se encontram domesticados ou, mesmo, se tornaram amigos dos direitos fundamentais, e em que se multiplicam e diversificam as ameaças para estes provenientes de diferentes sectores da sociedade, seria de uma dualidade ética inaceitável que apenas o Estado estivesse obrigado ao seu respeito.

i) *Tese da vinculação (ao conteúdo essencial dos direitos ou) à dignidade da pessoa humana* – de um modo geral, os direitos fundamentais valem directamente nas relações jurídicas entre sujeitos privados, sem mister de uma específica mediação legislativa. Simplesmente, para que possam preservar-se as amplas margens de liberdade individual constitutivas do próprio princípio da autonomia privada, eles não podem valer nas relações entre particulares como um todo, na integralidade do seu conteúdo e das suas faculdades, mas apenas de forma mitigada. A vinculação dos privados não se compara à vinculação das entidades públicas, devendo em consequência reduzir-se o seu alcance ao núcleo essencial do regime de cada direito ou, sobretudo, limitar-se o seu campo de aplicação a situações extremas, caracterizadas pela ingente necessidade de tutela da dignidade de certas pessoas em face de agressões perpetradas por outras.

j) *Tese da vinculação intersubjectiva plena (ou tese da eficácia imediata em sentido estrito)* – de acordo com a sua estrutura jurídica própria, definida expressa ou implicitamente pela Lei Fundamental, os direitos fundamentais têm plena aplicação nas relações intersubjectivas entre todos os entes privados. Esta vinculação jusfundamental dos sujeitos privados, nas relações que entre si estabelecem – independentemente de as mesmas serem regidas por ramos do direito privado (*v.g.*, direito civil, comercial ou laboral) ou do direito público (*v.g.*, direito penal, do ambiente, do consumo ou da concorrência) –, não é meramente lateral ou acidental, nem está *a priori* dependente da existência de poderes privados ou do carácter marcadamente assimétrico daquelas relações, nem tão-pouco está confinada à defesa da intangibilidade da dignidade humana. Não obstante, sendo as relações jurídicas entre

particulares relações entre titulares de direitos fundamentais, a aplicação do princípio da vinculação das entidades privadas tem sempre de ser objecto de uma ponderação adequada com os outros princípios constitucionais que mais directamente se lhe contrapõem – como sucede com o princípio da autonomia privada ou com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

IV – A conhecida dicotomia entre teses da eficácia mediata e teses da eficácia imediata não se cinge naturalmente ao confronto entes as suas formulações mais típicas ou mais puras – constantes das alíneas *c)* e *j)* –, perpassando antes, quando tomadas aquelas em sentido amplo, em muitas das outras concepções elencadas. Se umas se encontram mais próximas das teses mediatistas – como sucede com as ideias da irradiação e da vinculação do legislador privado (alíneas *b)* e *e)*) –, outras terão maior afinidade com as teses imediatistas – como ocorre com as ideias da vinculação dos poderes privados e do respeito pela dignidade da pessoa humana (alíneas *h)* e *i)*). Se umas começam do lado das teses mediatistas e acabam do lado rigorosamente oposto – como se viu acontecer com a associação entre as doutrinas dos deveres estaduais de protecção e da adstrição através dos tribunais (alíneas *f)* e *g)*) –, outras parecem manter uma relativa neutralidade nesse debate doutrinal – será o caso das ideias da formulação constitucional expressa e da eficácia quanto a terceiros (alíneas *a)* e *d)*). Importante é realçar que o extenso elenco apresentado demonstra à saciedade o quão simplificador é o tradicional dilema entre eficácia mediata e eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados[328].

Em muitos casos, é bem mais importante a contraposição entre tendências reducionistas e expansivas quando ao elenco dos direitos envolvidos (alíneas *a) versus h), i)* e *j)*). Assim como a justaposição entre aquelas visões que pressupõem (ou que promovem mesmo) a dualidade da ordem jurídica – direito público *versus* direito privado (alíneas *b), c), d)* e *e)*) – e aquelas que caminham no sentido da sua unidade, sustentando que os direitos fundamentais devem poder valer *qua tale*, sem necessidade de recorrer a uma técnica de transposição, no âmbito da relações privadas (alíneas *h), i)* e *j)*). E ainda o cotejo entre as concepções que claramente apontam já para uma perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais (alíneas *f), g), i)* e *j)*) e aqueloutras que, pelo contrário, continuam apegadas a uma perspectiva unifuncional dos mesmos – isto é, que os vêem apenas como direitos de defesa contra o poder público, ainda que admitam enxertar aí efeitos quanto a terceiros ou contra poderes privados (alíneas *d)* e *h)*). De especial importância é sobretudo a acareação entre as tendências que, por um lado, separam abertamente o problema da vinculação das entidades privadas do problema prévio (e bastante mais pacífico) da vinculação das entidades públicas (alíneas *c), d), h), i)* e *j)*) e, por outro lado, as tendências que confundem os dois problemas ou até que os entrelaçam de forma deliberada, na esperança de resolver o primeiro à custa do segundo (alíneas *b), e), f)* e *g)*). Aliás, parte da dificuldade que existe em perceber a

[328] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 335-337.

relação recíproca entre deveres estaduais de protecção e vinculação das entidades privadas deve-se ao facto de, com frequência, se introduzirem nesta segunda temática questões que em rigor respeitam à vinculação dos poderes públicos – mormente quando se fala de efeito de irradiação, de vinculação do legislador privado ou quando se apela aos imperativos de tutela que, para o legislador e para os tribunais, fluem dos direitos fundamentais.

Em suma, para o que agora interessa reter, percebe-se assim, em primeiro lugar, que a interrogação sobre a vinculação dos sujeitos privados nunca pode ser respondida em abstracto, à margem de uma aproximação analítica a cada um dos direitos fundamentais, desmembrando-os previamente nas suas diferentes dimensões e nas diversas faculdades que o compõem[329]. Mesmo sem aderir às teses que pretendem restringir a um número mínimo de direitos os efeitos em análise, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjectivas privadas obedece a uma geometria variável, na medida em que está em larguíssima medida dependente da estrutura normativa dos direitos concretamente envolvidos e, em particular, do modo como o seu conteúdo se encontra constitucionalmente consagrado – e, quando for o caso, da concretização legal que deles já tenha sido efectuada. Em segundo lugar, compreende-se também melhor que o problema em apreço não se restringe às situações ou relações jurídicas tipicamente regidas pelo direito privado, onde impera a autonomia da vontade (direito civil e comercial) – ao contrário do que parece deduzir-se de algumas análises civilistas, que esquecem a própria origem juslaboralista da figura constitucional[330] –, antes abarcando situações ou relações disciplinadas por quase todos os ramos do universo jurídico, incluindo do direito público (direito do ambiente, da economia, da saúde ou, inclusive, direito sancionatório). Em terceiro lugar, comprova-se que a vinculação dos privados não é necessariamente sinónimo de efeito externo ou quanto a terceiros – porque em causa podem estar efeitos principais dos direitos, primariamente destinados a aplicar-se nas relações entre privados –, nem sequer de eficácia horizontal – dado que entre dois particulares tanto podem constituir-se relações simétricas, como relações assimétricas ou verticais, em que um deles é detentor de uma clara posição de supremacia sobre o outro. No que respeita à própria terminologia, portanto, falar de *eficácia nas relações entre sujeitos privados* representa, só por si, um passo em frente relativamente às tradicionais designações de eficácia quanto a terceiros ou eficácia horizontal – ou, inclusive, em relação às menos usuais referências à eficácia no direito privado ou nas relações privadas.

Por último, o exercício analítico efectuado permite concluir que – considerando o nº 1 do artigo 18º, onde o legislador constituinte tomou a opção ousada de aduzir a um (evidente) efeito de vinculação dos poderes públicos ou outro efeito (nada óbvio) de vinculação dos entes privados[331] – não é possível dissolver o segundo no primeiro, a pretexto de que se não definiu também o *modus vinculandi* daquele. A

[329] Infra, §3, ponto 9.1.2..
[330] Sobre a precedência temporal dos estudos juslaboralistas sobre os civilistas, J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 74 ss..
[331] Sustentando a especificidade do direito português, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 116, em nota.

questão relevante nunca foi a de saber se o legislador – ou o legislador civil, como se houvesse mais do que um – ou mesmo se o poder judicial estariam vinculados aos direitos fundamentais. Como poderia ser de forma diferente? A questão tem sido sempre a de saber em que medida os particulares o poderiam estar, por si, competindo ao legislador e aos tribunais, em caso de resposta afirmativa, apenas providenciar no sentido de tornar essa vinculação efectiva (também) nas relações entre eles e retirando sempre que necessário as devidas consequências. A decisão, inequívoca e verdadeiramente estruturante, de vinculação dos privados foi *ab initio* tomada pela Constituição, que não se limita a conceder um cheque em branco ao legislador ordinário e, menos ainda, aos tribunais para decidir se o sujeito "A" têm ou não que respeitar certo direito fundamental de "B". A liberdade de conformação do legislador e as margens de discricionariedade judicial que, inevitavelmente, existem quanto ao *como* da vinculação dos sujeitos privados não se propagam à questão prévia, essa sim verdadeiramente determinante, que diz respeito ao *se* dessa mesma vinculação. A parte final do nº 1 do artigo 18º não se traduz, portanto, numa autorização dirigida aos poderes constituídos para, em termos gerais ou caso a caso, obrigar os particulares a respeitar os direitos fundamentais alheios, nem tão-pouco nela se contém uma qualquer espécie de delegações de poderes para decidir sobre *quem* está obrigado ou *quando* se está obrigado pelos direitos fundamentais.

Por conseguinte, no contexto português, as orientações doutrinais que defendem que o efeito vinculativos dos privados surge apenas *por intermédio de* – seja através do órgão tal ou por meio do instituto tal – ignoram que a decisão fundamental já está tomada e que não pode dar-se ao intermediário mais poder do que aquele que alguma vez ele poderá exercer validamente. Ainda que, nalguns quadrantes, a ideia de introduzir a pauta valorativa dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados seja vista com indisfarçável desconfiança, não parece aceitável o argumento de que o legislador democrático *sabe melhor* quando (e como) intervir, porquanto por essa via – e pelo carácter intrinsecamente limitado do desenvolvimento jurisprudencial do direito – se reduz o alcance normativo de uma opção constitucional claramente assumida. Neste sentido, aliás, já se disse que só há vinculação dos entes privados quando esta é directamente decorrente das normas constitucionais[332] – nos restantes casos, em rigor, só os poderes públicos estarão comprometidos com os direitos fundamentais.

V – Concluindo, várias razões permitem afirmar que a relação entre a figura da vinculação dos entes privados – tal como agora se apresentou – e os deveres estaduais de protecção obedece ao suprarreferido modelo da sobreposição parcial (posição 3). Nem aquela primeira figura é um capítulo desta segunda, nem esta segunda é um capítulo daquela primeira[333].

Por uma banda, ainda que na generalidade dos casos os deveres estaduais de protecção se destinem a prevenir ou a resolver situações em que os bens jurídicos garantidos pelos direitos

[332] De forma paradigmática, LEISNER, *Grundrechte*, p. 378.
[333] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 333 ss..

fundamentais de certos privados se encontram ameaçados pela conduta de outros privados, nem sempre assim acontece. Como adiante se verá, há relações jusfundamentais que não se desenvolvem segundo uma estrutura triangular típica (e simétrica) – *titular-agressor* → *Estado-protector* → *titular-vítima* –, desde logo porque há perigos para os bens protegidos pelos direitos fundamentais que justificam uma intervenção protectora do Estado, mas que não têm origem noutros sujeitos privados. Ou, pelo menos, noutros sujeitos privados sob jurisdição nacional e facilmente identificáveis – isto é, em termos que permitam aos poderes públicos a sua colocação efectiva sob o influxo dos direitos básicos. Será o caso, desde logo, dos vulgarmente chamados perigos da natureza, mas também o dos perigos originados por ou em Estados estrangeiros e, embora de uma forma menos clara, dos perigos humanos de origem muito difusa. Com efeito, mais do que a origem concreta dos perigos ou riscos jusfundamentais, que é em princípio indiferente, a dedução dos deveres de protecção é uma operação argumentativa muito centrada na análise da gravidade das ameaças e da natureza dos bens potencialmente atingidos.

Na banda oposta, há evidentemente muitas situações de vinculação dos privados aos direitos fundamentais que não passam de todo pelos deveres de protecção e pelo cumprimento (legislativo) dos seus imperativos – ou em que, no mínimo, a convocação desta figura se afigura supérflua. Tal será porventura menos frequente no âmbito das relações entre privados regidas por ramos de direito público ou por ramos de direito privado não dominados pelo princípio da autonomia privada – como sucede com o direito do trabalho ou com o direito da família –, dado que aí o *peso normativo* da Constituição se fará sentir com muito mais intensidade. Mas já será normal nas relações tipicamente regidas pelo direito civil, mormente no domínio contratual e obrigacional. Ou seja, naquele que é considerado o ponto nevrálgico da dogmática da eficácia privada. Tendo em conta que – na lógica referida de construção de uma vinculação dos privados segundo um modelo de geometria variável – não há nenhuma razão para excluir as vias emblemáticas de vinculação mediata do acervo dos instrumentos utilizáveis, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, os direitos de personalidade e os deveres de segurança na tráfego continuam a ser meios perfeitamente válidos para alcançar com sucesso o efeito vinculativo em causa. Em tais situações de clara suficiência dos institutos próprios do direito privado – ainda que na sua aplicação os tribunais tenham de proceder à sua interpretação em conformidade com a Constituição –, a convocação dos deveres de protecção, mais até do que redundante, poderia atingir desnecessariamente a própria autonomia do direito privado.

Entre estas duas constelações opostas, existe efectivamente um núcleo problemático comum, em que as duas figuras constitucionais em confronto acabam por confluir. É certo que os deveres de protecção são em si mesmos um instituto moldado, antes de mais, pelo princípio da vinculação das entidades públicas e pelos elevadíssimos padrões de exigências que a Constituição lhes impõe. São obrigações do Estado, que se encontra posicionado no vértice superior da pirâmide jusfundamental. Eles comportam duas dimensões verticais distintas – uma de salvaguarda de bens fundamentais e outra de restrição – e não são apenas algo que respeite às relações que se processam na base da pirâmide – sejam elas horizontais

ou, no caso dos poderes privados, também verticais (ou diagonais). Mas não é menos verdade que, na generalidade dos casos, os imperativos constitucionais de protecção têm como pano de fundo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que intervém. A função de protecção e a função de vinculação intersubjectiva privada intersectam-se reciprocamente: não porque caiba aos poderes públicos obrigados pelos deveres de protecção levantar do chão essa eficácia vinculativa dos sujeitos privados; ao invés, o dever de protecção existe precisamente porque (e na exacta medida em que) os particulares se encontram de antemão constitucionalmente vinculados, num sentido muito amplo, ao respeito pelos direitos fundamentais uns dos outros[334]. Os deveres de protecção representam, assim, um *plus* que assenta sobre a ideia de uma vinculação preexistente dos sujeitos privados aos direitos fundamentais. Se "A" não está vinculado pelo direito de "B", juridicamente, é óbvio que também não o pode violar. Como justificar, então, uma intervenção protectora do Estado com o objectivo de evitar a *violação* de tal direito, sabendo-se para mais que isso implicará certamente a restrição de posições jusfundamentais de "A"?

4.5. Conteúdo objectivo dos direitos fundamentais

Pouco se pode dizer de seguro sobre o que seja o *lado objectivo* dos direitos fundamentais – com excepção, obviamente, de se definir pela negativa, por contraposição ao *lado subjectivo* destes. Não por acaso, aliás, a ideia de um conteúdo objectivo dos direitos fundamentais foi considerada desde muito cedo como um conceito nebuloso (*Nebelbegriff*) e não tem conseguido, apesar da sua grande divulgação, libertar-se desse anátema original[335].

Tudo passa, em síntese, por uma operação de decantação do conteúdo dos direitos fundamentais – agora reconhecidos como um feixe de situações jurídicas complexas, com diferentes vertentes e direcções –, separando, para um lado, todas as faculdades que o respectivo titular pode fazer valer individualmente como pretensões subjectivas e, para o outro lado, tudo o resto que não possa ser configurado juridicamente nesses termos. Daí que a relativa homogeneidade estrutural dos conteúdos subjectivos dos direitos fundamentais não se repita, depois, do lado dos conteúdos objectivos, onde normalmente se congregam realidades dogmáticas muito díspares. Garantias institucionais, eficácia irradiante, vinculação dos privados, deveres de organização, procedimento e processo – e, claro está, deveres estaduais de protecção – são apenas os conteúdos mais frequentes que a literatura especializada arruma do lado da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, assumindo-se portanto que nada do que aí se encontra foi (originariamente) configurado ou pode ser (supervenientemente) transmutado em

[334] I. SARLET, *A influência*, p. 132. Na mesma linha, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 117.

[335] SCHWABE, *Probleme*, p. 286; BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte*, pp. 1 ss.; ALEXY, *Grundrechte*, pp. 49 ss.; WAHL, *Die objecktiv-rectliche Dimension*, pp. 745 ss.; JARASS, *Funktionen*, pp. 625 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, esp. pp. 262 ss.; HOLOUBECK, *Grundrechtlichen Gewährleistungspflicten*, pp. 81 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 29-32; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 32 ss., e pp. 308 ss..

termos subjectivos[336]. Com algumas variações, o reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais tem passado quase sempre por esta estação intermédia, marcada por um dicotomia mais ou menos rígida entre s*ubjectivo* e *objectivo*: de uma banda, está a função original dos direitos fundamentais, certamente a mais nobre; e, da outra banda, estarão todas as outras funções mais recentes, de efeitos mais ténues e de contornos mais fluídos e, também por isso, mais controversas[337]. O processo de objectivização redunda, de todo o modo, numa clara "desvinculação dos direitos fundamentais da sua titularidade individual" e na sua (pretensa) promoção a "fundamentos da ordem jurídica da comunidade"[338]. Cada direito fundamental converte-se numa biblioteca inteira de sentidos e conteúdos jurídicos.

I – Sem querer fazer julgamentos precipitados – até porque se voltará mais tarde a este tema[339] – e apesar de serem frequentes as tentativas de justificação e subsequente enquadramento sistemático dos deveres de protecção nesta vertente objectiva dos direitos fundamentais[340] –, não pode deixar de considerar-se algo enviesado este *método de abstracção* de faculdades objectivas em estruturas jurídico-constitucionais pensadas originariamente para valerem como verdadeiros direitos subjectivos[341]. O próprio critério que preside à operação de decantação é escasso e está longe de ser preciso. Escasso porque não permite fazer qualquer tipo de arrumação dos diferentes conteúdos pertencentes ao lado objectivo. De resto, não apresenta nenhuma solução para a dimensão prestacional dos direitos sociais. Como seria descabido colocá-los simplesmente do lado objectivo, deixa-os numa espécie de limbo, numa terra de ninguém em que se aspira a uma subjectivação que todavia não é por regra alcançável no próprio plano constitucional. Impreciso na medida em que não pode assegurar-se *a priori* que nas diferentes figuras do lado objectivo nada existe de exercível em moldes subjectivos. Não se explica por que motivo nas garantias institucionais não podem esconder-se dimensões subjectivas, nem se percebe como hão-de valer os direitos fundamentais nas relações entre privados senão como direitos subjectivos, nem tão-pouco está garantido que aos vários tipos de deveres do Estado aqui em causa não possam corresponder direitos a protecção e direitos a estruturas organizativas e procedimentais adequadas[342]. Assim como, inversamente, não pode assegurar-se que do lado dos direitos de defesa só existem pretensões subjectivas

---

[336] Na doutrina portuguesa, admitindo, no entanto, a conversão subjectiva: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 144 ss.. Também: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 59 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1239 ss.; V.P.SILVA, *Em busca*, pp. 178 ss..

[337] SCHERZBERGER, *"Objecktive" Grundrechtsschutz*, pp. 1128 ss.; DREIER, *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*, pp. 505 ss.; JEAND'HEUR, *Grundrechte*, pp. 161 ss.; MÜLLER, *Zur sog. subjektiv- und objektiv rectlichen Bedeutung*, pp. 33 ss..

[338] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 65.

[339] Infra, Epílogo, ponto 16.

[340] DIETLEIN, *Die Lehre*, esp. pp. 62 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 164 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 88-89; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 196-198; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 76 ss..

[341] Enviesamento que se transforma em absurdo quando, no final, se admite a (re)subjectivização dos deveres de protecção, conforme sublinha STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 93.

[342] ALEXY, *Teoria*, pp. 436 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 58 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 144 ss..

e não também aspectos objectivos, quanto mais não seja porque nos correspondentes preceitos constitucionais vão também implícitas normas de competência negativa do Estado[343]. A associação entre a *dimensão de defesa* e o *lado subjectivo* e entre a *dimensão constitutiva* e o *lado objectivo* parece ser, pois, meramente tendencial e não deve por isso ser absolutizada.

Por outra banda, esta teoria do conteúdo objectivo dos direitos fundamentais não está apenas muito ligada à controversa teoria institucional dos direitos fundamentais, através da qual pretende resolver de uma forma satisfatória o velho enigma das garantias institucionais[344]. Ela está sobretudo presa – quiçá indissociavelmente amarrada – à ideia dos direitos fundamentais como *decisões de valor* (*Wertenscheidungen*), constitutivas no seu conjunto de uma certa *ordem de valores* (*Wertordnung*) constitucionalmente plasmada. Em bom rigor, aliás, terá sido antes a chamada função de valor dos direitos fundamentais – desenvolvida a partir da *teoria da integração* de Smend e reconhecida de forma categórica na primeira conclusão da célebre decisão Lüth[345-346] – a assumir-se como a nova função-base, a partir da qual se desenvolveram posteriormente os diversos conteúdos objectivos dos direitos fundamentais e se tem processado a sua irradiação para a ordem jurídica. Quer dizer: mais até do que a ideia segundo a qual os direitos fundamentais compreendem também um lado objectivo, foi a sua dimensão valorativa que ocupou efectivamente a posição de segunda grande função jusfundamental – de natureza congregadora e de índole essencialmente positiva – e que, ao lado da função clássica de defesa – de conteúdo estritamente negativo –, permite fundamentar um dever geral do Estado de realização ou concretização dos direitos fundamentais no seu conjunto, por sua vez desdobrável em diferentes conteúdos (não subjectivos)[347].

São contudo conhecidos os principais problemas e as principais críticas à teoria da ordem de valores constitucional[348]. Desde logo, os valores apresentam-se simultaneamente como *bens* e como *critérios de validade* e em ambas essas vertentes se afiguram algo claudicantes. Se não é fácil, numa sociedade aberta e plural, identificar com clareza quais são esses bens – problema de reconhecimento –, a verdade é que eles também não fornecem por si vias práticas para a sua utilização como parâmetros de validade das condutas públicas e privadas juridicamente relevantes – problema de operatividade. A sua convocação onera o direito constitucional com o problema delicado do *ser dos valores* e encerra alguns

---

[343] Desenvolvidamente, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 72 ss..

[344] O problema das garantias institucionais dissolver-se-ia na dimensão institucional (objectiva) dos direitos fundamentais: HÄBERLE, *La garantía*, pp. 71 ss.; M.O. MARTINS, *Contributo*, esp. pp. 82 ss.; A.G. ANABITARTE, *Derechos*, pp. 83 ss.. Criticamente, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 59 ss..

[345] ALEXY, *Teoria*, p. 148; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 117 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 164 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 64-66.

[346] BVerfGE, 7, 198, onde lapidarmente se escreveu: «os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado; mas nas disposições jusfundamentais da Constituição incorpora-se também uma ordem de valores objectiva, que vale como decisão fundamental jurídico-constitucional para todos os âmbitos do Direito».

[347] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 155; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 65.

[348] ALEXY, *Teoria*, pp. 138 ss.; em crítica à jurisprudência constitucional alemã, HABERMAS, *Facticidad*, pp. 326 ss.. Sobre "ser" e "valor" dos direitos fundamentais numa perspectiva diacrónica, JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 80 ss..

perigos não negligenciáveis: a dissolução dos direitos fundamentais de liberdade; a transformação dos direitos em deveres; a dificuldade em lidar com o carácter tendencialmente absoluto dos valores. A ideia de uma ordem de valores constitucional, independentemente dos conteúdos jurídicos objectivos que concretamente dela se pretendam extrair, pode abrir a porta à transferência do indivíduo para o Estado de amplas margens de decisão sobre questões respeitantes, em última análise, à vida e à esfera privada de cada um. E, verificando-se essa apropriação pública de bens jurídicos jusfundamentais – quantas vezes de forma paulatina e sub-reptícia –, podem daí decorrer importantes consequências no que respeita à determinação dos limites aos correspondentes direitos e, em especial, no que tange à sua renúncia (ou exercício renunciante) e no que respeita à protecção dos indivíduos contra si próprios[349]. Não admira, assim, que a mais conhecida crítica dirigida à ordem de valores constitucional seja a da dissolução da normatividade dos direitos fundamentais numa "tirania de valores"[350].

Concomitantemente, teme-se também uma modificação sensível da estrutura do Estado, decorrente da perturbação dos respectivos equilíbrios de poder[351]. Em particular, receia-se o levantamento da dimensão marcadamente política da teoria dos fins e tarefas do Estado, associada à realização dos valores, e o seu englobamento na teoria constitucional, em que todo o trabalho de conformação jurídica é encarado como execução vinculada dos direitos fundamentais e do texto da Constituição. Esta desvalorização das instâncias legislativa e governativa teria ainda como contraponto a sobrevalorização da instância de controlo – a jurisdição constitucional –, com possibilidade de uma nova versão do governo de juízes, em que esta última se assume "deliberadamente como uma instituição contramaioritária"[352]. É evidente que não há um modelo único de ordem de valores constitucional e que é viável traçar uma linha intermédia razoável entre uma Constituição-quadro formal – em que os direitos se localizam só na relação vertical entre os indivíduos e o poder – e uma Constituição-dirigente material – em que a axiologia dos direitos fundamentais está literalmente por toda a parte[353-354]. Ainda assim, nenhum modelo é neutro do ponto de vista da balança dos poderes e a generalidade deles propende para alargar excessivamente aquilo que é ainda é execução ou concretização constitucional, em detrimento das margens de liberdade da acção política[355].

II – Por conseguinte, não se vislumbra nenhuma razão válida para sobrecarregar a figura dos deveres estaduais de tutela com as aporias próprias da teoria da ordem de valores constitucional e, através

[349] Infra, §2º, ponto 7.4, e §3º, ponto 9.3.
[350] Originariamente: SCHMITT, *Die Tyrannei*, pp. 37 ss..
[351] KRINGS, *Grund*, pp. 167 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 129 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 50 ss..
[352] HABERMAS, *Facticidad*, p. 332.
[353] Considerando não apenas desnecessário, mas impossível o retorno ao paradigma liberal dos direitos de defesa, HABERMAS, *Factividad*, p. 336.
[354] Infra, §3º, ponto 10.1.
[355] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 275 ss.. Acentuando a existência de diferentes versões da teoria dos valores, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 63 ss..

desta, da dimensão objectiva dos direitos fundamentais[356]. Bem pelo contrário, com essa associação pressupõe-se algo que em rigor está por demonstrar.

Com efeito, o carácter objectivo dos deveres de protecção, que acompanha a consolidação recente destes imperativos constitucionais, remonta historicamente às fórmulas jurisprudenciais utilizadas na primeira decisão germânica sobre a interrupção voluntária da gravidez, marcada pela circunstância de a vida intra-uterina, olhando aos dados da teoria jurídica, não reunir ainda as condições para se subjectivar[357]. Atendendo a que a personalidade jurídica começa com o nascimento completo, ao remeter o problema para o plano puramente objectivo iniciado com a jurisprudência Lüth, o Tribunal evitou debater-se com o seguinte dilema: protecção subjectiva integral de todas as formas da vida humana (ao arrepio dos cânones da teoria jurídica tradicional no que toca à vida não nascida); ausência completa de tutela jurídica da vida não subjectivada (designadamente porque ainda em gestação intra-uterina). Escolheu antes uma via intermédia, que sustenta o alargamento da protecção constitucional também para a vida ainda não nascida, mas em termos diferenciados e, por certo, mais enfraquecidos[358-359]. De forma coerente, a referência à natureza meramente objectiva dos imperativos de tutela jusfundamental não se encontra na decisão Schleyer[360] – caso com menor notoriedade, mas em que o cidadão carecido de protecção do Estado era naturalmente titular subjectivo de direitos fundamentais. Mas continua até hoje por explicar cabalmente o ressurgimento dessa mesma referência na subsequente decisão Kalkar I, na medida em que aqueles que então se sentiam lesados eram igualmente pessoas jurídicas, com inteira capacidade para encabeçar os direitos fundamentais que pretendiam fazer valer em tribunal[361]. Da natureza objectiva do bem jurídico protegido – não há direito e, por isso, o dever de protecção só pode ser objectivo –, deslizou-se para o carácter objectivo da própria vinculação dos poderes públicos – o dever de

---

[356] Enfatizando as "fraquezas" da fundamentação objectiva, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 92-93.

[357] BVerfGE, 39, 1 *(Schwangerschaftsabbruch I)*, de 1975. Também, KRINGS, *Grund*, p. 166.

[358] A decisão começa, significativamente, por referir-se ao problema da "protecção do bem jurídico objectivo do bem da vida não nascida". Mas depois conclui que "não é necessário decidir neste processo a questão debatida na jurisprudência e na literatura científica sobre se o nascituro em si é titular de direitos fundamentais ou se, por causa da falta de capacidade jurídica e jusfundamental, é protegido no seu direito à vida «apenas» pelas normas objectivas da Constituição. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional Federal, os direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjectivos de defesa contra o Estado, mas incorporam também uma ordem objectiva de valores, que vale como decisão fundamental constitucional para todos os âmbitos do Direito e tem linhas jurídicas e impulsos para o legislador, para a administração e para a jurisprudência (…). Se e com que extensão o Estado está vinculado pela Constituição à protecção jurídica da vida em desenvolvimento, pode assim resultar já do conteúdo jurídico-objectivo das normas de direitos fundamentais (…). O dever de protecção do Estado é abrangente (…)".

[359] Em sentido próximo: Acórdão nº 85/85 (*Aborto II*), onde se escreveu que "a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição concede à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas não pode gozar da protecção do *direito à vida*"; Acórdão nº 288/98 (*Aborto III*), que localiza no próprio artigo 24º a fonte da dupla dimensão, subjectiva e objectiva, da vida humana. Em Espanha, a Sentencia nº 53/1985 patenteia ainda mais claramente a sua influência germânica.

[360] BVerfGE, 46, 160, de 1977. Nesta decisão, apesar de se reconhecer a existência de um amplo dever de protecção do Estado, não apenas contra os indivíduos, mas também contra o conjunto de todos os cidadãos, sustenta-se que este pressupõe que os órgãos estaduais competentes estejam em condições de reagir adequadamente e disponham dos meios para o efeito.

[361] BVerGE, 49, 89, de 1978. Além retomar a fórmula da decisão Lüth, pode ler-se neste aresto: "os órgãos estaduais e, entre eles, o legislador, no seu dever jurídico-constitucional de servir o bem comum, especialmente por força do artigo 1º, 1, frase 2, da Lei Fundamental e da vinculação jurídico-objectiva de todos os poderes estaduais daí resultante, estão obrigados a proteger a dignidade humana, a empreender todos os esforços para reconhecer tão cedo quanto possível eventuais perigos e a combatê-los com os meios necessários e constitucionalmente conformes.

protecção é objectivo e, portanto, não pode corresponder-lhe um direito. A partir daí o caminho da *objectividade* dos deveres de protecção estava em larga medida traçado, conquanto tenha ficado sempre a pergunta: não teria esse caminho sido diferente se a grande decisão judicial (re)fundadora dos deveres de protecção se referisse antes a direitos de pessoas já nascidas?

Certo é que – em virtude das características do sistema alemão de fiscalização da constitucionalidade, em que a queixa constitucional pressupõe a titularidade material de um direito fundamental (artigo 93º, nº 4a.) –, a índole meramente objectiva dos deveres de protecção tem sido alvo de contestação crescente, com vozes a defender: a natureza originariamente subjectiva das dimensões de protecção; a possibilidade de conversão subjectiva de alguns desses deveres; a subjectividade principiológica desses deveres; a configuração de um direito subjectivo à segurança; ou a admissibilidade de direitos a prestações normativas determinadas[362]. O encaminhamento universal dos deveres de protecção para o lado objectivo dos direitos fundamentais parece, assim, assentar sobre a conjugação de um preconceito teórico e de um acaso histórico: primeiro, os direitos fundamentais só atribuem pretensões subjectivas aos seus titulares enquanto instrumentos de defesa de esferas jurídicas individuais frente ao poder estadual, devendo todos os demais efeitos normativos ser remetidos para o mundo paralelo da denominada função objectiva; segundo, a fragilidade da vida antes do nascimento deu força ao reconhecimento de um dever de protecção do Estado, mas ao mesmo tempo impediu a configuração originária de um direito subjectivo à protecção da vida. E assim se confirma igualmente um dos riscos do binómio *dimensão objectiva* ↔ *ordem constitucional de valores*: a contracção da vertente subjectiva dos direitos fundamentais (em vez do reforço da sua efectividade), em nome da existência de uma dimensão objectiva que sobre aquela paira e que, pela sua plasticidade, dá ao poder público uma muito maior latitude de conformação jurídica (mesmo em situações em que os bens jusfundamentais são inequivocamente titulados em termos subjectivos)[363].

Não quer isto dizer que possa desvalorizar-se a importância histórica (e ainda presente) da dimensão objectiva dos direitos fundamentais – e da sua consequente *dupla natureza*. Afinal foi esta ideia que permitiu abrir a porta para que os direitos fundamentais pudessem libertar-se do monismo unifuncional em que viveram aprisionados durante largo tempo – como direitos subjectivos dirigidos à defesa dos indivíduos contra um poder público agressivo –, e revelar progressivamente a sua outra face

---

[362] Na doutrina alemã: UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 58 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 58-62; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 48 ss.; ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, pp. 183-185; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 179 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 144 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 208 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 234 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 437 ss., e pp. 459 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 241 ss.; STERN, *(§ 69º) Die objective-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 978 ss.; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 489 ss.; DIRNBERGER, *Recht auf Naturgenuß*, pp. 169 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 53-55; MAYER, *Untermaß*, pp. 51 ss., esp. pp. 65-67; LANGNER, *Die Problematik*, pp. 163 ss.. Mas também na doutrina portuguesa: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 144-148; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1255-1258; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 93-95; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 192-193; J. LOUREIRO, *O procedimento*, pp. 180-185, e pp. 228 ss.; D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, pp. 362-365; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 41-44; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 99-109, esp. p. 104.

[363] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 507-508, criticando a utilização da dupla natureza dos direitos fundamentais para enfraquecer a protecção devida à vida (intra-uterina).

(no singular) ou, em rigor, as suas outras faces (no plural)[364]. Mas coisa diferente é a fundamentação e consequente enquadramento dogmático do instituto dos deveres de protecção através dessa dimensão objectiva, que não se afigura nem conveniente nem convincente[365]. Traz mais dificuldades do que soluções. A acrescer à sua evidente falta de operatividade prática – da qualificação em análise nada se extrai que permita deduzir o conteúdo e os contornos de cada um dos diferentes deveres concretos de protecção[366] –, comporta o perigo de uma matização excessiva do conteúdo dos direitos fundamentais, inclusive nas suas dimensões jurídicas mais fortes e consolidadas. De resto, saber *se*, *quando* e *como* é que os deveres de protecção são puramente objectivos ou também compreendem pretensões subjectivas é mais uma conclusão acerca da natureza destes – que só pode ser tirada depois de feito o respectivo estudo[367] –, do que propriamente uma premissa, capaz de explicar de antemão o seu lugar dentro da teoria dos direitos fundamentais.

4.6. Dignidade da pessoa humana

A ideia de dignidade da pessoa humana corresponde, certamente, ao mais importante conceito da gramática dos direitos fundamentais e, em geral, do constitucionalismo posterior à segunda guerra mundial[368-369]. Na linha da tradição iniciada pelo preâmbulo da Carta das Nações Unidas e pelo primeiro considerando da subsequente Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 1º da Constituição portuguesa proclamou-a como um verdadeiro *prius* axiológico, que cabe às instituições do Estado de Direito democrático salvaguardar efectivamente através dos meios mais adequados[370-371]. A dignidade da pessoa humana "fornece a base para os direitos em geral, no sentido de que disponibiliza um argumento-chave para explicar por que razão os homens devem ter direitos"[372] – assim como providencia também uma justa medida para a igualdade do seu próprio estatuto jurídico.

I – Sobre o seu significado têm-se por válidas algumas premissas relativamente simples:

---

[364] HOLOUBECK, *Grundrechtlichen Gewährleistungspflicten*, p. 82, referindo-se ao conceito como uma "designação de conjunto".

[365] Também J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 80 ss..

[366] KRINGS, *Grund*, p. 169.

[367] Infra, Epílogo, ponto 16.

[368] MACCRUDDEN, *Human dignity*, pp. 664 e 673, dividindo, na perspectiva da incorporação da dignidade humana, este período do constitucionalismo em três fases: segunda metade dos anos 40 (Japão, Itália e Alemanha), anos 70 (Portugal, Espanha e Grécia) e anos 90 (Europa de Leste).

[369] G. CANOTILHO, *Dignidade*, pp. 285 ss.; BOTHA, *Human dignity*, pp. 171 ss.; JACKSON; *Constitutional dialogue*, pp. 15 ss..

[370] J. MIRANDA / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 1º*, pp. 77-78. Também J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 306 ss..

[371] Outros afloramentos encontram-se: no nº 1 do artigo 13º (igual dignidade social); nº 2 do artigo 25º (proibição de tratos e penas degradantes ou desumanos); no nº 2 do artigo 26º (proibição de utilização das informações pessoais ou familiares); na alínea *e)* do nº 2 do artigo 67º (salvaguarda da dignidade na procriação assistida).

[372] MACCRUDDEN, *Human dignity*, p. 680.

a) "A dignidade humana não é uma expressão classificadora *a posteriori* –, um logro, por assim dizer – , por detrás do qual se esconde uma multiplicidade de fenómenos diversos, mas sim a «fonte» moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais"[373];

b) O que não quer dizer de todo que os direitos fundamentais se limitem a soletrar, cada um à sua maneira, "a substância normativa da igual dignidade humana de cada um" – afinal, esta constitui apenas "o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito"[374];

c) Os direitos fundamentais representam, outrossim, uma "síntese improvável" entre uma "moral interiorizada, ancorada na consciência subjectiva e justificada racionalmente" e o "direito coercivo, regulamentado positivamente"[375] – revelando uma face de Janus, voltada ao mesmo tempo para um *conteúdo* marcadamente moral e para uma *forma* de direitos subjectivos positivos[376];

d) "A dignidade humana (…) justifica a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais"[377] – não apenas porque permite desvendar o nexo lógico existente entre as suas conhecidas quatro gerações ou categorias (indivisibilidade geracional ou substancial), mas também porque impede o seu confinamento às típicas relações verticais de poder público, implicando a sua transposição para a generalidade das relações verticais e horizontais presentes nas sociedade (indivisibilidade funcional), assim como inviabiliza a separação da sua salvaguarda efectiva no plano estadual e no plano internacional e universal (indivisibilidade geo-política)[378];

e) Apesar de a sua origem se situar no plano ético e moral, a ideia de dignidade humana tem vindo a ser (re)construída ou (re)configurada juridicamente desde a sua recepção nos textos jusfundamentais do segundo pós-guerra – por certo como princípio constitucional, positivado, mas não necessariamente sob a forma de um direito subjectivo[379] –, assumindo crescentemente conteúdos normativos específicos, em geral a partir da conhecida *fórmula do objecto*, de inspiração kantiana e popularizada por Dürig, com ampla projecção jurisprudencial[380-381];

---

[373] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 31.
[374] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 33 e p. 37.
[375] HABERMAS, *Um ensaio*, pp. 39-40.
[376] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 38.
[377] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 36.
[378] HABERMAS, *Um ensaio*, respectivamente, p. 36, p. 35 e pp. 51 ss..
[379] Sobre esta controvérsia: J. MIRANDA / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 1º*, p. 86; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 84-85 e pp. 95-97.
[380] DÜRIG, *Der Grundrechtssatz*, p. 127: "a dignidade humana é afectada enquanto tal quando um concreto ser humano é reduzido a um objecto, a um simples meio, a uma quantidade dispensável. (A violação da dignidade envolve) a degradação da pessoa a uma coisa, que pode ser, na sua totalidade, dominada, dispensada, registada, objecto de lavagem cerebral, substituída, usada e deitada fora".
[381] Na jurisprudência portuguesa: Acórdão nº 144/2004 (crime de lenocínio). Para uma compreensiva análise dessa jurisprudência, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 563 ss.. Nas origens da jurisprudência germânica: BVerfGE 5, 85 (*KPD-Verbot*); BVerfGE 27, 1 (*Mikrozensus*); BVerfGE, 30, 1 (*Abhörurteil*); BVerfGE, 45, 187 (*Lebenslange*

f) Entre esses conteúdos normativos específicos contam-se igualmente aqueles que rejeitam todas as formas de paternalismo jurídico, garantindo a cada ser humano – na esteira da velha *Oratio* de Pico della Mirandola – a possibilidade de se apresentar perante a sociedade como "soberano artífice de si", dotado de livre-arbítrio e de capacidade para escolher livremente a sua própria vida[382];

g) Por tudo isto, para os juristas de hoje, a dignidade humana revela-se simultaneamente como uma "janela sobre o mundo da metafísica" e como um "sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática" no mundo empírico[383];

II – Não é de estranhar, sob este enquadramento teórico, a sistemática invocação da dignidade da pessoa humana sempre que se pretende levantar do chão uma nova figura constitucional – e, em particular, a dos deveres estaduais de protecção – dirigida a transpor os catálogos de direitos fundamentais para a realidade constitucional[384]. Para mais, sendo essa figura em si mesma tão carecida de apoios literais firmes e transparentes – excluindo, portanto, alguns afloramentos textuais de alcance limitado –, tornou-se entretanto incontornável a referência ao artigo 1º, §1º, da Lei Fundamental de Bona, cujos constituintes não se deram por satisfeitos com a enfática declaração de que "a dignidade humana é inviolável", mas prescreveram também de forma expressa que "é obrigação de todos os poderes públicos respeitá-la e protegê-la". Quer isto dizer, portanto, que neste preceito se estabeleceu claramente uma *dupla vinculação* dos poderes públicos, nos termos da qual o Estado não está apenas obrigado a respeitar a dignidade da pessoa humana – não produzindo decisões ou adoptando medidas que atentem directamente contra ela –, mas está igualmente vinculado a garantir a sua protecção efectiva contra idênticas ameaças, embora com origem fora do círculo dos poderes estaduais (mormente contra as provenientes da conduta de sujeitos privados, independentemente do modelo jurídico de sujeição destes)[385]. De uma assentada, a Lei Fundamental estabelece um inteiro programa de eficácia para os direitos fundamentais: por um lado, como deveres de omissão, enquanto direitos de defesa; por outro lado, como imperativos de acção, enquanto deveres de protecção[386].

O maior problema desta linha de fundamentação dos deveres de protecção reside na circunstância de ambas as espécies de obrigações estaduais em causa se cingiram, à partida, ao próprio bem jurídico

---

Freiheitsstrafe). Mais recentemente, considerando violador da dignidade da pessoa a utilização da morte de uns "como meio" para a "protecção da vida" de outros: BVerfG, 1 BvR 357/05 (*Luftsicherheitsgesetz*).

[382] PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso*, p. 57.

[383] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 37; também HÄBERLE, *(§20) Die Menschenwürde*, pp. 317 ss..

[384] STARK, *Praxis*, pp. 70-73; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 42-44; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 28-29, 66-67 e 145 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 30-31; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 93 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 84 ss., ROBBERS, *Sicherheit.*, pp. 187 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 142 ss.; GIWER, *Rechtsfragen*, pp. 134 ss.; BURGER, *Das Verfassungsprinzip*, pp. 356 ss..

[385] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 31; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 86-87; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwüde*, pp. 93 ss.; MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 209 ss..

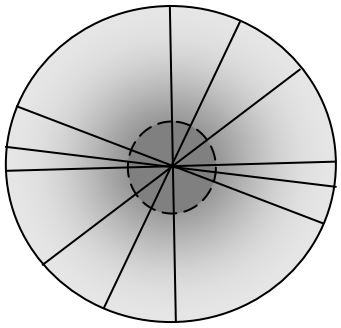
[386] KRINGS, *Grund*, p. 142.

dignidade da pessoa humana. Como poderia então transitar-se de um dever de protecção restrito à dignidade da pessoa em si mesma considerada – tese que em rigor ninguém sustenta[387] – para um mais abrangente dever de protecção dos direitos fundamentais? Esta questão tem no entanto sido respondida com base no próprio §3º do mesmo preceito constitucional, invocando a *ponte* que este permite lançar entre, numa margem, a dignidade da pessoa humana e, na outra margem, os "direitos fundamentais subsequentes", uma vez que também estes "vinculam o legislador, o poder executivo e a jurisprudência" como "direito directamente vigente"[388]. Entre uma coisa e outra haveria, pois, uma verdadeira "ligação interna" ou uma proximidade justificativa da utilização do *"argumentum a simile"*[389]. Apesar de, no contexto em apreço, nem sempre existir consenso quanto ao modelo preciso de relacionamento entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em especial, o artigo 1º, §1º, da Lei Fundamental de Bona é comummente considerado como um "*veículo* para a protecção também de outros bens jurídicos jusfundamentalmente garantidos"[390]. Quanto muito impõe-se um pequeno "*desvio*", que permite, em todo o caso, chegar (pelo menos) ao núcleo (essencial) dos direitos fundamentais subsequentes através dos efeitos que a dignidade da pessoa humana produz em (ou sobre) todos eles (ou quase todos eles)[391-392].

Seja porque os direitos fundamentais são "defluências" imediatas da dignidade da pessoa humana, seja porque são "capítulos de explicitação parcial" desta, seja porque existe uma "congruência parcelar" entre o teor (nuclear) daqueles e o conteúdo desta, seja ainda porque esta última produz um inelutável "efeito irradiante" sobre todos os direitos individuais consagrados na Constituição, ou seja por fim porque a própria história não permite apartar uma coisa da outra, são efectivamente muitos os argumentos alinhavados com o propósito de expandir a letra do texto constitucional. Aliás, o lugar sistemático atribuído à dignidade da pessoa humana, antes do catálogo dos direitos fundamentais, não seria compaginável com um modelo de relacionamento em que aquela ficasse (isolada) atrás destes, exigindo sim que assuma uma posição liderante de tudo o que se lhe segue[393]. Esquematicamente, portanto, a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais enquanto tal consignados nos textos constitucionais poderia representar-se – não como uma espécie de manto diáfano que cobre indistintamente todos aqueles[394] –, mas através de dois círculos concêntricos e comunicantes, segmentados à medida do conteúdo de cada um dos direitos:

---

[387] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 149, concluindo, todavia, no sentido de que o artigo 1º não permite mais do que isso.
[388] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 99, construindo essa "ponte" com o apoio da "fórmula do reconhecimento" dos direitos fundamentais pelo texto constitucional e da sua intrínseca "transpositividade".
[389] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 88; KRINGS, *Grund*, p. 145.
[390] STARK, *Praxis*, p. 71; UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 43; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 145-146.
[391] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 93-94; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 145-146.
[392] BVerfG, 1 BvR 357/05 (*Luftsicherheitsgesetz*), também transportando o dever de protecção (da dignidade humana) para o direito à vida.
[393] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 146; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 96.
[394] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 96.



O círculo menor simboliza precisamente a dignidade da pessoa humana, ao passo que o maior representa os direitos fundamentais em especial. Ambos – e não apenas o segundo – se encontram rasgados por múltiplas linhas (rectas), que delimitam entre si o conteúdo de cada um dos direitos fundamentais em função da extensão material com que se encontram consagrados no catálogo constitucional. O primeiro desenvolve, a partir da sua posição nuclear, um efeito irradiante no sentido da periferia, o qual varia de intensidade consoante o direito fundamental em questão[395]. A dignidade da pessoa humana tende, assim, a coincidir com o resultado da soma do "núcleo de dignidade" presente (em todos e) em cada um dos direitos individuais[396] – em detrimento da assumpção de um conteúdo jurídico-normativo específico. Os direitos fundamentais não se localizam (espacial e substancialmente) em redor daquela, sob o seu influxo e tendo nela (tão-somente) a sua referência positiva e transpositiva, mas sobrepõem-se-lhe na medida do seu próprio conteúdo material nuclear[397]. Em consequência, a protecção da dignidade da pessoa humana constitucionalmente imposta a todos os poderes públicos seria sempre também, ainda que em diferentes graus ou com alcance distinto, protecção dos diferentes direitos fundamentais em que aquela se desenvolve ou projecta[398]. Numa palavra, a dignidade da pessoa humana, pelo modo concreto como o texto constitucional em referência organizou a sua consagração, constituiria o fundamento decisivo dos deveres de protecção de direitos fundamentais.

III – A grande questão suscitada por esta linha argumentativa é evidentemente a de saber se ela pode ser válida fora do seu contexto original, mormente para fundamentar, à luz da Constituição portuguesa, a figura dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. A resposta, porém, afigura-se claramente negativa, por várias ordens de razões, sendo que a primeira delas nem será porventura a mais importante: a evidente discrepância existente entre os dois textos constitucionais no que toca ao modo concreto de consagração da dignidade da pessoa humana e à forma como esta aparece

[395] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 97.
[396] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 43.
[397] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 102-103, dando voz à corrente que salienta, porém, que nem todos os direitos fundamentais têm necessariamente no seu centro um "núcleo de dignidade".
[398] Em sentido favorável, DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 101-102; em sentido crítico, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 146-148.

posicionada em face dos direitos fundamentais em especial. Para o bem e para o mal, a Constituição portuguesa não estabelece um enlace específico entre esta e os direitos fundamentais que depois consagra – pelo que se evitam algumas das discussões acima referidas –, mas também não dá expressão literal clara e abrangente a um dever estadual de protecção da dignidade da pessoa humana – pelo que se perde um apoio textual positivo que poderia dar maior lastro à figura dos imperativos constitucionais de tutela. No artigo 1º da Constituição de 1976, a dignidade da pessoa humana é, por assim dizer, consignada de uma forma mais "absoluta", sem que simultaneamente dela se extraiam corolários jurídicos imediatos[399].

Parece também indesmentível que a argumentação acima exposta incorre nalguns riscos sérios, como o de "trocar a dignidade da pessoa humana por moedas pequenas", ou o de produzir a um certo "nivelamento" dos direitos fundamentais – nivelamento por baixo, reduzindo-os ao seu mínimo denominador comum e relativizando o seu restante conteúdo –, ou ainda o de pôr em causa a autonomia material (e dogmática) dos direitos fundamentais individuais positivados no catálogo constitucional[400]. Riscos que não desaparecem apenas pela afirmação de que não tem necessariamente de ser assim e de que pode sustentar-se, por exemplo, que os deveres estaduais de protecção "têm sempre o seu *fundamento* no artigo 1º, §1º" – e, portanto, nas obrigações que o Estado tem relativamente à intangibilidade da dignidade da pessoa humana –, "enquanto o seu *conteúdo* e os seus *limites* resultam antes dos próprios direitos fundamentais em causa"[401]. Com esta afirmação, supostamente apaziguadora, apenas se reconhece que não pode confundir-se a questão da fundamentação dogmática de fundo da figura dos deveres estaduais de protecção, no plano da teoria dos direitos fundamentais, com o problema metodológico da dedução de concretos deveres de tutela de bens jusfundamentais particulares – tarefa que, naturalmente, nunca poderá ser levada a cabo sem uma exegese cuidada dos preceitos consagradores dos direitos fundamentais em especial[402]. Ou seja, com esta reflexão apenas se evidencia a insuficiência de um dever (particular) de protecção da dignidade da pessoa para se transitar, *per saltum*, para um amplo dever (geral) de protecção dos direitos fundamentais.

Sobretudo, é muito provável que as premissas avançadas logo de início – ainda que não prescrevam um *pensamento único* sobre a questão – propendam para um esquema relacional diferente do acima apresentado, no qual se permite à dignidade da pessoa humana um conteúdo normativo específico, que simultaneamente respeita e valoriza a autonomia material dos direitos fundamentais que nela se filiam axiológica e juridicamente. Mesmo no plano estritamente jurídico, parece haver mais dignidade humana para além daquela que eventualmente se encontra repartida – ainda que de forma assimétrica – pelos

[399] Apesar dos afloramentos do artigo 26º, nº 2, e do artigo 67º, nº 2, alínea *e)*.
[400] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 94 ss.; KRINGS, *Grund*, p. 144.
[401] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 98.
[402] KRINGS, *Grund*, pp. 145-146.

diferentes direitos fundamentais[403]. Pense-se, em particular, naqueles conteúdos normativos associados à kantiana "fórmula de Dürig" – como a interdição de todas as formas de instrumentalização do homem levadas a efeito pelo poder político ou por terceiros[404] –, bem como naqueloutros que tendem a garantir a todos as condições materiais mínimas para uma sobrevivência condigna[405-406]. Os primeiros não se limitam a proibir que as pessoas sejam desumanizadas através da privação das suas mais elementares liberdades pessoais e a proscrever a sua sujeição a todo o tipo de tratamentos cruéis e desumanos. Eles proíbem ainda quaisquer formas (atípicas) de humilhação, segregação, estigmatização social e jurídica, discriminação aviltante, impedindo que o homem, em qualquer das suas dimensões (física, intelectual, moral), possa ser colocado ao serviço do poder, da ciência, de qualquer projecto de transformação social, ideia de progresso ou outro fim inteiramente alheio à sua vontade. Os segundos, por sua vez, obrigam o Estado – por si ou em colaboração com as diferentes instâncias sociais – a não *deixar cair* – e, por maioria de razão, a não *fazer cair* – nenhuma pessoa abaixo de um determinado patamar de condições materiais de vida (bens e rendimentos), fornecendo quando necessário a cada uma um "mínimo para uma existência condigna"[407]. Não só, portanto, para uma existência física – abrangendo a "alimentação, vestuário, habitação, aquecimento, higiene e saúde" –, mas igualmente para uma existência social, traduzida na possibilidade de manter relações interpessoais e de participar na vida social, cultural e política"[408].

Não parece sequer que a centralidade dogmática justamente reconhecida à dignidade da pessoa humana saia fragilizada – bem pelo contrário – se os direitos fundamentais, ou apenas alguns deles, não tiverem no seu epicentro um verdadeiro *núcleo de dignidade humana* – congruente ou não com o respectivo *conteúdo essencial*[409]. De modo que uma agressão grave contra faculdades medulares de um direito fundamental não tenha, *ipso jure*, de representar simultaneamente uma violação da dignidade da pessoa humana – evitando o já referido risco de trocar a dignidade por moedas (se não pequenas, pelo menos) mais pequenas. Assim, uma coisa será reconhecer que há certas liberdades fundamentais cuja privação conjunta ou mesmo isolada põe em causa a dignidade da pessoa humana, outra bastante diferente seria entender que toda e qualquer violação grave de uma liberdade, ainda que atingindo o seu núcleo –

---

[403] MACCRUDDEN, *Human dignity*, pp. 686 ss., procurando recortar esse conteúdo autónomo da dignidade. Tentando também uma densificação extensiva do conteúdo da dignidade humana (na fronteira dos direitos fundamentais), BURGER, *Das Verfassungsprinzip*, pp. 274 ss..

[404] Os já referidos Acórdão nº 144/2004 (crime de lenocínio) e BVerfGE, 30, 1 (*Abhörurteil*). Mais claramente ainda: BVerfG, 1 BvR 357/05 (*Luftsicherheitsgesetz*).

[405] Por sua vez: Acórdãos nº 62/2002 e nº 177/2002 (impenhorabilidade de prestações sociais); Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção); o *BVerfG*, 1 BvL 1/09 (*Hartz IV-Gesetz*).

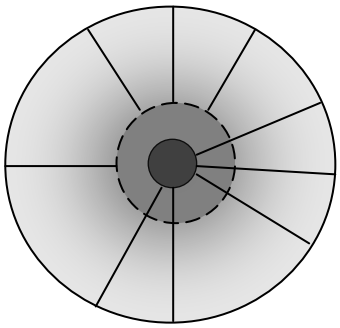
[406] Desta questão dos *conteúdos normativos* da dignidade distingue-se ainda a das *funções jurídicas* por ela desempenhadas. Nomeadamente, tal como alinhadas por GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwüde*, pp. 136 ss., e pp. 183 ss.: a) de alargamento do âmbito de protecção dos direitos; b) de limitação desse âmbito; c) de regulação do carácter restritivo das restrições; d) de fonte de princípios jurídicos; e) de complementação da intangibilidade do conteúdo essencial.

[407] V. ANDRADE, *O "direito*, p. 29.

[408] Na exigente formulação do Tribunal Constitucional alemão: BVerfG, 1 BvL 1/09 (*Hartz IV-Gesetz*), nº 135.

[409] GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwüde*, pp. 181 ss. Criticando a identificação entre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, J. MIRANDA / J.P SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 394-395.

v.g., a liberdade de iniciativa económica ou mesmo a liberdade de escolha de profissão – consubstancia automaticamente um atentado contra aquela. Uma coisa é afirmar que certos direitos apresentam uma zona de sobreposição com a dignidade da pessoa humana – *v.g.*, o direito à vida, como condição de existência dos demais direitos, assim como o direito à integridade pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou, mais amplamente, os direito do nº 6 do artigo 19º[410] – em termos tais que a sua supressão desumaniza os seus titulares –, outra bem diversa seria pretender que no conteúdo de todos os direitos básicos é possível encontrar, com recurso a operações de abstracção, peças que fazem parte do puzzle da dignidade da pessoa. O facto de esta constituir o "pressuposto fundante" de todos os direitos fundamentais, não quererá dizer que a primeira pedra do conteúdo destes tenha inevitavelmente de ter o seu nome gravado[411]. Nos seguintes moldes:



Há assim que admitir, antes de mais, que a dignidade da pessoa humana ostenta um conteúdo normativo-material *a se* – acima representado pelo pequeno círculo interior mais carregado. "Autodeterminação, autonomia pessoal, respeito próprio, sentimento de valor próprio ou de autoestima, e *empowerment*" preenchem parte significativa desse círculo medular da dignidade humana[412]. Além disso, só uma parcela do seu restante conteúdo – representado pelo círculo intermédio a tracejado – se encontra numa relação de congruência substancial com os direitos fundamentais em especial, mormente com o (centro nevrálgico do) conteúdo essencial destes. O efeito irradiante da dignidade da pessoa humana sobre os direitos que a circundam, apesar de aceite de forma pacífica, não tem de se traduzir invariavelmente em sobreposição material. Significa antes que as operações hermenêuticas concretizadoras dos direitos fundamentais são iluminadas, numa relação dialógica, por aquela.

IV – A confirmar-se esta orientação, independentemente do contexto normativo em causa, falhará sempre a possibilidade de fundar a figura dos imperativos de tutela jusfundamental na protecção

[410] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 440-442.
[411] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 146; BOTHA, *Human dignity*, pp. 181-182.
[412] MACCRUDEN, *Human dignity*, p. 701.

constitucionalmente devida à dignidade da pessoa humana. Já não é apenas o problema de alargar generosamente a cada um dos direitos fundamentais como um todo um dever de protecção que o texto constitucional faz corresponder apenas ao seu núcleo mais irredutível. Trata-se antes de verificar que nem sempre se está a proteger um específico direito fundamental individual quanto, por via legislativa ou outra, se tomam medidas destinadas a assegurar a intangibilidade da dignidade humana. Por exemplo, quando na alínea *e)* do nº 2 do artigo 67º a Constituição manda salvaguardar a dignidade da pessoa humana na regulamentação da dignidade da pessoa humana não se refere a nenhum direito fundamental em particular – nem à identidade genética ou à integridade do embrião, nem sequer à vida do concepturo ou nascituro[413] –, mas tão singelamente ao próprio bem dignidade humana, com a axiologia que lhe está subjacente[414]. A esta luz, o esquema relacional entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais apresentado em primeiro lugar parece ter sido montado, peça por peça, com o propósito de tirar o máximo partido da expressão textual da Lei Fundamental germânica, permitindo colher um apoio literal firme para a figura dos deveres de protecção. E, se assim for, a inversão metodológica será óbvia.

É sabido também que de pouco serve desembainhar o argumento da dignidade da pessoa humana quando se pretendem dirimir questões verdadeiramente polémicas ou dilemáticas do ponto de vista jurídico-valorativo[415]. Quantas vezes esse mesmo argumento não é utilizado por ambas as partes na contenda, para sustentar soluções diametralmente opostas[416]. Na cena internacional, mais do que exprimir um consenso existente, a dignidade da pessoa humana surge muitas vezes como um "argumento apto para produzir um consenso inexistente"[417]. Logo que se procura avançar no sentido do seu preenchimento substantivo, percebe-se de imediato que, tudo aquilo que para uns é uma marca de *universalismo* e de humanidade, para outros não passa de mais um sinal de *imperialismo* cultural do Ocidente[418]. Mesmo no plano doméstico, ou em contextos geopolíticos ocidentais (ou ocidentalizados), e apesar do amplo *consenso de sobreposição* que invariavelmente se forma em seu redor, a operatividade do conceito de dignidade da pessoa humana é limitada e esta arrisca-se na prática a desempenhar tão-só uma função de "cortina de nevoeiro", atrás da qual todas as divergências se escondem[419]. Ao contrário do que sustentam algumas vozes mais optimistas – que olham para a dignidade humana como o único valor absoluto num mundo de valores relativos, ou como uma estrela fixa que fornece a orientação necessária nos incertos

---

[413] GIWER, *Rechtsfragen*, pp. 62 ss., para uma análise da protecção do embrião à luz de diferentes direitos constitucionais.

[414] Valendo esta, autonomamente, como limite a outros direitos conflituantes, como a liberdade de investigação científica ou o direito à saúde: R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 67º*, pp. 1365-1369. Aliás, no Acórdão nº 101/09 (procriação assistida), parece mesmo recusar-se ao embrião não implantado um estatuto jusfundamental.

[415] KAUFMANN, *Filosofia*, p. 269, afirmando radicalmente que "só quando não se atribui à dignidade humana qualquer conteúdo, é que ela é absoluta, mas nesse caso torna-se também vazia".

[416] MACCRUDEN, *Human dignity*, p. 698.

[417] KAUFMANN, *Filosofia*, p. 465.

[418] HUNTINGTON, *O choque*, p. 214, e pp. 225 ss., numa postura que nega o carácter verdadeiramente universal dos direitos do homem.

[419] HABERMAS, *Um ensaio*, p. 32.

caminhos da sociedade hodierna[420] –, a verdade é que só a muito custo o confronto entre as práticas jurisprudenciais nacionais e internacionais referentes à aplicação das cláusulas de dignidade humana consegue ultrapassar um *minimum core*: todo o ser humano possui um valor intrínseco (*ontological claim*); esse valor deve ser reconhecido e respeitado por todos, sendo proibidas todas as práticas que sejam inconsistentes com esse mesmo valor (*relational claim*); o Estado existe para o bem do indivíduo e não o contrário (*limited-state claim*)[421].

Quer isto dizer, no fundo, que só num nível muito elevado de abstracção a dignidade da pessoa humana poderia alguma vez fornecer um argumento válido para a fundamentação dos deveres estaduais de protecção. Tão elevado e tão sujeito a contingências histórico-culturais que esse apoio pouca utilidade teria no plano seguinte, de aplicação da metodologia de dedução concreta dos diferentes imperativos constitucionais de tutela associados aos direitos fundamentais em especial. Salvo em situações absolutamente extremas, a invocação da dignidade da pessoa humana nenhum contributo pode trazer consigo para: primeiro, determinar se o legislador está ou não efectivamente vinculado a proteger determinado direito perante certo perigo; e, segundo, se a resposta for afirmativa, saber com que meios fazê-lo e com que limites. Na sua pletora de conteúdos axiológicos e normativos, a dignidade da pessoa humana dificilmente será capaz de sustentar com um mínimo de segurança um dever de protecção que vá para além de si própria, sem o contributo decisivo dos direitos fundamentais que tutelam os específicos bens constitucionais em risco. Tudo indiciando, portanto, a necessidade de uma fundamentação autónoma para uma também autónoma nova função jusfundamental, que coerentemente não poderá estear-se em qualquer *alma mater* já presente na narrativa tradicional dos direitos fundamentais.

4.7. Pontos firmes na Constituição de 1976

Viu-se como alguma doutrina, em razão do que considerou ser a inexistência de apoios textuais claros a abrangentes dos deveres de protecção, procurou erigir esta figura partindo de conceitos cuja entrada no dicionário dos direitos fundamentais há muito foi aceite. Versaram-se apenas os dois mais relevantes: conteúdo objectivo dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Mas verificou-se que nenhum deles consegue verdadeiramente o intento para que foi convocado, porquanto os argumentos invocados ou estão demasiado marcados pelo seu próprio contexto – histórico, dogmático ou até geográfico –, ou são em simultâneo estreitos e imprecisos para cobrir a totalidade do espectro dos imperativos de protecção a que o Estado deve estar vinculado. Efectivamente, os deveres estaduais de protecção não são uma parcela indistinta dentro do lado objectivo dos direitos fundamentais – porventura, não fazem mesmo parte desse universo problemático –, assim como não são também um epifenómeno ou

[420] ISENSEE, *Menschenwürde*, pp. 173 ss..
[421] MACCRUDEN, *Human dignity*, pp. 279 ss..

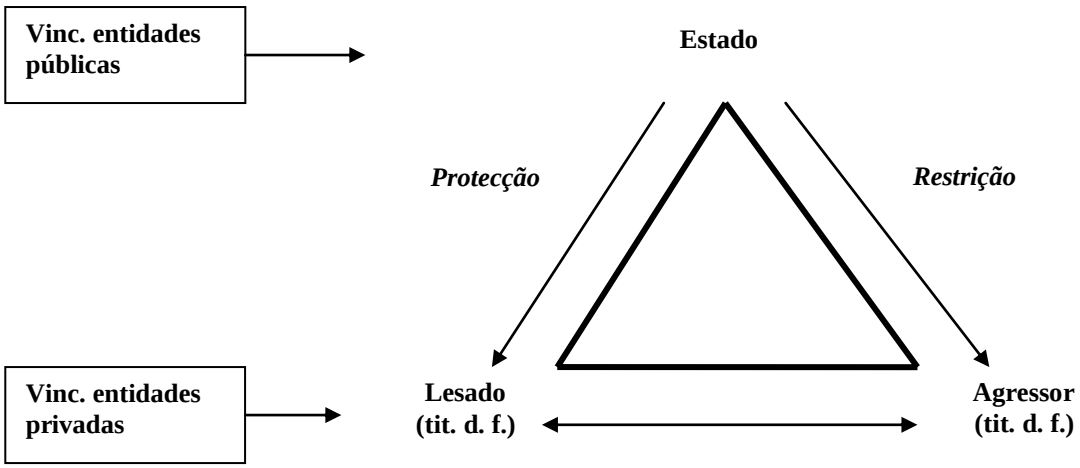
um subproduto das obrigações do Estado e da sociedade para com a ideia reitora da dignidade da pessoa humana. Os deveres de protecção são antes uma figura constitucional *a se* e como tal devem ser tratados.

Já antes disso, as considerações então efectuadas haviam demonstrado que nenhuma das funções mais consolidadas dos direitos fundamentais – defesa, prestação e eficácia interprivada – dispunha de uma explicação convincente para os casos típicos em que o Estado é confrontado, na sua posição de regulador social e de coordenador normativo de liberdades individuais, com uma agressão proveniente de um sujeito privado sobre bens jusfundamentais de outro sujeito privado – assim como para outros casos similares de exposição individual ou colectiva a perigos e riscos. Contudo, não obstante a autonomia das diferentes funções dos direitos fundamentais – que é aliás recíproca –, a verdade também é que nenhuma delas é absolutamente estanque e, muito em especial, a função de protecção apresenta-se em parte como uma espécie de *função de conexão* das suas antecessoras. Defesa, prestação e eficácia entre privados são, pois, os seus principais alicerces. Defesa porque está em causa a garantia da integridade de certos bens jurídicos fundamentais em relação a ameaças que sobre eles incidem – embora não de ameaças provenientes do poder estadual ou por este controláveis. Prestação porque essa garantia passa necessariamente por actuações positivas do Estado e não pela sua simples abstenção – ainda que as prestações em causa, normativas e materiais, não sejam assimiláveis às que tipicamente caracterizam a efectivação dos direitos sociais. Eficácia entre privados porque tem por base, precisamente, a preexistência de uma vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais uns dos outros – a qual, em última análise, justifica a necessidade de intervenção protectora dos poderes públicos. Numa palavra: se bem que não seja reconduzível a nenhuma das três funções jusfundamentais suas predecessoras, a função de protecção também não consome nenhuma delas; mas toma-as a todos (e a um só tempo) como um pressuposto seu.

4.7.1. Deveres gerais: artigo 18º

Este mesmo esquema relacional encontra-se positivado de forma lapidar no artigo 18º da Constituição, tomando por base o triângulo jusfundamental na sua formulação paradigmática de "protecção através de restrição"[422]. Para que isso se veja com clareza, basta voltar a pôr do *"direito"* aquilo que alguma doutrina nacional, ainda muito tributária da visão dos direitos fundamentais como direito de defesa, tem frequentemente enxergado do *"avesso"*. Quer dizer, basta subordinar a problemática das restrições àqueles que são verdadeiramente os desígnios do artigo 18º: a preservação da força jurídica dos direitos fundamentais (epígrafe); a efectividade das normas constitucionais que os consagram (nº 1); a salvaguarda dos diferentes conteúdos jurídicos protegidos por esses direitos (nº 2); a intangibilidade do núcleo material de cada um deles (nº 3). Nos termos seguintes[423]:

[422] WAHL / MASING, *Schutz*, pp. 553 ss..
[423] G. CANOTILHO, *Omissões*, p. 122; J. NOVAIS, *As restrições*, p. 92; P.M. PINTO, *O direito*, p. 195, em nota.



I – A Constituição não contém uma verbalização autónoma das diferentes funções jusfundamentais – ou sequer daquelas que aqui estão mais directamente em causa: *defesa*, *prestação*, *eficácia intersubjectiva privada* e *protecção*. O próprio artigo 9º, ao debruçar-se sobre as tarefas do Estado, limita-se a contrapor a "garantia" dos direitos e liberdades fundamentais à "efectivação" dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais.

Não obstante, na segunda parte do nº 1 do artigo 18º, o texto constitucional justapõe claramente vinculação das entidades públicas e vinculação das entidades privadas. Aglutinam-se assim no primeiro segmento da segunda parte do preceito todos os efeitos dos direitos fundamentais que de alguma forma representam obrigações para o Estado, nas suas plúrimas vestes, sejam elas positivas ou negativas, subjectivas ou objectivas, relativas ou absolutas[424]. Como se viu, os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais apresentam-se, precisamente, como uma das vertentes da vinculação das entidades públicas – de todas elas, independentemente da função ou funções do Estado que exercem –, sem que contudo deixe de ter entre as suas premissas básicas a existência de um (prévio e simultâneo) vínculo de sujeição dos próprios sujeitos privados aos direitos fundamentais – o que equivale a dizer vinculação do agressor (também ele sujeito jusfundamental) aos direitos fundamentais do potencial lesado, que se encontra no pólo oposto da relação triangular. A dimensão de protecção jusfundamental apresenta-se, por conseguinte, como uma função de intersecção, que lança uma ponte entre os dois segmentos da segunda parte do nº 1 do artigo 18º e as diferentes funções que aí encontram consagração (implícita ou explicitamente)[425].

[424] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 323-327.
[425] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 342-346; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 38-39.

Por sua vez, o nº 2 do artigo 18º representa no essencial uma concretização do nº 1 no domínio específico da função legislativa. Tantas vezes olhado na perspectiva (negativa) do princípio do carácter restritivo das restrições, este nº 2 não pode mais ser encarado como o centro do artigo 18º, mas deve ser visto como uma decorrência do que se dispõe (positivamente) no nº 1, à luz de uma epígrafe que aponta precisamente para a "força jurídica" dos direitos fundamentais: força activa e passiva; material e formal; nos diferentes tipos de relações intersubjectivas que regulam; e nos diversos contextos sociais em que surgem. Por mais importante que, do ponto de vista teórico e até prático, sejam os problemas da admissibilidade das restrições e do regime das correspondentes leis restritivas, esses são problemas cuja solução está dependente das respostas que forem sendo encontradas para as questões relativas aos efeitos jurídicos e à efectividade dos direitos fundamentais (ainda no nº 1) e, depois, à própria "salvaguarda" de "outros direitos (ou interesses) constitucionalmente protegidos" (já no nº 2). Só quando se tem dos direitos fundamentais uma visão unidimensional – *maxime* quando se sufragam teorias como a denominada "solução dos direitos de defesa" – é que o problema das restrições se pode apresentar como o problema central da dogmática jusfundamental. Numa perspectiva multifuncional, isso seria impensável. O próprio princípio da proporcionalidade que está indiscutivelmente plasmado no nº 2 não pode mais exaurir-se numa proporcionalidade singela, entendida (à maneira germânica) como sinónimo de *proibição de excesso* – mera barreira levantada contra intervenções do legislador, traçando uma fasquia para a sua agressividade[426] –, mas tem antes de ser uma proporcionalidade mais compreensiva, que abarca também a *proibição de defeito* – subprincípio que actua sempre que os níveis de salvaguarda dos direitos fundamentais ficam aquém dos parâmetros constitucionais[427-428].

Aliás, uma vez que a *necessidade* surge na norma em análise directamente referida à "salvaguarda" dos "outros direitos (…) constitucionalmente protegidos" – e não, como é evidente, às "restrições" (que são em geral uma mera *possibilidade*) –, é antes de mais na interpretação dos preceitos que consignam os direitos carecidos de tutela que deve procurar-se a autorização constitucional (expressa) para restringir, e só em segunda linha nos preceitos que contêm os próprios direitos restringidos. Que conteúdo jusfundamental (que se encontra sob ameaça) tem de ser efectivamente preservado? Que parâmetros ou níveis de exigência define a Constituição a esse respeito? O percurso hermenêutico começa pois na *necessidade de salvaguardar* – o que vale por dizer num implícito dever de protecção ou num expresso imperativo constitucional de tutela –, partindo daí para a busca das vias ou dos instrumentos mais adequadas para alcançar esse desiderato, e desagua (eventualmente, embora com muita frequência) no delineamento de uma ou várias medidas legislativas de natureza restritiva. Não significa isto, naturalmente, que o nº 2 do artigo 18º tenha capacidade para alimentar, por si mesmo, o processo de dedução dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Como se sublinhou atrás, não pode

[426] V. CANAS, *A proibição*, pp. 811 ss..
[427] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 309-310.
[428] Infra, §4º, ponto 12.3.2.

confundir-se a fundamentação da figura constitucional em causa – fundamentação teórica, por um lado, mas também positiva, por outro –, com a dedução concreta dos diferentes deveres de protecção dos bens jurídicos contidos nas normas de direitos fundamentais, que é uma operação sujeita a uma metodologia específica (a desenvolver em várias fases). Tanto o disposto no nº 1, com a afirmação da vinculação dos entes públicos, como o nº 2, ao concretizar essa vinculação no plano legislativo – subordinando as restrições legais às necessidades de protecção jusfundamental –, nunca poderiam dispensar o papel absolutamente decisivo da interpretação das normas constitucionais que dão forma aos direitos fundamentais em especial. O artigo 18º é, tão-somente, a antecâmara de um enorme edifício que tem múltiplas divisões. Assim como as restrições precisam de uma autorização constitucional (explícita) para se legitimarem, assim também os deveres de protecção carecem de arrimo constitucional firme, não faltando mesmo quem os sujeite em geral a um critério de evidência[429].

O que vale para o nº 2 do artigo 18º não deixa de valer, *mutatis mutandis*, para o seu nº 3. Assim é, ou não fosse este também uma concretização daquele. Sobretudo no que respeita à garantia da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é já hoje evidente que o seu sentido não pode ser apenas o de limite derradeiro contra as intervenções restritivas do legislador[430]. Ainda que sem enveredar pela ideia de que se trata de uma garantia institucional, é seguro que não se trata somente de um problema de *restrição das restrições*[431]. Por um lado, o conteúdo essencial não vale unicamente como garantia em face das leis restritivas, desempenhando idêntica função garantística em relação a outras formas de compressão jusfundamental e, por maioria de razão, relativamente a actuações estaduais não legislativas. Como tem sido salientado, é difícil não reconhecer na ideia de intangibilidade do conteúdo essencial uma vertente positiva, que implica para o Estado e para os seus diversos poderes públicos a obrigação de zelar pelas condições reais de exercício ou satisfação das faculdades integradas naquele núcleo[432]. Ela não se esgota na "abstinência de restrições estaduais", mas impõe "conformação positiva de uma ordenação livre das relações da vida", em que seja respeitado um *standard* mínimo de "liberdade real" para todos os cidadãos[433]. Há por isso quem fale abertamente – e bem – das prestações "*necessárias* à realização do conteúdo essencial do direito fundamental" de cada indivíduo[434]. Independentemente de se propender mais para as visões absolutas ou relativas do conteúdo essencial, o conceito recorta um perímetro material mínimo de cada um dos direitos fundamentais, que é considerado intangível. Ou seja, que não tem apenas de ser respeitado pelo Estado, mas que tem de ser assegurado (ou salvaguardado) por

[429] D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, p. 369; DIETLEIN, *Das Untermaβverbot*, p. 132. Na jurisprudência: Acórdão nº 75/2010 (aborto V).
[430] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 392-394.
[431] Numa e noutra perspectivas: HÄBERLE, *La garantia*, esp. pp. 219 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 286 ss..
[432] R. CASTRO, *As omissões*, p. 233.
[433] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, p. 211; MAYER, *Untermaβ*, p. 175; TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 52.
[434] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 146.

este através de actuações jurídicas e materiais de vária ordem, incluindo deveres de prestação propriamente ditos, deveres de protecção e deveres de organização, procedimento e processo[435].

Quando se vira do "direito" a dogmática jusfundamental – pelo menos a que tem andado virada do "avesso", porque verdadeiramente obcecada pela temática das restrições – e se subordina esta última ao problema principal da salvaguarda e da efectividade do conteúdo dos direitos fundamentais, essa mudança de perspectiva acaba por reflectir-se também no conceito de conteúdo essencial[436]. Este volve-se num conceito multifuncional, que – sem prejuízo de manter, no âmbito da dimensão de defesa, a sua função de último reduto contra as intervenções restritivas – passa a desempenhar em paralelo outras funções de índole positiva: nos direitos sociais imporá um conteúdo mínimo às prestações destinadas à sua efectivação; na dimensão de eficácia intersubjectiva privada, estabelecerá limites à arbitrariedade, proscrevendo condutas privadas atentatórias da dignidade humana; enfim, na dimensão de protecção, definirá um "mínimo de liberdade real garantido" pelo Estado em quaisquer circunstâncias, frente a todas as ameaças jusfundamentais de origem não pública[437].

De um ponto de vista lógico, portanto, a protecção antecede a restrição. Aquela constitui *o fim* e esta representa apenas *um meio* para o alcançar – meio possível, frequente é certo, mas nem por isso inevitável –, pelo que o segmento normativo realmente decisivo no nº 2 do artigo 18º é aquele em que se refere a *necessidade de salvaguardar (outros) direitos constitucionalmente protegidos*. Apontando o *fim* e o *fundamento* último da restrição, esta fracção normativa não pode sem mais ser diluída no princípio da proporcionalidade ou sequer elencada entre os diferentes limites às intervenções legais restritivas[438]. Nem tão-pouco se esqueça que, na ausência de um fim suficientemente caracterizado e legitimado no plano constitucional, todas as restrições serão inapelavelmente desproporcionadas.

II – Apesar de aceitar que as relações jusfundamentais podem assumir uma estruturação triangular, a literatura jurídica portuguesa não tem enveredado por este caminho particular, em que se aponta como esteio constitucional (explícito) da figura dos deveres de protecção aquele que tem sido entendido como o regime específico das restrições legais aos direitos, liberdades e garantias[439]. Fora do contexto nacional, aliás, orientação similar tem mesmo sido alvo de alguma contestação[440] – ainda que no pressuposto (indemonstrado) de que assim se recolocaria a função de protecção na órbita da função de

---

[435] ALEXY, *Teoria*, pp. 435 ss..

[436] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 343 ss., deslocando a "preservação do conteúdo essencial" do carácter restritivo das restrições" para o "princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais". Também, dando prioridade à fundamentação e à conformação e concretização dos direitos fundamentais sobre a sua restrição, G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1257 e ss., e pp. 1261 ss..

[437] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, p. 209; MAYER, *Untermaß*, pp. 177-180. No sentido de que os direitos sociais também têm um conteúdo essencial, J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 348-349.

[438] Entre tantos exemplos: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 388; V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 287; e, inclusivamente, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 372 ss..

[439] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 92; P.M. PINTO, *O direito*, p. 195 (em nota); F. MARQUES, *As relações*, p. 233.

[440] KRINGS, *Grund*, pp. 254 ss..

defesa, ou então, bem pior, que assim se abriria de par em par a janela das *restrições legais de protecção*, à margem de qualquer autorização constitucional expressa[441]. Não obstante, importa sublinhar que o caminho acima trilhado corresponde tão-somente a um itinerário complementar, que não significa descaso em relação ao principal. De modo algum se faz depender as vinculações públicas de protecção da existência de uma restrição em sentido próprio. Eventualmente, a única virtude desta segunda rota – além de tirar partido da correspondência literal – será a de trazer à tona que o *"Müssen"* que resulta do dever de protecção não pode ir mais longe do que o *"Dürfen"* existente em matéria de restrições[442]. Ou seja, é pôr em evidência que, porventura nas mais típicas situações de restrição legal, o que lhes está subjacente é, antes de qualquer outra coisa, a necessidade de tutelar juridicamente bens jusfundamentais que se encontram sob eminente perigo de lesão. São duas faces de uma mesma moeda.

Daqui não decore, contudo, que o percurso principal acima percorrido – e que passa pelo cruzamento da vinculação das entidades públicas (começando pelo legislador) e da vinculação das entidades privadas, tal como estabelecidas no nº 1 do artigo 18º – não esteja já bem enraizado na doutrina nacional[443]. Ao invés, é hoje claro para os mais insignes constitucionalistas que "a vinculação dos órgãos legislativos aos direitos fundamentais não é apenas negativa (…). É também positiva (…). Abrange ainda o dever de emitir normas ou outras providências de protecção dos direitos fundamentais. Trata-se de um dever geral, que se reporta aos direitos, liberdades e garantias e, na sua vertente negativa, igualmente aos direitos económicos, sociais e culturais"[444]. A regra do nº 1 do artigo 18º não pode significar apenas "dever de não agredir" – caso em que a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais não se distinguiria da vinculação às demais normas constitucionais e ao princípio geral da constitucionalidade (artigo 3º) –, mas implica igualmente "dever de proteger" de forma activa esses mesmos direitos[445]. De facto, nos últimos tempos "passou a dar-se relevo à existência de *deveres de protecção* dos direitos fundamentais por parte do Estado, designadamente perante terceiros: a vinculação dos poderes estaduais aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever principal respectivo (de abstenção, ou ainda de prestação ou de garantia da participação, conforme o tipo de direito do particular), antes implicaria o dever de promoção e de *protecção* dos direitos perante quaisquer ameaças, a fim de assegurar a sua efectividade"[446].

Em causa está, pois, uma alteração do modo como os poderes públicos em geral – e o legislador em particular – se relacionam com uma sociedade composta unicamente por titulares de direitos

---

[441] Na verdade, tanto a autorização para restringir como a obrigação de proteger têm que ser fundamentadas fora das normas constitucionais sobre restrições, noutros lugares da Lei Fundamental: KRINGS, *Grund*, pp. 282 ss..
[442] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 248-249.
[443] Mesmo excluindo J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 342-346, onde os deveres de protecção são tratados sistematicamente entre o tema da vinculação dos entes privados e o regime das restrições; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 38 ss..
[444] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 326-327 (e, de igual modo, p. 323). Na mesma linha, I. MOREIRA, *A solução*, p. 149.
[445] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 103; J.P. SILVA, *Dever*, p. 39.
[446] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 138, no ponto dedicado à "eficácia externa e dever estadual de protecção".

fundamentais. "Bem vistas as coisas, o Estado sempre desempenhou essa função protectora relativamente às liberdades e aos bens jurídicos pessoais, quer garantindo a segurança pública, quer perseguindo criminalmente quem atentasse contra os direitos das outras pessoas (defendendo assim bens como a vida, a integridade física, a propriedade, etc.), quer ainda protegendo os seus nacionais perante os outros Estados. Só que essas actividades eram consideradas tarefas essenciais ligadas, por definição, à própria existência da comunidade política e o seu desempenho era predominantemente entendido como o exercício de uma função comunitária, de interesse geral, e não enquanto meio de protecção de direitos individuais"[447]. O que permitiu então essa mudança de perspectiva? Em larga medida foi a "a concepção do Estado-prestador, associado aos direitos sociais, que abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva. Deste modo, muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de protecção, no contexto de um processo de efectivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a actuação dos poderes públicos"[448].

Numa linha próxima, tem-se considerado insuficiente uma fundamentação da "obrigação geral de protecção" no plano da teoria política, como uma "consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz, onde a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada"[449]. Impõe-se de igual modo a sua fundamentação jurídica-constitucional, "não apenas na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais – no nosso caso por força do artigo 18º, nº 1, da Constituição –, mas também na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem"[450]. Ou melhor, impõe-se a consideração do nº 1 do artigo 18º como uma cláusula geral de vinculação das entidades públicas ao cumprimento dos deveres de protecção que, por sua vez, fluem das disposições constitucionais que consagram os direitos fundamentais em especial[451] – e isto, diga-se *a latere*, independentemente de estes deveres se integrarem ou não no lado objectivo dos correspondentes direitos. O nº 1 do artigo 18º, ao mesmo tempo que constitui o mais importante ponto de sustentação, no texto constitucional, da figura dos imperativos estaduais de tutela jusfundamental, não deixa de ser absolutamente vazio de deveres concretos de protecção. Estes precisarão ainda e sempre de "um título de habilitação específico"[452].

---

[447] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 138.
[448] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 138-139.
[449] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 88.
[450] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 88-89.
[451] I. MOREIRA, *A solução*, p. 149, aduzindo ainda o princípio da constitucionalidade do artigo 3º. F. MARQUES, *As relações*, p. 235, convocando a alínea *b)* do artigo 9º. J. SAMPAIO, *O dever*, p. 102, recorrendo também ao artigo 266º, nº 2, no tocante à vinculação da Administração.
[452] F. MARQUES, *As relações*, p. 235.

Nem é apenas a integração dos deveres protecção na máxima da vinculação das entidades públicas que tem tido acolhimento na doutrina portuguesa – numa relação de complementaridade com os direitos fundamentais em especial[453] –, mas também o específico entrelaçamento entre aquela e a vinculação dos sujeitos privados. Não é necessário sequer trazer aqui à colação as posições que olham para os deveres de protecção como a última esperança de resolver o dilema entre eficácia imediata e eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[454]. Para quem adira a tais orientações, sempre estará assegurada a localização dos deveres de protecção no dito cruzamento entre os segmentos finais do nº 1 do artigo 18º, respeitantes à vinculação das entidades pública e à vinculação das entidades privadas. Convirá antes verificar que "as teorias da «eficácia em relação a terceiros» e dos deveres de protecção" exibem pelo menos um importante ponto de contacto: a "comum premissa de que nenhum titular de direitos fundamentais pode violar o bem jurídico-fundamental de outrem"[455]. Quer se entenda que "na teoria dos deveres de protecção, os direitos fundamentais da vítima, como os do agente, apenas se dirigem contra o Estado" – e que, portanto, "a relação entre particulares fica excluída" da vigência directa das normas constitucionais jusfundamentais[456] –, quer se sustente que os imperativos de protecção existem, precisamente, porque é necessário efectivar uma vinculação jurídica pré-existente dos sujeitos privados, o princípio *neminem laedere* representará sempre uma espécie de mínimo denominador comum das duas funções dos direitos básicos aqui em causa. Esse "dever geral de todos os cidadãos de respeitar e não infringir os direitos alheios" pode mesmo ser considerado como o "primeiro dos deveres fundamentais da Constituição"[457]. Se ele não existisse, o modelo paradigmático das relações jusfundamentais (de protecção) não poderia, por falta de sustentação, ser representado por uma estrutura triangular – como, aliás, é comummente reconhecido[458]. Sem a possibilidade de se fechar na base, o conhecido triângulo jusfundamental converter-se-ia num simples acento circunflexo[459]!

4.7.2. Deveres especiais: protecção diplomática (14º) e policial (272º)

Ainda que em termos globais a Constituição de 1976 não se caracterize propriamente pelo florescimento da *função de protecção* – no plano dos direitos fundamentais, a sua marca de água é o invulgar relevo que concede à *função de prestação*, associada a um amplo catálogo de direitos sociais –, a verdade é que ela não se limita apenas a contemplar um "dever geral de protecção dos direitos

---

[453] Contra, porém, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 93-94, para quem os deveres de protecção não integram o conteúdo dos direitos a proteger, mas resultam de uma "obrigação geral de protecção", consignada no artigo 2º e na alínea *b)* do artigo 9º.

[454] J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 93 ss.; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 77 ss..

[455] P.M. PINTO, *O direito*, p. 194, citando ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 134-135.

[456] P.M. PINTO, *O direito*, pp. 194-195.

[457] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 385; contra, F. MARQUES, *As relações*, p. 233.

[458] P.M. PINTO, *O direito*, p. 195, em nota.

[459] F. MARQUES, *As relações*, p. 233, sustentando que "os titulares de interesses privados conflituantes", apesar de ocuparem a base do "triângulo", "não se relacionam directamente entre si".

fundamentais"[460]. A par do dever geral do artigo 18º, a Lei Fundamental consagra pelo menos mais dois deveres especiais de protecção: o dever de protecção diplomática do artigo 14º; e o dever de protecção policial do nº 1 do artigo 272º. Trata-se, em ambos os casos, de declinações daquele dever geral caracterizadas pelo facto de os departamentos estaduais encarregados de cumprir a função de protecção jusfundamental se situarem no seio da Administração – os serviços diplomáticos (e consulares) e as polícias. Em causa estão, igualmente, duas áreas de intervenção administrativa caracterizadas tradicionalmente por uma ampla discricionariedade de actuação, mas em que a referenciação aos direitos fundamentais e a submissão aos princípios que os envolvem vêm introduzir – por regra com a ajuda da mão do legislador ordinário – novos e reforçados critérios de vinculação jurídico-constitucional.

I – Na sua formulação textual, o artigo 14º entrecruza três prescrições normativas dotadas de alguma autonomia, na medida em que os cidadãos portugueses que se encontram ou residem no estrangeiro[461]:

a) *são titulares de todos os direitos* que não sejam incompatíveis com a ausência do país;

b) *estão sujeitos a todos os deveres* que não sejam incompatíveis com a ausência do país;

c) *gozam da protecção do Estado* para o exercício dos respectivos direitos fundamentais.

Ao lado da função de delimitação do acervo de direitos de que beneficiam e do conjunto de deveres a que estão adstritos os cidadãos nacionais quando situados no estrangeiro, fornecendo o critério para essa operação – a incompatibilidade com a ausência do país –, este artigo desempenha ainda uma terceira e decisiva função: a de consagrar um *dever estadual de protecção* dos direitos fundamentais dos portugueses no exterior. Incumbe ao Estado, portanto, lançar mão dos instrumentos que tem ao seu dispor – em especial, os institutos da *protecção diplomática* e da *protecção consular*, tal como originariamente gizados pelo Direito Internacional – para, na medida do possível, garantir o respeito e a efectividade dos direitos dos cidadãos portugueses que se encontram além fronteiras[462].

Os três segmentos normativos referidos possuem um alcance diferenciado ou assimétrico. Esse desfasamento resulta, antes de mais, da circunstância de a figura do dever de protecção só se referir aos direitos fundamentais – e não, obviamente, aos deveres com idêntica dignidade. Quando a estes, o Estado beneficia antes de um *ius avocandi*, podendo, nos termos da lei, chamar os seus cidadãos no estrangeiro a prestar certas funções públicas ou a cumprir determinadas obrigações no território nacional (*v.g.*, serviço militar ou serviço cívico obrigatórios), bem como requerer às autoridades do Estado em que se encontram a sua extradição para Portugal. Além disso, ao contrário do que ocorre com os dois primeiros segmentos normativos referidos, o terceiro não tem como limite a *incompatibilidade com a ausência do país*. Bem

[460] S. CORREIA, *O direito*, p. 53.
[461] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 247 ss..
[462] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 352; F. QUADROS, *A protecção*, pp. 387 ss..

pelo contrário, a ausência do território nacional – ou, ao menos, a presença ou a passagem da pessoa (física ou jurídica) por território estrangeiro num dado momento – constituem na generalidade dos casos um pressuposto natural do dever do Estado de desencadear os mecanismos de protecção diplomática ou consular. Dito de outro modo: se o acervo de direitos (e de deveres) que os portugueses têm, em face do Estado português, quando se encontram no estrangeiro, é delimitado negativamente pelo critério da incompatibilidade com a ausência do território, já nada impede que o referido dever de protecção incida também sobre direitos decorrentes do ordenamento interno – desde que replicados internacionalmente –, ainda que, pela natureza das coisas, sejam na prática inconciliáveis com a presença ou com a permanência no exterior. Aliás, de um modo geral, tudo aconselha a que o dever estadual de protecção abranja todos os direitos fundamentais dos portugueses, desde que, por alguma forma, estes estejam num meio onde se encontram ameaçados por perigos ou riscos de origem externa.

Isto decorre de uma clara diferença de perspectiva. Ao passo que, nos dois primeiros segmentos do preceito constitucional em apreço, está exclusivamente em causa a relação bilateral dos cidadãos portugueses no estrangeiro com o próprio Estado português – que direitos e que deveres é que estes têm em face deste último –, já no terceiro segmento estará sobretudo em causa uma relação triangular, que envolve o Estado estrangeiro onde o cidadão nacional se encontra ou reside. À luz deste artigo 14º, o Estado português não tem apenas um *dever de apoio ou de colaboração* com os seus cidadãos no estrangeiro no exercício dos respectivos direitos em face de si mesmo. Ele está antes de mais vinculado a um verdadeiro *dever de protecção* relativamente a ameaças jusfundamentais externas, desde que estas ocorram no território do Estado estrangeiro onde se encontram ou residam os nacionais portugueses – isto é, ainda que estas ameaças não dimanem directamente das próprias instituições ou forças do Estado, mas ocorram no seu seio (*v.g.*, movimentos armados, grupos terroristas, organizações criminosas, entidades ou empresas privadas, graves perturbações da ordem pública, calamidades provocadas por acidentes tecnológicos ou por forças da natureza).

Ademais, os direitos do primeiro segmento não coincidem necessariamente com os direitos do terceiro segmento por uma outra razão. Ainda que os direitos fundamentais consagrados na Constituição vinculem todos os poderes públicos nacionais, na sua relação com os portugueses, onde quer que estes se encontrem ou residam, eles não são naturalmente oponíveis a Estados terceiros no momento em que o Estado português pretender adoptar medidas concretas de protecção dos seus cidadãos no exterior. Portanto, apesar de vinculado pelos direitos fundamentais tal qual estes estão consagrados na Constituição, na relação com os Estados em que os portugueses se encontram ou residam, Portugal apenas pode fazer valer esses direitos na medida em que eles decorram (também) do *estatuto jusinternacional* dos seus nacionais – ou, o mesmo é dizer, como direitos do homem, tal como resultam das convenções internacionais aplicáveis.

Na impossibilidade de aprofundar o tema – que melhor cabimento terá adiante[463] –, importa sublinhar que o terceiro segmento normativo acima identificado tem sido interpretado como consagrando expressamente a figura da protecção diplomática, que, à luz do direito internacional, continua a ser a forma típica de reacção dos Estados em relação à violação (ou à ameaça de violação) dos direitos dos seus cidadãos no estrangeiro. A inserção sistemática e o modo peremptório como o preceito se encontra formulado – "os cidadãos (…) gozam da protecção", isto é, gozam do direito à protecção do Estado – permite contudo sustentar que, mais do que um simples dever objectivo de protecção, nele se consagra um verdadeiro *direito fundamental dos cidadãos a requerer e obter protecção estadual*, sempre que os seus direitos fundamentais se encontrem ameaçados e estejam reunidos os demais pressupostos jusinternacionais do instituto da protecção diplomática. Tudo indica, pois, que neste artigo se contém um direito fundamental de segundo grau – ou seja, um direito que está constitucionalmente ordenado à tutela jurídica (e material) efectiva de outros direitos consagrados na Lei Fundamental –, à semelhança, aliás, do que sucede com vários outros direitos constitucionais, mormente com os constantes dos artigos 20º a 23º, sobre protecção jurisdicional interna, autotutela, e tutela graciosa daqueles mesmos direitos. Não se trata, porém, de um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, porquanto o seu conteúdo é claramente positivo – quer dizer, é um direito a reclamar do poder público actuações jurídicas e materiais, prestações em sentido rigoroso –, e não um direito essencialmente negativo, como é da índole daquela categoria específica de direitos. De resto, está-se também na presença de um direito fundamental que, em larga medida, está internamente na dependência de concretização legislativa[464].

Num quadro internacional complexo e em acelerada mutação, o presente artigo obriga a traçar um panorama muito particular para a vertente interna da figura da protecção diplomática, uma vez que nele se prolongam para fora das fronteiras portuguesas os deveres que derivam para o Estado da vinculação positiva de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais, por força do nº 1 (e do nº 2) do artigo 18º. Onde as circunstâncias poderiam eventualmente sugerir que os deveres de protecção cessariam junto das fronteiras territoriais do Estado, o artigo em análise vem esclarecer que, no estrangeiro, esses deveres apenas assumem uma nova configuração, mais consentânea com as vicissitudes próprias da dimensão internacional dos problemas aí ocorridos. Como adiante se verá, três soluções diferentes se apresentariam como candidatas à definição da natureza do dever estadual em questão: um puro dever jurídico-objectivo do Estado; um direito fundamental dos cidadãos a que lhes não seja recusada de forma arbitrária a concessão de protecção diplomática; um verdadeiro direito subjectivo dos cidadãos a reclamar do Estado, reunidas certas premissas, as acuações adequadas a assegurar a respectiva protecção diplomática. Contudo, a localização sistemática do artigo 14º entre os "princípios gerais" que disciplinam a matéria dos direitos fundamentais, bem como o paralelo estabelecido com o artigo 15º – sobre os *direitos* dos estrangeiros em Portugal –, parecem afastar qualquer interpretação que degrade o

[463] Infra, §2º, ponto 7.3.
[464] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 257 ss..

sentido normativo do preceito numa simples obrigação objectiva do Estado. Inclusive sob o prisma literal, ele não se limita a dizer que o "Estado concede protecção", nem mesmo que os "cidadãos beneficiam" do seu amparo, estatuindo antes que os "cidadãos gozam da protecção do Estado" – pelo que são verdadeiramente sujeitos activos da acção estadual protectora, ao invés de serem meros interessados ou simples beneficiários daquela.

Não obstante o alcance diferenciado dos seus três segmentos normativas apresentados, o artigo em análise estabelece a ligação entre eles ao determinar que os cidadãos portugueses *gozam* da protecção do Estado, da mesma forma que continuam a *gozar*, fora de Portugal, dos (restantes) direitos fundamentais consagrados na Constituição, desde que não incompatíveis com a ausência do território. Esta compreensão tendencialmente subjectiva que a Constituição imprime à protecção diplomática do artigo 14º não pode deixar de ser objecto de reflexão. Nomeadamente, deve perguntar-se se este preceito constitucional não autorizará uma argumentação *a fortiori*: se a Lei Fundamental manifesta uma clara preferência subjectiva em relação à natureza da protecção dos direitos fundamentais dos portugueses no estrangeiro – precisamente onde a sua tutela efectiva é mais contingente e difícil –, o que poderá depreender-se daí no que tange aos direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram *intra muros* e, portanto, inteiramente sob a jurisdição das instâncias públicas nacionais?

II – Por seu turno, o nº 1 do artigo 272º, numa área tradicionalmente muito sensível do agir administrativo, dispõe que a polícia – abrangendo tanto a polícia administrativa, como a polícia de segurança, como até em parte a polícia judiciária[465] – tem por função "garantir (…) os direitos dos cidadãos". O que significa que "os interesses subjacentes à defesa da legalidade ou à garantia da segurança interna não se limitam aos bens colectivos" – mormente a ordem pública, a paz social inerente à proibição da justiça privada, a prevenção da criminalidade –, "integrando também a protecção dos bens individuais indispensáveis ao convício social, como a vida, a integridade física, a liberdade ou o património dos cidadãos"[466]. Em causa neste preceito está, assim, "uma das vertentes da obrigação de protecção pública dos direitos fundamentais – que deve ser articulada com o *direito à segurança* (artigo 27º, nº 1) – constituindo o Estado na obrigação de proteger os cidadãos contra a agressão de terceiros aos seus direitos. (…) Os direitos dos cidadãos não são apenas um limite à actividade de polícia (nº 2); constituem também um dos próprios fins dessa função"[467]. Evidentemente que a vinculação daqui resultante corresponde, para as instâncias estaduais, a uma obrigação de meios e não de resultado, na medida em que "o dever de protecção administrativa tem de ser aferido à luz de *parâmetros de possibilidade*. A Administração não pode libertar os particulares da presença do risco nas suas existências. Mas, quando seja possível, a protecção, designadamente a policial, que caiba nas atribuições e

[465] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, II, p. 858.
[466] P. MACHETE, *Anotação ao artigo 272º*, pp. 664-665.
[467] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, II, p. 859.

competências, é um *dever da Administração*", sendo que tal "dever representa um dos modos como os direitos fundamentais limitam a discricionariedade administrativa. Esta poderá mesmo ver-se reduzida a zero, quando certa medida de protecção seja necessária e, simultaneamente, a única possível"[468].

Porém, atendendo a que "as tarefas de polícia passaram a ter a protecção dos direitos dos cidadãos no topo das prioridades", hoje a questão sobre a mesa não é sequer a de saber se existe um *dever de protecção policial* dos bens jusfundamentais dos cidadãos individualmente considerados[469]. Há alguns anos a esta parte, o que se discute em redor deste preceito constitucional é a existência de um verdadeiro *direito à protecção policial*: "se, e em que condições, os cidadãos podem ter um direito a uma actuação da polícia, seja ela positiva ou negativa e dirija-se, ou não, contra pessoa determinada"[470]. E, diga-se em abono da verdade, a opinião que reúne cada vez mais adeptos sustenta que, "atenta a posição constitucional dos cidadãos baseada nos direitos fundamentais face aos poderes públicos, em particular, o dever de protecção que aqueles fundam e a que corresponde com especial relevo no domínio da polícia, do lado activo, o direito à segurança consignado no artigo 27º, nº 1, da Constituição, tal possibilidade não pode ser negada"[471]. Bem ao invés, a ideia dominante é a de que "as normas do direito de polícia, quando interpretadas à luz da Constituição, também têm por objectivo a defesa dos interesses individuais e podem fundamentar a existência de direitos subjectivos públicos dos privados. Direitos subjectivos públicos que podem ser relativos a omissões de agressão da polícia no domínio protegido pelos direitos fundamentais, como também de direitos de actuação das autoridades policiais, quando os direitos fundamentais dos particulares estejam a ser atingidos por uma actuação ilegal de terceiros"[472].

Mais precisamente, "em determinadas circunstâncias que afectem de modo particular certos cidadãos pode (…) verificar-se uma redução da discricionariedade de decisão e, eventualmente, da discricionariedade de escolha próprias da polícia, até ao limite da sua eliminação em concreto. Trata-se de situações em que", não obstante estar "em causa um acto que envolve a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, a apreciação do caso concreto permite identificar apenas uma solução como legalmente possível (…). Nesses casos a polícia fica, na medida de tal redução, obrigada a agir e aqueles cidadãos têm, em igual medida, uma pretensão contra a entidade que exerce as funções policiais relativamente ao exercício das mesmas. Ou seja, nas circunstâncias consideradas, a entidade em causa fica obrigada, em face da lei e perante os mesmos cidadãos, a tomar uma decisão sobre se vai agir e, no limite, a uma decisão com um determinado conteúdo. Contudo (…), a actuação da polícia não é descaracterizada enquanto (…) prossecução do interesse público (…). Sucede, isso sim, que, devido ao facto de tal actuação, nos termos da Constituição, se destinar também a satisfazer os interesses dos

[468] S. CORREIA, *O direito*, pp. 55-56.
[469] J.S. SAMPAIO, *O dever*, p. 180.
[470] P. MACHETE, *Anotação ao artigo 272º*, p. 655.
[471] P. MACHETE, *Anotação ao artigo 272º*, p. 655.
[472] V.P. SILVA, *Em busca*, p. 287 (e, sobre a experiência germânica, pp. 255 ss.). Em sentido próximo: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 332-335; C.S. CASTRO, *A questão*, pp. 311 ss.; J.S. SAMPAIO, *O dever*, esp. pp. 178 ss..

particulares afectados pela perturbação em causa, estes têm o direito de exigir o cumprimento dos deveres legais [e constitucionais] daquela entidade e, por conseguinte, que a mesma actue exercendo as suas competências"[473].

Divergências subsistem, naturalmente, em relação ao modo concreto como a polícia – ou as polícias, quando a diferente índole das actividades desenvolvidas se projecte no plano organizativo – prosseguem a sua função de protecção de direitos fundamentais. Independentemente da questão de saber se as medidas de polícia são apenas uma forma particular de actuação da administração policial – sujeita a um regime diferenciado e mais exigente, dado o seu elevado nível de agressividade jusfundamental –, ou se todos aqueles actos e operações materiais que a polícia pratica no exercício da sua função específica podem ser qualificados, à luz do nº 2 do artigo 272º, como medidas de polícia, o problema essencial diz respeito à densidade normativa que deve aqui ser exigida à lei. O facto de a Constituição estabelecer a necessidade da enunciação legal das medidas de polícia – e de essa exigência ter sido identificada com um princípio de tipicidade dessas próprias medidas, com a inerente rejeição de um sistema de *cláusula geral de polícia* à maneira alemã –, não resolve por si o problema: há tipicidades abertas e fechadas; os próprios tipos podem ou não ser definidos com recurso a conceitos vagos e indeterminados; é possível introduzir dentro de cada tipo margens de discricionariedade mais ou menos sensíveis, quer no que respeita aos pressupostos do agir policial, quer quanto ao conteúdo das correspondentes intervenções. E, menos ainda, se pode pedir ao princípio da proporcionalidade que resolva a questão: uma coisa são as medidas de polícia admissíveis constitucional e legalmente (primeira parte do nº 2); outra são os parâmetros da sua utilização (segunda parte do nº 2), que aliás não se reduzem ao dito princípio. Mesmo quando este seja entendido em sentido amplo – como limite máximo para a intensidade da intervenção policial (proibição do excesso) e como limite mínimo para a efectividade dos meios empregues na protecção dos bens em perigo (proibição de defeito) –, a existência dessas balizas não responde à questão essencial da possibilidade de actuação policial num cenário de fraca densidade regulativa da lei.

Na impossibilidade de aqui acrescentar valor às respostas que a literatura tem dado a esta interrogação, fica para memória futura, uma vez mais, o seguinte problema: como explicar a generalizada recondução (doutrinal e jurisprudencial) dos deveres de protecção à dimensão objectiva dos direitos fundamentais se a Lei Básica – num contexto particularmente difícil para os mesmos e onde a lei tem sistemáticas dificuldades de afirmação como parâmetro delimitador da acção administrativa – abre a porta à configuração de direitos subjectivos dos cidadãos a medidas de polícia de protecção jusfundamental? Será que os deveres especiais de protecção podem ter uma estrutura jurídica diferente – e mais consistente – do que a do próprio imperativo geral de tutela?

[473] P. MACHETE, *Anotação ao artigo 272º*, p. 656. Admitindo, contudo, uma maior grau de discricionariedade, J.S. SAMPAIO, *O dever*, p. 184.

III – Seja como for – acentuação subjectivista à parte –, estes dois *deveres especiais de protecção* caracterizam-se simultaneamente pelo seu carácter limitado e abrangente: por um lado, a limitação resulta da circunstância de vincularem departamentos específicos da Administração, para mais com a particularidade de desempenharem actividades dificilmente cingíveis a estritos parâmetros de legalidade; por outro lado, a abrangência decorre de terem por objecto todo o conjunto dos direitos fundamentais susceptíveis de serem ameaçados por perigos ou riscos não originados pelo Estado internamente, e não apenas este ou aquele direito em particular. É evidente que, num caso ou noutro, há sempre bens fundamentais cuja salvaguarda deve ser sempre tida como prioritária, mas a actividade de protecção diplomática e a actuação de protecção policial não se cinge a esses, antes cobrindo todo o espectro dos direitos básicos passíveis de lesão por actos de outra mão que não a do próprio Estado. Por consequência, com estes dois deveres especiais de protecção não se confundem os *deveres de protecção constitucionalmente explícitos*, que respeitam apenas aos direitos fundamentais cuja estrutura integram – ou a princípios basilares profundamente imbricados com tais direitos[474]. Estes são meros afloramentos textuais de uma figura constitucional de natureza geral. Nomeadamente:

a) No nº 1 do artigo 26º, associa-se aos direitos pessoais um "dever de protecção legal contra quaisquer formas de discriminação"[475];

b) O nº 2 do mesmo artigo impõe ao legislador um dever de protecção das "informações relativas às pessoas e famílias";

c) E, ainda no nº 3 deste artigo, conjugado como a alínea *e)* do nº 2 do artigo 76º, estabelece-se explicitamente um dever de protecção da dignidade da pessoa humana e da identidade genética que lhe está associada, no domínio da tecnologia, da procriação medicamente assistida e da experimentação científica;

d) O nº 2 e o nº 7 do artigo 35º garantem, em paralelo, a protecção legal dos dados pessoais informatizados e constantes de ficheiros manuais, sejam eles detidos por entes públicos ou privados, contra quaisquer formas de acesso ou uso indevido;

e) O nº 2 do artigo 42º, por seu turno, determina a "protecção legal dos direitos de autor";

f) Também com uma clara conotação subjectiva, o nº 1 do artigo 60º confere aos consumidores um direito à "protecção da saúde" e "da segurança" individual, naturalmente em face dos agentes económicos que, no mercado, produzem ou disponibilizam bens e serviços capazes de representar um perigo para aqueles bens jurídicos;

[474] Sustentando, numa posição original, que os deveres de protecção se sobrepõem aos direitos, mas não se integram na sua estrutura jurídica (interna), E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 109-110.
[475] Infra, §3º, ponto 9.1.1., *in fine*.

g) Por sua vez, no nº 1 do artigo 69º, inclui-se um dever do Estado – a que corresponde um direito das crianças – à protecção (da integridade física e moral destas), contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições em que se inserem.

Diferentemente se passam as coisas, como se viu, noutros lugares constitucionais, em que a protecção a que a Lei Fundamental se refere se efectua essencialmente através de prestações económicas e sociais, em associação com vários direitos de idêntica natureza. Relembre-se que a forte dimensão programática da Constituição, ligada ao objectivo de instituição de um Estado Social, favoreceu a diluição de muitos dos potenciais *mandatos de protecção* de direitos fundamentais na multiplicidade das *prestações sociais* e, consequentemente, a actividade de protecção de certos bens jusfundamentais no conjunto da actividade administrativa do Estado-providência.

IV – Diversas são igualmente as questões suscitadas pelo *direito à segurança* – consignado no nº 1 do artigo 27º juntamente com o direito à liberdade –, o qual, apesar de integrado entre as garantias dos cidadãos em matéria penal e processual penal, tem pontualmente procurado ultrapassar o seu contexto sistemático, guindando-se numa espécie de *super-direito* com vocação para produzir um efeito estabilizador sobre todos os outros direitos fundamentais. Assegurando o "exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões", o segundo segmento do nº 1 do artigo 27º "representa mais uma garantia de direitos do que um direito autónomo. O sentido do texto actual comporta duas dimensões: *(a)* dimensão *negativa* (…); *(b)* dimensão *positiva*, traduzindo-se num direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)[476]. Ou, ainda de forma mais assertiva, através do preceito em referência, "a Constituição erigiu a direito, liberdade e garantia o reflexo subjectivo do dever de protecção" que o Estado tem relativamente a essa mesma categoria de direitos. "O núcleo da obrigação de os proteger, que impõe deveres determinados, que limitam fortemente a discricionariedade do Estado, corporizam subjectivamente um direito, liberdade e garantia específico: o direito à segurança"[477].

Contudo, estas duas visões – que subjectivam de uma penada só a protecção de um vasto e indistinto conjunto de direitos fundamentais (*v.g.*, direitos pessoais, direitos de liberdade) – não são tão sólidas quando aparentam. Na realidade, aliás, "vários elementos permitem asseverar, no contexto constitucional português, aquilo que já foi apontado relativamente à Convenção Europeia (….): que os termos liberdade e segurança (…) devem ser «lidos em conjunto», (…) formam um todo, devendo o direito à segurança ser entendido de modo estritamente associado à liberdade, enquanto contém a garantia de que o indivíduo só poderá ver a sua liberdade limitada nos casos e com as garantias que a Constituição

[476] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 478-479. Desenvolvidamente, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 92 ss..
[477] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 99.

admite"[478-479]. Mais do que dois direitos autónomos, o nº 1 do artigo 27º consagra um único direito com duas vertentes, ou melhor, um direito com uma garantia acoplada: a liberdade e a segurança quanto a essa mesma liberdade. O elemento sistemático parece ser aqui incontornável. Por um lado, o direito à liberdade e à segurança não encabeça apenas o artigo 27º, mas todo o conjunto dos direitos fundamentais dos indivíduos no âmbito criminal e processual criminal – até, pelo menos, ao artigo 32º –, que do ponto de vista semântico se congregam, precisamente, em torno da ideia de asseguramento da liberdade individual, enquanto (e apenas enquanto) liberdade física (não aprisionamento ou confinamento) e de movimentos (ou liberdade ambulatória). Por outro lado, o nº 1 do artigo 27º – localizado entre os direitos fundamentais em especial – sempre seria um lugar constitucional estranho (se não mesmo bizarro) para se consagrar uma figura que diz antes respeito ao regime geral daqueles direitos. No fundo, olhando a *ratio* do sistema, o que tem cabimento é os artigos 27º a 32º contemplarem um conjunto de regras e princípios que estão ao serviço do direito à liberdade, providenciando-lhe o elevado nível de *segurança que este reclama* – isto é, fornecendo aos respectivos titulares a "tranquilidade de espírito" inerente à convicção de que um dos seus mais valiosos bens jurídicos se encontra efectivamente protegido pelo ordenamento jurídico[480].

Não quer isto dizer que não exista ou que o Estado não esteja vinculado a um dever constitucional de protecção da liberdade física e de movimentos. Está-o, certamente, e de forma bastante intensa – a demandar, inclusive, instrumentos de tutela penal, por meio da tipificação de crimes graves como a ameaça, a coacção, o sequestro, a escravidão, o cárcere privado, a tomada de reféns ou o rapto. Numa palavra só, com recurso aos crimes contra a liberdade das pessoas. Mas não é de todo este o sentido da segunda parte do nº 1 do artigo 27º, porque não é também esse o conteúdo dos artigos 27º a 32º, que respeitam unicamente à segurança das pessoas (ou da liberdade das pessoas) frente à autoridade do Estado e, em especial, face ao exercício do seu poder punitivo. A perspectiva que presidiu à redacção destes preceitos é, pois, a dos direitos de defesa, tendo o legislador constituinte deixado ficar na sombra a protecção da liberdade física e ambulatória das pessoas relativamente às ameaças provenientes dos seus semelhantes, nas relações sociais de tipo horizontal, relegando-a (um pouco à maneira liberal) para o direito penal e para os tribunais encarregados de o aplicar. As agressões privadas à liberdade individual não constam do programa normativo dos preceitos em apreço, porquanto os particulares não podem proceder a detenções em flagrante delito, não prendem preventivamente os seus concidadãos, não lhes compete aplicar a lei criminal – com respeito pelos respectivos princípios –, não decretam penas e medidas de segurança, nem o *habeas corpus* se pode aplicar nas relações entre particulares.

De pouco adianta procurar salvar este direito à segurança do nº 2 do artigo 27º, enquanto lado activo dos deveres estaduais de protecção, salientando que ele "impõe apenas uma obrigação de empregar

[478] J.L. MOUTINHO, *Anotação ao artigo 27º*, p. 638.
[479] Na CEDH: I.C. BARRETO, *A Convenção*, p. 88; J.F. RENUCCI, *Traité*, p. 297; F. SUBRE et alli, *Les grands arrêts*, pp. 177 ss..
[480] Aproveitando para recordar a lição de MONTESQUIEU, *O espírito*, p. 168.

meios e não de garantir resultados" e que "não é um direito a uma protecção efectiva do Estado, mas somente um direito a uma actuação diligente deste na protecção dos direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição"[481]. Se a segurança absoluta é coisa que não existe e se ninguém pode estar obrigado ao impossível, naturalmente que todo e qualquer direito à segurança não poderia ter nunca um alcance superior ao correspectivo dever estadual. Tão-pouco será esse o ponto. É apenas um problema de sede positiva, primeiro, e de configuração jurídica, depois, do instituto dos deveres de protecção. A opção pelo nº 1 do artigo 27º não é sequer a única que serve à rejeição de uma *concepção securitária ou comunitária da segurança* – com esta a servir de valor social justificativo de restrições ao alcance da própria liberdade[482] –, em benefício de uma *visão jusfundamental da segurança*. Também a opção pelo artigo 18º perfilha em absoluto este segundo entendimento, com a vantagem de manter o direito à segurança no seu espaço significativo próprio e de evitar subjectivar de uma assentada, com consequências imprevisíveis, praticamente toda a função de segurança do Estado.

5. Estrutura das relações jurídicas de direitos fundamentais

Apresentado o modelo típico das relações jusfundamentais de protecção, tal como aliás se encontra prefigurado no artigo 18º da Constituição, importa perceber melhor como é que ele se relaciona com a realidade – que é sempre mais complexa que os modelos teóricos –, apresentando alguns exemplos das suas declinações mais comuns. Sobretudo, como ponto prévio relativamente ao exame de cada um dos três principais elementos estruturantes dos deveres de protecção, interessa sublinhar que o facto de se aderir ao arquétipo das "relações jusfundamentais triangulares" não significa que se pretenda reconduzir a tal esquema a totalidade das situações e relações jurídicas em que pontificam direitos fundamentais – o que seria, além de um manifesto exagero, contraditório com o reconhecimento cada vez mais alargado da *multifuncionalidade* de tais direitos[483] –, como tão-pouco quer dizer que se queira impor tal estrutura como sendo a única inerente aos deveres de protecção de direitos fundamentais[484]. Com efeito, além de estes deveres serem plenamente compagináveis com algumas estruturas não triangulares, em bom rigor nem mesmo as relações triangulares apresentam todas a mesma configuração. Em última análise, a cada relação que se estabelece entre titulares e destinatários de diferentes direitos fundamentais vem a corresponder, em virtude da complexidade destes quando considerados "como um todo", uma

[481] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 105-107.
[482] Por exemplo: "liberdade de uns sim, desde que não ponha em risco a segurança de todos".
[483] G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1402-1404; CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 209 ss.; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 84-96.
[484] Para uma análise inovadora do conceito relação jurídica e das suas diferentes modalidades, ACHTERBERG, *Rechtsverhältnisse*, pp. 385 ss.. Criticamente, adoptando uma concepção mais adequada, ainda que ampla, de relação jurídica no direito público, V.P. SILVA, *Em busca do acto*, pp. 174 ss..

combinação estrutural praticamente irrepetível[485]. O que determina a configuração das relações entre sujeitos privados como relações jurídicas jusfundamentais é, de resto, o princípio da universalidade do artigo 12º, ao decretar a extinção da categoria dos terceiros: se um sujeito é titular de um direito fundamental e tem a pretensão de o fazer valer em face de outro(s) sujeito(s), que está investido por aquele princípio em idêntica qualidade – sejam quais forem os direitos envolvidos e independentemente da consistência das pretensões correspectivas –, nenhum deles pode ser havido como um terceiro, sob a égide do Estado, mas tem de ser considerado como uma verdadeira parte[486].

Por conseguinte, o modelo que no essencial servirá de pano de fundo à análise dos problemas das fontes do perigo e do risco, dos bens jurídicos expostos a essas ameaças e dos destinatários dos deveres de protecção – modelo dito de "oposição recíproca" porque a protecção do direito de uma parte se efectua inelutavelmente pela restrição (legal ou legalmente prevista) do direito da outra parte[487] –, não tem nenhuma pretensão de exclusividade, no sentido de esgotar todas as configurações estruturais possíveis das relações jusfundamentais, antes comportando significativas variantes mesmo na sua versão triangular básica. Uma apresentação, necessariamente esquemática, da diversidade estrutural que caracteriza as relações jurídicas de direitos fundamentais em que estão presentes deveres de protecção, demonstrará a existência de diferentes tipos de esquemas triangulares – que podem ser reunidas em dois grupos, sob a designação de relações simétricas e assimétricas[488] –, assim como de esquemas não triangulares – que também podem ser arrumadas em dois grupos, sob o nome de relações bipolares e de relações multipolares (multilaterais ou poligonais)[489].

5.1. Relações triangulares

Relações jusfundamentais triangulares são, antes de mais, aquelas que se desenvolvem entre três pólos distintos e autónomos, em que as posições são respectivamente ocupadas por um agressor, potencial ou efectivo, pelo lesado, também potencial ou efectivo, e por um terceiro encarregado da tarefa de coordenar os direitos fundamentais em presença, que é o próprio Estado. Tanto o agressor como o lesado têm natureza jurídica privada, surgindo nessa relação como titulares de um ou mais direitos fundamentais, que consoante os casos são exercidos ou são objecto de compressão. Pela actuação das suas diferentes funções, o Estado protege a posição jusfundamental do lesado, ao mesmo tempo que procede à restrição

[485] Sobre o "direito fundamental como um todo", ALEXY, *Teoria*, pp. 240-245.
[486] F. MARQUES, *As relações*, p. 206, defendendo também a extinção da categoria dos terceiros.
[487] Contraponto este modelo ao modelo da "concorrência de atribuição", mais próprio dos direitos sociais, F. MARQUES, *As relações*, pp 88 ss..
[488] Utilizando os termos "simetria" e "assimetria", embora com outro sentido, HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 199-206; ACHTERBERG, *Rechtsverhältnisse*, pp. 385 ss..
[489] Sobre a terminologia, embora sem autonomizar as relações triangulares das relações mais alargadas (multilaterais), V.P. SILVA, *Verde*, p. 107. Também F. MARQUES, *As relações*, pp. 23 ss..

dos direitos contrapostos do agressor. A protecção faz-se à custa da restrição; a restrição faz-se à medida da protecção.

Raramente a vida é tão linear – isto é, tão simétrica – quanto o modelo apresentado. Em todo o caso, as chamadas autorizações (ou licenças) urbanísticas e ambientais são os exemplos típicos de relações jusfundamentais que mais se aproximam desta configuração[490]. Nas relações de vizinhança é até normal que, de ambos os lados privados da relação, os direitos fundamentais em jogo comecem por ser parcialmente coincidentes: o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada[491]. A divergência quanto aos demais direitos em jogo – o direito à saúde, o direito ao repouso, o direito ao ambiente, ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – acaba por ditar ao Estado a conduta devida, no sentido da protecção destes mesmos direitos em detrimento dos outros. Decisivo é, pois, que as duas partes que ocupam a base do triângulo se encontrem aí não apenas na qualidade de titulares de direitos fundamentais, mas procurando actuar esses mesmos direitos na sua dimensão subjectiva. Decisivo é igualmente que o Estado desempenhe nessa relação apenas e só o papel de coordenador de direitos, desprovido de relações especiais ou de proximidade com qualquer das partes portadoras de interesses conflituantes. O dever do Estado de proteger direitos fundamentais mediante actuações normativas e materiais tem por objecto, precisamente, a delimitação de esferas de sujeitos jurídicos que se encontram entre si numa relação equiordenada[492]. Pela conformação da ordem jurídica, o Estado exerce a sua função primária de estabelecer relações de compatibilidade entre as esferas de liberdade individual dos seus cidadãos[493].

O facto de as autorizações urbanísticas ou ambientais afectarem normalmente uma pluralidade de titulares de direitos fundamentais – pluralidade essa tantas vezes indeterminável – não é suficiente para alterar a natureza triangular e simétrica da relação que lhes está subjacente. A relação não se torna só por isso multipolar, nem muito menos tem tantos ângulos quantos os afectados pelo acto autorizativo. Os lesados ocupam todos a mesma posição no triângulo porque têm interesses essencialmente convergentes, ainda que o conteúdo dos respectivos direitos possa diferir em intensidade e possam mesmo estabelecer-se relações internas entre eles. Quanto muito, numa perspectiva analítica, existem tantas sub-relações triangulares quantos os titulares de direitos fundamentais afectados pela autorização urbanística ou ambiental. Relações multipolares são, digamos assim, apenas aquelas que têm mais pólos do que os três correspondentes ao modelo base, o qual – depois da consagração da eficácia intersubjectiva privada dos

---

[490] Aplicando a estes exemplos o modelo da relação jurídica triangular (ou multilateral): V.P. SILVA, *Em busca do acto*, pp. 273-281; KÖNIG, *Drittschutz*, pp. 197 ss.; SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 108-109. Analisando com pormenor os três lados da relação triangular (e também a relação entre o beneficiário da protecção e o ambiente), CALLIES, *Rechtsstaat*, pp. 256 ss.. Especificamente sobre autorizações de construção, SCHWABE, *Grundrechtlich begründete Pflichten*, pp. 524-526.

[491] Reconstruindo as relações de vizinhança à luz dos deveres de protecção, ENDERS, *Neubegründung*, pp. 628 ss..

[492] UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 21-22. O carácter equiordenado das posições jurídicas dos privados, não significa que não haja desigualdades de facto entre eles e, concretamente, que um deles se constitua como uma "poder privado". Em sentido diverso, STREUER, *Die positive Verpflichtungen*, pp. 164-166.

[493] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 23.

direitos fundamentais e do reconhecimento dogmática dos deveres de protecção – não pode hoje ser outro senão o triangular. Os modelos de análise que utilizam em exclusivo a relação bilateral Estado-indivíduo padecem nos dias que correm de uma crescente obsolescência – excepto quando em causa estão apenas direitos fundamentais especificamente dirigidos ao poder público (*v.g.*, a generalidade das garantias em processo penal e alguns direitos a prestações estaduais) ou quando se trata de restrições fundadas em meros interesses constitucionais objectivos (*v.g.*, o bom funcionamento da justiça ou a transparência da vida democrática).

Para além do paradigma das relações triangulares simétricas, muitas outras formas de relacionamento jusfundamental existem em que se mantém a autonomia dos três pólos – agressor, lesado e Estado –, mas em que o dever de protecção deste último se cumpre sem que exista uma relação equiordenada entre as posições jurídicas que agressor e lesado pretenderiam exercer no âmbito vital em questão – isto é, sem que as posições de ambos possuam *a priori* a mesma consistência ou densidade – ou, ainda, sem que seja necessário actuar restritivamente sobre a posição de uma das partes para salvaguardar a da outra.

I – Curiosamente, o problema da interrupção voluntária da gravidez, que lançou a primeira pedra da teoria dos deveres de protecção, por meio das conhecidas decisões jurisprudenciais alemãs e portuguesas, traduz-se numa relação triangular assimétrica, uma vez que o feto não é um titular subjectivo do direito à vida, ao passo que a mulher grávida é sem sombra de dúvida titular subjectiva de vários direitos constitucionais: por exemplo, é titular dos direitos à vida, à integridade pessoal, à saúde física e psicológica, ao livre desenvolvimento da personalidade. A relação é triangular porque é em geral reconhecida a alteridade do feto relativamente à mãe, mas é assimétrica devido à circunstância de faltar ao feto, à luz dos dados da teoria geral do direito (civil), capacidade para assumir subjectivamente a titularidade do direito à vida, o que não é de todo negligenciável na perspectiva da teoria dos deveres de protecção, embora não tenha a consequência radical de afastamento do próprio dever de protecção – como não teve, aliás, nas referidas decisões do Tribunal Constitucional Federal e do Tribunal Constitucional português[494].

Teve, como se avançou já, consequências de grande alcance relativamente à configuração inicial da teoria dos deveres de protecção. Em primeiro lugar, a singularidade do bem jurídico "vida não nascida" obrigou a um alargamento do objecto dos deveres de protecção aos valores constitucionais objectivos, com a concomitante recusa em limitar a figura à salvaguarda de direitos fundamentais subjectivados. Em segundo lugar, como evidente contrapartida por aquele alargamento, considerou-se justificado o enfraquecimento da intensidade da tutela devida a tais valores constitucionais objectivos por comparação

[494] Na Alemanha, trata-se da primeira e da segunda decisões sobre o aborto, respectivamente do ano de 1975, (BVerfGE, 39, 1) e do ano de 1993 (BVerfGE, 88, 203). Em Portugal, as decisões em causa constam dos Acórdãos nº 25/84 e nº 85/85, e sobretudo dos mais recentes Acórdãos nº 288/98 e nº 617/2006.

com os direitos fundamentais *proprio sensu*[495]. Em terceiro lugar, a teoria dos deveres de protecção foi situada *ab initio* num plano puramente objectivo, em que aos deveres do Estado não corresponderiam quaisquer direitos dos indivíduos a exigir medidas protectoras. A recusa inicial em conceber a protecção de posições jusfundamentais como um direito de quem dela carecia, bem como a subsequente controvérsia em torno da "transmutação subjectiva" dos deveres de protecção, explica-se precisamente pelo facto de estes deveres terem encontrado a sua fundamentação originária na ideia de uma ordem constitucional de valores e nas decisões objectivas do legislador constituinte plasmadas nos direitos fundamentais[496]. Por conseguinte, a figura dos deveres de protecção, além de ter visto a luz do dia com as decisões jurisprudenciais sobre interrupção voluntária da gravidez, recebeu também delas uma herança genética que a marcou de forma indelével. A configuração de um dever de protecção da vida intra-uterina, cuja especificidade origina a assimetria da relação jusfundamental triangular subjacente à questão do aborto, implicou pois o pagamento de um preço elevado[497].

O mesmo tipo de assimetria da relação jurídica de direitos fundamentais que ocorre relativamente à protecção dos nascituros sucede, igualmente, em relação a outras realidades merecedoras de tutela jurídica, mas que se debatem com dificuldades de afirmação devido ao facto de a personalidade jurídica, segundo os cânones tradicionais da teoria geral do direito – porventura a necessitarem de um reequacionamento crítico neste domínio –, pressupor uma vida humana já nascida. Concretizando, são também assimétricas as relações em que a posição de lesado potencial é assumida pelo *embrião humano*, pelas *gerações futuras*, ou mesmo por *pessoas já falecidas*[498]. De facto, não obstante a possibilidade de invocar a favor destes *entes* carecidos de protecção valores ou interesses constitucionalmente garantidos, não se pode dizer que cada um deles tenha a possibilidade de exercer na relação em apreço um direito subjectivo de que seja titular, de modo que, em consequência, a respectiva posição se encontra enfraquecida enquanto fundamento para restringir direitos fundamentais contrapostos. Assim:

a) No caso do embrião humano, considerando o reconhecimento de pré-efeitos do direito à vida consagrado no artigo 24º, mas também o disposto no nº 3 do artigo 26º e na alínea *e)* do nº 2 do artigo 67º – disposições que submetem o desenvolvimento tecnológico, a experimentação científica e, em especial, a procriação medicamente assistida ao respeito da dignidade da pessoa humana e da identidade genética –, não é difícil configurar uma relação

[495] No Acórdão nº 288/98, afirma-se com toda a limpidez que a "protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação, nem as mesmas modalidades de que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido". Criticamente, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 507 ss..

[496] Ligando, na jurisprudência germânica, o carácter objectivo dos deveres de protecção à dificuldade original de subjectivar no nascituro o direito à vida, HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 45-49; KRINGS, *Grund*, p. 166; KEYβER, *Abtreibung*, p. 58.

[497] Supra, §1º, ponto 4.5.

[498] HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 277 ss..

jusfundamental em que aquele se apresente como credor de protecção em face de direitos como a liberdade de investigação científica ou o direito a procriar[499].

b) Por sua vez, no que toca aos denominados direitos das gerações futuras, também eles podem encontrar arrimo constitucional no princípio da solidariedade intergeracional reconhecido na alínea *d)* do nº 2 do artigo 66º, não podendo excluir-se à partida – sobretudo considerando os apelos doutrinais mais recentes, no sentido da criação do "sujeito geração"[500] – a possibilidade de ocuparem a posição de potencial lesado numa relação triangular e de aí fundarem verdadeiras restrições a direitos fundamentais que tenham por conteúdo a permissão de aproveitamento de recursos naturais, como sejam o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada, ou que possam pôr em causa a estabilidade ecológica, como pode suceder com a liberdade de investigação e a experimentação científicas. Aliás, a justiça e, portanto, a juridicidade do princípio da solidariedade intergeracional – ou da responsabilidade para com as gerações futuras – impõe-se quando se pensa nos riscos a longuíssimo prazo da utilização de tecnologias como a energia atómica, designadamente por causa do destino dos resíduos radioactivos[501-502].

c) Por fim, ainda dentro das relações assimétricas por dificuldade de subjectivar as posições jurídicas do lesado, acredita-se que não deve ser descartada a hipótese de explicar dogmaticamente a salvaguarda *post mortem* de certos direitos fundamentais por meio da figura dos deveres de protecção – em vez de, como é tradicional, procurar explicar a protecção desses direitos pela sua transferência para a titularidade de pessoas ainda vivas. Assim como há pré-efeitos jurídicos da vida, também existem pós-efeitos da vida. Efeitos estes traduzidos concretamente na protecção legal que merecem os direitos de personalidade depois da morte do respectivo titular (artigo 71º do Código Civil), no especial estatuto jurídico do cadáver e no direito de cada um, enquanto pessoa viva, à disposição *post mortem* do seu próprio corpo, sobretudo para se opor a que nele sejam colhidos órgãos ou tecidos[503] – direito este a que, inclusivamente, a nossa jurisprudência já reconheceu dignidade constitucional[504].

---

[499] Sobre o *como* dessa protecção, *de iure condendo*, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 233-242. R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 67º*, pp. 1365 ss.. Matéria actualmente regulada pela Lei nº 36/2006, de 26 de Julho. Sobre a lei alemã de protecção do embrião, *ESchG*, como lei concretizadora de deveres de protecção fundados no direito à vida, GIWER, *Rechtsfragen*, pp. 83 ss..

[500] G. CANOTILHO, *O direito ao ambiente*, p. 47; M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 383 ss., e p. 481; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 206 ss.; CALLIES, *Rechtsstaat*, pp. 118-121. Referindo-se a uma "expansividade da subjectividade jurídica", como fenómeno da sociedade de risco, J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 879.

[501] LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 174 ss..

[502] Infra, §3º, ponto 9.2.

[503] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 124.

[504] Acórdão nº 130/88, onde expressamente se afirma que "o regime jurídico do cadáver, seja qual for a qualificação jurídica a atribuir-lhe, não pode compreender-se se não se vir nele ainda uma projecção da pessoa viva". R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 526-527.

II – São também assimétricas as relações jurídicas triangulares em que o bem jurídico jusfundamental está protegido por normas sancionatórias – maxime, por normas penais. De facto, embora o *dever de proteger* e o *dever de punir criminalmente* sejam coisas bem diferentes, em virtude das limitações impostas por princípios (e concepções) que contemporaneamente norteiam o direito penal[505] – o princípio da subsidiariedade *(ultima ratio)*, o princípio da proporcionalidade, o carácter fragmentário da ordem penal[506] –, não constitui novidade que uma das formas paradigmáticas de protecção de direitos fundamentais é precisamente aquela que consiste na criminalização de comportamentos lesivos dos bens jurídicos que são objecto de tais direitos.

A assimetria aqui resulta do facto de o agressor não se apresentar especificamente nessa relação jurídica como titular de um direito fundamental, pretendendo justificar a sua conduta agressiva com o respectivo exercício. Como é natural, o agressor não deixa de ser titular de direitos fundamentais, mas em circunstâncias normais – em que a legitimidade da opção penal não é controversa – não pode invocar nenhum deles em abono da conduta (inquestionavelmente ilícita) que está na origem do dever de protecção. Assim, "não há dúvida de que o Estado está obrigado a proteger o indivíduo contra o homicídio. Não pode, além disso, duvidar-se de que o Estado está obrigado a levar a cabo essa protecção através (…) de proibições jurídico-penais e da imposição de sanções"[507]. Mas a protecção penal da vida não actua sobre um direito que esteja a ser actuado pelo homicida, uma vez que seria absurdo pensar que o comportamento criminoso poderia, ainda que muito remotamente, inspirar-se num qualquer direito fundamental (*v.g.*, na liberdade religiosa ou no livre desenvolvimento da personalidade). O legislador penal, no momento de definir as sanções, e o juiz, no momento de as aplicar, não procedem mais numa estrita lógica de compatibilização das esferas contrapostas de liberdade dos cidadãos, estabelecendo concordâncias práticas entre normas de direitos fundamentais colidentes, mas actuam sobre outros direitos do agressor – direitos esses que valem sobretudo na relação entre este último e o Estado enquanto titular do poder punitivo. O direito à liberdade do nº 1 do artigo 27º, que é cerceado pela imposição ao homicida de uma pena de prisão, não está numa relação imediata com o direito à vida da vítima, inserindo-se – juntamente como muitos outros direitos do agressor, como o direito de defesa (nº 1 do artigo 32º) e as demais garantias próprias da ordem penal e processual penal – numa relação bilateral com o Estado.

É indiferente, para este efeito, que a modalidade de protecção em causa seja categoricamente imposta pela Constituição ou que esta última se limite a permitir a sua adopção pelo legislador penal ordinário. Quer dizer: não é relevante saber se a protecção penal surge no "âmbito da criminalização

---

[505] A diferença é patente no confronto entre a primeira e a segunda decisões da jurisprudência germânica sobre o aborto, em que se evolui de uma "imposição de penalização" para uma simples "proibição de défice de protecção". KEIβER, *Abtreibung*, p. 78, MÜLLER-DIETZ, Zur Prometatik, pp. 97 ss..

[506] KEIβER, *Abtreibung*, pp. 84 ss.; Acórdão nº 617/2006, referindo-se ainda a "manifestações da crise da ideia de pena e de uma insatisfação cultural quanto a ela".

[507] ALEXY, *Teoria*, p. 439.

legítima" – em que vale a regra de que o órgão legislativo tem competência para proceder a ponderações, comprovações e decisões[508] –, ou se situa antes no "âmbito da criminalização imposta" – num núcleo de indiscutível dignidade penal, que está associado a uma elevadíssima danosidade social, onde a margem de liberdade conformadora do legislador se reduz significativamente, em virtude da necessidade de recurso aos mais graves meios protectores de que dispõe o Estado[509]. Em qualquer dos casos, a protecção do direito do lesado faz-se à custa de direitos que, pertencendo embora ao agressor, se encontram essencialmente à margem do triângulo jusfundamental[510].

III – A simetria da relação triangular pode ainda ser perturbada pelo facto de existir uma especial relação entre o agressor e o Estado, traduzida numa confluência de interesses que, sem comprometer a autonomia de ambos na dita relação, pode tornar o Estado corresponsável pela conduta agressiva daquele[511]. Esta questão da corresponsabilidade do Estado por condutas lesivas de privados é muito controversa, não interessando aqui repetir o que já foi dito atrás sobre a rejeição das teses que procuram imputar ao Estado todas as condutas de privados lesivas de direitos alheios – ou seja, as concepções mais radicais da dita "solução dos direitos de defesa"[512] –, nem antecipar o que adiante se dirá sobre os critérios que permitem fazer a destrinça, de entre uma multiplicidade de condutas privados, das que podem e das que não podem ser imputadas ao Estado e, em caso afirmativo, em que medida essa imputação pode ser feita[513].

Certo parece ser o seguinte: entre as condutas privadas que representam uma ameaça para determinados direitos fundamentais, mas que o Estado não proíbe de forma expressa e, por um lado, as condutas de um ente privado que, sendo desprovido de real autonomia, é utilizado pelo Estado como um puro instrumento para a realização dos seus propósitos políticos, por outro lado, existe um conjunto de situações intermédias de corresponsabilidade pública por actuações de sujeitos privados lesivas de direitos fundamentais. Entre os perigos *tolerados* e os perigos simplesmente *autorizados* pelo Estado – uns e outros claramente equacionáveis em sede de deveres de protecção – e os perigos causados pelo próprio Estado através de um intermediário privado – situação que se soluciona numa perspectiva de direitos de defesa –, é indesmentível a existência de actividades privadas que comportam perigos para direitos fundamentais de outros privados e que foram *concedidas, propiciadas, incentivadas, fomentadas,*

---

[508] M.F. CUNHA, *Constituição,* pp. 291-292.

[509] M.F. CUNHA, *Constituição,* pp. 299 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 46 ss.; LAGODNY, *Strafrecht*, pp. 78 ss. e 275 ss.; MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik,* pp. 97 ss.; HASSEMER, *¿Pude haber*, pp. 101-104.

[510] Contrapondo os direitos fundamentais que justificam a incriminação e os direitos fundamentais afectados pela sanção, BÖSE, *Derechos fundamentales,* pp. 138 ss..

[511] Esta ideia de "corresponsabilidade do Estado" foi avançado pelo próprio Tribunal Constitucional Federal na sua decisão de 1979 sobre a central nuclear de Mülheim-Kärlich (BVerfGE, 53, 30), e depois desenvolvida pela doutrina. Sublinhando o uso conjunto que o Tribunal faz dos conceitos de "dever de protecção" e de "corresponsabilidade", SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflicht,* p. 95.

[512] Supra, §1, ponto 4.2.

[513] Infra, §2º, ponto 7.1.

apoiadas financeiramente pelo Estado ou, mesmo, a que o Estado deu materialmente causa[514]. É esta uma consequência da complexidade das relações entre o Estado e a sociedade, entre a Administração e os particulares, que caracteriza as concepções sobre as tarefas estaduais subjacentes às diferentes propostas para a redefinição global do modelo de Estado e, em particular, para a superação da longa crise do Estado-providência.

Sem prejuízo de uma análise mais exigente, a problemática do ruído da circulação automóvel pode bem ser apresentada como um exemplo típico de corresponsabilidade estadual[515]. De facto, são os veículos privados que circulam numa determinada estrada que geram a poluição atmosférica e o ruído que afecta os moradores que vivem nas imediações, com prejuízo sério para a sua saúde e para o seu repouso. São eles os agressores directos dos direitos dos moradores. Mas não há circulação automóvel sem estradas. E foi o Estado (ou alguém por ele) quem construiu a estrada, precisamente com o propósito de nela virem a circular veículos automóveis. Há uma sintonia de interesses entre o Estado e os particulares que utilizam a estrada: aquele fez a estrada para aumentar as acessibilidades e para promover o desenvolvimento económico, estabelecendo condições materiais para a circulação de pessoas e bens; estes limitam-se a exercer o seu "direito de deslocação interterritorial", na sua modalidade de direito de circulação rodoviária (nº 1 do artigo 44º)[516]. Assim se explica que, no momento de estabelecer medidas de protecção dos direitos dos moradores, não podem ser só os automobilistas a ser afectados (*v.g.*, limites de velocidade, proibições de circulação nocturna ou de veículos pesados), mas o próprio Estado (*v.g.*, colocação de barreiras acústicas, obrigação de indemnizar).

IV – Sem ter a pretensão de esgotar a miríade de estruturas que as relações triangulares assimétricas podem assumir, interessa referir ainda aquele submodelo em que a protecção dos direitos do potencial lesado se efectua satisfatoriamente sem necessidade de uma restrição *proprio sensu* das posições jurídicas do agressor. Por uma de várias razões, que tanto podem ter a ver com a reduzida intensidade do perigo, com as características do bem jurídico carecido de enquadramento protector, como com a natureza dos instrumentos disponíveis para o conformar, o cumprimento do dever de protecção efectua-se através da adopção de medidas mais suaves e que, portanto, não atingem o patamar de agressividade próprio das restrições. Digamos que o princípio da proibição de defeito aceita medidas mais fracas e o princípio da proibição do excesso desaconselha medidas mais fortes[517]. A divergência em relação ao modelo base da relação jusfundamental traduz-se aqui, portanto, apenas numa pequena imperfeição: não existir *protecção*

[514] DIETLEIN, *Die Lehre*, esp. pp. 87-90; JAECKEL, *Schutzplichten*, pp. 63 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 190-191.
[515] Apresentando este exemplo, DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 89.; JAECKEL, *Schutzplichten*, pp. 67-68.
[516] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 632.
[517] A ideia de *"Untermaβverbot"* é atribuída a CANARIS, *Direitos fundamentais*, pp. 60-61, citando aí as fontes originais, tendo depois sido adoptada pelo Tribunal Constitucional Federal na sua segunda decisão sobre o aborto. Interrogando-se sobre a situação de "encravamento" do legislador entre os dois princípios contrapostos, HAIN, *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss..

através de restrição, no sentido de que a um lado não pode ser oferecido senão o que foi tirado ao outro, exactamente na mesma medida[518].

Por meios mais fracos entende-se, antes de mais, a estipulação de simples *limitações* ou *condicionamentos*: "o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, como modo de se exteriorizar através da prática do seu titular", mas ao contrário da restrição não envolve a compressão ou a "amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas"; além disso, "o limite reporta-se a quaisquer direitos" e "decorre de razões ou condições de carácter geral"; "o limite pode desembocar ou traduzir-se qualificadamente em *condicionamento*, ou seja, num requisito de natureza cautelar de que se faz depender o exercício de algum direito, como a prescrição de um prazo (…), ou de participação prévia (…), ou de registo (…), ou de posse de documentos (…), ou de autorização vinculada"[519]. Não que possa traçar-se uma fronteira precisa entre limitações e restrições – muito pelo contrário, trata-se antes de um *continuum* –, mas a verdade é que, dependendo das circunstâncias, o estabelecimento de limitações do género das elencadas sobre determinados direitos fundamentais pode revelar-se meio adequado e não excessivo para alcançar níveis suficientes de protecção de outros direitos[520].

Exemplos típicos de medidas de protecção não restritivas podem encontrar-se no direito do consumo, como sejam as imposições legais dirigidas aos fabricantes, distribuidores e fornecedores de bens ou equipamentos no sentido de fornecer aos respectivos adquirentes informação clara e completa sobre características e modo adequado de utilização dos mesmos, advertindo sobre precauções a adoptar e sobre perigos derivados do seu manuseamento incorrecto ou uso excessivo[521]. Com efeito, a obrigatoriedade legal de facultar aos consumidores este tipo de informações, embora corresponda ao cumprimento de uma tarefa de protecção expressamente consagrada no nº 1 do artigo 60º Constituição, não pode ser dogmaticamente qualificada como uma verdadeira e própria restrição à liberdade de iniciativa económica privada. Posto é que se trate de informação neutra e não de informação apresentada de forma chocante sobre os malefícios de certo produto, com o propósito de desincentivar o consumo[522]. Ainda no domínio particular da actividade comunicacional da própria Administração, são cada vez mais frequentes medidas que, embora sejam por definição não agressivas e não restritivas de direitos, desempenham uma importante função (pedagógica) de protecção de direitos como a vida, a integridade física ou a saúde[523]. Pense-se, designadamente, numa campanha de informação promovida por

---

[518] MAYER, *Untermaß*, pp. 75-77. Sobre a questão particular do dever constitucional de protecção como título (suficiente) para a restrição, WAHL / MASING, *Schutz*, pp. 554-555.

[519] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 346.

[520] Apurando os vários conceitos pertinentes – limites, limitações e restrições –, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 457 ss..

[521] Artigos 5º e 8º da Lei nº 24/96, de 31 de Julho (lei da defesa dos consumidores). Em relação aos deveres de protecção nos contratos de consumo, KRINGS, *Grund*, pp. 318 ss..

[522] Como a que consta do anexo II da Lei nº 37/2007, de 14 de Agosto, sobre exposição ao fumo do tabaco e redução da dependência e do consumo. Negando um dever estadual de protecção em relação aos próprios fumadores, mas afirmando-o quanto aos não fumadores (ou fumadores passivos), FABER, *Gesundheitliche Gefahren*, pp. 747 ss..

[523] Sobre a "actuação informativa do Estado" (no domínio dos medicamentos) e o facto de ela andar a par do Estado gestor de riscos, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss..

autoridades públicas sobre prevenção da SIDA ou sobre segurança rodoviária, procurando desenvolver a capacidade de autoproteção dos destinatários[524].

Noutro plano, constitui também um exemplo de uma medida não restritiva de protecção do direito à saúde dos consumidores a imposição, por via legislativa, da redução do teor de sal ou de outras substâncias prejudiciais (*v.g.*, açucares, conservantes) contidas em alguns alimentos[525]. Tratando-se de medidas com carácter genérico e de implementação progressiva, os seus efeitos de mercado são praticamente neutros, não existindo o risco de penalizar certos produtores e distribuidores em relação a outros, nem de desviar os consumidores para outros produtos equivalentes. O mesmo se diria, aliás, de uma medida normativa de proibição de inserção de brindes em embalagens de alimentos que, pela sua composição, sejam prejudiciais à saúde, mormente quando destinados a crianças ou jovens[526].

5.2. Relações bipolares e multipolares

Como se adiantou já, as relações jurídicas não triangulares em que se coloca o problema dos deveres de protecção de direitos fundamentais tanto podem apresentar uma estrutura bipolar como uma estrutura multipolar. Contudo, um certo deslumbramento pela descoberta do triângulo *agressor-lesado-Estado* e pela inerente superação do dogma liberal dos direitos de defesa, tem conduzido a posições de rejeição da figura dos deveres de protecção fora do paradigma trilateral, em particular nas relações bipolares. Não existindo uma relação tripolar, não poderia também reconhecer-se a existência de um qualquer dever de protecção. Ironicamente, pois, ao dogma da bilateralidade dos direitos de defesa sucedeu rapidamente o dogma da trilateralidade dos deveres de protecção. A relação entre as duas posições em confronto, ou seria susceptível de encontrar explicação teórica ao abrigo do conceito de restrição e do paradigma dos direitos de defesa, ou teria que ir encontrar justificação fora da teoria dos direitos fundamentais, noutros institutos constitucionais.

Não será por certo essa a orientação a seguir. É verdade que a fronteira entre as relações bipolares e tripolares é por vezes demasiado ténue – tal como mostram os casos já mencionados de corresponsabilidade do Estado e se poderá ainda confirmar de seguida –, mas não faz sentido negar a diferença entre o céu e o mar apenas porque é difícil divisar a linha do horizonte. Acresce, aliás, a possibilidade de uma relação bipolar se convolar rapidamente numa tripolar e vice-versa, às vezes apenas

[524] KRINGS, *Grund*, p. 266; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 180-181. Em todo o caso, pode revelar-se ténue a fronteira entre as "informações" e as "recomendações" e "advertências" da Administração, que podem assumir natureza restritiva e exigir o respeito pelo princípio da reserva de lei: P. GONÇALVES, *As advertências*, pp. 768 ss.; JAECKEL, *Shutzpflichten*, pp. 146-147; LEGE, *Nochmals: Staatliche Warnungen*, pp. 569 ss., esp. p. 578; FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 399.

[525] Lei nº 75/2009, de 12 de Agosto (redução do teor de sal no pão).

[526] Diferente, e mais complexo, é o problema da comercialização (e consumo) das chamadas drogas legais: Acórdão nº 397/2012 (*smart shops*).

devido a uma simples mudança de perspectiva de análise. Em todo o caso, bem mais importante é reconhecer que tanto a bipolaridade como a multipolaridade podem ter diferentes origens.

I – De facto, são bipolares tanto as relações jusfundamentais de protecção em que um dos pólos está fora do alcance do Estado-protector – por não estar sujeito à sua jurisdição –, como aquelas em que falece a autonomia de um dos pólos, como ainda aquelas em que falta em absoluto um dos três pólos. Sem embargo desta primeiríssima aproximação a estas três situações, elas serão objecto de análise específica mais adiante, a propósito de cada um dos elementos que compõem (ou não compõem) a relação triangular (ou bilateral), e correspondem, pela ordem usada, aos seguintes casos típicos:

a) O agente causador do perigo para os direitos fundamentais é um Estado estrangeiro ou encontra aí guarida[527-528];

b) O agressor e o lesado são uma e a mesma pessoa física, colocando-se portanto um problema de protecção do titular do direito fundamental contra si próprio[529-530];

c) A causa determinante do perigo para os direitos fundamentais não é de origem humana, mas sim uma força da natureza[531-532].

Assim, com referência às situações em que o perigo para os direitos fundamentais provém de um Estado estrangeiro, ficou já dito a respeito do artigo 14º que os Estados exercem um direito de protecção diplomática, que lhes é reconhecido pela ordem jurídica internacional, e que esta prerrogativa se funda tradicionalmente num vínculo genuíno de cidadania (ou nacionalidade). Salvo em casos pontualíssimos, um Estado não pode exercer a sua protecção diplomática senão em proveito dos seus cidadãos, sendo este vínculo de cidadania que permite afirmar no plano internacional a sua competência pessoal[533]. A própria protecção diplomática inerente à cidadania europeia não se afasta daquela que é a orientação costumeira neste domínio, largamente confirmada pelos tribunais internacionais. Além disso, é também ponto assente no direito internacional que o exercício da protecção diplomática é uma competência discricionária do Estado: "o Estado deve ser considerado como a única entidade capaz de decidir se concede a sua protecção, em que medida o fará e quando lhe porá termo. Ele possui nesta matéria um poder discricionário cujo exercício pode depender de considerações de ordem política"[534]. Acontece que, não obstante o direito interno dos Estados ter a possibilidade de conformar de forma autónoma o regime de

[527] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 117-124; STREUER, *Die positiven Verspflichtungen*, pp. 102-103; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 81 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 194 ss.; SZCZEKALLA., *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 283-287.
[528] Infra, §2º, ponto 7.3.
[529] KRINGS, *Grund*, pp. 203 ss.. Autonomizando esta temática relativamente às demais fontes do perigo, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 219 ss..
[530] Infra, §2º, ponto 7.4.
[531] STREUER, *Die positiven Verspflichtungen*, p. 104-106; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 80-81; KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss..
[532] Infra, §2º, ponto 7.2.
[533] DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito*, pp. 710-711; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 426-427.
[534] DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito*, p. 712.

exercício da protecção diplomática, a generalidade destes direitos limita-se a repercutir nas relações (domésticas) entre o Estado e os seus cidadãos a natureza discricionária que a protecção diplomática assume no próprio direito internacional[535]. Ora, quando se invocam os deveres de protecção de direitos fundamentais em contextos em que estes são lesados ou colocados em perigo por Estados estrangeiros ou por quem neles se encontra, não é seguramente para reconfigurar o direito de protecção diplomática no plano internacional, na relação entre o Estado protector e o Estado agressor. É sim para estabelecer parâmetros de direito interno que vinculem a acção estadual quanto ao *se*, ao *quando* e ao *como* do exercício do seu direito de protecção diplomática, obviamente no pressuposto de que este existe e é reconhecido no plano internacional.

Por conseguinte, o vínculo jurídico da cidadania, apesar de constituir o conceito de referência da protecção diplomática enquanto instituto de direito internacional, não representa neste domínio coisa alguma na ordem interna: não apenas não confere ao indivíduo um direito a exigir do seu próprio Estado o exercício da sua prerrogativa de protecção internacional, como não permite sequer deduzir quaisquer parâmetros objectivos que presidam ao exercício dessa prerrogativa – ainda que as especificidades que caracterizam as relações internacionais aconselhem a não eliminar todas as margens de livre apreciação e decisão[536]. Desta forma, a utilidade dogmática dos deveres de protecção é aqui inegável. Assim como o é também, como a seu tempo se verá, devido ao facto de nem todas as situações de perigo para direitos fundamentais *com conexões externas* se esgotarem nos casos típicos de aplicação da protecção diplomática[537].

Por seu turno, em relação às constelações em que os direitos fundamentais em risco pertencem ao próprio agressor e só a ele – uma vez que a relação se reassume como triangular quando são também envolvidos direitos de terceiros ou a comunidade é, como um todo, afectada pela conduta autolesiva[538] –, pode parecer à primeira vista viável retratá-las genericamente segundo o modelo dos direitos de defesa. O Estado só pode restringir os direitos de certa pessoa na medida estritamente necessária para a salvaguarda outros direitos da própria e que devam ordenar-se numa posição prevalecente. Mas é duvidoso que esse modelo clássico seja o mais apropriado para explicar toda a heterogeneidade de situações jurídicas que podem estar envolvidas:

a) Desde aquelas em que uma pessoa carece efectivamente de protecção contra si mesma, dado que tem as suas capacidades psíquicas diminuídas;

---

[535] DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito*, p. 713, sublinhando que a recusa de protecção diplomática a um cidadão constitui, no direito francês, um "acto de governo", insusceptível de conhecimento pela jurisdição administrativa.

[536] Pela sua indeterminação, também não será do artigo 7º da Constituição que esses parâmetros se poderão retirar. Sobre o problema de uma pretensão jurídica à protecção diplomática *versus* discricionariedade: KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, pp. 706-707; TREVIRANUS, *Nochmals: diplomatischer Schutz*, pp. 35 ss..

[537] Utilizando esta expressão deliberadamente ampla, KRINGS, *Grund*, p. 194.

[538] Distinguindo entre a protecção de terceiros e a protecção de interesses da comunidade, SCHWABE, *Der Schutz*, pp. 70 ss..

b) Passando por aquelas em que se adoptam deliberadamente condutas arriscadas como forma de marcar uma posição política (*v.g.*, greve de fome), ou simplesmente para recreação pessoal (*v.g.*, prática de desportos violentos ou radicais);

c) Até aos casos em que certas pessoas não conduzem a sua vida de modo a minimizar os perigos para os seus bens jurídicos (*v.g.*, não uso de capacete de protecção ou de cinto de segurança);

d) Sem esquecer ainda aqueloutras situações em que os indivíduos renunciam a alguns dos seus direitos básicos – por via contratual ou outra[539] –, procurando com isso obter um determinado benefício (*v.g.*, participação em *reality shows*)[540].

O facto de a relação jurídica assumir aqui uma estrutura fundamentalmente bilateral não pode ter-se por sinónimo de direitos de defesa, nem implica a adopção desta perspectiva de análise. Pelo contrário, há relações jusfundamentais *bilaterais de defesa* e relações jusfundamentais *bilaterais de protecção*, porque enquanto uma se desenvolve em redor da *permissão para restringir* a outra centra-se em torno do *dever de proteger* – ou seja, em que é a protecção constitucionalmente devida que comanda a restrição subsequente.

Um pouco à semelhança do que se verifica com a denominada protecção contra si próprio, também o fenómeno da protecção de direitos fundamentais contra os denominados perigos da natureza – como abalos sísmicos, grandes intempéries, incêndios ou epidemias – abarca uma panóplia de situações díspares, nem todas explicáveis segundo um modelo de bilateralidade e, menos ainda, à luz da ideia dos direitos de defesa. Com efeito, tomando como exemplo a protecção preventiva contra tremores de terra efectuada por via legislativa, designadamente através da imposição de regras de segurança para as construções, afigura-se que a relação subjacente se apresenta sob forma triangular: o legislador protege a vida e a integridade física de quem habita ou utiliza os edifícios, comprimindo os direitos dos respectivos construtores e proprietários. Este exemplo, além de pôr em evidência a dificuldade em distinguir entre perigos originados por forças naturais e perigos que são resultado de condutas humanas – afinal de contas, é um dado adquirido que o que mata não é tanto o terramoto em si mesmo, mas antes a construção (incorrecta e desordenada)[541] –, permite também verificar que a estrutura bilateral respeita tipicamente à chamada protecção secundária e que se traduz, neste domínio, em actuações materiais das entidades públicas ordenadas ao socorro das vítimas das catástrofes naturais. Por conseguinte, a dúvida quanto ao enquadramento dogmático destas actuações não se coloca entre as figuras dos deveres de protecção e dos direitos de defesa, mas entre aquela primeira figura e os direitos a prestações, filiados no princípio do

[539] Sobre os fundamentos dos deveres de protecção no domínio contratual, CANARIS, *Direitos fundamentais*, pp. 71-75. E sobre a protecção contra si próprio como forma de compensar a desigualdade das partes e os défices de liberdade de decisão (e de auto-protecção), SINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 1138-1141.
[540] No que toca às particularidades da renúncia ao direito à vida e ao fenómeno da "autocolocação em perigo", R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 540 ss.; L. NETO, *O direito fundamental*, pp. 685 ss..
[541] M.G. GARCIA, *Sociedade*, pp. 204-205.

Estado Social, ou as disposições constitucionais que, em termos objectivos, estabelecem fins e tarefas do Estado.

Em qualquer caso, uma coisa parece consensual: em situações de calamidade, o poder público não pode ficar inerte, assistindo impassível ao destroçar da vida, integridade física, saúde e propriedade dos seus cidadãos. Os receios em reconhecer nestes contextos deveres de protecção prendem-se com dois aspectos laterais: as dificuldades práticas que as entidades públicas inevitavelmente sentem para assegurar convenientemente os direitos fundamentais; a eventualidade de os deveres de protecção serem tomados, em circunstâncias tão adversas, como verdadeiras obrigações de resultado[542].

II – Por último, o que caracteriza as relações multipolares não é apenas o número de pólos superior aos três que estão presentes na relação jusfundamental de base, mas também é o facto de elas se organizarem em rede, de modo a que os diferentes pólos possam ter contacto com todos os outros, numa teia de relações cruzadas[543]. Excluindo hipóteses menos comuns, a multiporalidade de uma relação regida pelos direitos fundamentais pode resultar desde logo do *desdobramento* de um ou até de vários dos pólos da relação triangular: pluralidade de agressores do mesmo direito fundamental, não redutível a uma única categoria de sujeitos, num fenómeno de concausalidade ou de causalidade paralela; pluralidade de lesados, com diferentes posições jurídicas a fazer valer e, portanto, também eles não reconduzíveis a um único grupo de sujeitos; concretização dos deveres de protecção por distintas instâncias públicas e (também) por entidades privadas. Os exemplos são frequentes e, em qualquer das hipóteses, fáceis de configurar:

a) Assim, quanto às situações de pluralidade de agressores, é evidente que as águas de um rio podem ser directamente afectadas por diversos factores poluentes – *v.g.*, a actividade de uma grande indústria química, por um lado, e o cultivo da terra em regime de minifúndio nas respectivas margens, por outro –, pondo ambos em causa o direito ao ambiente de quem vive a jusante. Mas a ponderação dos direitos em jogo, bem como da intensidade do perigo desencadeado por cada uma das actividades poluentes, implicará por certo decisões públicas muito diferentes em relação à empresa e aos agricultores, podendo considerar-se menos justificada a utilização de instrumentos de protecção relativamente à actividade agrícola.

b) Por seu turno, a protecção contra o fumo do tabaco é um exemplo típico de pluralidade de lesados, porquanto fumadores activos e fumadores passivos (ou não fumadores) têm na relação jusfundamental posições jurídicas muito diversas e, mesmo, contrapostas entre si. Enquanto os fumadores activos são em simultâneo agressores do direito à saúde dos não fumadores e (eventualmente) lesados na sua relação com as tabaqueiras – além de

[542] STREUER, *Die positiven Verspflichtungen*, p. 104-106; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 80-81; KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss.; SZCZEKALLA., *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 98 e pp. 276-283.
[543] V.P. SILVA, *Em busca*, pp. 188 ss., e *Verde*, pp. 106-107.

aparentemente serem destinatários de medidas estaduais de protecção contra si próprios, como as campanhas antitabágicas[544] –; os não fumadores são apenas lesados e, nessa qualidade, credores de protecção em face de terceiros; ao passo que as empresas produtoras e comercializadoras de tabaco agridem simultaneamente os direitos de uns e de outros, estando por isso sujeitas as inúmeras restrições à sua liberdade de iniciativa económica (*v.g.*, proibições de publicidade, imposição de difusão de advertências contra o consumo)[545]. De igual modo, também no domínio dos alimentos geneticamente modificados, não há a considerar apenas os produtores agrícolas, os consumidores finais e o Estado, devendo antes incluir-se na relação jurídica os investigadores que os tornaram possíveis e os produtores agrícolas tradicionais, cujas culturas podem ser afectadas[546].

c) No tocante ao terceiro tipo de situações, não é de estranhar que em tempos de privatização de funções estaduais e de multiplicação do recurso à regulação e à auto-regulação, o Estado procure delegar em entidades privadas algumas das suas funções de protecção de direitos fundamentais, em nome de critérios de eficiência, de adequação funcional ou de subsidiariedade da acção estadual. Ainda assim, porque destinatário constitucional dos deveres de protecção, o Estado não pode desaparecer da relação jusfundamental: a sua actuação é insubstituível no plano da protecção legislativa; nos demais planos, ele é sempre o responsável pela supervisão e último garante do adequado cumprimento dos deveres em apreço[547].

[544] Ainda que, em rigor, estas se destinem à população em geral, incluindo os não fumadores.

[545] No que se refere às relações entre fumadores e não fumadores e à posição do Estado nessa relação conflitual: FABER, *Gesundheitliche Gefahren*, pp. 745 ss.; SCHNEIDER, *Nichtraucherschutz, passim.* Quando à relação dos fumadores com o fabricante de tabaco e à responsabilidade deste, H. ANTUNES, *Apontamento*, pp. 171 ss.. Com muito interesse, sobre a proibição da publicidade ao tabaco como medida de protecção da saúde e da integridade física, Acórdão nº 423/2008. Sobre a perspectiva da liberdade de profissão dos proprietários dos estabelecimentos abertos ao público, BverfGE 121, 317.

[546] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 887.

[547] KRINGS, *Grund*, pp. 268-269; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 165-168.

§2º. O AGRESSOR: PRIMEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

6. Caracterização geral do perigo

No contexto da relação jurídica de protecção de direitos fundamentais, o respectivo dever estadual orienta-se sempre contra o agressor, que é aquela pessoa (ou grupo de pessoas) ou aquela realidade que está na origem de um perigo para um bem jurídico jusfundamental. Não obstante a heterogeneidade das vestes que enverga, pode dizer-se que o agressor se situa sempre no epicentro da relação jurídica de protecção, sendo-lhe por isso devidas as primeiras atenções[548].

I – Se há agressores e perigos que vêm de há muito no tempo e que, por isso, as sociedades já se habituaram a conviver com eles e sabem bem quando e como precaver-se contra eles – *v.g.*, o perigo de alguém ser assassinado, fisicamente violentado, privado dos seus bens ou mesmo o perigo de um incêndio, de uma inundação ou de um tremor de terra – é para isso que há polícias, tribunais, bombeiros e outros serviços de protecção civil –, outros existem que são bem mais difíceis de detectar e avaliar, primeiro, e de prevenir, depois. São os perigos decorrentes do uso da técnica e, mais precisamente, da tecnociência. E, como o adensamento da incerteza aumenta na mesma proporção a curiosidade e o medo, não é de estranhar que sejam estes últimos os que nos dias que correm ocupam os espíritos e que seja em torno deles que, um pouco por todo a parte, se afadigam juristas e investigadores sociais[549]. Por razões que

[548] Iniciando pelo agressor-perigo a análise dos elementos estruturantes dos deveres de protecção: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 5 ss.; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 37 ss.. Deve reconhecer-se, todavia, que a generalidade dos autores inicia a exposição pelo bem jusfundamental em perigo: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 74 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtung*, p. 99; KRINGS, *Grund*, pp. 172 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 62. Começando pelos destinatários do dever de protecção: SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 150 ss.; CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, p. 264.

[549] Num estudo sociológico sobre os casos da BSE, da co-incineração de resíduos tóxicos e do urânio empobrecido, M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 21 ss., 49 ss. e 75 ss..

só a psicologia cognitiva explica, as pessoas preocupam-se mais com a remota eventualidade de serem contaminadas com um vírus vindo do outro lado do mundo, do que com a possibilidade bem real de serem agredidas ao virar de uma esquina ou de morrerem ao volante de um automóvel[550]. E mudam o seu comportamento em função dessa percepção desfasada dos diferentes perigos em que vivem e que é suposto afectarem os seus bens jusfundamentais.

Por isso, parte significativa das considerações subsequentes é feita a pensar nos novos perigos, embora sem esquecer que os deveres de protecção de direitos fundamentais não se constituem exclusivamente em redor destes perigos imediatamente induzidos pela técnica e pela investigação científica. Com efeito, os perigos que exigem das autoridades públicas protecção ou prevenção têm acompanhado a evolução das próprias concepções sobre o papel do Estado, no seu relacionamento com a sociedade, bem como os fins que ele assume em cada momento histórico, sendo que essa evolução se processa em regra numa lógica de sobreposição e sedimentação e não numa lógica de substituição de tarefas e riscos antigos por tarefas e riscos novos. É certo que hoje alguns riscos parecem dominar as preocupações dos poderes públicos, pela sua visibilidade e pela percepção que os cidadãos têm deles, quando não apenas pela sua projecção mediática. Por exemplo: os riscos relativos à segurança alimentar, à prevenção e controlo de epidemias, à qualidade e segurança de medicamentos, à segurança ambiental (sobretudo no que toca ao controlo da poluição industrial), à segurança das infra-estruturas (edifícios e meios de transporte), à segurança contra incêndios, à segurança rodoviária, à qualidade e controlo do tráfego aéreo e marítimo, à segurança no exercício da actividade laboral, à segurança radiológica e nuclear, à segurança dos sistemas informáticos, sem esquecer ainda os riscos decorrentes do terrorismo, da manipulação genética e da instalação de equipamentos emissores de radiações[551]. A verdade é cada vez mais o resultado de uma batalha de percepções, e os *media* são fundamentais na formação dessas mesmas percepções. Mas, ainda que assim seja, os velhos perigos do Estado liberal, então combatidos ao abrigo da cláusula geral do direito policial e do conceito de ordem pública, não deixam de ser também perigosos bem presentes, que os Estados hodiernos têm continuamente de enfrentar, sob pena de permitirem a erosão da sua própria legitimidade[552]. Poucos ou nenhuns terão sido, pois, os perigos que ficaram pelo caminho desde os alvores do constitucionalismo – ou mesmo desde os tempos do Estado de polícia – até aos nossos dias.

Mas o que é isso, afinal, de um perigo que ameaça bens jurídicos jusfundamentais? E quais as suas fontes?

---

[550] Sobre a importância da psicologia cognitiva no estudo do modo (assimétrico e inconsistente) como as pessoas incorporam o risco e decidem em função da percepção que dele têm, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 235-239.

[551] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 240-241, referindo-se à Resolução do CM nº 65/2001, de 6 de Junho.

[552] Segundo o artigo 272º da Constituição, uma das funções da polícia é, precisamente, a de "garantir (…) os direitos dos cidadãos". Referindo o conceito material de polícia ao combate aos perigos para bens fundamentais originados por condutas humanas ilícitas (por oposição às noções de protecção civil e de polícia judiciária), P. MACHETE, *Anotação ao artigo 272º*, esp. pp. 655-656 e p. 664, e *A polícia*, pp. 1132-1133.

II – O que está em causa, num primeiro momento, não é encontrar uma definição jurídica de perigo capaz de permitir a dedução (ainda que mediata) de deveres de protecção do legislador a partir da verificação de determinados pressupostos de facto, presentes num dado contexto social de incerteza ou insegurança. Uma definição estruturada em tais termos poderia, seguramente, ser considerada uma digna herdeira do conceito de perigo longamente utilizado pelo direito de polícia (germânico) – ramo da enciclopédia jurídica em que, por razões compreensíveis, o fenómeno do perigo mais cedo começou a ser discutido –, onde correspondia à "situação em que o decurso, não impedido, de um estado ou de um comportamento poderia levar, com suficiente verosimilhança, a um dano dos bens de segurança pública protegidos"[553]. Sem prejuízo da relevância de aproximações sectoriais como esta, e não obstante serem várias as tentativas doutrinais de actualizar e adaptar o conceito policial de perigo ao direito constitucional e às exigências da actuação legislativa de protecção jusfundamental, a dúvida que verdadeiramente se coloca é outra[554]. É, concretamente, a de saber se, em face dos novos desafios colocados pelo desenvolvimento técnico e científico, se justifica ou não diferenciar qualitativamente a antiga realidade do "perigo" do novo fenómeno do "risco" – isto com base na verificação de que um novo tipo de incertezas pode estar a afectar os processos de decisão pública, daí se partindo para a previsão de dois níveis distintos de actuação do legislador e das autoridades administrativas em defesa dos bens jurídicos jusfundamentalmente protegidos. Numa palavra, a questão em cima da mesa é a de saber se, ou em que domínios, os deveres de protecção têm que evoluir da simples "defesa contra perigos" *(Gefahrenabwehr)* para uma mais exigente e sofisticada "precaução contra riscos" *(Risikovorsorge)*, com a concomitante consequência da substituição do *princípio da prevenção* pelo *princípio da precaução*[555].

As consequências imediatas da distinção saltam à vista: como a protecção de direitos fundamentais raramente é neutra nos seus efeitos relacionais, quanto mais se antecipar essa protecção para fases de maior incerteza – em que apenas existe a suspeita de um perigo –, maior é a dificuldade de justificar intervenções restritivas à luz do nº 2 do artigo 18º e do princípio da proporcionalidade. Assim como maior será também a incompreensão dos destinatários dessas intervenções restritivas, com implicações no plano da sua legitimação democrático-participativa. A antecipação da protecção para além (ou aquém) de certos limites pode, pois, revelar-se perniciosa e conduzir a desequilíbrios jusfundamentais sérios[556].

---

[553] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 858; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 113; STOLL, *Sicherheit*, p. 17; FABIO, *Gefahr*, pp. 566; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 107-109.

[554] Para várias outras aproximações sectoriais, designadamente nos domínios atómico, das emissões, da genética, da indústria química, dos meios de protecção de plantas e dos medicamentos, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 65 ss., 115 ss., 137 ss., 154 ss., e 166 ss.. Especificamente sobre o direito atómico: LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 37 ss.; BAUMANN, *Der Grundrechtsvorbehalt*, pp. 749 ss. Insurgindo-se contra a utilização do tradicional conceito de perigo do direito de polícia para a determinação do nível de perigo activador de deveres de protecção (legislativos ou administrativos), DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 107-109.

[555] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 53 ss. e pp. 94 ss.; D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 250 ss..

[556] De forma contundente, considerando o princípio da precaução como insustentável numa perspectiva jusfundamental, devido à ausência de ponderação de interesses e à diluição da responsabilidade individual, C.A. GOMES, *Risco*, pp. 362 ss..

6.1. Distinção dos conceitos de perigo e risco

São muitas e muito díspares as tentativas de distinguir estes dois conceitos – que não se reduzem, aliás, ao mundo das ciências jurídicas[557].

Enquanto algumas dessas tentativas se baseiam em aproximações etimológicas, outras partem na busca das raízes históricas das noções de perigo e risco, recuando até às culturas antigas ou tão-só até aos descobrimentos portugueses e ao aparecimento da actividade seguradora do comércio marítimo. Outras tentativas adoptam critérios quantitativos – considerando uma situação como perigosa ou arriscada em função da intensidade da incerteza quando à ocorrência de danos –, por oposição àquelas que se esforçam até ao limite para encontrar diferenças qualitativas. Outras, por sua vez, adoptam perspectivas valorativas, ligando um ou outro conceito à aceitabilidade social das situações de insegurança em que respectivamente se traduzem. Algumas bastam-se com um modelo de análise bipartido – perigo / risco –, enquanto outras exigem a convocação de uma terceira categoria – o risco residual –, diante do qual seria legítima (ou não) a omissão de protecção dos poderes públicos. Algumas consideram ambos os conceitos como realidades autónomas, ao passo que outras os relacionam como duas circunferências concêntricas ou como todo e parte – sendo que tanto o perigo como o risco podem ser encontrados em qualquer dos lados. E é ainda possível encontrar quem só permita a entrada de um dos conceitos nos dicionários jurídicos, dada a sua natureza normativa, remetendo o outro para diferentes domínios do saber, em atenção à sua índole descritiva. Finalmente, os conceitos de perigo e risco têm sido encarregados de designar diferentes situações em função do desconhecimento ou do conhecimento disponível sobre a probabilidade de ocorrência de danos em bens jurídicos e ou sobre a magnitude desses danos[558].

Em contrapartida, em face desta babilónica desordem conceitual, não é de estranhar que haja quem utilize indiferentemente os dois termos, por considerar que não existe distinção possível entre perigo e risco ou, pelo menos, por entender que tal dicotomia apresenta escasso préstimo para efeitos de dedução de deveres de protecção jusfundamental [559].

---

[557] Segundo FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 54, também na sociologia não existe unanimidade quanto aos conceitos de perigo e risco, que são, aliás, objecto de interesse não enquanto simples conceitos quantitativos ou descritivos, mas valorativamente problematizados no confronto com outras ideias: além da dicotomia risco e perigo, surgem outras como risco e aceitação social, risco e legitimidade de decisão, risco e racionalidade, risco e orientação individual.

[558] Nomeadamente: UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 76-78; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 7-10; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 83 ss.; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 33-35 e pp. 85 ss.; FABIO, *Gefahr*, pp. 566 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 228-332; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 85-88; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 113-115; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 171-171 e p. 215; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 105 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 158 ss.; LAWRENCE, *Grundrechtschutz*, pp. 52 ss.; KÖCK, *Risikovorsorge*, pp. 16 ss..

[559] A posição negativista parece, inclusive, ser a que reúne mais preferências no contexto nacional, sobretudo se da distinção se pretenderem extrair consequências no domínio da prevenção/precaução: V.P. SILVA, *Verde*, pp. 67 ss.; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 224 ss.; embora sem tomar posição, J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 859 ss.. Rejeitando a importação da distinção para o direito espanhol, D. PASCUAL, *Derechos*, p. 274.

6.1.1. Perspectiva do decisor público

I – De entre as muitas tentativas de distinguir estes dois conceitos, merece referência aquela que, cruzando visões sociológicas e jurídicas, considera o risco como a expressão de uma situação decisória em vista de possíveis lesões, ao passo que o perigo designa apenas uma possibilidade de ocorrência de lesões independentemente de uma qualquer decisão que as tenha desencadeado. Ambos pressupõem uma situação de insegurança respeitante a uma lesão futura. "Apresentam-se então duas possibilidades. Pode considerar-se que a possível lesão é uma consequência da decisão, sendo-lhe portanto imputada. Caso em que se falará de risco e, em rigor, de risco da decisão. Ou bem que se julga que a eventual lesão é vista como tendo sido desencadeada externamente, sendo por isso imputada ao ambiente. E, então, falar-se-á de perigo"[560]. Por conseguinte, uma decisão de risco é aquela que, "tal como se pode prever, se lamentará mais tarde no caso de ocorrer um dano que se esperava poder evitar"[561]. O que marca as sociedades mais antigas é o perigo, ao passo que o que marca as sociedades modernas é o risco, porquanto do se trata hoje é de melhorar o aproveitamento das oportunidades disponíveis, reduzindo o arrependimento ao mínimo[562].

A distinção não é certamente fácil em casos de fronteira. Não obstante, enquanto no risco a tomada de uma decisão joga sempre um papel muito significativo, o mesmo já não sucede com o perigo. É claro que uma pessoa pode expor-se a perigos, caso em que a conduta ganha alguma relevância, mas tão-somente no sentido de que essa pessoa se conduziu a uma situação em que logo surgiu um dano: "se tivesse tomado outro caminho, não lhe teria caído a telha em cima da cabeça". Mas uma decisão de risco é, no fundo, aquela que é tomada para alcançar certas vantagens, devendo ainda satisfazer a seguinte condição específica: "as alternativas têm de se distinguir reconhecidamente com relação à possibilidade de danos". Se as decisões alternativas – incluindo a decisão de não decidir – comportarem sensivelmente as mesmas probabilidades de ocorrência de danos, não há verdadeiramente uma situação arriscada e a decisão tomada nessas circunstâncias não será também uma decisão de risco. Por exemplo, a decisão de embarcar no avião A ou no avião B para o mesmo destino não é, em regra, uma decisão de risco. Nos casos de risco, pelo contrário, é apresentada ao decisor, em conformidade com uma série de distinções consequentes, uma série de bifurcações (uma árvore de decisão), cada uma das quais oferece, por sua vez, diferentes possibilidades de decisões arriscadas[563].

Acresce que a qualificação de uma situação como de perigo ou de risco, para a distinção ser consequente, não pode depender apenas da perspectiva de observação. Designadamente, um observador

---

[560] LUHMANN, *Sociología*, p. 67. Esta terminologia é também a adoptada por E. PARDO, *Técnica*, pp. 28 ss.. No mesmo sentido, qualificando o risco como um fenómeno inerente à decisão, individual ou institucional, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 282 ss..

[561] LUHMANN, *Sociología*, p. 55.

[562] LUHMANN, *Sociología*, pp. 55 e 70.

[563] LUHMANN, *Sociología*, p. 67.

destes fenómenos pode ser tentado a discutir em que proporção a morte das florestas, causada por chuvas ácidas, é imputável à emissão de gazes de escape. Mas a decisão de ligar o motor de um automóvel não pode ter-se como uma decisão de risco. Uma modificação irreversível do equilíbrio ecológico ou a ocorrência de uma catástrofe não podem em absoluto ser atribuídas a pequenas decisões individuais qualificáveis com decisões de risco. Por outras palavras, quando se regista uma acumulação de efeitos, "há decisões que já não são identificáveis nos seus efeitos a longo prazo, há condições – presentes em relações causais hipercomplexas e cujo rasto não pode seguir-se – que podem causar danos consideráveis, sem que possam ser atribuíveis a uma decisão, ainda que resulte evidente que sem certas decisões não poderia ter-se chegado aos danos em causa. E isto porque, com efeito, somente podemos falar de uma atribuição de decisões quando é possível imaginar uma eleição entre alternativas e essa eleição se apresenta como razoável, independentemente de saber se quem a tomou se apercebeu ou não do risco e da alternativa"[564].

II – A relevância da distinção, quando assim delineada, não pode ser subestimada. Desde logo, sublinha-se a dimensão decisória inerente aos actuais problemas do risco, que assim se apresentaria como a possibilidade calculada ou calculável de uma lesão, ao contrário do perigo, que seria toda e qualquer possibilidade indeterminada de uma lesão. O que caracterizaria o risco seria, precisamente, a susceptibilidade de o delimitar e de o ponderar. O conceito de risco seria mais do que a prognose de uma lesão, antes combinando possibilidade de lesão e utilidade numa equação em que se calculam e ponderam ambas. E, naturalmente, essa relação custo *versus* benefício é de uma importância insofismável, tanto na perspectiva do decisor público que determina a assumpção de um risco vinculado ao princípio da proporcionalidade, como na perspectiva de quem o sofre, que mais facilmente o aceita em vista de uma contrapartida concreta. O conceito de perigo, pelo contrário, não compreenderia tal cálculo ou ponderação, permanecendo orientado quase exclusivamente para a lesão[565].

Por outro lado, sabe-se, com base em estudos oriundos do campo da psicologia, que na percepção que as pessoas têm das situações de insegurança em que se encontram, bem como para a sua aceitação, desempenha um papel importante o facto de se ter incorrido nelas de forma voluntária ou involuntária. O mesmo é também válido em relação à crença sobre se as consequências da própria conduta permanecem ou não sob o respectivo controlo[566]. Além disso, apesar de em nenhum dos casos se poder contar com cobertura total dos eventos danosos e, menos ainda, com uma distribuição equitativa de vantagens e desvantagens entre os indivíduos, a verdade é que "quando se trata de perigo, a sociedade vê-se exposta a um problema que não foi provocado por quem está sujeito ao dano", recebendo "um tipo de atenção e de

[564] LUHMANN, *Sociología*, p. 72.
[565] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 55.
[566] LUHMANN, *Sociología*, p. 69.

simpatia diferente da que é dada aos riscos"[567]. Por último, não há dúvida que esta distinção entre um risco, activamente desencadeado por mão humana, e um perigo, infligido do exterior e passivamente sofrido pelo homem, pode *a priori* assumir relevância jurídica, sobretudo no domínio da responsabilidade e da imputação[568].

Porém, são também reconhecíveis as limitações da distinção, jogando-se o seu destino em situações como as acabadas de referir e que, em boa verdade, não podem ser consideradas como situações extremas ou peculiares. Ou não fossem elas cada vez mais frequentes, senão mesmo a regra no domínio em apreço. De facto, dificilmente a distinção pode ser viável em relação a um conjunto de casos cada vez mais vasto. No contexto de uma sociedade altamente diferenciada, em que as cadeias causais apresentam uma complexidade crescente, uma parte significativa dos perigos ditos ambientais ou naturais pode ser interpretada como um risco. Isto é, como o resultado combinado de um conjunto de decisões tomadas pelo homem ao longo do tempo, em locais diversos e com diferentes graus de consciência. Se, num dado momento, certas cadeias causais não estão ainda esclarecidas, é muito provável que o venham a estar a breve trecho. E aí coloca-se claramente o problema de decidir entre alternativas com diferentes probabilidades de danos. As secas e as inundações decorrentes do aquecimento global são apenas o exemplo paradigmático dessa diluição de fronteiras entre o homem e a natureza, em que aquele interage com esta usando meios cada vez mais intensos. A última morada da responsabilidade não é fácil de descortinar: a indústria, os automobilistas, os consumidores em geral, os Estados? Os nexos de causalidade não são fáceis de estabelecer, mas no momento de proceder à imputação da responsabilidade, cada vez menos a natureza está sozinha[569]. Mesmo pensando em abalos sísmicos, é inegável que as suas consequências são largamente potenciadas pelo deficiente ordenamento do território e pelo desrespeito de regras de segurança na construção das edificações.

Por outro lado também, ainda que num certo momento não se prefigurem duas ou mais alternativas razoáveis entre as quais o homem possa escolher, a crescente consciência das consequências quantas vezes nefastas de inúmeras condutas humanas repetitivas – e acriticamente repetidas – faz com que hoje poucas sejam as alternativas que razoavelmente se podem excluir. Arrumar junto dos perigos do ambiente inúmeras condutas humanas do dia-a-dia, apenas por serem normais e por ausência de uma alternativa dita razoável, acaba por revelar-se desresponsabilizante e juridicamente de difícil aceitação. Aliás, a distinção sempre sairia relativizada pelo facto de "a prevenção se poder praticar (…) tanto perante

[567] Quando ao importante problema da justa distribuição social dos riscos (e perigos), LUHMANN, *Sociología*, pp. 150 ss., esp. p. 152.
[568] Sobre os sentidos jurídicos de responsabilidade e de imputação, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 57 ss.. Sobre a cedência do conceito clássico de imputação na responsabilidade civil ambiental e sua cedência pela ideia de "conexão de risco", A.P. OLIVEIRA, *Causalidade, passim*. Defendendo a inadequação do conceito jurídico de causalidade no domínio dos riscos ambientais: BECK, *La sociedad*, p. 88; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 363-365.
[569] CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 161.

o perigo como perante o risco" e de a probabilidade dos danos e a dimensão dos danos não ter qualquer relação com a natureza perigosa ou arriscada da situação[570].

6.1.2. Modelos tripartidos: risco residual

De regresso ao mundo jurídico – embora não propriamente ainda ao direito constitucional –, além das múltiplas tentativas de conceptualização segundo um modelo dualista de risco e perigo, em que um e outro assumem alternadamente a posição de conceito geral e de conceito particular, encontrou também muita difusão um modelo de análise que assenta em três níveis de incerteza distintos: perigo, risco, e risco residual[571].

I – Numa das suas formulações, com evidente inspiração no direito atómico, existe um perigo quando, por aplicação do princípio dogmático da proporcionalidade cruzada entre a medida da lesão e as hipóteses de ocorrência da mesma, é de esperar com suficiente probabilidade a verificação de um evento lesivo. Pelo contrário, é um risco que está em causa quando é possível que se verifique uma lesão – ou a mesma não possa ser excluída –, mas a prognose relativa à probabilidade de ocorrência não pode ser efectuada com a segurança de apreciação necessária segundo a dogmática do perigo. Finalmente, o risco é meramente residual sempre que uma lesão continua a ser possível ou, pelo menos, não pode ser em absoluto excluída, não obstante o emprego de medidas minimizadoras do risco. Ou seja, não é possível excluir uma lesão futura na medida em que, devido à presença de sistemas tecnicamente complexos, também não é em princípio viável obter a certeza quanto à eficácia daquelas medidas na exclusão das possibilidades de lesão[572]. Este risco residual – categoria de origem jurisprudencial[573] – começa onde acabam os conceitos de perigo e risco (ou só onde acaba o conceito de risco), consistindo naqueles encargos socialmente adequados que todos os cidadãos têm que razoavelmente suportar. Dito de outra forma, os riscos residuais correspondem aos ónus normais da vida em sociedade e que por todos devem ser partilhados[574]. O objectivo da jurisprudência e, no seu encalço, da doutrina é aqui o de reduzir o nível de risco aceitável de acordo com um juízo de razoabilidade prática *(praktische Vernunft)*, sem com isso perturbar em demasia o normal exercício das liberdades económicas e científicas[575].

---

[570] LUHMANN, *Sociología*, pp. 75 e 77.

[571] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 104 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 238 ss.; LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 52 ss; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 113 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 170 ss..

[572] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 105; BREUER, *Anlagensicherheit*, pp. 211 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 170-171.

[573] A sua origem remonta à célebre decisão *Kalkar I*, de 1978 (BVerfGE, 49, 89); C.A. GOMES, *Risco*, pp. 395 ss..

[574] LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 53-54.

[575] Naturalmente, o significado desta ideia de "juízo prático" ou de "razoabilidade prática" não pode ser pacífico, sobretudo na sua relação com a consideração devida aos diferentes graus de solidez do conhecimento científico: LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 59 ss..

A esta distinção associam-se por vezes consequências jurídicas de monta. Designadamente: no primeiro nível, uma intervenção (restritiva) estadual impor-se-ia de forma categórica, podendo ser subjectivamente exigida pela via judicial; no segundo nível, a intervenção estadual seria tão-só permitida, atendendo às possibilidades da sua concretização técnica e à existência de uma relação favorável entre custos e benefícios – não sendo em consequência passível de reivindicação subjectiva; no terceiro nível, a intervenção estadual não seria em regra permitida nem objectiva ou subjectivamente exigível, embora pudesse porventura ser efectuada com fundamento na liberdade conformativa do legislador[576].

Do ponto de vista das respostas públicas, às situações de perigo correspondem as normais medidas policiais ou de prevenção de danos em bens jurídicos fundamentais. Por sua vez, tendencialmente, entende-se por precaução de riscos a soma de todas as medidas que, não servindo já a defesa contra perigos conhecidos, contribuem para uma segurança adicional abaixo do limiar do perigo relevante. A protecção de riscos actua, antes de mais, contra lesões apenas pensáveis, defendendo os bens jurídicos em questão em face de simples indícios ou "suspeitas de perigo" *(Gefahrverdach).* As medidas típicas nestes contextos de suspeita têm que estar sujeitas a um estrito escrutínio de proporcionalidade e traduzem-se, tipicamente, em exigências de prosseguimento de investigações técnico-científicas, em averiguações empíricas e em actuações provisórias. Mesmo em âmbitos temáticos em que o risco é já aceite pelo legislador e é possível mantê-lo em níveis relativamente reduzidos, o agente que está na sua origem pode ter que submeter-se a disposições adicionais para elevar tanto quanto possível os níveis de segurança da actividade desenvolvida. O risco residual, por seu turno, não exige adopção positiva de medidas de controlo ou de redução de riscos, mas não é de todo líquido que legitime a simples inércia das autoridades públicas – sobretudo considerando necessidades de fiscalização e até de investigação[577].

II – Sucede porém que os três níveis referidos apresentam apenas uma função heurística e descritiva, dando conta de dificuldades particulares referentes ao processo de avaliação das probabilidades de lesão de bens jurídicos. Dão indicações quanto a tipos e graus de incerteza, mas dificilmente permitem desenvolver uma dogmática autónoma do perigo ou do risco, que por sua vez contribua para a construção de uma previsão normativa desencadeante e legitimadora de medidas diferenciadas de prevenção ou combate de situações perigosas ou arriscadas, nos múltiplos domínios técnicos (e não técnicos) em que o problema se coloca[578]. Basta pensar que a ideia de *suspeita de perigo* desempenha, precisamente a função de fazer a ponte entre o tradicional conceito de perigo e a necessidade de progressão para um estádio em que os poderes públicos são chamados a antecipar riscos, recolhendo em permanência a informação científica credível (ainda que não necessariamente incontroversa) e determinando-se em função dela.

[576] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 106; BREUER, *Anlagensicherheit*, p. 213; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 172-173.
[577] LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 53-54.
[578] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 107.

Confirma-se, por conseguinte, a continuidade material da noção de risco relativamente à noção de perigo[579].

Esta teoria dos três níveis, além de limitada do ponto de vista conceptual – na medida em que não tem suficientemente presente a questão do défice de conhecimento que ocorre na avaliação do perigo e sobretudo do risco –, é ainda deficitária do ponto de vista valorativo. De facto, esta componente valorativa só surge a propósito do chamado risco residual e, ainda assim, em termos algo laterais[580]. Isto quando é certo que uma compreensão adequada do perigo e do risco, como conceitos angulares na busca de segurança que caracteriza a nossa sociedade complexa, não pode basear-se apenas em aspectos quantitativos, mas carece de valorações e análises qualitativas. Sobretudo nas típicas decisões de risco, que têm de ser tomadas não obstante a subsistência de margens de incerteza significativas, entre o *valor* e o *saber* (ou o não-saber) estabelece-se uma conexão tanto mais necessária quanto mais fraco for o segundo termo. Ou seja, a necessidade de valoração é inerente ao conceito de risco, que implica, tal como aliás o conceito de perigo, escolhas valorativamente orientadas[581]. Quais os que têm de ser debelados e quais os que devem ser assumidos e suportados? Considerando o carácter praticamente infinito dos perigos e riscos, assim como a crescente percepção das situações de insegurança, a escolha dos perigos e riscos a combater e da medida da respectiva minimização torna-se uma tarefa política de primeira grandeza[582].

Por último, não deixa ainda de causar alguma incomodidade o facto de, no que se refere à autonomização do chamada risco residual – cujo significado último oscila entre uma nota de resignação perante a impossibilidade do "grau zero de risco" e a sua exaltação como "garantia da liberdade do espírito humano"[583] –, ocorre uma evidente troca de bitola relativamente à utilizada para diferençar perigo de risco. Por um lado, na distinção entre estas duas ideias, parece atender-se fundamentalmente às situações factuais como pressuposto da aplicação de medidas públicas de controlo e redução dos factores de incerteza. Mas, ao invés, na definição do risco residual, considera-se a situação factual já depois de aplicadas todas as medidas de controlo e minimização do risco que no caso se justificam. Daí que, literalmente, o risco em causa seja aquele que resta, após a sujeição da instalação ou actividade a todas as técnicas de segurança disponíveis e exigíveis. Por outro lado, se a destrinça entre perigo e risco se prende essencialmente com o grau de segurança da prognose relativa à probabilidade de ocorrência da lesão – o que, em rigor, mantém a distinção no plano quantitativo –, já a autonomia do risco residual procura fundar-se na convolação de uma divergência quantitativa numa desigualdade valorativa, sem passar pelo plano qualitativo. Em causa começa por estar, como se viu, um pequeno risco remanescente, que

[579] C.A. GOMES, *Risco*, p. 400.
[580] Sublinhando e elemento valorativo do conceito de risco residual, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 239.
[581] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 110. Enfatizando também que o risco e a sua avaliação têm que ser vistos como realidades culturais, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 455 ss..
[582] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 111.
[583] Referindo-se, respectivamente, a estes dois significados possíveis: J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 863; C.A. GOMES, *Risco*, p. 397.

dificilmente pode ser comprimido. No final, está já um risco que, conformando-se com um juízo de racionalidade prática, deve ser suportado pelos cidadãos como contrapartida pelos benefícios da sua vivência em sociedade.

6.1.3. Prevenção *versus* precaução

Procurando subtrair-se à crítica da natureza meramente quantitativa do binómio em análise, uma tendência muito difundida (e, porventura, a mais na moda) é aquela que distingue perigo e risco como pressupostos materiais de aplicação de dois princípios jurídicos: o princípio da prevenção e o mais *avançado* princípio da precaução – cujo percurso completo, desde o seu nascimento no regime germânico das emissões poluentes, até à sua consagração nos direitos europeu e internacional, passando pela meteórica recepção em inúmeras ordens jurídicas estaduais, não interessa reconstituir aqui[584].

I – Em traços largos, como se referiu acima – e sem prejuízo da actual controvérsia sobre a reconstrução subjectiva, num contexto de crescente diferenciação, da actividade administrativa de defesa contra perigos[585] –, o termo *perigo* esteve associado durante muito tempo, no direito policial, àquelas situações em que "o decurso, não interrompido, de um estado ou de um comportamento pode levar, com suficiente probabilidade, a um dano em bens jurídicos protegidos", tendo sido depois transposto progressivamente para alguns domínios legais relativos à segurança técnica[586]. Em qualquer destes âmbitos, a função desta cláusula geral era relativamente clara: toda e qualquer intervenção administrativa que tivesse por finalidade evitar um determinado evento, ou se encaixava no conceito de perigo, ou carecia de uma outra habilitação legal explícita[587]. Em questão estava, pois, garantir o respeito (mínimo) pelo princípio da reserva de lei, limitando a actividade administrativa no confronto com os direitos dos administrados.

Naturalmente que os diversos elementos do conceito não podem ser aplicados sem prévia interpretação. Desde logo, no que toca à ideia central de "suficiente probabilidade", o conceito de perigo obriga a efectuar uma prognóstico sobre o que pode acontecer no futuro – trata-se, aliás, de um típico conceito de prognose[588] –, o qual deve ser baseado em primeiro lugar nos conhecimentos comuns proporcionados pela experiência do dia-a-dia, mas também nos dados fornecidos pelas ciências da natureza. Ou melhor, enquanto no domínio policial se recorria fundamentalmente aos conhecimentos da experiência comum, no direito da segurança técnica tornou-se necessário levar em conta os

[584] Sobre este percurso: C.A. GOMES, *Risco*, pp. 245 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 153 ss.; D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 255 ss..
[585] POSCHER, *Gefahrenabwehr*, pp. 25 ss..
[586] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 858; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 113; STOLL, *Sicherheit*, p. 17; D. PASCUAL, *Derechos*, p. 257.
[587] FABIO, *Gefahr*, p. 568.
[588] S. CORREIA, *O direito de manifestação*, p. 98.

conhecimentos correspondentes ao "estado da técnica" ou ao "estado da ciência e da técnica"[589]. Ora, esta ideia de suficiência, aplicada como medida da probabilidade de produção de danos, varia seguramente em função da maior ou menor gravidade quantitativa e qualitativa destes – de acordo com as fórmulas "quanto maior for a gravidade (…), menor tem de ser probabilidade" e "quanto menor for gravidade (…), maior tem de ser a probabilidade"[590] –, e foi em regra interpretada em moldes restritivos, com o objectivo de excluir puras especulações, considerações hipotéticas ou simples possibilidades teóricas do leque dos estados a reclamar intervenção pública. Tendo como ponto de partida estas resistências doutrinais e jurisprudências em interpretar de modo flexível o conceito de perigo, foi apenas um passo até se instalar a dúvida sobre se tal noção de perigo comummente aceite protegia de modo adequado certos bens jurídicos socialmente muito valiosos e em relação aos quais existiam boas razões para pensar que poderiam estar em perigo[591].

Mais concretamente, pouco a pouco foi sendo questionada a adequação do conceito de perigo para, sem se descaracterizar por completo, responder às novas exigências de segurança que a cada dia surgiam em novos domínios da técnica e da ciência. Assim, a mera "suspeita de perigo" *(Gefahrverdach)* torna-se o maior desafio para o sistema do direito de "defesa contra perigos" *(Gefahrenabwehr)*, porventura abrindo a porta a um entendimento alargado do princípio da prevenção. Os novos problemas de insegurança suscitados pela tecnociência são assim claramente empurrados, passo a passo, para fora do conceito de perigo e da respectiva dogmática – o mesmo é dizer, são remetidos para um domínio dogmático emergente e denominado "precaução contra o risco" *(Risikovorsorge)*[592]. Compreende-se, pois, a afirmação algo crítica de que "quem pretender falar sobre precaução e risco, tem de começar por aprender primeiro o direito da defesa contra perigos"[593]. Afinal, foi precisamente para não descaracterizar o conceito de perigo que se iniciou o desenvolvimento do princípio da precaução do risco.

II – Neste contexto, mantendo o intuito de estabelecer uma diferenciação qualitativa, ao perigo corresponde uma incerteza *quanto à probabilidade* da lesão do bem jurídico constitucional ou legalmente protegido, enquanto o risco se traduz numa incerteza *quando à própria existência da probabilidade* dessa lesão. Ainda que os exemplos possam ser controversos, uma central nuclear representa um perigo porque a qualquer momento pode verificar-se um acidente, caso em que ninguém duvida que se produzirá um dano. A probabilidade de ocorrência do dano pode ser muito variável, como de determinação extremamente difícil, mas existe sempre. A própria extensão do dano pode também ser muito discrepante,

[589] CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 156-157.
[590] Em causa está a tradução da conhecida fórmula germânica *"je (...) desto"* ou *"je größer (...) desto weniger"*.
[591] FABIO, *Gefahr*, pp. 568 ss.; D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 259 ss..
[592] POSCHER, *Gefahrenabwehr*, p.201.
[593] FABIO, *Gefahr*, pp. 566-567.

embora ninguém possa negar que sempre se registarão alguns[594]. Já as radiações electromagnéticas de baixa intensidade (não ionizantes) constituem um risco, uma vez que não se sabe cientificamente se podem ser prejudiciais à saúde de quem a elas está exposto. Provavelmente, tudo dependerá da frequência das radiações e do período de exposição. É possível diminuir ou mesmo evitar a exposição, mas não é possível saber ao certo, no actual estado da ciência, se ou em que medida a exposição prolongada a essas radiações é susceptível de pôr em causa a saúde humana[595-596]. O mesmo se diga quando, não obstante os estudos realizados, se desconhece se uma certa doença detectada em animais é passível de ser transmitida ao homem, ainda que obviamente se possam tomar medidas que obstem ou reduzam as oportunidades de contacto com o eventual agente transmissor[597]. Um risco constitui também a libertação de organismos geneticamente modificados nos ecossistemas, sobretudo numa perspectiva de longo prazo[598].

Mais do que a uma espécie de estádio de pré-perigo ou à existência de indícios de perigo cujos contornos se não conhecem bem, as situações de risco correspondem assim a uma incerteza localizada em sede de *causalidade*: por uma qualquer razão – quer tenha a ver com o crescimento da complexidade causal ou com a ausência de uma visão globalizante das afectabilidades[599] –, não se atingiu (ainda) um patamar de conhecimento e de experiência que viabilize o estabelecimento de um nexo de causalidade aceitável segundo padrões científicos e jurídicos[600]. Tudo o que há é um conhecimento precário, fundado em hipóteses e especulações teóricas não demonstradas pela experiência nem confirmadas pela ciência. A incerteza é, portanto, dupla[601]. Desconhece-se se a exposição a campos electromagnéticos de baixa intensidade é nociva para a saúde. Ainda que se atinja uma conclusão científica relativamente pacífica a esse respeito, permanecerá a dúvida sobre o grau de probabilidade de uma pessoa exposta (durante *x* horas a uma radiação de intensidade *y*) vir efectivamente a contrair uma determinada enfermidade. Da mesma forma, mesmo que se comprove de modo seguro que certa doença animal é transmissível a humanos – e por que vias essa transmissão pode suceder –, ficará ainda a incerteza sobre a probabilidade estatística de

---

[594] O carácter controvertido deste exemplo decorre, desde logo, de o domínio atómico ter sido, precisamente, um daqueles em que mais cedo se sentiu a necessidade de superar a noção tradicional de perigo. As discussões centram-se aí, aliás, na precaução de riscos e, mais ainda, na gestão dos próprios riscos residuais: LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, *passim*; BAUMANN, *Der Grundrechtsvorbehalt*, pp. 749 ss.. Referindo-se a este domínio como estando marcado por um conceito de perigo legalmente alargado, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 65 ss., esp. pp. 87-89.

[595] Apontando as antenas de telemóveis como um risco, FABIO, *Gefahr*, p. 570. Em geral, sobre os campos electromagnéticos: KREMSER, *Die rechtliche Bewertung*, pp. 1360 ss.; DETERMANN, *BVerfG zur staatlichen Pflicht*, pp. 2501 ss.; *Entwiklung der Rechtsprechung*, pp. 647 ss.; e *Neue gefahrverdächtige Technologien*, *passim*; D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 47 ss..

[596] O regime da exposição da população a radiações electromagnéticas por antenas de telecomunicações móveis consta do Decreto-Lei nº 11/2003, de 18 de Janeiro, e da Portaria nº 1421/2004, de 23 de Novembro.

[597] Salientando a incerteza científica no caso da BSE, M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 21 ss.. Avançando também com este exemplo, FABIO, *Gefahr*, p. 568.

[598] SCHERZBERG, *Risiko*, pp. 486-490.

[599] LUHMANN, *Sociologia*, pp. 140 e 147. Referindo-se, neste domínio, à "ruptura epistemológica" ocorrida no modelo *newtoniano* das ciências, que pôs em causa a linearidade dos processos naturais: KÖCK, *Risikovorsorge*, p. 18; SCHERZBERG, *Risiko*, p. 493.

[600] FABIO, *Gefahr*, p. 569; BECK, *La sociedad*, pp. 88 ss., criticando tanto o conceito jurídico tradicional de "causalidade culposa", como a insistência das ciências naturais na "demonstração causal".

[601] Uma "incerteza quando ao grau de incerteza", como refere C.A. GOMES, *Risco*, p. 286, ou "o perigo de uma avaliação errada de um perigo", como sugere SCHERZEBERG, *Risiko*, p. 498.

contrair tal doença através do contacto ou do consumo de determinados alimentos ou produtos. A primeira incerteza é de natureza diferente da segunda, sendo que o seu esclarecimento precede logicamente o da segunda. O principal problema do risco não respeita à probabilidade de ocorrência de uma lesão, nem ao seu potencial lesivo, mas sim à medida do não-conhecimento[602]. Nem se visa imediatamente prevenir qualquer lesão de bens jurídicos, mas evitar o próprio perigo de lesão[603].

Serão isto então os riscos: causalidades incompletamente estabelecidas ou não totalmente esclarecidas[604]. Muitos deles estarão condenados a transforma-se em perigos, alguns mais cedo do que se julgaria, outros de forma dramática, reclamando reparação ou protecção urgente. Outros esfumar-se-ão e acabarão por cair no esquecimento. Contudo, a sociedade moderna é duplamente apressada, porque quer beneficiar dos progressos técnicos e científicos tão rápido quanto possível, mas falta-lhe a paciência para esperar por provas de causalidade e pela consolidação da experiência e do conhecimento. Exige ao mesmo tempo acção sobre todas as potenciais consequências indesejáveis antes que possa ser demasiado tarde[605]. Assim, em atenção à magnitude de certos danos eventualmente decorrentes de actividades ou tecnologias arriscadas, que bem podem revelar-se catastróficos, bem como à elevada valoração que merecem certos bens jurídicos nelas envolvidos, o princípio da precaução legitima, nos domínios pertinentes, a intervenção dos poderes públicos, autorizando aquilo a que também se tem chamado a "antecipação da defesa contra perigos" e permitindo a "adaptação do princípio da prevenção às solicitações da sociedade de risco"[606]. Numa palavra, decisões de risco e decisões de precaução são tão-somente aquelas que têm de ser tomadas onde o saber e o não-saber se mesclam: onde o percurso entre uma causa e uma lesão é claro, ou onde esta pode ser excluída, não há espaço para a aplicação do princípio da precaução[607].

Ao conceito de risco, assim caracterizado e qualitativamente autonomizado da tradicional noção de perigo, corresponde pois o princípio da precaução. Ou seja, a verificação de uma situação de perigo constitui um pressuposto necessário para legitimar a actuação pública ao abrigo deste princípio da precaução, cuja formulação mais difundida – não obstante a sua limitação original ao domínio ambiental – se expressa no seguinte enunciado: "onde existam ameaças de danos sérios ou irrever*síveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para adiar medidas efectivas para evitar a degradação do ambiente"*[608].

---

[602] SCHERZBERG, *Risiko*, p. 498.
[603] CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 169.
[604] Referindo-se a "conjecturas de causalidade", bem como à "sucessão de causas não provadas" como factores potenciadores do risco, BECK, *La sociedad*, p. 41, e pp. 87 ss..
[605] FABIO, *Gefahr*, p. 569.
[606] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 245 ss. e p. 327; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 167-169.
[607] FABIO, *Gefahr*, p. 572, sublinhando, todavia, o dever de esgotamento (e alargamento) da informação disponível, de ponderação comparativa de riscos (e de utilidades) e de fundamentação das ditas decisões.
[608] Esta formulação corresponde à constante do princípio 15º da Declaração do Rio de 1992. Para outras formulações, C.A. GOMES, *Risco*, pp. 265 ss.. Distinguindo formulações "fortes" e "fracas", D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 275

6.1.4. Relevância dogmática

De entre as várias aproximações teóricas que procuram distinguir perigo e risco, de facto, esta última parece ser aquela que, por se centrar no problema da causalidade, se afigura juridicamente mais profícua, conquanto seja forçoso reconhecer em paralelo que a sua aplicação à dedução de deveres de protecção de direitos fundamentais está rodeada de dificuldades. Desde logo, mesmo assumindo que se pode dar por superada a querela em torno da juridicidade do princípio da precaução – que ele ultrapassa, portanto, a simples retórica política e jurídica –, duas interrogações entrelaçadas se apresentam então como incontornáveis. A primeira é a de saber se, admitindo também que o princípio da precaução tem autonomia relativamente às ideias mais conservadoras de prevenção e de defesa contra perigos, esta distinção encontra o respaldo constitucional necessário para orientar em termos decisivos o *iter* dedutivo de deveres de protecção jusfundamental e, sobretudo, para vincular o legislador nas suas escolhas e no delineamento das soluções protectoras. A segunda é a de saber se o princípio da precaução tem a força suficiente para extravasar o domínio dos riscos ambientais – aliás, já de si bastante amplo – e, sem dissolver o homem na natureza a que ele também pertence, estender os seus efeitos para a outros domínios jusfundamentais, reconfigurando aí as regras comuns de repartição do ónus da prova e impondo o aforismo *in dubio pro securitate* simultaneamente como máxima geral de actuação dos poderes públicos e dos agentes privados[609-610].

I – Ora, quanto à primeira questão, é importante reconhecer que a simples leitura do texto da Constituição "é suficiente para comprovar a ideia de que a prevenção é uma exigência constitucional"[611]. Assim, a "prevenção dos crimes" – que é, antes de mais, prevenção da violação de direitos fundamentais dos cidadãos, "com respeito pelos direitos, liberdades e garantias" de todos envolvidos no processo –, evidencia-se entre as tarefas constitucionalmente cometidas às forças de segurança (nº 3 do artigo 272º). Por outro lado, no que concerne à garantia jurídica dos direitos dos cidadãos em geral, a ideia de prevenção está presente tanto nas vias processuais de protecção jurisdicional, como na protecção assegurada pelo Provedor de Justiça. Naquelas, a garantia de tutela efectiva abarca não apenas as violações dos direitos, mas as "ameaças" de violação (nº 5 do artigo 20º), e a acção popular destina-se antes de mais a "promover a prevenção" de infracções que seguramente podem ter repercussões jusfundamentais (alínea *a)* do nº 3 do artigo 52º). Nesta, as recomendações emitidas destinam-se também

---

ss.. Sobre o conteúdo e os avanços do princípio, com apresentação de diversas aplicações legais, CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 176 ss..

[609] Nos antípodas da "dissolução do homem na natureza", O. GASSET, *Meditações*, pp. 31 ss..

[610] Por referência à máxima *in dubio pro securitate*, enquanto princípio abrangente, e cobrindo exaustivamente inúmeros domínios (medicamentos, produtos alimentares, hepatite, SIDA e derivados do sangue, BSE, etc), SCHEU, *In Dubio*, *passim*.

[611] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 870-871.

a "prevenir (…) injustiças" (nº 1 do artigo 23º). Por outro lado ainda, "quer no domínio da Constituição da saúde, quer da Constituição ambiental, tem clara refracção uma ideia de prevenção *lato sensu*. Em relação à primeira, não apenas se destaca o lugar da medicina preventiva (artigo 64º, nº 3, alínea *a)*), como se realça a «prevenção (…) da toxicodependência» (artigo 64º, nº 3, alínea *f)*) (…). No que concerne à segunda, estabelece-se como tarefa «prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão» (artigo 66º, nº 2, alínea *a)*). E, também no domínio ambiental, a ideia de preservação dos recursos, logo enunciada nas tarefas fundamentais do Estado (artigo 9º, alínea *e)*), pressupõe uma exigência de prevenção e de precaução, tal como a ideia de desenvolvimento sustentável (artigo 66º, nº 2) e de respeito da solidariedade entre gerações"[612].

Contudo, sem prejuízo destas relevantes menções constitucionais, o seu carácter assistemático não permite concluir no sentido de que é possível fundar na nossa Lei Fundamental uma distinção, juridicamente consequente, entre prevenção e precaução. E isto tanto para afirmar, com base num claudicante elemento literal, que a Constituição exclui a precaução de riscos, apenas admitindo a prevenção de perigos, como para sustentar, no encalço das tendências supostamente mais progressistas, que sob o manto da prevenção *lato sensu* tanto cabe a tradicional protecção contra perigos como a precaução contra todos os novos riscos. Prevenção *lato sensu* não é o resultado da soma da prevenção *stricto sensu* mais a precaução. Não é sequer sinónimo de prevenção no âmbito policial, mais a protecção jurídica jusfundamental e a precaução no âmbito dos novos riscos ambientais e de saúde. A ideia de prevenção *lato sensu*, que se afirma fazer parte do bloco de constitucionalidade, e que aí se estrutura em termos principiológicos, significa tão-só que *a Constituição é claramente sensível à necessidade de evitar a lesão de bens jurídicos jusfundamentais*, permitindo a antecipação de perigos e a precaução de riscos nos diferentes domínios sociais em que a integridade daqueles possa estar em causa, desde os mais tradicionais aos que se situam na vanguarda do progresso técnico e científico. A ideia de prevenção em sentido amplo, que tem assento constitucional, significa cautela e protecção antecipada, sem qualquer especial predilecção por um dos dois princípios aqui contrapostos[613].

II – No que tange à segunda questão, a resposta deverá certamente ser multiforme, em razão dos bens jurídicos em causa, embora sem se chegar ao ponto de afirmar que, "se o princípio da prevenção *lato sensu* é um elemento estruturante da Constituição ambiental e da Bioconstituição, já não pode ser visto como um elemento fundamental da teoria dos direitos fundamentais"[614]. É evidente que também o é, como o demonstram as disposições acima citadas sobre protecção jurisdicional e graciosa dos direitos fundamentais, assim como as disposições constitucionais sobre polícia. A Constituição não tem, pois, da

[612] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 870-871.
[613] Também numa postura muito céptica relativamente ao princípio da precaução, sustentando a sua desnecessidade em face de um princípio de prevenção alargada, C.A. GOMES, *Risco*, pp. 364 ss..
[614] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 872.

defesa dos bens jurídicos constitucionais e, em particular, dos bens jurídicos jusfundamentais uma visão puramente reactiva, que em última análise esvaziaria a própria função de protecção dos direitos fundamentais. Mais: a ideia de prevenção é conatural, tanto do reconhecimento da função de segurança do Estado, quanto do reconhecimento da vinculação de todos os poderes públicos a deveres de protecção activa dos direitos fundamentais. Sem querer antecipar o que depois se dirá sobre quais os direitos fundamentais que são susceptíveis de gerar exigências de protecção, e também sem avançar pelas diferentes formas de organização da protecção propriamente dita, a verdade é que o centro nevrálgico dos deveres de protecção se situa, precisamente, na denominada *protecção primária*, que antecede a lesão e que a procura evitar. Por isso, em atenção às diferentes circunstâncias, tanto a prevenção como a precaução estão agarradas aos deveres estaduais de protecção jusfundamental como lapas a uma rocha.

Nesta linha, não pode aceitar-se que, no plano positivo, "a intervenção do Estado deve ser estruturada de acordo com um regime repressivo e não preventivo em matéria de liberdades" e que, além disso, é esse regime repressivo que "caracteriza liberdades tão importantes como a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e de manifestação, e a liberdade de associação" [615]. Confundem-se assim duas coisas diversas: uma é a protecção de direitos fundamentais contra o exercício abusivo destas liberdades – casos em que, de facto, na dúvida, "mais vale remediar do que prevenir"[616] –; outra bem diferente é a protecção devida a estas liberdades, no sentido de favorecer o seu exercício, evitando constrangimentos exteriores e pressões indevidas. As liberdades em apreço – como, aliás, decorre da complexidade dos respectivos regimes, bem revelada pelas análises doutrinais mais profundas[617] – exigem dos poderes públicos, com o legislador à cabeça, diversíssimas providências destinadas a evitar potenciais agressões. Será o que sucede com certas normas incriminadoras – *v.g.*, o crime de interferência em reunião ou manifestação[618] – e, sobretudo, com as disposições que envolvem o respectivo exercício em dimensões institucionais – como é notório nas liberdades de comunicação, nas suas modalidades de liberdade de imprensa e de radiodifusão[619] – e ainda com as conexas normas procedimentais e de processo. Por conseguinte, as liberdades de expressão, reunião, manifestação e associação, à semelhança da generalidade dos outros direitos fundamentais, não têm por si qualquer aversão particular relativamente ao princípio da prevenção, que integra o bloco de constitucionalidade no sentido genérico acima referido. Embora as questões do perigo e do risco e, consequentemente, da prevenção e da precaução coloquem problemas mais prementes e levantem dúvidas mais excruciantes quando de trata da protecção do corpo

[615] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 872-873.
[616] J. MACHADO, *Liberdade*, p. 772, a respeito do dever de protecção de direitos de personalidade, no confronto com a liberdade de expressão e com a proibição da censura, mas afirmando a excepcionalidade deste regime no contexto constitucional.
[617] Referindo-se às "dimensões positivas das liberdades da comunicação", J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 663 ss.; tratando expressamente dos deveres estaduais de protecção das liberdades de reunião e manifestação, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 91 ss..
[618] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 388-392.
[619] Sobre a "dimensão estrutural" e institucional das liberdades de comunicação, numa análise compreensiva, J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 869 ss..

animado – da vida humana sob todas as suas formas, da integridade física e psíquica, e da saúde[620] –, não existe qualquer alergia diagnosticada entre as quatro liberdades referidas, ou outras semelhantes, e o *princípio constitucional da protecção antecipada de bens jusfundamentais*.

Em suma, a distinção entre perigo e risco, dada a sua importância para a compreensão do fenómeno da incerteza que mina dia-a-dia a confiança necessária à vida em sociedade, não pode deixar de ser constitucionalmente relevante nas operações de ponderação necessárias à dedução de deveres estaduais de protecção jusfundamental e, num segundo momento, na definição das próprias estratégias de protecção. As decisões de risco são, em regra, mais problemáticas do que as decisões de perigo, uma vez que têm de ser tomadas num contexto de contingência e de défice de informação científica, mas igualmente porque as intervenções estaduais restritivas determinadas têm que ser fundamentadas em ameaças que não se encontram (ainda) concretizadas e caracterizadas – o que, por certo, não pode ser escamoteado à luz do regime do nº 2 do artigo 18º. Em contrapartida, tal distinção está longe de poder ter-se por decisiva, no sentido de incluir a prevenção dos perigos e excluir a precaução dos riscos, ou de incluir a precaução de riscos em certos âmbitos jusfundamentais e de os excluir noutros, ou ainda no sentido de determinar medidas de protecção fortes (restritivas) nuns casos e fracas (não restritivas) nos demais. A certeza ou a incerteza, empírica ou científica, sobre a existência da probabilidade de uma lesão jusfundamental constituem uma componente importante a levar em consideração em sede de princípio da proporcionalidade, na sua dupla vertente de proibição de excesso e de proibição de defeito, cruzando-se aí com outros dados de idêntica ou até de superior valia: a intensidade do perigo ou do risco, enquanto medida da probabilidade da lesão; a magnitude de uma eventual lesão, considerando a natureza dos bens jurídicos afectados, o número de pessoas atingidas e a (ir)reversibilidade dos danos; os meios disponíveis para efectuar a protecção dos bens em perigo ou em risco. Pensar de outro modo, procurando retirar consequências jurídicas imediatas da distinção entre perigo e risco, seria dar por concluído um trabalho que mal se iniciou[621].

6.2. Análise e regulação de (perigos e) riscos

Dando como aceite que os conceitos de perigo e de risco não correspondem a uma simples descrição da realidade – eles foram "inventados pelo homem para melhor compreender e enfrentar as incertezas da vida", constituindo pois "uma reconstrução de um fenómeno de contingência múltipla"[622] –,

[620] Precisamente centrando a sua análise nestes direitos, depois de passar outros em revista, HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 43 ss..

[621] Nesta conformidade, fora deste ponto da exposição, considerando sobretudo que a distinção entre perigo e risco não deve ser sobrevalorizada, os termos "perigo" e "risco" serão utilizados de modo indiferenciado, salvo menção expressa em contrário. Além disso, acredita-se que um excessivo rigor na terminologia – quando esta se afasta da linguagem comum –, mais do que facilitar a comunicação, acaba por dificulta-la.

[622] Respectivamente: SLOVIC, *Introduction*, p. xxxvi; LUHMANN, *Sociología*, p. 61.

compreende-se que a completa apreensão dos fenómenos em causa não possa de modo algum cingir-se ao mundo jurídico. Ao contrário, é a interdisciplinaridade que caracteriza medularmente a análise de todos os riscos *(risk analysis)* que afectam bens fundamentais. Em termos aproximativos, o percurso das análises de risco começa nos campos da psicologia e da antropologia – aí se estuda a percepção do risco *(risk perception)* –, passa pelos domínios da sociologia, da economia e da estatística – onde se trata da avaliação do risco *(risk evaluation* ou *risk assessment)*[623] – e termina a concentrar-se essencialmente nos âmbitos do direito, da política e das ciências da comunicação *(risk management* e *risk comunication)*[624]. Isto, obviamente, sem esquecer que a compreensão e avaliação de cada risco em concreto não pode passar, em função da sua natureza, sem o contributo decisivo dos diversos ramos e sub-ramos da medicina, da biologia, da física, da química, etc. O mesmo vale, aliás, embora de uma forma bem menos acentuada, para a própria análise dos perigos, dado que o seu tratamento pelo direito – penal, policial, administrativo ou civil – tem raízes bem mais antigas e assenta, com mais facilidade, em juízos empíricos e em conhecimentos derivados da experiência da vida em sociedade.

Pode parecer chocante a transposição imediata para o campo dos riscos jusfundamentais de uma terminologia que está sobretudo muito conotada com os ramos do saber económico – *v.g.*, a expressão "gestão do risco" é em regra utilizada para referir os riscos económicos e, mais restritamente ainda, os riscos das decisões empresariais –, mas o direito não deixa de ser um recém-chegado a estas andanças, ao passo que os economistas já pensam o risco há vários séculos, pelo menos desde o início da era do comércio marítimo intercontinental. Acresce que, no tempo presente, o confronto entre a decisão política e a decisão económica e empresarial revela-se, em diversos aspectos, paradoxal. Designadamente, enquanto os accionistas de uma qualquer empresa exigem dos respectivos dirigentes que toda e qualquer decisão económica de relevo seja precedida de uma exaustiva e sistemática análise de risco, os cidadãos têm permitido aos titulares do poder político que tomem decisões legislativas e administrativas de um enorme alcance, cujos efeitos projectam incertezas sobre os seus direitos e, quantas vezes, também sobre os direitos das gerações futuras, sem que elas sejam antecedidas de um diagnóstico objectivo e exigente da realidade e de estudos de risco cientificamente suportados. Dir-se-ia, pois, que os accionistas protegem melhor o valor das suas acções do que os cidadãos acautelam os seus direitos fundamentais.

Se há facto incontroverso é o de que a recente incorporação pelo direito do fenómeno do risco – malgrado alguma intranquilidade reinante quanto à adequação de alguns dos instrumentos jurídicos clássicos, como a lei e o acto administrativo, para cumprir com suficiente flexibilidade as tarefas de gestão

[623] Por avaliação do risco entende-se aqui a "medição", tanto quanto possível, objectiva dos riscos, e não a "valoração" dos mesmos, que obviamente remete para o campo da axiologia e, portanto, do jurídico.
[624] Num sentido próximo, mas salientando a interdependência entre os diferentes momentos, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 112-113.

dos novos riscos[625] – acarreta consigo a introdução nos procedimentos decisórios públicos de "momentos técnico-científicos", exigindo a convocação de estudos multidisciplinares e de peritos de várias especialidades, os quais tem de ser adequadamente coordenados com os "momentos participativos"[626]. E não é apenas para a compreensão de cada risco particular que os diversos saberes científicos têm que ser chamados, mas igualmente para auxiliar na escolha das melhores metodologias e práticas para lidar com o risco em geral, desde que surge a suspeita da sua existência até à monitorização das medidas aplicadas na sua redução. Tal como os critérios da decisão pública, também os respectivos procedimentos estão a mudar de forma acelerada, e terão que mudar ainda mais nos tempos que se avizinham[627].

No que respeita ao modo de tratar os riscos, a decisão jurídico-pública tem, pois, algo a ganhar com este contágio pela decisão económica e pelos seus parâmetros de racionalidade – sendo exemplo paradigmático dessa mais-valia a que é trazida pelas análises custo/benefício. Posto é, bem entendido, que a transposição para o mundo jurídico dos esquemas mentais que, como é natural, acompanham a terminologia e a estrutura conceptual da análise de risco se não faça acriticamente[628].

6.2.1. Percepção

É uma evidência que o risco tanto pode ser avaliado subjectivamente, atendendo ao modo como ele é sentido por cada uma das pessoas que a ele estão ou podem vir a estar expostas, ou objectivamente, de acordo com os dados de estudos estatísticos e outros, elaborados por peritos e cientistas das diversas áreas. Sendo assim, o que releva para a dedução de deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais? A percepção que os cidadãos fazem dos diferentes riscos, tanto mais que são também eles os principais afectados? Ou os riscos tal como são avaliados pelos especialistas, medidos em termos tão objectivos e rigorosos quanto possível? Como melhor veremos adiante, a dicotomia é bem menos radical do que parece, uma vez que "as observações da realidade nunca são «puras», de todo objectivas, porque sempre estão inelutavelmente modeladas por esquemas teóricos, distorções ambientais, pré-compreensões (…) e elementos valorativos que é impossível eliminar"[629]. Nem as próprias ciências são valorativamente neutras, vagueando numa terra-de-ninguém axiológica, nem existem cientistas valorativamente assépticos. Mas, em todo o caso, a distinção existe e não deve ser escamoteada[630].

---

[625] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 426 ss., referindo-se fundamentalmente à norma jurídica; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 516 ss., tratando da modificabilidade do acto administrativo em função da superveniência de novas circunstâncias de risco.

[626] C.A. GOMES, *Risco*, pp.405-409, sobre o dito "momento técnico-científico" do procedimento. D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 353 ss., advertindo vivamente contra uma confiança cega nos peritos e nos cientistas. Também: FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 129-133; STOLL, *Sicherheit*, pp. 270-275.

[627] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 19-39, com uma visão mais compreensiva e filosoficamente sustentada das relações entre o conhecimento científico e a decisão política. DAHL, *Democracia*, pp. 93 ss., considerando a questão como um "problema não resolvido" das democracias avançadas.

[628] A terminologia é, em todo o caso, cada vez mais frequente nos textos jurídicos, mesmo na doutrina nacional: M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 426-428; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 497 ss.; J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 862.

[629] D. PASCUAL, *Derechos*, p. 354.

[630] Criticando a sobranceria dos cientistas relativamente às percepções do risco, BECK, *La sociedad*, pp. 80 ss..

I – A ideia de percepção do risco, assim como o seu estudo científico, teve origem em trabalhos que revelaram uma discrepância sensível entre a opinião dos peritos e a opinião das pessoas comuns sobre a gravidade de determinados riscos, tanto derivados da utilização de tecnologias, como decorrentes de factores naturais. Tal discrepância era atribuída ao facto de as pessoas possuidoras de vastos conhecimentos numa determinada matéria fazerem juízos objectivos, adequadamente sustentados em termos racionais, ao passo que os leigos se deixavam guiar nas suas assumpções por sentimentos e tendências irracionais – conclusão que está hoje ultrapassada por novos estudos sobre percepção do risco, mas em parte também pela demonstração de que os processos afectivos e emocionais interagem com as análises baseadas na razão e, mais do que isso, são essenciais para a racionalidade[631]. Ainda nos estudos iniciais efectuados em torno do problema da percepção, concluiu-se também que as pessoas estavam em geral predispostas a aceitar um risco muito maior se ele fosse decidido voluntariamente e a respectiva actividade fosse encarada como muito benéfica – *v.g.*, um acidente automóvel – do que se ele fosse imposto externamente – *v.g.*, um acidente nuclear[632]. Entretanto, muitas outras investigações têm procurado explicar a diferente estimativa dos riscos que é feita por diferentes grupos de pessoas, sendo possível identificar hoje duas tendências principais mas que não se excluem mutuamente[633]: as teorias do "paradigma psicométrico", que procuram encontrar uma explicação para o problema na psicologia individual[634]; e as "teorias culturais", que tendem a desvalorizar aquela aproximação e se focalizam nas estruturas sociais e nos diferentes modos de vida existentes na sociedade *(cultural biases)*. Assim, respectivamente, riscos como a criminalidade, as catástrofes ou a guerra são mais temidos – isto é, são seleccionados – em função dos estilos de vida hierárquico, igualitário ou individualista socialmente dominantes[635].

As teorias psicométricas – fundamentalmente as que aqui interessa referir – permitiram, logo num primeiro momento, revelar a existência de diversos atalhos mentais *(heuristics)* e de propensões ou enviesamentos *(biases)* na avaliação da informação, que sendo úteis e práticos em algumas circunstâncias conduzem a julgamentos inadequados de diversas situações de risco, dificilmente explicáveis em termos puramente racionais. O modelo do homem como decisor e agente racional fica, pois, dramaticamente abalado, ao menos quando aquele é colocado em contextos de incerteza. São exemplos de tais atalhos e propensões:

---

631 A. DAMÁSIO, *O erro*, esp. pp.142 ss., e pp. 251-258; SLOVIC, *Introduction*, p. xxxii.

632 Referem-se aos estudos iniciados por STARR, *Social benefits versus tecnological risks*, 1969, pp. 1232 ss..

633 Numa primeira aproximação a ambas as teorias, SLOVIC, *Introduction*, pp. xxi ss.; *http://en.wikipedia.org/wiki/Risk_perception.*

634 No que toca às teorias psicométicas, a obra de referência é a de SLOVIC, *The perception of risk*, London, 2006 (1st. ed. 2000), que compila muitos dos seus trabalhos científicos.

635 Para as teorias culturais, DOUGLAS / WILDAVSY, *Risk and culture*, Berkeley, 1997 (1st. ed. 1983), esp. pp. 186 ss.. Sob influência destas teorias, salientando que o risco e a sua avaliação têm que ser vistos como realidades culturais, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 455 ss..

a) São considerados como mais prováveis os eventos que são mais facilmente imagináveis ou que vêm mais rapidamente à memória, por contraposição a eventos mentalmente mais inacessíveis ou difíceis de configurar *(availability heuristic)*;

b) Existe uma tendência para confiar em demasia numa referência passada ou numa informação conhecida, ainda que de pouco significado *(anchoring heuristic)*;

c) As previsões das pessoas quanto a certos eventos são influenciadas pelas suas acções, ainda que claramente elas não disponham de controlo sobre tais eventos *(covariation and control)*;

d) As pessoas são avessas ao risco no que respeita a vantagens futuras, ainda que elevadas, preferindo algo seguro no presente; mas, em contrapartida, estão predispostas ao risco no que respeita a perdas, preferindo arriscar uma perda maior no futuro a aceitar uma pequena perda imediata *(asymmetry between gains and losses)*;

e) As pessoas preferem evoluir da insegurança para a segurança total (progredir de um risco de 10% para um risco de 0%) a fazer ganhos de segurança de idêntica amplitude mas ainda dentro da escala da insegurança (passar de um risco de 20% para um risco de 10%) *(threshold effect)*;

f) O modo como a informação é apresentada tem uma forte influência na percepção do risco *(perception effect)*;

g) Em regra, os peritos confiam em demasia nas suas próprias estimativas, especialmente quando os *feedbacks* são escassos *(overconfidence effect)*;

h) Há uma tendência para considerar eventos ocorridos no passado como sendo previsíveis *(I-new-it-all-along effect)*;

i) Existe uma propensão para procurar e interpretar a informação de modo a corroborar as pré-compreensões próprias *(confirmation bias)*

j) Os peritos que trabalham num determinado sector tendem a considerar a respectiva actividade e os seus produtos como bastante mais inofensivos do que os seus colegas académicos ou das agências governamentais *(affiliation bias)*[636-637].

Entretanto, ainda no seio das teorias psicométricas, desenvolvimentos mais recentes da psicologia cognitiva vieram suavizar a assumpção segundo a qual existe uma grande diferença entre os riscos voluntários e os riscos involuntários, no que toca à sua aceitação, bem como a ideia de que os peritos e os

[636] Estas e outras conclusões resultam especialmente dos trabalhos de KAHNEMAN / TVERSKY, compilados em conjunto com outros textos no volume *Jugement under uncertainty: Heuristics and biases*, New York, 1999 (1st. ed.,1982), e, ainda, em *Choices, values, and frames*, Cambridge, 2000. Pode ver-se uma lista bastante mais alargada das "tendências cognitivas" em matéria de julgamento sobre probabilidades em *http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases*.

[637] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 226-231, referindo-se especificamente a três regras heurísticas – lei dos pequenos números, representatividade e disponibilidade; pp. 235-238, sobre a assimetria entre ganhos e perdas, e sobre a dificuldade em lidar com riscos de probabilidades baixas ou desconhecidas.

leigos fazem obrigatoriamente avaliações muito divergentes do risco, tendo ambos visões relativamente precisas sobre quais são os riscos que "matam mais pessoas"[638]. Com inegável significado no domínio eminentemente político da repartição social dos riscos, chegou-se ainda à conclusão de que as mulheres consideram os mesmos riscos como mais elevados que os homens, tal como as minorias étnicas os julgam como mais intensos que os brancos. E, sobretudo, de que um pequeno grupo de homens brancos, conservadores, e com elevado nível de educação avaliam os riscos na generalidade como sendo muito baixos[639]. Procurou de igual modo demonstrar-se que dois factores são determinantes para que as pessoas considerem certos riscos como mais perigosos: o *medo* e o *desconhecido*. O primeiro termo surge associado a algo incontrolável, catastrófico, fatal, inevitável e involuntário. O segundo liga-se a algo que está adiado, é novo e ignorado pela ciência. Finalmente, as investigações têm-se centrado no modo como a percepção do risco é influenciada por factores como o *estigma*, a *emoção* ou o *afecto* referentes a certo objecto: isto independentemente de se tratar de uma actividade, um fenómeno, um evento, um lugar, um produto ou mesmo uma empresa. São os sentimentos positivos ou negativos que certos objectos por si mesmos despertam que determinam o julgamento sobre o seu carácter mais ou menos arriscado, e não o contrário[640]. Assim, estabelece-se também uma forte correlação entre as apreciações das pessoas sobre o risco e os benefícios que podem ser retirados da actividade arriscada, de modo que, concretizando, actividades julgadas como de elevado risco são quase sempre vistas como proporcionando escassos benefícios e inversamente[641].

Diante deste quadro, porventura algo perturbador, não parece possível fazer assentar a dedução de deveres de protecção de direitos fundamentais directamente sobre as percepções que as pessoas em geral fazem dos diferentes riscos. Pensar com clareza sobre riscos é uma tarefa demasiado complexa para ser entregue apenas a leigos, que julgam de acordo com atalhos mentais não conformes com parâmetros de racionalidade e que reagem emocionalmente e condicionados por balizas culturais de que não se conseguem libertar. Os riscos a ter em conta para efeitos de vinculação do Estado a deveres de protecção de direitos fundamentais devem ser, portanto, os riscos apreciados em termos objectivos, ou seja, em resultado das avaliações feitas por peritos tão independentes quanto possível, com base em estudos científicos tão fiáveis e seguros quanto possível. Mas a realidade parecer dizer que os cidadãos comuns são não só mais sensíveis às determinadas realidades locais – importantes quando os riscos não se distribuem uniformemente por todo o território –, como demonstram possuir recursos culturais que lhes permitem encarar certos riscos sob pontos de vista diferentes dos peritos, embora igualmente

[638] KRAUS / MALMFORS / SLOVIC, *Intuitive toxicology,* pp. 285 ss.; SLOVIC, *Trust,* pp. 390 ss..
[639] SLOVIC, *Introdution,* pp. xxxiv-xxxiv; SLOVIC, *Trust,* pp. 396 ss..
[640] GREGORY / FLYNN / SLOVIC, *Technological*, pp. 341 ss.; SLOVIC, *Trust,* pp. 390 ss.; FINUCANE / ALHAKAMI / SLOVIC / JOHNSON, *The affect,* pp. 413 ss..
[641] SLOVIC / FLYNN / LAYMAN, *Perceived,* pp. 275 ss.; FINUCANE / ALHAKAMI / SLOVIC / JOHNSON, *The affect,* pp. 413 ss..

relevantes[642]. Em suma, nem a percepção comum dos riscos pode ser ignorada por completo, nem a confiança nas avaliações ditas objectivas dos riscos pode ser absoluta.

II – Por um lado, não pode esquecer-se o argumento segundo o qual, em última análise, é aos cidadãos em geral que cabe decidir em concreto que riscos aceitam e que riscos não aceitam, tanto mais que são eles que em primeira linha os têm que suportar, por vezes com incidências sociais e geográficas diversas. Não é sequer líquido que todos os riscos se distribuam equitativamente entre os cidadãos comuns, de uma banda, e os especialistas e os políticos, de outra. É razoável pensar, aliás, que as pessoas mais instruídas e com um estatuto social e económico superior têm mais facilidade em evitar certos riscos e em lidar com as suas consequências[643]. Em causa está, bem entendido, uma decorrência do princípio democrático-participativo, constitucionalmente consagrado – *maxime* no artigo 2º *in fine*, nº 1 do artigo 48º, na primeira parte do artigo 109º, e no nº 5 do artigo 267º. Caso contrário, a ignorar-se esta vertente marcadamente política das decisões de risco, e considerando a acentuação crescente da dependência dos políticos em relação aos especialistas das diferentes áreas técnicas e científicas, a ideia de um "governo de cientistas" – senão mesmo a de um "autoritarismo científico-burocrático"– poderia vir a ganhar contornos preocupantes em vários domínios da vida social[644]. Desprovidos de conhecimentos específicos suficientes para compreender os pressupostos e as consequências de muitas das decisões que são chamados a tomar, os políticos cedem cada vez mais à tentação de transferir para os especialistas, ao menos *de facto*, a responsabilidade pelas decisões que juridicamente são da sua competência[645]. Daí que, para tratarem dos problemas do risco, ainda que sem o desejarem, as ciências e os cientistas tenham que perder também uma parte do seu poder e obrigar-se para com a democracia[646] – mormente enquanto democracia participativa.

Além disso, uma correcta compreensão dos mecanismos da percepção é fundamental para entender as razões profundas da aceitação do risco e para, com base nessa compreensão, definir uma estratégia pública de comunicação, quer para advertir a população para riscos que são em geral subestimados, quer para, inversamente, desmistificar outros que são por regra sobrestimados, favorecendo assim a sua assimilação. Aliás, em face da avalanche de novos riscos e da inflação galopante das exigências sociais de segurança, sob o influxo de uma comunicação social hiper-reactiva, a actividade

---

642 M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, p. 197.

643 Apesar de muitos dos novos riscos não conhecerem classes sociais – "a sociedade de risco não é uma sociedade de classes" –, outros há que se repartem de um modo específico e que fortalecem essa divisão social: BECK, *La sociedad*, pp. 50-51.

644 Esta última expressão é utilizada por BECK, *La sociedad*, p. 112. Sobre participação do "público", nas suas diferentes faces – consumidores, pacientes, vizinhos, cidadãos, activistas –, na avaliação e gestão do risco, M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 173 ss..

645 No plano filosófico, sobre a "tecnocracia" e "cientificação da política", HABERMAS, *Técnica*, pp. 107 ss.. E, referindo-se à "coação dos especialistas" e à inversão da relação de dependência do especialista relativamente ao político, p. 109.

646 BECK, *La sociedad*, p. 81.

pública de comunicação dos riscos – sem prejuízo das dificuldades que enfrenta[647] – constitui uma das vias de saída para a problemática aqui em apreço, mas pressupõe um estudo e uma ponderação exigente do modo como o público percepciona os diferentes riscos e recebe as mensagens contrapostas que circulam no espaço público[648]. Sob pena de a mensagem se revelar ineficiente ou, mesmo, de produzir efeitos perversos e de minar a confiança dos destinatários – a confiança é, aliás, bem mais fácil de destruir do que de criar[649] –, tal estratégia comunicativa pública há-de, pois, ser encarada como uma antecipação do cumprimento dos deveres constitucionais de informação (nº 2 do artigo 48º e nº 1 do artigo 268º), e nunca como uma forma de legitimar decisões já previamente tomadas, de neutralizar movimentos de contestação, de forçar a partilha das responsabilidades dos decisores ou até de as transferir para os cidadãos[650]. Da adequada compreensão dos mecanismos de comunicação e percepção está dependente, muito em particular, a escolha do modo de apresentação da informação. Por exemplo: um aumento anual da probabilidade de morte de 1 em 10.000 para 1,3 em 10.000 será, certamente, visto como um risco maior se for descrito como um aumento de 30% no risco anual de mortalidade[651]; ou, noutro exemplo, a maioria das pessoas está disposta a aceitar o risco de um procedimento médico com uma taxa de sobrevivência de 68%, mas muda de posição se tal operação for apresentada como tendo uma taxa de mortalidade de 32%[652]. Seguro é, portanto, que a presença no espaço público de informação oficial correcta e adequadamente apresentada é condição *sine qua non* da própria incorporação dos cidadãos nos processos decisórios sobre os riscos.

Finalmente, o modo como o risco é vivido subjectivamente não pode também ser menosprezado na medida em que, por si só, ele é susceptível de gerar sofrimento psicológico, ansiedade e stresse, podendo redundar com o tempo em perturbações psíquicas e fisiológicas graves. Por isso, sem que com isto se pretenda atribuir relevância a perigos puramente imaginários ou fantasiosos, perante uma suspeita razoável sobre a existência de um perigo – como sucede, por exemplo, com os campos electromagnéticos gerados pelas linhas de transporte de energia eléctrica em muito alta tensão[653] –, a ausência de dados científicos demonstrativos de efeitos directos na saúde física não constitui argumento suficiente para não proteger as pessoas da exposição a tal fonte de risco. Nem poderia o direito à saúde, consagrado constitucionalmente, ser encarado numa perspectiva estritamente fisiológica.

---

[647] SLOVIC, *Informing*, pp. 182 ss..

[648] Referindo-se ao dilema mediático entre a "informação" e a "dramatização" dos riscos, e em especial sobre as dificuldades de relacionamento entre as culturas profissionais dos jornalistas e dos cientistas (por contraposição à dos ambientalistas), M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 217 ss., esp. pp. 235 ss..

[649] SLOVIC, *Perceived risk*, pp. 316 ss..

[650] M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, p. 175.

[651] SLOVIC / FISCHHOFF / LICHTENSTEIN, *Facts*, p. 479.

[652] SLOVIC, *Informing*, pp. 185; D. PASCUAL, *Derechos*, p. 373.

[653] A "rede de muito alta tensão" (isto é, com tensões superiores 110 kV) é uma parte da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica, conforme se estabelece no Despacho nº 10.315/2000, *DR, II*, de 19 de Maio. Às radiações produzidas pelas linhas respectivas aplica-se a Portaria nº 1421/2004, de 23 de Novembro, sobre restrições básicas e níveis de segurança em matéria de "exposição da população a campos electromagnéticos", englobando a gama de frequências entre o 0 Hz e os 300 GHz.

III – Em contrapartida, como se disse acima, a confiança na avaliação dos riscos efectuada pelos peritos não pode ser absoluta. Em primeiro lugar, tal como todas as pessoas, os peritos também se enganam, estando por demonstrar que sejam muito melhores avaliadores dos riscos do que os leigos. Estes, de facto, apesar de a sua perspectiva ser sempre diferente da dos especialistas, conseguem perceber alguns dados essenciais sobre o risco relativamente bem – como identificar quais os riscos que matam mais pessoas[654]. Há sobretudo que ter em conta o referido efeito de sobreconfiança, típico – conquanto não exclusivo – das apreciações dos especialistas[655]. Na realidade, existem razões para acreditar que, não obstante a precisão das previsões efectuadas atingir um tecto máximo relativamente cedo no processo de recolha e assimilação de informação, a confiança nas decisões próprias continua a subir constantemente à medida que mais e mais informação é obtida. Por isso, quando o processo de recolha de informação se vai aproximando do fim, a maioria das pessoas chamadas a proceder à avaliação de um risco está demasiado confiante acerca da valia dos seus próprios julgamentos, tornando-se também mais relutante em mudar de posição e em rever as posições formuladas em situações passadas. O que sugere que o acréscimo de informação, mais do que permitir uma séria reavaliação das posições próprias e das opções tomadas anteriormente, serve com frequência para confirmar impressões e julgamentos prévios, por vezes formados a partir de informação ainda incompleta e fragmentada[656]. Ou seja, os especialistas nas diversas áreas científicas, além de não estarem livres de incorrer nos atalhos heurísticos e anomalias cognitivas que afectam as demais pessoas, tendem particularmente a sobrevalorizar as suas conclusões e a generalizar as suas experiências e observações. A história revela, como é sabido, alguns acontecimentos trágicos fruto de erros típicos de julgamento causados pelo excesso de confiança dos peritos, designadamente:

a) Falhas em considerar os modos como os erros humanos podem afectar os sistemas tecnológicos;

b) Sobreconfiança em conhecimentos científicos correntes;

c) Confiança excessiva nas possibilidades da técnica para controlar efeitos colaterais ou a ocorrência de acidentes;

d) Falhas na compreensão do modo como os sistemas tecnológicos funcionam como um todo;

e) Lentidão na detecção de efeitos crónicos cumulativos;

f) Falhas em antecipar a resposta humana a medidas de segurança;

---

654 SLOVIC / FISCHHOFF / LICHTENSTEIN, *Facts*, p. 488.

655 Sobre este efeito heurístico, KAHNMAN / SLOVIC / TVERSKY, *Judgement*, pp. 287 ss.; FISCHHOFF, *Debiasing*, pp. 431 ss.; SLOVIC / FISCHHOFF / LICHTENSTEIN, *Facts*, pp. 472 ss..

656 OSCAMP, *Overconfidence*, pp. 288-292.

g) Falhas na antecipação de deficiências de funcionamento conjunto de sistemas que foram pensados para funcionar de modo independente[657].

Não é de surpreender, assim, uma tendência para a desmistificação das ciências e dos cientistas aos olhos dos leigos. Mercê da visibilidade das suas falhas, as ciências, tal como têm estado orientadas, "não estão na melhor posição para reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, já que se formam e participam de um modo notável no crescimento desses mesmos riscos"[658].

Acresce que, em segundo lugar, as avaliações científicas do risco implicam numerosas escolhas e juízos de valor subjectivos, através dos quais os cientistas superam algumas margens de indeterminação com que se deparam nos seus trabalhos. O risco "não existe «lá fora», independentemente das mentes e das culturas, à espera de ser medido" pelos cientistas das diferentes áreas[659]. É precisamente no tratamento dos riscos civilizacionais que "o monopólio de racionalidade das ciências" se rompe em definitivo, sobretudo das ciências da natureza, crescendo o esforço pela objectividade paralelamente ao conteúdo político e axiológico incorporado nas posições científicas[660]. Além de muitas vezes discordarem entre si de modo radical e de padecerem crescentemente de sobre-especialização – quando o domínio dos riscos obriga a uma visão global, desconhecendo limites de especialidade[661] –, os próprios cientistas não são seres etéreos, imunes a pressões, desprovidos de motivações e interesses pessoais. Quer estejam inseridos em instituições privadas ou públicas, empresariais ou não lucrativas, estas sempre necessitam de vastos recursos para funcionar e têm objectivos precisos para cumprir, tornando-se difícil aos cientistas manter uma absoluta independência relativamente aos poderes políticos, militares e económicos[662]. Outrossim, em sociedades dominadas pela tecnociência, mais do que difundido em benefício do progresso, o conhecimento tem de ser patenteado e rentabilizado em termos económicos e de notoriedade pública, sendo os próprios cientistas chamados a contribuir directamente para a consecução de tais ensejos. Neste contexto, apesar de tudo, não constitui surpresa que os especialistas universitários ou ao serviço de instituições de investigação públicas valorem menos favoravelmente os riscos tecnológicos do que os respectivos colegas ao serviço das empresas privadas[663]. Enfim, a história recente confirma que "o conhecimento hoje existente sobre os perigos e riscos da sociedade tecnológica se impôs sobretudo frente a negações sistemáticas, à oposição frequentemente irritada da racionalidade técnico-científica, autocomplacente e obtusa, implicada na sua fé no progresso"[664].

---

[657] Os exemplos concretos podem ser recolhidos em SLOVIC / FISCHHOFF / LICHTENSTEIN, *Facts*, p. 477.
[658] BECK, *La sociedad*, p. 83.
[659] SLOVIC, *Introduction*, p. xxxvi.
[660] BECK, *La sociedad*, pp. 42 ss..
[661] BECK, *La sociedad*, p. 99.
[662] D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 354-355.
[663] D. PASCUAL, *Derechos*, p. 356; SLOVIC, *The perception*, pp. 311-312.
[664] BECK, *La sociedad*, p. 82, p. 99, e pp. 257 ss..

IV – Por conseguinte, a decisão sobre que riscos implicam o surgimento de deveres estaduais de protecção tem de resultar de um processo dialógico, participado e integrador, em que tanto o público como os peritos são intervenientes necessários na avaliação do risco, sendo crucial aceitar que de ambos os lados existem significativas limitações de julgamento[665]. Ninguém pode ser detentor do monopólio da fixação dos riscos relevantes, porque ninguém possui o monopólio da credibilidade e da racionalidade[666]. Uma coisa é, pois, recusar decidir com base em simples percepções do risco. Outra bem diferente seria afastar os cidadãos leigos do processo de decisão. Uma coisa é recusar que sejam os cientistas a decidir *de facto* ou *de jure* sobre quais os riscos a que a população pode ser exposta. Outra bastante díspar seria tomar tais decisões sem tomar na devida conta a opinião fundamentada dos cientistas – tanto oriundos das ciências da natureza, quando das ciências humanas.

Adaptando uma máxima que ficou célebre: "sem a racionalidade social, a racionalidade científica é *vazia*; sem racionalidade científica, a racionalidade social é *cega*"[667]. Seja como for, nunca como agora foi tão importante detectar antecipadamente o erro da decisão e reconhecer a ignorância presente no julgamento humano[668].

6.2.2. Avaliação

Tão essencial como saber a *quem* compete tomar decisões sobre a avaliação dos riscos, com vista à dedução de deveres do Estado de protecção dos bens jusfundamentais a eles sujeitos, é saber *como* se processa essa *avaliação*. No fundo, como se *identificam* e se *descrevem*, e como se deve *estimar* a intensidade dos diferentes riscos, para que o resultado dessa estimativa seja o mais rigoroso possível.

I – Uma importante dificuldade na avaliação dos riscos, e causa de frequentes equívocos, decorre das características específicas de muitos deles, mormente dos chamados novos riscos, que, além de serem literalmente invisíveis, se integram em cadeias causais longas e de elevada complexidade, nem sempre apreensíveis *a priori*. Daí a necessidade de fazer anteceder os procedimentos destinados à medição quantitativa dos riscos pela sua própria identificação – o que nem sempre é tarefa de somenos[669] –, mas também a de incorporar na medição da respectiva intensidade um conjunto de efeitos típicos caracterizantes dos tais novos riscos. Concretamente:

a) O *efeito à distância no tempo*: muitas actividades desenvolvidas no presente comportam riscos cujas consequências negativas apenas se fazem sentir num futuro mais ou menos

[665] SLOVIC / FISCHHOFF / LICHTENSTEIN, *Facts*, pp. 463-464.
[666] BECK, *La sociedad*, p. 80.
[667] BECK, *La sociedad*, p. 44.
[668] M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 231.
[669] Referindo-se ao modelo de actuação iniciado pela "identificação" ou "determinação" do risco, C.A. GOMES, *Risco*, p. 353, e pp. 495 ss..

longínquo, tanto de modo progressivo, como de forma repentina. Há, portanto, intervalos de tempo muito longos entre as causas e os efeitos. O exemplo clássico neste domínio é do armazenamento de resíduos radioactivos resultantes do funcionamento das centrais atómicas de produção de energia. Se o armazenamento for efectuado correctamente, tal lixo radioactivo não constituirá qualquer risco nas próximas décadas ou, mesmo, nas próximas gerações, mas desconhece-se como se comportarão os sistemas de armazenamento daqui por cem ou mais anos. E, além deste, muitos outros exemplos de fontes poluidoras existem em que os respectivos efeitos só se sentem de modo apreciável ao fim de muito tempo – como sucedeu com o surgimento de metais pesados em certos peixes das profundezas do oceano, em concentrações muito elevadas e claramente prejudiciais para a saúde humana –, o que sucederá, em regra, quando é ultrapassada a fasquia da capacidade reguladora e regeneradora da natureza. Estes *Langzeitrisikos* têm a particularidade de produzirem utilidades no presente, remetendo pelo menos uma parte significativa dos respectivos custos para um futuro não imediato[670]. Mas, ainda que os efeitos negativos destes riscos de longo prazo não sejam sentidos no presente, eles não podem ser afastados das avaliações de risco hoje efectuadas e referentes a actividades hoje desenvolvidas[671].

b) O *efeito à distância no espaço*: se há algo que caracteriza os novos riscos é o facto de eles não conhecerem quaisquer tipos de fronteiras, nem sequer geográficas, quanto mais políticas[672]. O que desde sempre aconteceu com a propagação de certas epidemias, acontece agora correntemente com os riscos derivados de muitas actividades poluentes, sobretudo do ar e da água. A causa pode situar-se num dado país e o efeito pode produzir-se num país vizinho, nos países circundantes, noutro continente, ou mesmo do outro lado do globo. As chuvas ácidas ocorridas a partir da década de 70 no centro da Europa, responsáveis pela denominada "morte dos bosques", estenderam o seu efeito nocivo por vários países, alguns dos quais adoptavam já na altura políticas ambientais bem mais responsáveis do que outros, especialmente do Leste europeu, que não terão sofrido tanto com o fenómeno. Em 1986, a nuvem radioactiva libertada em Chernobyl, na Ucrânia, não conheceu fronteiras, produzindo os seus efeitos devastadores principalmente na Bielorrússia, e atingindo depois vários países da Europa oriental, os países escandinavos e o próprio Reino Unido. Ainda que se possa argumentar com a natureza reflexiva dos novos riscos – o chamado *efeito de bumerangue*, segundo o qual os riscos da modernização afectam mais tarde ou mais cedo quem os produz

[670] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 206-216; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 580.
[671] Acentuando muito a necessidade de incorporar o "tempo longo" nas decisões jurídicas sobre o risco: M.G. GARCIA, *O lugar*, esp. pp. 291 e 380; STOLL, *Sicherheit*, pp. 364 ss..
[672] No contexto da União Europeia e do Conselho da Europa: SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 572 ss.; JAECKEL, *Shutzpflichten*, pp. 141 ss. e pp. 247 ss.; STREUER, *Die positiven Verspflichtungen*, pp. 226 ss..

e beneficia com eles[673] –, a realidade é que, tomando o momento presente como referência, há riscos cujas causas (e benefícios) estão, de forma acidental ou deliberada, consideravelmente distantes dos respectivos efeitos nocivos. Ora, as exterioridades negativas exportáveis ou deslocalizáveis com origem em actividades arriscadas não podem, pois, ser desconsideradas numa avaliação responsável dos riscos jusfundamentais.

c) O *efeito de acumulação*: é também muito frequente que o risco para um bem jurídico jusfundamental, como a vida ou a saúde, resulte não de uma certa substância ou elemento químico ou biológico, por si inócuos ou até necessários, mas da concentração progressivamente atingida pelos mesmos nos habitats humanos e, em particular, na alimentação. O dióxido de carbono, mais do que um composto inofensivo, é essencial à vida, mas pode matar acima de determinadas concentrações. E é, juntamente com o vapor de água, o principal gás responsável pelo "efeito de estufa" que afecta o planeta, produzindo o aumento da sua temperatura média. Por sua vez, os ditos metais pesados caracterizam-se precisamente por serem bio-acumulativos. O que significa que os organismos vivos os absorvem de modo progressivo a partir do meio envolvente sem serem capazes de os eliminar, provocando, quando ultrapassados determinados limites, graves intoxicações ao longo de toda a cadeia alimentar e distúrbios irreversíveis para a saúde animal e humana. Se há alguns que, em pequenas quantidades são necessários para a realização de funções vitais dos organismos (o cobre, o zinco, o manganês), outros existem que são puramente contaminantes e muito perigosos (o chumbo, o mercúrio, o cádmio). A avaliação do fenómeno do risco não lida aqui, portanto, com riscos *a se*, mas com riscos de quantidade, em que o sobrepujar de certos *valores-limite* é condição da sua concretização, resultante em regra de processos cumulativos prolongados[674]. Relevante, até do ponto de vista jurídico, é sobretudo a inexistência de uma fonte única e identificável do risco, a que este possa ser imputado, verificando-se antes uma disseminação no tempo e no espaço de pequenos contributos – umas vezes com a mesma origem, outras com origens diferentes –, mas que conjuntamente representam uma ameaça para certos bens jusfundamentais[675].

d) O *efeito de combinação*: é igualmente comum que um risco para bens jusfundamentais resulte da confluência, muitas vezes acidental, num determinado receptáculo ou num determinado ambiente, de efeitos decorrentes de causas independentes e que, em si mesmas, não seriam nocivas – sendo que tanto pode tratar-se de concorrências de duas ou mais causas humanas, como de causas humanas e naturais em simultâneo. Talvez o exemplo mais

[673] BECK, *La sociedad*, p. 34 e pp. 53-54..
[674] BECK, *La sociedad*, pp. 90 ss., referindo-se ao duplo efeito dos valores-limite e, em particular, como "medida permitida do envenenamento".
[675] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 106; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 232-232; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 118 e pp. 352-352.

conhecido, presente na experiência prática do dia-a-dia, seja a interacção entre diferentes medicamentos. Assim como são também conhecidos casos de substâncias químicas ou biológicas não nocivas, emitidas por diferentes fontes, e que, quando combinadas, se revelam prejudiciais à saúde humana ou que causam danos ecológicos graves. Num mundo em que, diariamente, é libertada no ar, na água e nos solos uma miríade de resíduos industriais e urbanos, lixos orgânicos e não orgânicos, pesticidas e fertilizantes, subprodutos agrícolas e industriais, fumos, poeiras, fuligens e radiações, entre tantos outros factores poluentes, o número de riscos resultantes da combinação de substâncias químicas ou biológicas é teórica e praticamente inabarcável. Além de constituir um problema sério para a identificação dos riscos, este efeito de combinação representa também um desafio para os respectivos avaliadores, que ficam a braços com uma imensidão de possíveis conexões cruzadas entre substâncias e com a impossibilidade de medir (e gerir) o risco à luz da fixação individual de *valores-limite* de tolerância[676].

e) O *efeito de sinergia*: finalmente, embora sem pretender esgotar as características dos diferentes perigos que dificultam sobremaneira a respectiva avaliação, dá-se por vezes o caso de a combinação de duas ou mais substâncias já de si perigosas ter um efeito potenciador desse mesmo perigo, catapultando-o para níveis de intensidade não comparáveis com os típicos de cada uma das substâncias consideradas isoladamente[677].

As características acabadas de referir não pretendem esgotar todos os aspectos que devem ser previamente equacionados para uma correcta avaliação do risco. Pretendeu-se apenas sublinhar as dificuldades do conhecimento descritivo do risco, decorrentes da diversidade e da complexidade do fenómeno em questão, e a daí adveniente falibilidade das metodologias normalmente destacadas para a sua avaliação. O mesmo exercício poderia, aliás, ser feito do lado do perigo propriamente dito. Para além da distinção já acima referida entre risco e perigo nos respectivos sentidos restritos, convocar-se-iam entre outras: as particularidades dos perigos resultantes de acidentes, por contraposição aos perigos resultantes do exercício normal de uma actividade; as especificidades dos perigos com causas difusas ou não identificáveis; a destrinça entre perigos permanentes e perigos ocasionais; bem como as peculiaridades dos perigos em que existe "unidade entre o culpado e a vítima"[678-679].

---

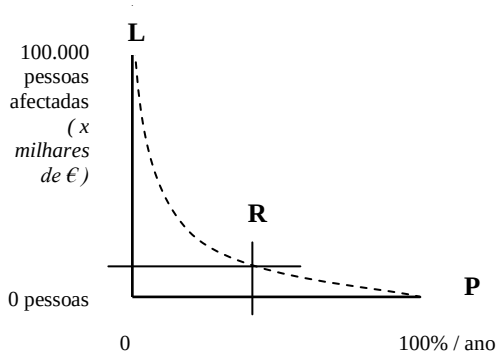
[676] BECK, *La sociedad*, p. 94, critica precisamente o método da fixação de valores-limite individuais, por partirem do pressuposto erróneo de que as pessoas apenas estão expostas a uma substância de cada vez.

[677] Referindo-se a este efeito, FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 54.

[678] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 188-198; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 231-232; MARBURGER, *Die Bewertung*, pp. 31-35; BECK, *La sociedad*, p. 54.

[679] Mesmo deixando deliberadamente de fora as especiosidades da distinção penalista entre "perigo concreto" e "perigo abstracto": F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 308-311; JESCHECK, *Tratado*, pp. 282-284; JAKOBS, *Derecho*, pp. 269 ss..

II – A estimativa do risco constitui, por certo, um dos passos mais importantes do espinhoso processo de análise do risco, já que constitui o ponto de apoio para as fases subsequentes da sua gestão ou regulação. Mas a realização de uma estimativa quantificada é, também, o momento do processo de avaliação mais propenso ao erro. Se a *intensidade* do risco (R) corresponde ao produto da *dimensão da eventual lesão* (L) e da *probabilidade da sua ocorrência* (P) – quer isto dizer que R = L x P[680] –, a falibilidade da estimativa do risco decorre tanto da enorme dificuldade em quantificar a magnitude da lesão potencial de bens jusfundamentais, ainda que se considere apenas o número de pessoas afectadas, quanto da incerteza na determinação estatística da sua verificação em percentagem (ou escala proporcional mais alargada), por unidade de tempo (um mês, um ano, uma década)[681]. Numa representação gráfica do risco numa perspectiva colectiva (mas que facilmente se poderia adaptar ao risco individual, alterando a escala vertical):



Esta formulação, em que o risco é considerado em termos puramente quantitativos, visa apenas sublinhar a mensurabilidade daquele fenómeno na sua forma mais elementar[682]. Mesmo tratando-se de riscos jusfundamentais – riscos para a vida, integridade física, saúde, ambiente – é da natureza do risco a possibilidade de medir a sua intensidade, sendo esta, aliás, uma das características que mais pesa na definição do *limiar de relevância do perigo* – ou seja, daquele nível de perigo que, por regra, desencadeia um dever estadual de protecção de direitos fundamentais. Seguindo a já referida equação *"je größer (...) desto geringer"*: quanto maior for a dimensão da presumível lesão, menor terá que ser a probabilidade da respectiva verificação; quanto maior for a probabilidade de ocorrência da lesão, menor será a sua dimensão exigível[683].

---

[680] Fazendo uso desta fórmula num contexto jurídico: FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 54; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 165; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 236-237.

[681] Referindo-se à importância dos dados estatísticos na determinação da probabilidade, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 1008-1012; sobre as condicionantes temporais, pessoais e materiais do juízo de probabilidade, POSCHER, *Grundrechte*, pp. 114-125.

[682] LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 56-57.

[683] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 149-150.

É indesmentível que a fórmula R = L x P é realmente muito estreita do ponto de vista jurídico. Desde logo, ela deixa de fora a diversidade valorativa dos bens jusfundamentais titulados pelas pessoas afectadas, quando não vai mesmo ao ponto de traduzir friamente as correspondentes lesões em termos pecuniários[684]. Tal não pode porém constituir um pretexto para que os decisores legislativos e administrativos se abstenham de exigir dos especialistas em avaliação do risco uma quantificação do mesmo tão rigorosa quanto possível. De facto, a métrica do risco, nascida no domínio económico e empresarial – e com intensa aplicação na actividade seguradora e bolsista –, há muito tempo que deixou os seus territórios originais e utiliza hoje as suas técnicas de identificação e medição em múltiplas áreas, com destaque para a saúde e para o ambiente, usando modelos baseados em objectivos, inferências estatísticas, formulação de cenários, análises taxonómicas e comparativas, mapas de risco, entre outros métodos[685]. As dificuldades de quantificação podem ser muitas e as margens de erro alargadas, mas é de todo impossível gerir um risco sem saber, pelo menos, onde o situar numa escala *"muito baixo < baixo < médio < elevado < muito elevado"*. O jurista tem aqui pouco mais a fazer do que esperar pelos resultados das equipas multidisciplinares de avaliação dos riscos, cabendo-lhe sobretudo evitar que decisões de risco jurídico-públicas possam ser adoptadas sem que esses elementos tenham sido disponibilizados e, depois, sem que tenham sido adequadamente ponderados[686].

A intensidade do risco não se confunde, neste contexto, com o respectivo *potencial lesivo*, porquanto este é simultaneamente menos e mais do que aquela[687]. É menos porque, como facilmente se percebe, não toma em conta a maior ou menor probabilidade de ocorrência da lesão jusfundamental, contemplando apenas um dos dois termos que compõem a fórmula da intensidade do risco. O potencial lesivo de uma possível fuga radioactiva é o mesmo quer ocorram fugas todos os anos ou só de 50 em 50 anos. Mas é igualmente mais do que a intensidade do risco porque sai do âmbito da simples averiguação objectiva e quantitativa típica deste *(Risokoermittlung)* e entra definitivamente na sua valoração qualitativa *(Risikobewertung)*, considerando não só a natureza dos bens jusfundamentais eventualmente afectados e a sua posição na ordem axiológica constitucional, bem como a maior ou menor gravidade como essa afectação pode ocorrer[688]. Como é óbvio, excepção feita ao direito à vida, a generalidade dos outros bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais pode sofrer lesões de diferente gravidade e extensão. Por muito exaustiva que seja a avaliação do risco que se exija às equipas de especialistas que dela se ocupam, nunca será possível inserir no termo *dimensão da eventual lesão*, senão em moldes muito

---

[684] Chamando a atenção para a diferença existente, deste ponto de vista, entre a lesão de bens jurídicos materiais e de bens jurídicos imateriais, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 119.

[685] Por exemplo: PAUSTENBACH, *Human*, esp. pp. 3 ss., referindo-se às características e metodologias da avaliação de riscos para a saúde; e, pp. 369 ss., sobre riscos ecológicos. Por sua vez: ROBSON / TOSCANO, *Risk*, pp. 1 ss., sobre noções introdutórias de avaliação de risco; pp. 383 ss., sobre a análise das leis de saúde pública; e, pp. 423 ss., sobre a necessidade de precaução na abordagem da relação entre ciência e política.

[686] CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 215 ss., no contexto do princípio da precaução. STOLL, *Sicherheit*, p. 270, ligando o "conhecimento do risco" com a "produção de saber", como fundamentos para a valoração e ponderação jurídicas.

[687] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 167 ss..

[688] CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 214.

simplificados, aquilo que só pode ser dado por uma consideração aturada das especificidades axiológicas dos direitos fundamentais e das conexões que entre eles se estabelecem, em vista das sequelas da materialização de um qualquer risco. A ideia de potencial lesivo usa uma "escala valorativa cardinal" para analisar as eventuais agressões de bens jusfundamentais e não uma escala simples com o número de pessoas afectadas, como a utilizada na medição da intensidade do risco[689].

Aliás, é o conceito de potencial lesivo que traz para a ribalta a delicado problema da distinção entre os riscos jusfundamentais, como riscos individuais, e os riscos colectivos, como riscos para a população em geral. De facto, numa análise puramente quantitativa, a um risco sofrido igualmente por muitas pessoas corresponde, depois de somados todos os riscos, um valor muito superior ao que cabe ao mesmo risco quando sofrido por uma única pessoa. Contudo, uma análise qualitativa do dito potencial lesivo revela a necessidade de corrigir jurídica e axiologicamente a discrepância resultante da adição puramente matemática de riscos parcelares, sobretudo considerando que a protecção é constitucionalmente devida a bens jusfundamentais individuais – e não a bens colectivos ou supra-individuais –, ainda que os respectivos titulares nem sempre possam ser imediatamente identificáveis[690]. Quer isto dizer que a intensidade de um risco aumenta continuamente à medida que cresce o número de potenciais afectados, mas o respectivo potencial lesivo – porque está nuclearmente referido a bens jusfundamentais individuais – não se dilata em proporção ao número de pessoas cujas posições jurídicas podem ser potencialmente lesadas pela ocorrência de certo evento. Em última análise, por referência à vida de uma pessoa, um acidente de automóvel tem exactamente o mesmo potencial lesivo do que um desastre atómico[691].

III – O tópico principal da avaliação do risco é, como se viu, a falibilidade. Todavia, precisamente essa característica negativa tem também um tríplice efeito positivo: reforça a necessidade de racionalização dos procedimentos e metodologias a utilizar nos diferentes estádios da avaliação do risco; torna indispensável que essa avaliação seja juridicamente acolitada; e exige que, já no domínio da chamada gestão do risco, se proceda a uma valoração e a uma ponderação axiológico-constitucional dos seus resultados, em ordem à dedução, ou não, de deveres estaduais de protecção[692].

No sentido de conferir rigor e racionalidade a esta fase da avaliação do risco, têm sido alinhadas diversas orientações com o preciso objectivo de parametrizar os procedimentos nela integrados. Trata-se, é certo, de orientação parcelares – isto porque aplicáveis apenas a certos domínios científicos, ou restritas a certas actividades ou produtos de risco, ou ainda porque referentes a certas entidades públicas –,

[689] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 166 e pp. 172 ss..
[690] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 151 ss.; KRINGS, *Grund*, p. 232.
[691] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 153-154, sem contudo esquecer a tradicional fundamentação e dedução objectiva dos deveres de protecção. Também, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 237.
[692] STOLL, *Sicherheit*, pp. 270-272.

inexistindo padrões juridicamente vinculativos de natureza geral e, menos ainda, que possam conformar imperativamente os momentos preparatórios das decisões legislativas de protecção de direitos fundamentais. De todo o modo, afigura-se razoável que, num Estado de Direito democrático, a avaliação científica dos pressupostos de facto de uma decisão legislativa ou administrativa de risco deva pautar-se pelas seguintes directrizes:

a) *Excelência*, referida sobretudo às qualificações científicas e académicas e à experiência dos especialistas que procedem à avaliação do risco;

b) *Exaustividade*, no sentido do esgotamento de todas as fontes de informação, oficial ou não oficial, pública ou privada, bem como da consideração de todos os cenários possíveis, hipóteses em aberto, alternativas de actuação, custos e benefícios dessas alternativas;

c) *Imparcialidade*, tal como resulta do princípio constitucional com o mesmo nome, obrigando a afastar da avaliação do risco quem tenha interesses particulares nos resultados, mas também a criar as condições institucionais para que aquela actividade possa ser desenvolvida com independência relativamente aos interesses envolvidos;

d) *Transparência*, desde o momento das escolhas das pessoas encarregadas de proceder à avaliação dos riscos, passando pela publicidade dos diferentes passos do desenvolvimento desta, até à divulgação das conclusões, que devem ser compreensíveis para os cidadãos e para a autoridade com competência para decidir;

e) *Pluralismo*, de modo a abranger o maior número possível de pontos de vista, quer recolhendo contributos de diferentes especialidades científicas e técnicas, dentro e fora do normal círculo de contactos da entidade pública em causa, quer considerando tanto opiniões maioritárias quanto opiniões minoritárias;

f) *Prederminação normativa*, para que seja possível conhecer de antemão o *iter* procedimental da avaliação do risco e planificar a realização das tarefas necessárias para o efeito[693].

Em suma, o facto de o fenómeno do risco se caracterizar intrinsecamente pela incerteza, e de a falibilidade ser inerente à sua avaliação, não autoriza a que uma e outra sejam potenciadas pela ausência de análise de risco, ou pela não observância das melhores práticas nos procedimentos destinados à respectiva avaliação.

6.2.3. Gestão

Não é pacífico o que deve entender-se por gestão do risco, nem quais os passos que integra – mesmo tomando-a já numa versão restrita, em que ficam excluídas os problemas relativos à percepção e à

[693] Apresentando este modelo, com base na Comunicação da Comissão Europeia, de 2002, sobre princípios e directrizes relativos ao assessoramento científico deste órgão, D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 357-364.

avaliação (e ou análise) do risco. Em todo o caso, sem assumir grandes compromissos, afigura-se que a gestão do risco, quando referida a riscos para bens jurídicos fundamentais, é um processo contínuo que pode compreender a realização de quatro grupos de operações intelectuais e materiais intimamente entrelaçadas[694]:

a) Valoração isolada e comparativa dos riscos previamente medidos, em ordem à selecção daqueles que serão combatidos (*valoração do risco*);

b) Definição dos objectivos prioritários, delineamento normativo e aplicação prática de instrumentos jurídicos de protecção em face dos riscos seleccionados (*decisão de risco*);

c) Definição e execução de uma estratégia de comunicação dos riscos seleccionados, dos riscos não seleccionados e dos riscos residuais (*comunicação do risco*);

d) Acompanhamento da aplicação do programa de protecção e da estratégia de comunicação, com vista ao seu melhoramento ou revisão (*monitorização do risco*).

É evidente que o direito assume aqui, em cada um destes momentos, um papel decisivo – do qual, todavia, apenas se poderá dar uma breve visão panorâmica.

I – Em primeiro lugar, a valoração dos riscos representa, como se antecipou já, o complemento natural da respectiva avaliação quantitativa. Na verdade, os números, na sua crueza objectiva, não conseguem explicar por que razão o mesmo nível de ruído, correctamente quantificado em decibéis, não tem para o ser humano o mesmo significado e os mesmos efeitos quando proveniente de uma queda de água ou do tráfego automóvel numa estrada muito movimentada[695]. E é também porque as médias são incapazes de captar a essência de muitos riscos que um dado país, onde ocorram por ano cerca de mil mortes por acidentes de viação, não terá de tolerar igualmente uma média idêntica de óbitos por radiação atómica, a qual equivaleria a um acidente nuclear de grandes proporções a cada dez ou vinte anos. Do mesmo modo ainda, uma estatística comparativa segundo a qual *x* pessoas em 100.000 morrem por ano em consequência de acidentes ocorridos na condução de motociclos, enquanto *y* pessoas no mesmo universo de 100.000 falecem por doença cardíaca, deixa na sombra o facto decisivo de as pessoas que efectivamente perderam a vida apresentarem num e noutro caso médias etárias completamente diferente[696]. E, num último exemplo, a métrica do risco, por mais sofisticados que possam ser os modelos empregues, nunca será suficiente para explicar, em todo o seu alcance, a diferença existente entre duas

[694] M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 139 ss., revela a sua preferência pelo termo "regulação", para evitar a ideia de "gestão de crises", porquanto a problemática do risco deve ser encarada com continuidade.
[695] CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 160.
[696] SLOVIC, *Informing*, p. 187, sugerindo antes a necessidade de se estimar a redução da esperança de vida associada a cada risco.

situações com o mesmo número de vítimas potenciais, mas em que numa delas são essencialmente crianças que podem estar em causa[697].

A avaliação e comparação quantitativa dos riscos – e não apenas devido à sua propensão para o erro – não exonera o decisor público da respectiva valoração à luz de parâmetros simultaneamente culturais e jurídicos e, sobretudo, à luz da posição que os bens jurídicos jusfundamentais afectados ocupam naquela que é a ordem axiológica, flexível e não hierárquica, constitucionalmente plasmada – sem que com isto seja necessário aderir às teorias da "ordem de valores constitucional"[698-699]. Considerando que em cada momento sempre há mais riscos identificados do que aqueles a que, alguma vez, será possível dar resposta, só a sua consideração valorativa pode constituir arrimo para a necessária selecção dos que irão ser efectivamente prevenidos ou combatidos, bem como para legitimar politicamente e fundamentar em termos juridicamente aceitáveis essa mesma selecção. Pode dizer-se, usando de alguma contundência, que "a discussão sobre os riscos, à semelhança de outros discursos, não pode formular uma extensa pretensão de conhecimento e de verdade, porque ela própria é sempre e apenas – segundo a sua própria lógica – selecção, que poderia ser efectuada de modo diferente" e que, logo, é também caracterizada pela contingência[700]. De igual modo, é bem sabido que os novos riscos, que têm vindo a moldar de forma impressiva o perfil da sociedade em que vivemos, tornam também indispensável uma "justiça do risco", capaz de corrigir as frequentes assimetrias na distribuição social dos seus benefícios e dos seus custos[701]. Ora, essa nova justiça distributiva só o direito a pode providenciar.

II – O segundo lugar no percurso lógico da gestão do risco pertence à decisão pública – *decisão de risco* no seu sentido mais rigoroso[702] –, que começa por ter uma dimensão marcadamente política e democrática, quando se trata de fixar os objectivos a prosseguir e de definir estratégias de acção, mas que exige também formalização jurídica, assim como escolha e conformação de instrumentos jurídicos de protecção dos direitos fundamentais sob ameaça. Além do dilema enfrentado pelos políticos, com origem na fortíssima componente técnica e científica das decisões que são chamados a tomar – dilema quantas vezes resolvido pela delegação *de facto* do poder decisório nos peritos e nos avaliadores de risco –, o problema crucial aqui é o da adequação dos instrumentos jurídicos ou, pelo menos, dos instrumentos jurídicos clássicos, para enfrentar o fenómeno do risco, na sua imensa complexidade e diversidade.

---

[697] SLOVIC, *Trust*, p. 395.
[698] Para uma análise crítica destas teorias: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 705 ss.; J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 398 ss.. Em geral, ALEXY, *Teoria*, pp. 138 ss., esp. pp. 152-157.
[699] Infra, §3º, ponto 10.1.
[700] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 61. Noutra perspectiva sobre selecção dos riscos, DOUGLAS / WILDAVSKY, *Risk*, pp. 29 ss..
[701] M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 382; BECK, *La sociedad*, pp. 52 ss., sem contudo deixar de sublinhar o "efeito igualador" dos riscos tecnológicos e ambientais, por contraposição ao risco da miséria.
[702] FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 113-114.

Não pode ignorar-se, neste passo, o entendimento segundo o qual, para o controlo ou redução do tipo de riscos que estão em causa, "as normas jurídicas, mesmo que elaboradas por peritos, (…) não seriam adequadas, pela simples razão de não poderem incorporar os desdobramentos sem fim das alternativas de acção que aquele controlo exige. As normas jurídicas não contêm alternativas de acção. Contêm comandos imperativos. A gestão do risco ecológico não pode, por isso, integrar o sistema de normas jurídicas, porque a coerência interna do sistema não produz nem difunde um quadro de previsibilidade de acção ordenada aos seus destinatários, como a gestão do risco, nomeadamente ecológico, demanda"[703]. O direito "permite à comunidade confiar na acção convivente, porque está dotado de previsibilidade, fruto da sua completude, coerência e não contrariedade, mas não pode, sem se descaracterizar, incorporar a gestão do risco"[704].

Porém, em boa verdade, não se vislumbra para o direito outra alternativa senão a de incorporar criticamente a gestão do risco, com tudo o que ela acarreta, ainda que isso constitua uma séria ameaça para si próprio e para a sua autonomia, procurando reduzir e racionalizar a imprevisibilidade, a contingência, a provisoriedade, a experimentação, a falibilidade, o método da tentativa e erro – enfim, reduzir a insegurança e reconstituir a confiança necessária à convivência social. O argumento da *ladeira resvaladiça* inerente à ideia de descaracterização da visão tradicional do direito só poderia ser convincente se tal caminho constituísse apenas uma entre várias alternativas de percurso, o que não é o caso: num Estado de direitos fundamentais, que assume a sua função de segurança como uma tarefa jusfundamentalmente orientada, o balizamento jurídico da gestão do risco é não apenas uma inevitabilidade mas também um imperativo jurídico e constitucional – obrigando tanto à formalização normativa ou individual e concreta das decisões de risco, quanto ao delineamento e aplicação prática de instrumentos jurídicos de protecção em face dos riscos seleccionados.

Aliás, essa incorporação crítica do fenómeno do risco e da sua gestão pelo direito está já em curso, quer no tocante aos seus instrumentos legislativos – como se vê pelo interesse suscitado pelas prognoses do legislador e, sobretudo, pela prática da experimentação legislativa[705] –, quer no respeitante ao acto administrativo – a propósito do qual ocorre uma verdadeira explosão de provisoriedade e modificabilidade[706] –, quer ainda pelo desenvolvimento de novos instrumentos e práticas, com a estruturação da actividade comunicativa do Estado e com a fuga para a desformalização e para a *soft-*

[703] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 427-428.
[704] M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 428; referindo-se também à difícil relação entre a dinâmica do conhecimento científico e hermenêutica jurídica, pp. 428-433. Mais amplamente, sobre a perda de importância dos juristas (e do direito), em face do aconselhamento científico, no que respeita à orientação da acção pública, HABERMAS, *Técnica*, pp. 107 ss..
[705] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 421-424; GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, pp. 164 ss.; BERND, *Legislative Prognosen*, *passim*; HORN, *Experimentelle Gesetzgebung*, pp. 233 ss., sobre a sua admissibilidade constitucional; HOFFMANN-RIEM, *Experimentelle Gesetzgebung*, pp. 55 ss..
[706] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 629 ss; F. CALVÃO, *Os actos*, esp. pp. 145 ss.; D. PASCUAL, *Derechos*, pp. 350-353.

law[707]. De certa forma, estas transformações no mundo jurídico são uma consequência da própria reflexividade dos novos riscos e do novo paradigma social por eles estabelecido. Mas são também uma condição forçosa para que o direito não perca o *seu* lugar, no confronto com as (outras) ciências e com as propostas de regulação social que elas possam pretender conter, com substituição dos *valores* pelos *fins* e com subordinação dos *fundamentos* aos *efeitos*[708].

III – Em terceiro lugar, à própria *comunicação do risco*, sempre presente nas diferentes fases e operações da sua (avaliação e) gestão, não é estranha uma dimensão jurídica. De uma banda, porque os programas de esclarecimento sobre o risco e que promovem a respectiva aceitação não podem ser encarados apenas numa perspectiva estratégica e utilitarista, ordenada à manutenção da paz e tranquilidade sociais, mas antes como instrumentos concretizadores de um direito das pessoas afectadas pelo perigo, que inclusivamente reveste natureza fundamental: o direito à informação, nas suas diferentes cambiantes políticas e administrativas (nº 2 do artigo 48º, e nºs 1 e 2 do artigo 268º)[709]. De outra banda, uma adequada comunicação do risco – isto é, transmissão de informação tão objectiva e completa quanto possível, sem prejuízo para a sua acessibilidade – é pressuposto de um debate aberto e esclarecido no espaço público sobre os diferentes riscos e, portanto, do exercício dos direitos de participação dos cidadãos nas decisões políticas referentes aos destinos da comunidade e nas decisões que mais directamente os afectam (nº 1 do artigo 48º, artigo 52º, e nº 5 do artigo 267º). E, de outra banda ainda, o entrosamento jurídico da comunicação do risco decorre também do facto de a informação, considerando o princípio da proporcionalidade na sua estrutura dúplice de proibição de defeito e de proibição de excesso, ser amiúde o único instrumento ajustado ao cumprimento de um dever de protecção jusfundamental, ainda que essa informação tanto possa ser transmitida de modo relativamente neutro, como sob a forma de uma recomendação ou de uma advertência[710]. É o que acontece, em particular, quando os titulares dos direitos fundamentais dispõem da possibilidade real de se autoprotegerem ou de se subtraírem aos efeitos perniciosos de certos riscos. Daí, em parte, a ascensão meteórica da actividade comunicacional da Administração a que se tem assistido, quantas vezes de forma pouco coerente.

É claro que os problemas da comunicação do risco não se confinam aos aspectos acabados de referir[711]. Na verdade, o fim de informar o público sobre assuntos relativos ao risco é surpreendentemente

---

[707] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 290; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 172-179; SCHMIDT-AßMANN, *La teoría*, pp. 332-338; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 298 ss., esp. 395 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 373 ss..

[708] Sobre o carácter reflexivo dos riscos ambientais e tecnológicos, BECK, *La sociedad*, pp. 30 ss.. Sobre a pensabilidade de "sociedades cientificamente reguladas": C. NEVES, *O Direito como alternativa*, pp. 286 ss., esp. pp. 302-305; sobre o *"dépassement* do Direito" e respectiva superação, *O papel*, pp. 9 ss..

[709] Colocando o problema sob a égide de um direito ao "consentimento informado" de cidadãos, doentes e trabalhadores, SLOVIC, *Informing*, pp. 194-195.

[710] P. GONÇALVES, *As advertências*, pp. 768 ss.; JAECKEL, *Shutzpflichten*, pp. 146-147; LEGE, *Nochmals: Staatliche Warnungen*, pp. 569 ss., esp. p. 578; FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 399.

[711] Em geral, sublinhando a natureza constitutiva que a "relação entre as *ciências* e a *opinião pública*" tem para a determinação científica da decisão política, HABERMAS, *Técnica*, pp. 115 ss., e esp. pp. 121 ss..

difícil de alcançar, uma vez que esbarra ao mesmo tempo com as limitações científicas da avaliação do risco, com certas idiossincrasias da mente humana e com os métodos de actuação típicos da comunicação social. Desde logo, ao público não passam despercebidos: os erros de avaliação cometidos pelos especialistas no passado; nem as discordâncias entre eles existentes no presente; nem as dificuldades em estimar interacções entre riscos (efeitos sinérgicos) e efeitos em pessoas particularmente sensíveis (crianças, mulheres grávidas, idosos); nem tão-pouco os obstáculos à transposição de conclusões laboratoriais para a prática ou de experiências com animais para humanos. Ora, esta consciência por parte do público gera um clima de acentuada desconfiança que frequentemente inviabiliza uma comunicação aberta do risco[712]. Além disso, a comunicação do risco revela-se um verdadeiro dilema porquanto, sempre que se transmite ao público informação sobre um risco – revelando objectivamente as suas características e mecanismos de actuação, estimando as suas probabilidades e consequências, apresentando exemplos, etc. –, os respectivos eventos passados tornam-se mais facilmente recordáveis e os eventos futuros mais fáceis de imaginar e, por consequência, o risco em questão é de imediato julgado como mais provável e sobrestimado pelos destinatários do programa de comunicação *(availability heuristic)*.

Dilemático é também o problema colocado à comunicação do risco decorrente da circunstância de as crenças das pessoas sobre o risco serem muito persistentes, mudando lentamente em face de contraprovas, e de, em contrapartida, na ausência dessas convicções, os destinatários da informação se encontrarem à mercê do modo como esta é apresentada – e, portanto, de se tornarem absolutamente manipuláveis. Acresce que as vantagens de um debate público aberto sobre as questões do risco esbatem-se sempre que a discussão monstra clivagens grandes entre os próprios especialistas, reveladas em contraditórios agressivos, contribuindo para acentuar o clima de desconfiança que normalmente caracteriza a posição dos leigos em matéria de riscos tecnológicos[713]. De resto, considerando a tendência das pessoas para sobrevalorizar riscos com maior dramatismo, será sempre muito ténue a fronteira entre informar o público e atemorizá-lo, ou entre esclarecer cabalmente o público e frustrá-lo com dados incompreensíveis e não desejados[714].

Não obstante o inegável desenvolvimento da actividade comunicacional do Estado e dos demais entes públicos, com o inerente surgimento de novos problemas de enquadramento, as principais aporias da comunicação do risco não serão, por certo, do foro jurídico. Ainda assim, importa que os juristas, quando chamados a intervir na gestão risco, tenham clara consciência de que as estratégias de comunicação não constituem uma panaceia para resolver os respectivos problemas, comportando tantas

[712] Sobre o carácter decisivo da confiança, SLOVIC, *Perceived risk*, pp. 316 ss..
[713] SLOVIC, *Introduction*, p. xxxv; *Perceived risk*, pp. 316 ss..
[714] SLOVIC, *Informing*, pp. 184-185; M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 217 ss..

dificuldades quantas as oportunidades que proporcionam[715]. Na gestão do risco, nem tudo pode ser, afinal, reduzido a questões de comunicação.

IV – Em quarto e último lugar, é uma evidência que as decisões de risco não podem ser abandonadas à sua própria sorte, devendo antes ser objecto de permanente *monitorização*. Numa sociedade em contínua mudança, nenhuma decisão legislativa ou administrativa pode ter-se por definitiva, nem tão-pouco aspirar a uma elevada esperança de vida. E se isso é verdade em geral, é-o particularmente naquelas áreas em que a mudança é mais acelerada, como sucede no domínio económico – sempre sujeito às variações dos mercados e às constantes variações da conjuntura – e, particularmente, nos domínios da ciência e da técnica – onde em permanência surgem novas descobertas, novos processos e novos instrumentos, enfim, novos riscos e novas formas de os evitar e combater. Por causa deste constante devir, também a protecção dos direitos fundamentais tem de ser dinâmica e adaptativa.

Nem o poder legislativo nem o poder executivo podem, legitimamente, deixar de seguir *pari passu* o percurso das suas decisões de risco, informando-se sobre as dificuldades na sua concretização prática, a litigiosidade que desencadearam, as modificações ocorridas no seu campo de vigência, e os resultados concretos da sua aplicação. No plano geral e abstracto, assim, a monitorização do risco traduz-se na vinculação do legislador a um dever de seguimento das leis por si aprovadas, à sua reponderação em face de novas circunstâncias e, por último, à sua correcção, caso tenham surgido discrepâncias entre os objectivos iniciais e as suas consequências efectivas que ponham em causa direitos fundamentais[716]. A semelhante dever está, igualmente, adstrito o poder administrativo dentro da sua esfera competencial de actuação, em atenção ao princípio constitucional da prossecução do interesse público (nº 1 do artigo 266º).

6.3. Perigo, risco e lesão

Ensaiada uma distinção entre perigo e risco, e apontadas as principais vicissitudes que acompanham sobretudo a análise e regulação do risco – dada a maior novidade que este fenómeno representa para o direito –, resta agora, antes de entrar no estudo individualizado das respectivas fontes, deixar algumas notas sobre o conceito de lesão, indagando da sua relevância no percurso dedutivo dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais[717].

---

[715] Demonstrando cepticismo relativamente à "esperança na comunicação" dos riscos, em face da desconfiança generalizada e do maniqueísmo estratégico dos discursos de decisores e afectados, LUHMANN, *Sociología*, pp. 163 ss..

[716] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 58-66; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 481 ss; STETTNER, *Die Verpflichtung*, pp. 1123 ss.; MAYER, *Die Nachbesserungspflicht*, esp. pp. 149 ss.; ROßNAGER, *Nachbesserungspflichten*, pp. 714 ss.; STEINBERGER, *Verfassungsrechtliche Kontrolle*, pp. 161 ss.; BERND, *Legislative Prognosen*, *passim*; MIERMIK, *Die verfassungsrectliche Nachbesserungspflicht*, *passim*.

[717] Infra, §3º, ponto 8, sobre o que deve entender-se por lesão de um bem jusfundamental.

I – Tanto o perigo como o risco se referem a uma lesão potencial. Mais precisamente, à eventualidade da lesão de bens jurídicos jusfundamentalmente protegidos, quer esses bens tenham em concreto um suporte físico ou naturalístico – a vida, a integridade física, a liberdade de movimentação, a identidade genética, a saúde –, quer sejam juridicamente configurados – a integridade moral, a autonomia privada, as liberdades de consciência, de expressão e de religião[718]. Ou seja, a lesão refere-se aos *bens jurídicos* que constituem o objecto dos direitos fundamentais e não aos próprios *direitos* em si mesmos considerados, enquanto estruturas jurídico-normativas ordenadas à garantia daqueles e traduzidas numa pluralidade de dimensões subjectivas e objectivas[719-720]. Por conseguinte, só por simplificação de linguagem se pode falar em "lesão de um direito"[721]. Nesta sua qualidade de *armaduras jurídicas* complexas e plurifuncionais – com dimensões de defesa contra restrições estaduais, de protecção contra agressões não estaduais, de vinculação de entes privados nas relações que estes entre si estabelecem, de irradiação pelos diferentes domínios da ordem jurídica, especialmente no plano hermenêutico, assim como dimensões institucionais e organizativas[722] –, os direitos fundamentais ou se respeitam ou se violam. Mas pode haver *violação* sem que se verifique qualquer *lesão* efectiva dos bens jurídicos protegidos, sendo para tanto suficiente que tenham sido criadas, por acção ou por omissão, condições normativas ou fácticas favoráveis à ocorrência dessas mesmas lesões[723]. Logo, quando for possível deduzir da Constituição um concreto dever de protecção estadual, a simples exposição passiva de um bem jurídico jusfundamental a perigos ou riscos acima do limite constitucionalmente tolerável, ainda que não ocorra qualquer lesão real, representa só por si uma violação do respectivo direito fundamental – violação que, bem entendido, se traduz em inconstitucionalidade por omissão.

O facto de ocorrer uma lesão de um bem jusfundamentalmente protegido não extingue o perigo enquanto fenómeno que lhe é prévio – embora possa pôr termo ao perigo que concretamente afectava um ou mais bens jurídicos individuais –, mas inviabiliza conceptualmente o risco. Na verdade, considerando a dupla incerteza que caracteriza o risco – a primeira das quais se situa logo no âmago da causalidade[724] –, a ocorrência de uma lesão tem por efeito necessário a transformação daquilo que se suponha ser risco num

---

[718] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 193; KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss., autonomizando no entanto a categoria dos bens jurídicos "ideell-kommunikative".

[719] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 63. Embora com pressupostos diferentes dos aqui adoptados, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 93 ss., e pp. 103 ss., sublinha também a distinção entre violação do direito e lesão do bem jurídico, exemplificando com a diferença entre o "direito à vida" e a própria "vida".

[720] Sobre as conexões com a dogmática penalista desta visão dos direitos fundamentais como estruturas de protecção de bens jurídicos: HASSEMER, *¿Puede haber*, pp. 95 ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, pp. 105 ss.; BÖSE, *Derechos fundamentales*, pp. 137 ss.; BUNZEL, *La fuerza*, pp. 147 ss; LAGODNY, *Strafrecht*, esp. 275 ss..

[721] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 94, em crítica à imprecisão terminológica reinante.

[722] Mais em geral, sobre a estrutura complexa dos direitos fundamentais: ALEXY, *Teoria*, pp. 173 ss., esp. pp. 224-226; BOROWSKY, *La estructura*, esp. pp. 109 ss..

[723] É interessante notar o paralelo com a dogmática criminalista e, em concreto, com a distinção entre crimes de dano e crimes de perigo (concreto e abstracto), como formas de antecipação da tutela penal: G.M. SILVA, *Direito Penal*, p. 30; F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 308-311; JESCHECK, *Tratado*, pp. 282-284; JAKOBS, *Derecho*, pp. 269 ss..

[724] C.A. GOMES, *Risco*, p. 286; SCHERZEBERG, *Risiko*, p. 498; CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 169.

perigo em sentido próprio. Se determinada lesão derivou, ainda que uma única vez, de certa fonte, fica estabelecido um nexo de causalidade suficientemente claro, pelo que em rigor não poderá mais falar-se de risco. Não obstante representar um resultado obviamente indesejado, a ocorrência de uma lesão, não deixa assim de providenciar informação importante em matéria de avaliação e gestão do perigo, sobretudo no que respeita à sua identificação e à realização de estimativas sobre a sua intensidade[725]. Quantas vezes, aliás, é a verificação de uma lesão que vem alertar para a existência de um perigo que se ignorava enquanto tal.

II – Não se pense, porém, que o facto de suceder uma lesão de um bem jurídico jusfundamental se repercute automática e decisivamente no processo argumentativo de dedução de deveres estaduais de protecção. Com efeito, a figura dos deveres de protecção jusfundamental caracteriza-se nuclearmente pela antecipação da tutela jurídica que proporciona, não reagindo em função da ocorrência de lesões de bens jurídicos, mas sim em função da existência de perigos ou riscos que os afectem. Por muito frequente que seja a tentação dos poderes públicos para "pôr trancas à porta depois da casa roubada", a verdade é que são os perigos, juntamente com os riscos *proprio sensu*, que constituem o ponto de partida para a dedução de deveres de protecção de direitos fundamentais. A verificação de lesões pode contribuir para identificar um perigo antes desconhecido, pode conter indicadores de relevo sobre a intensidade e sobre o potencial lesivo dos perigos correspondentes, assim como pode convolar pretensos riscos em perigos, embora possa também ser puramente acidental, não se apresentando como razão suficiente para afirmar a existência de um dever de protecção. Tal sempre implicaria, de resto, a ponderação de muitos outros aspectos, tanto relacionados com a natureza do bem jurídico lesado, como com os instrumentos normativos disponíveis para montar um sistema de protecção adequado.

Em contrapartida, sempre que, antes de verificada certa lesão, se reconhece já a existência de um dever estadual de protecção de direitos fundamentais, esse dever pode manter-se, intensificar-se ou transformar-se com o surgimento daquela: pode manter-se inalterado relativamente a perigos futuros para o mesmo bem jurídico, titulado na mesma ou noutras pessoas; pode modificar-se, se se concluir que afinal o perigo é mais elevado do que se suponha inicialmente ou apresenta características diferentes; ou pode finalmente transformar-se num dever de protecção secundária, destinada à reparação dos danos ocorridos. Mais precisamente:

a) Na primeira destas hipóteses, não é atribuído à lesão nenhum significado particular, ou porque ela era já esperada ou porque foi considerada normal. Não se muda o Código da Estrada, nem as regras de segurança aplicáveis aos veículos automóveis, pelo facto de falecerem pessoas num qualquer acidente de viação. A ocorrência de determinada lesão jusfundamental não significa tão-pouco que os destinatários do correspectivo dever de

[725] SLOVIC, *The perception*, pp. 227-228, sobre os "acidentes como sinais".

protecção – independentemente do poder do Estado que possa estar em causa – tenham incumprido esse mesmo dever. Mesmo naqueles domínios em que os perigos são bastante bem conhecidos, a segurança nunca pode ser absoluta, nem tal se constitui como desiderato dos instrumentos jurídicos de protecção de direitos fundamentais[726]. A circunstância de todos os dias se verificarem lesões de bens jusfundamentais é tão natural como a própria incompletude e porosidade dos sistemas destinados à sua protecção.

b) Na segunda hipótese, o carácter dinâmico que tem de caracterizar a protecção dos direitos fundamentais, obriga a que as lesões ocorridas – sobretudo quando divirjam em número, magnitude ou perfil daquilo que era suposto acontecer – tenham de ser utilizadas para aperfeiçoar ou corrigir os sistemas legislativos e administrativos de protecção vigentes. Também aqui não há incumprimento do dever de protecção, mas a não actualização dos ditos sistemas de protecção pode redundar numa inconstitucionalidade por omissão, surgida de forma deslizante[727].

c) Na terceira hipótese, o que está em causa é algo diverso: como a seu tempo se verá, a protecção de direitos fundamentais não se restringe a uma função preventiva – isto é, à denominada *protecção primária* –, compreendendo igualmente uma outra modalidade que visa, não já evitar a lesão, mas reparar a injustiça cometida pela reposição do *status quo ante* ou pela compensação do lesado. Por isso, ocorrida uma lesão individual e concreta, o dever de protecção persiste como dever de protecção primária relativamente a eventuais lesões futuras, mas convola-se em protecção secundária no que toca ao lesado, seguindo vias específicas ou as vias gerais da protecção jurisdicional e da responsabilidade civil[728].

Revela-se aqui, no fundo, uma forte tendência de valorização do momento preventivo da acção, pessoal e também estadual, que "abre caminho para a substituição do tradicional critério do dano pelo «critério do risco»"[729]. Não é de estranhar, portanto, que para efeitos de dedução concreta de deveres estaduais de protecção os conceitos relevantes sejam os de perigo e de risco – e nunca o conceito de lesão – e que, no contexto da teoria dos deveres de protecção, se entenda que há violação de um direito fundamental não tanto quando se produz uma lesão efectiva do bem jurídico tutelado, mas logo que este se encontra, por ausência ou insuficiência de protecção, numa situação de vulnerabilidade acima daquilo que é constitucionalmente aceitável. Em última análise, é evidente que a linha de delimitação exterior do

[726] HERMES, *Das Grundrecht*, 244-245; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 41-42; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 21 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Vertantwortung*, p. 111.
[727] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 59 ss..
[728] MURSWIEK, *Die staatliche Vertantwortung*, p. 111; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 36-37; KRINGS, *Grund*, pp. 266-268; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 195 ss.; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp.267-270.
[729] M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 283. Defendendo a mesma ideia no contexto da responsabilidade civil ambiental, A.P. OLIVEIRA, *Causalidade*, *passim*.

âmbito de protecção das normas consagradoras de direitos fundamentais foi também ela esticada para pontos mais distantes do âmago desses mesmos direitos[730].

7. Fontes do perigo e do risco

É chegado o momento, não de enumerar todas as diferentes fontes de perigos e riscos jusfundamentais – o que seria um esforço descabido –, nem tão-pouco de categorizar as suas principais espécies em função dos domínios jurídicos em que surgem e têm de ser geridos – *v.g.*, polícia e segurança interna, tecnologia genética, segurança alimentar, higiene e segurança no trabalho, saúde e medicamentos, segurança dos produtos e protecção do consumidor, emissões poluentes, radiações e controlo de substâncias químicas[731] –, mas apenas de debater a inclusão de determinadas fontes entre aquelas que, indubitavelmente, abrem caminho à inferência de deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Mais precisamente, a questão pode e deve ser declinada em relação a quatro agregados de perigos e riscos, sem embargo da grande heterogeneidade endógena destes:

a) Aqueles que, não obstante serem directamente causados por privados, contam na sua verificação com o contributo mais ou menos intenso do Estado;

b) Os chamados perigos da natureza;

c) Os perigos originados por ou em Estados estrangeiros;

d) E, finalmente, os perigos que têm a sua causa determinante na conduta do próprio titular do direito cuja protecção está em causa.

Significativamente, tudo casos em que – tal como sucede com o problema dos direitos das gerações futuras – a relação triangular de protecção jusfundamental se encontra afectada por um qualquer desvio: ou porque dois dos seus pólos têm uma relação de especial proximidade (ou promiscuidade); ou porque um deles é insusceptível de encarnar numa pessoa jurídica; ou porque está fora da jurisdição do Estado obrigado ao dever de protecção; ou ainda porque os dois pólos na base do triângulo se confundem na mesma pessoa.

Os problemas dogmáticos suscitados por estas quatro constelações de casos divergem muito entre si. No primeiro grupo, uma vez superada a sobredita "solução dos direitos de defesa", o problema é sobretudo de fronteira entre a tradicional função jusfundamental de defesa contra restrições determinadas pelos poderes públicos e a função de protecção relativamente a agressões perpetradas por privados. No segundo grupo, a questão é simultaneamente de fronteira e de fundamentação: fronteira, agora, entre a

[730] Num sentido próximo, DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 88.

[731] Para uma análise deste jaez: considerando o direito positivo germânico, STOLL, *Sicherheit*, pp. 13-226; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 65-166.

função estadual de defesa dos direitos fundamentais e os deveres públicos de actuação positiva baseados em princípios constitucionais objectivos e, em particular, no princípio do Estado Social; fundamentação subjectiva ou puramente objectiva dos mesmos deveres de actuação, com inerentes consequências na densidade da vinculação estadual. Por sua vez, no terceiro grupo de perigos, as interrogações desaguam na determinação do lugar dos direitos fundamentais num campo, como é o das relações internacionais, que se caracteriza ainda pelo brilho das prerrogativas soberanas do Estado e, ao mesmo tempo, pelos escolhos que este sente quando pretende fazer valer internacionalmente as suas posições. Por último, no quarto grupo de casos, o que está em jogo é a própria concepção dos direitos fundamentais enquanto direitos individuais da pessoa humana, na sua relação com a comunidade política – ou, por outras palavras, o lugar dos direitos fundamentais na escala axiológica (e ideológica) que se estende entre o individualismo moderado e o comunitarismo prudente.

I – Antes de avançar para a análise de cada um destes quatro grupos de casos, importa sublinhar que vigora neste âmbito das fontes do perigo e do risco como que um *princípio de irrelevância da origem da ameaça* para os direitos fundamentais – princípio segundo o qual o importante não está tanto em saber de onde vêm uns e outros, mas sobretudo para onde se dirigem. Os deveres de protecção estão *orientados* para os bens jurídicos jusfundamentalmente tutelados[732]: contando que a ameaça não provenha de uma fonte estadual, no sentido mais amplo possível desta expressão – caso em que o problema deve poder equacionar-se dentro da teoria dos direitos de defesa[733] –, será em regra indiferente saber se a ameaça para tais bens tem origem: na pessoa *x* ou numa pessoa desconhecida; numa pluralidade mais ou menos vasta de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; na actividade de uma, de várias ou de uma miríade de empresas; ou até, sem prejuízo da controvérsia existente, em fenómenos da natureza ou em pessoas ou organizações situadas fora do território do Estado.

Além de ser uma realidade indesmentível que várias das fronteiras entre as diversas fontes de perigos e riscos acima referidas estão longe de ser cortantes – o que, só por si, dificultaria o seu tratamento diferenciado –, a intencionalidade e a direcção dos deveres de protecção de direitos fundamentais convergem no sentido de conceder uma garantia de amparo tão extensa quanto possível a todos os bens e liberdades que dela careçam, não sendo legítimo adoptar um sistema de segregação dos diferentes perigos e riscos em função das suas origens, distinguindo por exemplo entre: velhos perigos (*v.g.*, criminalidade) e novos riscos (*v.g.*, poluição ambiental); perigos humanos e perigos da natureza; perigos internos (segurança interna) e perigos externos (defesa nacional). Uma posição de princípio que promovesse a diferenciação de tratamento entre as várias fontes de perigos e riscos, quer para excluir uns e incluir outros, quer para tutelar uns mais do que outros, não seria pois compatível com este entendimento dos

[732] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 76; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 103; STREUER, *Die positiven Verpflichten*, pp. 104; ROBBERS, *Sicherheit*, p. 124.
[733] LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 25 ss..

deveres de protecção *orientado para a salvaguarda* dos bens jurídicos fundamentais[734]. A vida humana é sempre a vida humana, independentemente da origem do perigo ou do risco que a ameaça. O seu valor – bem como as razões para a proteger – não mudam ao sabor das características particulares das agressões de que pode ser alvo.

II – Esta disposição dos deveres de protecção dirigida para os bens jurídicos jusfundamentais tem ainda por consequência uma tendencial indiferença da *natureza lícita ou ilícita da conduta* ou da actividade geradora do perigo ou do risco[735].

Não, obviamente, que a questão do *como* da protecção se coloque sempre em termos idênticos num caso e noutro. Mas a natureza lícita ou ilícita da fonte do perigo não é determinante para responder à questão do *se* da protecção e, em particular, no que toca à inferência ou não de deveres de protecção. Por vezes, o problema coloca-se mesmo na perspectiva inversa. Assim, há casos claros de condutas merecedoras de uma desvalor jurídico objectivo, como sucede no domínio penal, em que não só existem bens jurídicos fundamentais que é imperativo tutelar eficazmente, mas em que os deveres de protecção estão, eles próprios, entrelaçados com as disposições normativas que determinam a ilicitude. Inclusivamente, o cumprimento dos deveres de protecção no plano legislativo, através da incriminação penal, não desvincula o poder público de deveres de protecção secundária, zelando pelo respeito da moldura normativa de protecção previamente estabelecida. Em contrapartida, há também casos claros de condutas perigosas ou geradoras de riscos que são estruturalmente lícitas, correspondendo mesmo, no seu núcleo, ao exercício de direitos com ressonância constitucional, como a liberdade de iniciativa económica privada, a liberdade de investigação científica ou, tão-só, o livre desenvolvimento da personalidade ou a liberdade geral de acção. Uma conduta geradora de perigos para terceiros pode ser lícita, desencadear a dedução de deveres de protecção e, apesar disso, permanecer lícita em todo o seu alcance – como sucede, por exemplo, com a sujeição da comercialização de um certo produto a uma advertência oficial referente aos riscos da sua utilização[736].

Por outro lado, são muito frequentes as situações em que o exercício de certas actividades perigosas se encontra vedado à generalidade dos particulares, mas em que o legislador abre a possibilidade, uma vez reunidos determinados requisitos, de levantar a proibição e permitir o exercício dessa actividade por um ou mais particulares individualmente considerados. Ora, em tais situações, tanto a regra geral de proibição – isto é, de ilicitude –, como as regras especiais de permissão – ou seja, de licitude – podem estar, embora de maneiras diferentes, ao serviço da protecção de direitos fundamentais eventualmente afectados pelos perigos inerentes à actividade em causa. E casos há também em que a

[734] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 102-105.
[735] Sobre a noção de ilicitude, no confronto com a ilegalidade (e a inconstitucionalidade): J.P. SILVA, *Dever*, pp. 313 ss.; mas sobretudo C. SÁ, *Abuso*, pp. 465 ss., esp. pp. 496-514.
[736] Sob o prisma da unidade da ordem jurídica, M. CARMONA, *O acto*, esp. pp. 153 ss., e pp. 217 ss..

licitude ou ilicitude da conduta ou actividade geradora dos riscos é um problema de medida: só até certo limite ou até certo valor – *v.g.*, de emissões poluentes – a actividade é considerada lícita, sendo ilícita daí em diante. Não obstante, mesmo admitindo que esse valor-fasquia foi determinado normativamente tendo em mente a necessidade de concretização de um certo dever de protecção de direitos fundamentais – e que, portanto, a qualificação como ilícitas das intensidades superiores àquele limiar representa uma forma possível de cumprimento daquele dever –, mesmo assim, não se poderá dizer que só existe dever de protecção acima dos limites pré-estabelecidos. Nem sequer que os riscos jusfundamentais de intensidade inferior, porque lícitos, não mereceram e continuarão a não merecer protecção. Basta pensar nas regras de segurança a que muitas vezes fica obrigado quem produz emissões dentro dos limites legais. O tal valor-fasquia, demarcando a fronteira entre a licitude e a ilicitude, marca também uma inequívoca diferença de tratamento entre as condutas e actividades que se situam acima e abaixo – diferença no modo de lidar com os riscos em função da sua intensidade –, mas há uma coisa que não fixa: onde está e onde não está presente o dever de protecção de direitos fundamentais.

Por fim, se se considerarem neste contexto os perigos com origem em forças da natureza – perigos que, por definição, são completamente alheios à distinção jurídica entre licitude e ilicitude[737] –, torna-se claro que a figura dos deveres de protecção não está presa àquela dicotomia e que vive, em larga medida, à margem dela, orientada para garantir uma tutela eficaz e tão completa quanto possível aos bens jurídicos fundamentais desta carecidos.

7.1. Corresponsabilidade estadual por perigos de origem privada

Se há característica que, desde os primórdios do Estado Social, continua a marcar o modelo de estadualidade vigente é a da estreita imbricação entre a actividade privada e a actuação dos poderes públicos, sobretudo das instâncias administrativas. Não se trata sequer de uma característica que tenha perdido o vigor com a crise do Estado-providência e com os vários arquétipos sociais que, ao sabor de ideologias e orientações doutrinárias diversas, foram sendo mobilizados para a superar[738]: Estado pós-social, Estado-planificador, Estado-garantia, Estado-infraestrutural, Estado-regulador, Estado-propulsor, Estado-preceptor, entre outras, são todas designações que correspondem a perspectivas de evolução da sociedade e do Estado que não põem em causa o entrosamento entre o agir privado e a mão mais ou menos dirigente do poder estadual, entre a iniciativa particular e a conformação pública[739]. Bem pelo contrário, se há nota que se evidencia na concretização destes paradigmas estaduais mais recentes é,

[737] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 103.
[738] P. ROSANVALLON, *A crise*, *passim*; M. CARREIRA, *As políticas*, *passim*.
[739] Nomeadamente: M.J. ESTORNINHO, *A fuga*, pp. 47 ss.; M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 309; P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 7-12; V. MOREIRA, *Auto-regulação*, pp. 34-52; FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 397. Apontando diversas denominações por referência à questão ambiental, sobretudo "Estado-ambiental" e "Estado-precaução", CALLIESS, *Rechtsstaat*, p. 21 e pp. 30 ss..

precisamente, a da diversificação, complexificação, estabilização e institucionalização das formas de relacionamento entre os privados, indivíduos ou empresas, e os mil rostos do Estado e da sua Administração[740].

Não causa surpresa, assim, que um número muito significativo de perigos directa e imediatamente gerados por privados – e, portanto, a suscitar *prima facie* um problema de dedução de deveres de protecção – sejam na realidade desencadeados com o apoio da mão, mais ou menos oculta, mais ou menos possante, do próprio Estado e que, portanto, se torne legítima a interrogação sobre a corresponsabilidade deste – a qual, nessa exacta medida, poderá ter de aquilatar-se em sede de direitos de defesa e já não de deveres de protecção. Esta corresponsabilidade estadual, cujo sentido preciso continua em larga medida por esclarecer – oriunda da jurisprudência constitucional germânica, ela nunca viu aí o seu sentido adequadamente explicado[741] –, não deve, por isso mesmo, ser abandonada do ponto de vista dogmático como uma espécie de conceito intermédio, situado numa *zona cinzenta de transição* entre os deveres de respeito passivo (abstenção ou não restrição), próprios da dimensão de defesa dos direitos fundamentais, e os deveres de respeito pró-activo, próprios da dimensão de protecção[742].

É sabido que estes deveres de protecção se encontram numa relação de complementaridade com os deveres estaduais de não agressão, enquanto manifestações daquela que justamente tem sido considerada a função primária e tradicional dos direitos fundamentais. Ao passo que a tarefa de protecção dos direitos fundamentais funda deveres jurídicos do Estado de salvaguarda dos bens jurídicos jusfundamentais em face de ameaças não públicas – ou, para ser mais rigoroso, em face de ameaças não provenientes do próprio ente estadual que está vinculado ao direito fundamental em causa e encarregado de garantir a integridade do correspectivo bem jurídico –, já as pretensões originárias de defesa dos direitos fundamentais visam assegurar tais bens apenas e só contra agressões do poder público[743]. Assim é ainda que esta noção de agressão pública, ou de restrição estadual em sentido próprio, tenha revelado ao longo dos anos uma grande capacidade expansiva e de adaptação às novas formas jurídicas e materiais de actuação pública[744]. *Protecção* e *defesa* funcionam, em simultâneo, como dois escudos diferentes que garantem sensivelmente as mesmas realidades em relação a ameaças provenientes de autores distintos. Tomando uma certa ameaça como referência – e já não o bem jurídico em si mesmo e a estrutura jurídico-

---

[740] Referindo-se em geral ao Estado do presente como sendo marcado pela incerteza, complexidade e indeterminação, com reflexos no aparelho do poder e nas suas relações com a sociedade, CHEVALLIER, *L'État*, *passim.*

[741] Esta ideia de "corresponsabilidade do Estado", que foi avançada pelo próprio Tribunal Constitucional Federal na sua decisão de 1979 sobre o reactor nuclear de *Mülheim-Kärlich* (BVerfGE, 53, 30), reaparece na decisão *Fluglärm* (BVerfGE, 56, 54), tendo depois sido desenvolvida pela doutrina. Sublinhando o uso conjunto que o Tribunal faz dos conceitos de "dever de protecção" e de "corresponsabilidade": SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 95; KRINGS, *Grund*, p. 115.

[742] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 87. Também sublinhando a conexão entre a função de defesa e a função de protecção que se verifica nos casos de corresponsabilidade estadual: ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 205 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 355 e pp. 408-409.

[743] CALLIESS, *Rechtstaat*, pp. 307 ss..

[744] De forma paradigmática, sobre os problemas do alargamento do conceito de *"Eingriff"*, LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 25 ss., esp. 70-75.

normativa que o envolve –, os deveres de protecção e os deveres de não agressão apenas podem ser alternativos e já não cumulativos[745]. Numa palavra, a dedução de um dever concreto de protecção de direitos fundamentais tem como seu *pressuposto negativo necessário* a ausência de uma restrição ou agressão estadual, no sentido amplo que tem sido concedido a esta figura pela doutrina e pela jurisprudência. Se esse pressuposto não estiver verificado, não pode sustentar-se a existência de qualquer dever de protecção, uma vez que deveres de protecção do Estado contra si próprio é coisa que naturalmente não existe[746].

Deste modo, verificando-se concausalidade pública e privada na produção de um perigo ou de um risco para direitos fundamentais, é necessário sopesar a importância relativa de ambas as causas concorrentes e decidir qual das duas é determinante na produção da ameaça, tanto do ponto de vista material, quanto numa perspectiva jurídica. Se a causa determinante for pública, a ameaça jusfundamental haverá de ser imputada ao Estado e tratada essencialmente como uma restrição ou agressão estadual, fazendo-se actuar os direitos fundamentais no seu papel tradicional de posições de defesa. Se a causa principalmente determinante for privada, então sim, fica a porta aberta à dedução de um dever do Estado de protecção do direito fundamental em concreto sob ameaça. Por conseguinte, a ideia de corresponsabilidade do Estado não significa que o Estado seja apenas corresponsável por aquilo que faz. Pelo contrário, o Estado tem que ser não só integralmente responsável em relação a tudo aquilo que efectivamente faz, como também por tudo aquilo a que dá azo[747] – sendo-lhe imputáveis, a título de restrições ou agressões jusfundamentais, todas as condutas de privados que representem ameaças jusfundamentais e que foram por ele condicionadas em termos decisivos[748].

Quais sejam, em concreto, os critérios que permitem afiançar do carácter determinante ou decisivo da participação estatal é algo que tem de ser visto caso a caso, considerando os diferentes tipos de situações em que a influência pública se faz sentir sobre condutas privadas geradoras de perigos ou riscos. Na realidade, as condutas privadas que representam ameaças para direitos fundamentais e que, de uma forma ou de outra, se estribam em comportamentos activos ou passivos do Estado podem ordenar-se em seis grupos relativamente bem diferenciados. Por ordem crescente de relevância da conduta estadual, e sem qualquer pretensão de exaustividade, importa assim analisar as seguintes tipologias de condutas privadas geradoras de perigos e riscos jusfundamentais:

a) Condutas *passivamente aceites* pelo Estado;

b) Condutas *expressamente permitidas* pelo Estado;

c) Condutas *estimuladas ou apoiadas* pelo Estado;

---

[745] KRINGS, *Grund*, pp. 139-141; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 87-88.
[746] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 205.
[747] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 356; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 101.
[748] Sobre a distinção, neste contexto, entre "imputação" e "responsabilidade", MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 57 ss..

d) Condutas *materialmente possibilitadas* pelo Estado;

e) Condutas em relação às quais o Estado assume uma especial *posição de garante*;

f) Condutas *dirigidas ou impostas* pelo Estado[749-750].

7.1.1. Aceitação passiva

É sabido que os defensores da denominada "solução dos direitos de defesa"[751] – doutrina que, como se verificou, está longe de ser convincente –, entendem que a distinção entre a natureza pública ou privada da afectação de bens jurídicos fundamentais é acidental, uma vez que ambas dependem, em termos que se equivalem, do poder normativo ou executivo do Estado. Segundo esta concepção, não é possível configurar nenhum percurso de afectação privada de direitos fundamentais no qual o Estado não participe directa ou indirectamente, através de regulações jurídicas, de decisões jurisdicionais ou de intervenções executivas. Em cada conflito entre privados susceptível de conduzir à lesão de direitos fundamentais, o lesado (efectivo ou potencial) tanto pode ter, como não ter, a possibilidade de se defender por meios jurídicos. Mas sempre que a ordem jurídica não lhe concede essa disponibilidade de meios, isso significa que o lesante (efectivo ou potencial) beneficia de uma permissão silente para prosseguir a sua conduta lesiva e ele, em contrapartida, está vinculado a um dever de a tolerar – está, em suma, adstrito a um dever de padecimento. Para aquele sujeito que, numa querela jurídica entre privados, é colocado em semelhante posição de sujeição, o Estado surge como um agente indirecto do seu opositor ou do seu co-contraente, como um ajudante ou como um executante ancilar deste. O modo como se conforma juridicamente a conexão entre a permissão dirigida ao agressor e o dever de tolerância imposto ao afectado não desempenha qualquer papel de relevo. A simples não proibição da conduta geradora do perigo, a ausência de instrumentos de defesa aplicáveis ou o afastamento da possibilidade de autodefesa escondem sempre uma única imposição, no sentido de tolerar eventuais condutas agressivas oriundas de terceiros privados[752].

Porém, fora da referida corrente de pensamento, não é reconhecida semelhante coisa como essa dos *perigos ou riscos passivamente aceites* pelo Estado, no sentido de por ele serem implicitamente autorizados mediante simples não proibição expressa de condutas privadas e de, não obstante estarem na origem de determinadas ameaças para direitos fundamentais, terem que ser toleradas pelos respectivos

[749] Com algumas oscilações, é também esta a sistematização de: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 87 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 85 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 108 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 63 ss.; CALLIESS, *Rechtstaat*, pp. 310-311. Menos detalhadamente, DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 185-188.

[750] Na doutrina portuguesa, a propósito das intervenções restritivas indirectas ou mediatas, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 205 ss..

[751] Recorde-se principalmente: SCHWABE, *Probleme*, pp. 215-218; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 63-68; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 404-456.

[752] Seguindo a síntese de HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 93-94.

titulares[753]. A afirmação de que tudo o que não é expressamente proibido pelo Estado resulta permitido de forma implícita pode até invocar em seu favor uma concepção de liberdade com importantes pergaminhos. Precisamente aquela que, nos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirma: primeiro, que "a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outrem"; segundo, que os seus limites, destinados unicamente a assegurar aos outros membros da comunidade o gozo dos mesmos direitos, "apenas podem ser determinados pela lei"; terceiro, que "tudo aquilo que não é proibido por lei não pode ser impedido". Mas esta formulação histórica ignora, em contrapartida, a posição absolutamente central e inamovível que o princípio geral *neminem laedere* ocupa nas ordens jurídicas contemporâneas[754] – com manifestações várias positivadas e não positivadas, mas sempre com o seu epicentro no sistema da responsabilidade civil delitual[755]. Tal como desconsidera o sentido profundo da juridicidade inerente ao sistema de princípios constitucionais e, em última análise, a própria distinção entre lei e Direito.

Por isso, quando o Estado se limita a não interditar especificamente certa actividade ou conduta privada geradora de perigo para direitos fundamentais de titulares determinados – confiando, no fundo, na força irradiante da dita máxima *neminem laedere*, quando não também na intrínseca juridicidade de axiomas constitucionais estruturantes como o princípio da justiça ou o princípio da protecção da confiança[756] –, afigura-se descabido aventar com a possibilidade de imputar ao Estado, nem sequer sob a fórmula imprecisa e difusa da corresponsabilidade, a ameaça jusfundamental em questão e, menos ainda, quaisquer lesões que entretanto possam produzir-se[757]. Se há limites de aderência à realidade que a dogmática jurídica deve procurar não transpor, um deles é provavelmente o de não converter uma simples omissão, que pode ter inúmeras interpretações ou até não ter nenhum significado específico, numa acção positiva que, apesar de ficcionada, viria a desencadear uma consequência muito marcante: a de imputar a um sujeito aquilo que, em boa verdade, foi unicamente feito por outro sujeito, de acordo com os seus interesses próprios e em seu benefício exclusivo[758]. Ainda que o conceito clássico de restrição tenha seguido um caminho que lhe permitiu abarcar lesões não-finais, não-normativas, meramente fácticas e indirectas, tem permanecido constante a exigência de que se trate de verdadeiras *actuações* estaduais[759].

---

[753] DIRNBERGER, *Recht*, pp. 92-97; KRINGS, *Grund*, pp. 102 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 68; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 93-97; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 38-50.

[754] Não inteiramente convencido pelo argumento, JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 38.

[755] Vejam-se as formulações presentes: nº 1 do artigo 483º do Código Civil; § 823 do BGB; artigo 2043º do *Codice Civile*; artigos 1382º e 1383º do *Code Civil*; e artigo 1092º do Código Civil espanhol.

[756] Sobre o princípio da justiça: D.F. AMARAL, *O princípio*, pp. 685 ss.; numa análise fundamentalmente jurisprudencial da protecção da confiança, J. NOVAIS, *Os princípios*, esp. pp. 261 ss.; também M.G. GARCIA / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 266º*, pp. 558 ss..

[757] Como corolário de uma concepção de fundo sobre os direitos fundamentais nas relações entre particulares: CANARIS, *Direitos*, p. 62; também ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 128-129.

[758] ALEXY, *Teoria*, pp. 441-446; JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 68; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 93-94; KRINGS, *Grund*, pp. 104-111.

[759] KRINGS, *Grund*, p. 107.

7.1.2. Permissão expressa

Subindo um degrau na escala da participação estadual em condutas ou actividades desenvolvidas de sujeitos privados, surgem os *perigos e riscos expressamente permitidos* pelo Estado, mediante acto jurídico-público dirigido de modo específico à produção desse efeito, independentemente da sua concreta configuração e *nomen juris*: autorizações em sentido estrito, autorizações constitutivas, licenças, habilitações, dispensas[760] – mas já não as concessões[761].

O problema coloca-se aqui em dois planos diferentes, embora interligados, que todavia surgem confundidos na ideia de corresponsabilidade estadual[762]. Primeiro, a sujeição de uma certa actividade privada geradora de perigos a um procedimento autorizativo em sentido amplo pode ou não corresponder ao cumprimento, por parte do Estado-legislador, de um dever de protecção de direitos fundamentais a que o mesmo esteja constitucionalmente vinculado? Segundo, caso a resposta à primeira interrogação seja positiva – como não é difícil antever –, é o Estado autorizante ou é o particular autorizado que responde, perante os privados titulares dos direitos fundamentais ameaçados, pelo exercício da actividade privada expressamente permitida? Se for o Estado, tudo se reduzirá à dimensão de defesa dos direitos fundamentais. Caso seja o privado, a dimensão de protecção jusfundamental, apesar de já presente no procedimento autorizativo prévio – onde aliás pode confrontar-se, reversamente, com pretensões de defesa – alongar-se-á no tempo para o período de exercício da actividade autorizada, em particular sob a forma de deveres estaduais de informação, vigilância, fiscalização ou sancionamento.

I – Quanto ao primeiro ponto, facilmente a resposta se adivinha positiva. A par da denominada protecção penal – de que ficaram célebres as decisões sobre o dever de protecção da vida intra-uterina[763] – e da actividade comunicacional do Estado – *maxime* quando exercida sob a forma de obrigações de informação ou advertências estatais[764] –, a sujeição a autorização de actividades privadas que possam apresentar-se como ameaçadoras para bens jurídicos básicos de outros indivíduos constitui uma das formas mais típicas de *cumprimento legislativo* do dever de protecção de direitos fundamentais. Note-se, não obstante, que estando agora em causa uma actuação estadual positiva – já não apenas a simples ausência de uma proibição expressa – e como a protecção se faz por regra à custa do sacrifício de direitos de outrem, é comum que a sujeição de certa actividade privada a autorização pública, dependendo das

[760] Sobre o problema, com referência às autorizações em sentido amplo: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 90-97; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 85-88; KRINGS, *Grund*, pp. 111-116; JAECKEL, *Schutzpflichten*, 68-76; M. CARMONA, *O acto*, pp. 355 ss..

[761] Sustentando a natureza substancialmente diferente destas últimas, relativamente aos actos autorizativos em sentido amplo, P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 78-82.

[762] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 92.

[763] De novo, as decisões *Schwangerschaftabbruch I* (BVerfGE 39, 1) e *Schwangerschaftabbruch II* (BVerfGE 88, 203).

[764] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 385 ss..

características daquela e da configuração e nível de exigência desta última, seja (também) encarada na perspectiva inversa das restrições a posições jusfundamentais (de terceiros)[765].

Para que a submissão de actividades perigosas a autorização pública constitua um instrumento paradigmático de protecção jusfundamental contribui em termos decisivos a plasticidade dos procedimentos autorizativos, traduzida numa grande adaptabilidade às posições jurídicas em jogo e aos objectivos visados, bem como a sua consabida imbricação com regras e princípios de organização[766]. Para chegar a esta conclusão bastaria recordar a orientação geral seguida pela jurisprudência constitucional germânica a respeito do procedimento autorizativo a que o funcionamento das centrais nucleares tem de estar sujeito, bem como as exigências que esse mesmo procedimento tem de satisfazer para que os direitos dos cidadãos possam considerar-se salvaguardados em termos constitucionalmente adequados[767]. Mais importante é, no entanto, ter consciência não apenas da diversidade de âmbitos da vida económica e social em que o Estado se arroga o poder de permitir o exercício de actividades arriscadas por sujeitos privados, como também da correspondente multiplicidade dos instrumentos jurídicos de que ele se serve para tal efeito. Na realidade, quase nada se fazendo hoje nos mundos económico e técnico-científico sem a anuência ou, pelo menos, sem o conhecimento prévio do próprio Estado, este tem que manusear em permanência uma instrumentação diferenciada que lhe permita reagir adequadamente, dentro dos intrincados sistemas de proibições e permissões que definiu, aos diversos tipos de solicitações que lhe são dirigidas pelos particulares.

Naturalmente, nem sempre neste universo dos actos permissivos estaduais está em causa a protecção activa de direitos fundamentais em face de ameaças não públicas – nem sequer a salvaguarda dos mesmos direitos sob a perspectiva tradicional do controlo negativo do seu exercício recíproco[768]. Longe disso, a própria figura jurídica clássica da autorização administrativa – que foi moldada à imagem de um Estado liberal zeloso das liberdades individuais e da compatibilização do seu uso com as liberdades de terceiros – revelou-se posteriormente como uma importante "técnica ao serviço do intervencionismo público". Tem-se mesmo registado uma distensão da ideia de perigo para além dos respectivos limites semânticos, ao ponto de se permitir a qualificação de uma actividade, "no plano económico, como perigosa, não apenas quando resulte lesiva para a saúde ou para a ordem pública, mas também quando possa vir a afectar a regularidade da produção ou a liberdade das trocas comerciais"[769]. De resto, com o definhamento dogmático da noção liberal de polícia, e em razão do alargamento progressivo das áreas de

---

[765] É fundamentalmente a perspectiva de LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 178-203, esp. 196 ss..

[766] Sobre esta imbricação entre procedimento (de protecção de direitos fundamentais) e organização, ALEXY, *Teoria*, pp. 454 ss.; SCHMIDT-AβMANN, *Grundrechte*, pp. 993 ss.; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 328 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 232 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 320-349. Mais genericamente, sobre protecção de direitos fundamentais mediante formalização de procedimentos, BERGNER, *Grundrechtsschutz*, pp. 105-159;

[767] Em causa estão as célebres decisões *Kalkar I* (BVerfGE, 48, 89), *Mülheim-Kärlich* (BVerfGE, 53,30), e *Kalkar II* (BVerfGE, 81, 310).

[768] E.G. ENTERRíA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, p. 134.

[769] C.A. GOMES, *Risco*, p. 531.

intervenção do Estado Social, "a autorização passou a ser um instrumento generalizado de controlo dinâmico de actuações privadas, promovendo a satisfação também de interesses públicos (…), revolucionando-se internamente o seu conteúdo em resultado dos acrescidos poderes conformadores da Administração"[770].

Por conseguinte, se as denominadas técnicas autorizantes constituem certamente uma metodologia privilegiada de protecção de direitos fundamentais, elas não só têm de competir muito de perto com outros instrumentos protectores – tanto preventivos como repressivos[771] –, como aliás nem sempre a sua aplicação é constitucionalmente tolerável, em atenção sobretudo ao facto de o direito que o potencial agressor pretende exercer na relação jusfundamental ser estruturalmente avesso a procedimentos de autorização – o que redundaria numa restrição inadmissível[772]. A relação entre as *técnicas autorizativas* e as *técnicas de concretização dos deveres de protecção* é, pois, graficamente representável por duas circunferências secantes.

II – Tomando esta conclusão intercalar, interessa então responder à segunda interrogação acima apresentada: perante os privados titulares dos direitos fundamentais ameaçados, é o Estado autorizante ou o particular autorizado que assume a responsabilidade pelos riscos decorrentes do exercício da actividade privada expressamente permitida? Numa palavra, o perigo autorizado traduz-se conceptualmente numa (simples) agressão privada ou antes numa restrição estadual?

A pergunta, apesar de aparentemente simples, não pode ser respondida de imediato, sem primeiro tomar em conta a já referida diversidade do instrumentário estadual de permissão de actividades privadas. Com efeito, mesmo deixando à margem as múltiplas variações conceptuais e terminológicas – *v.g.*, autorizações em sentido estrito, autorizações constitutivas, autorizações vinculadas e discricionárias, licenças, habilitações, dispensas – é legítima a interrogação sobre se a clássica distinção entre *autorizações* e *licenças* pode ser ainda relevante no que se refere à repartição de responsabilidades, entre o Estado e os privados, pelos perigos que ameaçam os direitos fundamentais.

São sobejamente conhecidos os termos dessa distinção: "a autorização é o acto administrativo pelo qual a administração pública permite ao seu destinatário que exerça um direito ou uma competência preexistentes"; em contrapartida, "a licença é o acto administrativo pelo qual a administração pública atribui ao seu destinatário o direito de exercer uma actividade relativamente proibida"[773]. A diferença

[770] C.A. GOMES, *Risco*, p. 537.
[771] Adoptando esta dicotomia, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 329-331.
[772] Referindo-se acidentalmente à incompatibilidade entre certos direitos fundamentais e procedimentos autorizativos (preventivos): C.A. GOMES, *Risco*, p. 536 e pp. 542-543; J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 872-873; J. MACHADO, *Liberdade*, p. 772; G. ENTERRíA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, p. 137. Em geral, sobre a relação entre as margens de discricionariedade administrativa – ineliminàveis nas autorizações – e direitos fundamentais: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 326 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 734-735; S. CORREIA, *Legalidade*, pp. 338-340; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 823 ss..
[773] M.R. SOUSA / A.S. MATOS, *Direito Administrativo*, III, p. 99.

entre a autorização e a licença reside, portanto, na circunstância de a primeira se limitar a descondicionar o exercício de uma posição jurídica da qual o seu destinatário já detinha a titularidade, enquanto a licença constitui *ex novo* essa posição jurídica na esfera do destinatário[774]. Ora, quando aplicada à permissão do exercício de direitos fundamentais, sobretudo de direitos, liberdades e garantias – os quais, em certo sentido, se caracterizam precisamente pela sua conatural preexistência (nº 1 do artigo 18º) –, esta distinção poderia de facto revelar-se prenhe de consequências jurídicas[775]. Sobretudo se se acrescentar que, nas respectivas formas estereotipadas, as autorizações são essencialmente actos vinculados, enquanto as licenças são actos dominantemente discricionários, ficaria aberta a porta para responsabilizar os próprios particulares *autorizados* pelos riscos da sua actividade *(präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt)*, mas para imputar ao Estado as consequências nocivas das actividades por si *licenciadas (repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt)*[776].

A realidade, porém, é distinta e bem mais complexa. Efectivamente, são também conhecidas as razões da chamada "crise do conceito de autorização", motivada tanto pela insuficiência do binómio "autorização/licença" em face dos dissemelhantes graus de conformação e discricionariedade administrativas, quanto pela dissolução das próprias premissas teóricas da distinção[777] – a que naturalmente acresce a constante utilização imprecisa de ambos os termos pelos legisladores[778-779]. De facto, atendendo apenas a razões substanciais, verifica-se que a circunstância de o instituto jurídico da autorização pressupor a titularidade de um direito subjectivo preexistente é dificilmente compaginável, numa ordem jurídica dominada pelo princípio da unidade, com a *perigosidade* e mesmo com a *ilicitude* (civilista) das actividades em causa (nas relações horizontais) – haja em vista a ideia de proibição relativa, sob reserva de permissão –, ambas geradoras da necessidade de submeter o exercício do dito direito a um controlo prévio, visando articulá-lo com as liberdades dos demais e com o interesse público. Acresce que este sistema dito de proibição preventiva com reserva de permissão, quando aplicável às autorizações em sentido estrito, deixa por explicar como é possível "conceber um direito [preexistente] que em nenhuma das suas faculdades pode ser exercido antes de emitida a autorização" e sem que, ao mesmo tempo, se vislumbre "nesta um qualquer efeito constitutivo" – isto quando tudo parece indicar que "o direito que o titular pode exercitar, nos termos da autorização, resulta num conjunto de faculdades *atribuídas* e não

---

[774] No mesmo sentido: D.F. AMARAL, *Curso*, II, pp. 256-258; R. SOARES, *Direito Administrativo*, pp. 107 ss..

[775] Retirando consequências precisas da distinção, a que acrescenta a "comunicação prévia", V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 329 ss..

[776] No direito germânico, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 90-91, embora concluindo, na p. 96, pela unidade de tratamento de ambos os institutos.

[777] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 520 ss.; P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 71 ss., esp. p. 74; E.G. ENTERRíA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 133 ss..

[778] Servem de exemplo das discrepâncias legislativas o Regime da Urbanização e da Edificação (D.L. nº 555/99, de 16 de Dezembro), a Lei da Água (Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro), e o Regime da Licença Ambiental (D.L. nº 173/2008, de 26 de Agosto).

[779] Daí também uma certa liberdade de linguagem utilizada no texto, em que os termos "autorização" ou "acto autorizativo" surgem utilizados em sentido amplo, compreendendo não apenas as licenças como os demais actos permissivos.

reconhecidas"[780]. Esquematicamente, "a autorização como acto de remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes esteve, desde o início, em contradição flagrante com o seu objectivo: a prevenção (…). Depois, se a remoção dos limites tinha que passar necessariamente pelo crivo da decisão administrativa, mais ou menos discricionária, então tornava-se difícil sustentar o carácter [simplesmente] declarativo da autorização" relativamente a uma posição jurídica prévia e já subjectivada[781].

Ademais, duas outras razões contribuem para o definhamento da distinção entre autorização e licença e, em geral, de todas as tentativas feitas nos moldes habituais de compartimentação das diferentes figuras de permissão estadual. Uma reside no facto de a distinção que lhes serve de pressuposto assentar sobre uma concepção de *liberdade natural* – a autorização importaria a reconstituição dessa mesma liberdade natural[782] –, concepção essa que, sendo tipicamente liberal, parece afigurar-se hoje jurídico-constitucionalmente claudicante, em especial quando aplicada a direitos como a propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada[783]. A outra razão deriva da insensibilidade das diferentes categorias tradicionais de actos autorizativos às dimensões procedimentais ínsitas nos próprios direitos fundamentais, mormente às novas visões do procedimento administrativo como espaço especialmente vocacionado ao exercício, protecção e defesa desses mesmos direitos[784].

i) Com efeito, quanto à primeira razão, basta olhar para a forma como se encontram hoje redigidos os artigos 61º e 62º, com cláusulas de evidente subordinação a parâmetros constitucionais e legais e ao interesse geral[785] – resultantes do percurso de socialização a que foram sujeitos tais direitos ao longo de grande parte do século XX[786] –, para perceber que é absolutamente irrealista, no confronto com uma lei proibitiva de uma actividade que comporta riscos para terceiros, falar com respeito a tais direitos de posições jurídicas preexistentes e subjectivadas. Salvo casos muito particulares, não se vê como descortinar na liberdade de iniciativa económica ou na propriedade, atendendo ao modo como se encontram consagrados na Lei Básica e considerando toda a armadura jurídica do Estado Social, uma espécie de poder pré-constitucional de exercer certa actividade como uma *faculdade natural de acção*, sobretudo quando uma e outra estão longe de ser inócuas quanto aos direitos de terceiros. E, para este efeito, é irrelevante que a lei ordinária reguladora da actividade em questão tenha estabelecido uma proibição relativa (preventiva) ou uma proibição absoluta (repressiva) – se é que a distinção é viável –, ou

[780] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 522-523.
[781] C.A. GOMES, *Risco*, p. 537. Também M. CARMONA, *O acto*, pp. 355 ss.. Distinguindo, precisamente, autorizações vinculadas e discricionárias, ENTERRíA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, pp. 140-142.
[782] P. GONÇALVES, *A concessão*, p. 72.
[783] LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 75 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 87; KRINGS, *Grund*, pp. 109-110. Em geral, HÄBERLE, *Die Wesengehaltsgarantie*, pp. 183 ss..
[784] V.P. SILVA, *Em busca*, esp. pp. 433 ss.; GOERLICH, *Grundrechte*, esp. pp. 343 ss.; BERGNER, *Grundrechtsschutz*, pp. 105 ss. e pp. 161 ss..
[785] Numa aproximação geral: E. MENDES, *Anotação ao artigo 61º*, pp. 1191 ss., R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 62º*, pp. 1254 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 791-792, e pp. 801-802.
[786] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 56 ss..

que tenha configurado as excepções à regra proibitiva como autorizações tendencialmente vinculadas ou como licenças razoavelmente discricionárias. Mais do que quaisquer outros direitos fundamentais, a liberdade de iniciativa económica privada e a propriedade são "direitos *a priori"* – no exacto sentido que esta expressão tem na teoria dos direitos fundamentais como princípios[787] –, o que é bem diferente, senão mesmo o contrário, de serem *direitos preexistentemente subjectivados* por referência a uma qualquer decisão vindoura de uma autoridade pública. Os direitos em causa podem ser esgrimidos como *armas* argumentativas pelos respectivos titulares, mas não podem por si ditar o resultado final da contenda, antes de qualquer operação de ponderação de razões de sinal contrário.

Nada do que acaba de ser dito contradiz a qualificação usual dos direitos em apreço como direitos de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, nem tão-pouco põe em causa um certo sentido de pré-estadualidade que acompanha todos os direitos fundamentais que se situam numa relação de maior proximidade com a dignidade da pessoa humana[788]. Sentido que, como se sabe, está em sintonia com a função essencialmente declarativa da generalidade das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais[789]. Se, por um lado, a analogia com os direitos, liberdades e garantias brota apenas da estrutura claramente negativa da liberdade de iniciativa e da propriedade, por outro lado, não pode confundir-se a ideia de *precedência ontológica* (do núcleo) de cada um dos direitos em relação ao Estado e à Constituição – o que equivale, de certo modo, apenas a reconhecer a sua fundamentação transpositiva – com uma pretensa *índole natural ou pré-estadual* dos mesmos enquanto direitos definitivos e dotados de grande complexidade estrutural – qualidades que, em rigor, apenas a sua inserção na ordem jurídica positiva de um concreto Estado de Direito pode conferir[790]. Como é evidente, não é preciso estar disposto a abraçar uma perspectiva hegeliana – segundo a qual toda a verdadeira liberdade é estadual e juridicamente constituída[791] –, para se recusar a certos direitos fundamentais, nessa sua mesma qualidade – em particular à liberdade de iniciativa económica e ao direito de propriedade –, uma qualquer espécie de pré-existência antes mesmo de existirem juridicamente.

ii) No tocante à segunda razão, é inegável que a dicotomia entre autorização e licença é muito anterior à novel compreensão dogmática que coloca os direitos fundamentais e o procedimento numa relação de interdependência recíproca, sublinhando o significado material do direito adjectivo e procedendo mesmo à incorporação de posição procedimentais entre o conteúdo de vários daqueles

---

[787] ALEXY, *Teoria*, esp. pp. 129-138; BOROWSKY, *Grundrechte*, *passim*, esp. pp. 61-98; e também *La estructura*, esp. 47-64.
[788] KRINGS, *Grund*, pp. 108 ss.; LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 75 ss..
[789] Neste sentido, por todos: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 215 ss.; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 15 ss., e pp. 46 ss..
[790] Referindo-se à pré-estadualidade do "conceito de liberdade", por contraposição à estadualidade dos "direitos de liberdade", KRINGS, *Grund*, pp. 108-109. Por seu turno, distinguindo "liberdades" naturais e constituídas de "posições jurídicas" naturais e constituídas, LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 85-86.
[791] LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 82-84, sublinhando a continuidade desta tese na visão institucionalista dos direitos fundamentais de Häberle.

direitos considerados como um todo[792]. Ora, assumindo essa concepção como pano de fundo, bem como o facto de ser hoje impensável que um qualquer acto permissivo de uma actividade potencialmente perigosa e lesiva dos direitos fundamentais de terceiros não seja precedido de um procedimento rigoroso, agora não é mais a qualificação do acto final que é decisiva – a sua arrumação numa gaveta bem definida, sob o *nomen juris* de autorização, licença ou outro semelhante –, mas sim a conformação do *iter* decisório e a sua adequação à natureza dos direitos fundamentais em confronto e cuja ponderação tem de ser realizada. A distinção entre autorização e licença é insensível àquilo que no presente se afigura essencial e que é, bem entendido, a diversidade dos modelos procedimentais exigidos pela protecção dos direitos fundamentais como pressuposto indispensável das decisões estaduais autorizantes. Apenas em termos exemplificativos, podem apontar-se os seguintes modelos, que compreendem também uma opção quanto à densidade dos poderes a exercer pela Administração: o procedimento como pré-requisito da garantia de um direito; o procedimento (e a organização) como instrumentos funcionais de realização das condições necessárias ao exercício efectivo de um direito; o procedimento como forma de abrir aos interessados um espaço de participação e defesa dos seus direitos frente ao poder; procedimento como meio de harmonização de posições jusfundamentais conflituantes nas relações entre privados; procedimento como caminho para assegurar uma ablação justa de direitos fundamentais[793].

Por conseguinte, sempre que a liberdade de iniciativa económica ou o direito de propriedade são convocados como fundamento para obter do Estado uma permissão para o exercício de uma actividade que comporta riscos jusfundamentais – independentemente da designação do acto permissivo –, o que verdadeiramente interessa são as funções que o conjunto dos direitos fundamentais envolvidos, incluindo os dos contrainteressados, exigem ao procedimento que preencha. Se, em vez dos dois direitos analisados, estivesse em questão a liberdade de investigação científica ou outro direito cujo exercício possa comportar riscos, a resposta seria muito provavelmente diferente. Não obstante, a pergunta permaneceria imutável: quais, de entre as funções enunciadas, é suposto o procedimento decisório satisfazer?

III – Confirmado que está, pois, o esvaziamento da distinção entre autorização e licença e, sobretudo, assente a sua inviabilidade à luz de uma perspectiva constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, resta dar resposta à questão principal. Independentemente da designação do acto jurídico de permissão, devem imputar-se ao Estado, como obra sua, os riscos jusfundamentais decorrentes de actividades privadas por ele expressamente permitidas?

---

[792] Os passos mais decisivos são de HÄBERLE, *Grundrechte*, pp. 43 ss.; e de HESSE, *Bestand*, pp. 434 ss.. Posteriormente: ALEXY, *Teoria*, pp. 454 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 320 ss.. Em Portugal, G. CANOTILHO, *Tópicos*, pp. 4 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 52-59.

[793] Segue-se muito de perto G. CANOTILHO, *Tópicos*, pp. 20 ss..

Sem mais delongas, a resposta afigura-se negativa[794]. Não porque, como se afirmou já, uma coisa seja a permissão propriamente dita – que tem o Estado por autor –, outra seja a utilização efectiva dessa permissão – que, não sendo obrigatória, conduziria sempre a responsabilidade na direcção do particular[795]. É verdade que a autorização permite a actividade autorizada, sem contudo a impor. Porém, tal distinção é artificial na medida em que, na posse de um acto permissivo, não é razoável esperar que o respectivo titular se iniba de o utilizar nos termos definidos, nem o Estado tem legitimidade para exigir qualquer espécie de autocontenção dos privados a respeito dessa utilização[796]. Da mesma forma, também parece retórico o argumento segundo o qual o Estado não autoriza expressamente os perigos que afectam os direitos de terceiros, autorizando antes e apenas uma certa actividade malgrado os perigos que ela pode envolver. Uma coisa seria a actividade, outra os seus efeitos positivos ou negativos. Um argumento deste jaez só poderia proceder se a actividade em causa tivesse que ser expressamente permitida por acto estadual mesmo se não acarretasse quaisquer perigos. Não sendo assim, o Estado não pode fazer de conta que desconhece (todas) as consequências da actividade a que dá luz verde. Determinante parece ser, isso sim, o facto de a actividade geradora dos riscos ser intrinsecamente privada e de essa natureza não se alterar apenas pelo facto de o respectivo exercício ter sido submetido a controlo estadual – controlo que se inicia com o procedimento destinado à prática do acto permissivo, mas que em regra não tem de ficar-se por aí.

De um prisma substancial, e sem prejuízo das inevitáveis situações de fronteira, "a autorização diz respeito a actividades privadas", exercidas por particulares no seu próprio e exclusivo interesse[797]. Apenas em situações muito especiais, a essa actividade privada pode corresponder também, reflexamente, um interesse público específico – para além do interesse público geral do desenvolvimento económico, social ou cultural. Daí que no caso das concessões, o problema dos riscos causados pelas actividades desenvolvidas pelos concessionários se coloque em termos completamente diversos. Afinal, "a concessão diz respeito a actividades públicas", relativamente às quais se pode falar de "actividades *da* Administração" e de "tarefas que a lei lhe incumbe", em que aquela "não tem apenas o dever de garantir certos resultados, mas, mais do que isso, tem o dever de exercer as actividades susceptíveis de alcançar esses resultados"[798]. Nos simples actos autorizativos, existe certamente uma *responsabilidade pública de controlo*, mas já não existe uma *responsabilidade pública de resultado* – o que só excepcionalmente poderia ocorrer, mormente nos casos em que ao interesse privado correspondesse também um interesse

[794] Neste sentido: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 85-88; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 68-76; KRINGS, *Grund*, pp.111-116; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 91-99; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 83-97; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 128-129; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss.; CANARIS, *Direitos*, p. 62. Contra, além obviamente dos clássicos defensores da "solução dos direitos de defesa", como MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 61-62, também LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte*, pp. 178 ss..

[795] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 85-86; JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 72.

[796] M. CARMONA, *O acto*, p. 361.

[797] P. GONÇALVES, *A concessão*, p. 80; M. CARMONA, *O acto*, esp. pp. 361 ss.

[798] P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 80-81. Todavia, descrente da possibilidade de separar autorizações e concessões com base no critério da "titularidade da actividade", C.A. GOMES, *Risco*, pp. 551-554.

público muito específico (nº 1 do artigo 86º) –, nem muito menos pode pensar-se numa qualquer *responsabilidade pública de actividade*, que se verifica tão-somente nas concessões[799]. As actividades em causa ou são levadas a cabo por pessoas ou entidades privadas ou não são prosseguidas de todo.

O critério de imputação há-de ser, simplesmente, aquele que distingue actividades estaduais, por um lado, e actividades não-estaduais apenas submetidas por lei ao controlo do Estado, por outro, nas quais este não prossegue outro interesse público que não o de evitar ou minimizar eventuais danos ou perigos resultantes para os demais membros da comunidade[800]. Quanto a estas últimas actividades, numa perspectiva constitucional, uma simples autorização administrativa não é o suficiente para lhes subverter a natureza. Ainda que não se possa falar de uma *liberdade natural* ou de um *direito constitucional definitivo* capazes de legitimar só por si o exercício privado de uma actividade geradora de perigos jusfundamentais, também não existe na Constituição uma disposição que proíba genérica ou especificamente as actividades com tais características. Muito pelo contrário, o Estado não se encontra numa posição em que possa livremente interditar em absoluto a sua prática[801]. Daí que, após a intervenção mediadora do legislador, o acto de autorização, se não se limita a tornar livre o exercício de um direito subjectivo preexistente, também não se apresenta como verdadeiramente constitutivo no sentido de criar do nada algo que era de todo inexistente (ou proibido) no plano constitucional[802]. Na linguagem da teoria dos direitos fundamentais como princípios, a actuação do legislador e a concessão da autorização servem o propósito de converter em definitivo um direito que existia já na ordem constitucional mas apenas como um direito *prima facie*.

É bom não esquecer, entretanto, que a autorização de uma actividade perigosa constitui inevitavelmente um acto de duplo efeito ou – em bom rigor – de duplos efeitos recíprocos e inversos: em relação ao requerente, ele começa por ser um acto de sentido favorável, mas não deixa de condicionar o exercício da actividade; relativamente àqueles que são afectados pelos perigos (e que na lógica do triângulo jusfundamental não devem ser designados por terceiros), ele começa por assumir uma função de protecção, embora não deixe também de ter um efeito desfavorável para o futuro, expondo-os a um conjunto mais ou menos extenso de riscos residuais. Assim é, independentemente de se utilizarem ou não os expedientes jurídicos da fixação de limites máximos ou de plafonamento. Não obstante, quando o legislador ordinário submete determinados modos de conduta privados causadores de perigos a uma reserva de autorização, sujeitando-os a um controlo estadual reforçado, ele não visa agravar a posição jurídica dos potenciais afectados, mas antes melhorá-la em relação ao momento pré-legislativo[803]. Por isso, não faz sentido transformar o legislador e as autoridades chamadas a aplicar a lei em vítimas dos seus

[799] P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 81-82.
[800] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 87.
[801] DIRNBERGER, *Recht*, p. 87.
[802] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 86. JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 71; KRINGS, *Grund*, p. 110.
[803] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 74; DIRNBERGER, *Recht*, p. 87.

próprios esforços de protecção, imputando-lhes esses riscos como restrições estaduais[804]. Os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa até podem ser chamados para analisar as medidas estaduais de fixação legal dos pressupostos da autorização e dos limites a respeitar – afinal, a protecção jusfundamental tem sempre o seu reverso. Daí em diante, já não podem razoavelmente ser convocados contra os perigos decorrentes da condução de uma típica actividade privada[805]. De resto, em regra, a autorização estadual não tem sequer um efeito legitimador genérico dos perigos – e, por maioria de razão, dos eventuais danos – originados pelas actuações consentidas por decisão pública, nem vincula aqueles que vêem os seus bens jurídicos fundamentais afectados a aceitá-los passivamente ou a quaisquer outros deveres específicos[806].

Precisamente, é em relação aos ditos riscos residuais – no sentido em que atravessam o crivo do procedimento de autorização e se prolongam depois no tempo[807] – que se afirma a sua natureza de agressões privadas, a equacionar somente em sede de dever de protecção, e não já de restrições estaduais. Se porventura esses perigos se afigurarem *ab initio* ou se vierem a revelar-se supervenientemente como demasiado intensos e gravosos, três alternativas se colocam: ou as medidas legislativas e administrativas de protecção que desaguaram no acto de autorização são insuficientes ou inadequadas; ou são necessárias medidas de protecção complementares que acompanhem a utilização da autorização durante o seu período de vigência (*v.g.*, medidas de supervisão ou monitorização da actividade, medidas de informação, medidas de segurança adicionais); ou as duas coisas ao mesmo tempo[808]. Em qualquer dos casos, a solução para o problema não passa por forçar a imputação dos riscos em apreço ao Estado, como se de medidas restritivas da autoria deste se tratasse. Alguns dos riscos poderiam até não ser perfeitamente conhecidos, nas suas características e intensidade, no momento em que o exercício da actividade foi legalmente sujeito a autorização ou no momento em que esta foi concedida. A solução passa antes pelo ajustamento ou aprimoramento do sistema já estabelecido de protecção dos direitos fundamentais frente a riscos que permanecem privados, tanto segundo o critério de autoria, quanto segundo o critério do interesse prosseguido.

A tese inversa – ainda que não totalmente assimilável à "teoria da convergência estatista"[809] –, que procura imputar ao Estado como restrições todos os riscos residuais autorizados, prova claramente em demasia[810]. Por três razões fundamentais. Primeiro, por causa do efeito bloqueador a que forçaria o Estado em relação ao desenvolvimento da autonomia privada, sobretudo no domínio da investigação e da utilização de novas tecnologias[811]. Segundo, porque deixa o particular completamente à margem do

[804] KRINGS, *Grund*, p. 112.
[805] KRINGS, *Grund*, p. 115 (e, não obstante, p. 128).
[806] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 90, 94 e 97.
[807] Não no sentido preciso que a expressão tem no domínio da energia nuclear, como riscos socialmente aceitáveis: LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, esp. pp. 52 ss..
[808] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 74.
[809] Em especial, CANARIS, *Direitos*, p. 69.
[810] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 220.
[811] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 97.

problema, desresponsabilizando-o na íntegra pelas consequências negativas de condutas que ele desenvolve no seu próprio e exclusivo interesse e ao abrigo de posições jurídicas que, embora legal e administrativamente densificadas, possuem uma inegável ressonância jusfundamental. Neste sentido, a referida tese não é sequer consentânea com uma visão global dos direitos fundamentais claramente assente numa ideia de comprometimento pessoal e autonomia individual[812]. Terceiro, porque um acto autorizativo não pode ser sobrevalorizado ao ponto de representar uma "declaração de garantia" do Estado relativamente a todos os particulares que em potência possam ser afectados nos seus direitos pela actividade permitida[813]. Salvo norma legal expressa de sentido contrário – que não é sequer o que sucede com a generalidade das leis que estabelecem limites para certas emissões[814] –, essa garantia não inere ao acto estadual de permissão de uma certa actividade perigosa. Numa palavra, assim como não tem uma *posição de vigilante universal (Überwachungsgarant)* que permita imputar-lhe todas as condutas privadas perigosas não expressamente proibidas, o Estado não assume também uma *posição geral de garante de protecção (Beschützgarant)* que o obrigue a arcar, como se fossem próprios, com todos os potenciais riscos e danos derivados das actividades privadas por ele consentidas de forma expressa[815].

7.1.3. Fomento

No degrau seguinte da escala de envolvimento público na actividade dos privados, há a considerar os perigos apoiados, fomentados ou incentivados pelo Estado, quer por meio da concessão de subvenções financeiras ou de isenções ou reduções fiscais, quer mediante a disponibilização de apoio técnico, quer ainda através de estímulos de outra natureza ao investimento num determinado ramo de actividade.

I – Seria desnecessário sublinhar a diversidade de instrumentos jurídicos, financeiros, fiscais e técnicos utilizados pelo Estado no apoio a actividades privadas cujo exercício, de uma forma ou de outra, alberga riscos para direitos fundamentais. E seria igualmente escusado salientar que essa diversidade de meios tem correspondência na variedade de fins prosseguidos, na disparidade dos níveis de envolvimento público e, bem assim, na multiplicidade das áreas de intervenção. São dados por demais evidentes para quem conhece o modo de governação próprio dos tempos modernos – o Estado como grande *administrador ou dispensador de vantagens* –, que muitas vezes alimenta a dependência de empresas e instituições privadas relativamente ao sector público. Sucede que, não obstante a enorme importância

[812] KRINGS, *Grund*, pp. 108-109. Embora num contexto mais amplo: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 240-241; CANARIS, *Direitos*, p. 62.
[813] RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 182 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 88, JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 72; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 95.
[814] KRINGS, *Grund*, p. 113.
[815] KRINGS, *Grund*, pp. 108 ss., e pp. 121 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 187. Referindo-se à posição de garante do Estado apenas como argumento para a subjectivação dos deveres de protecção, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 161-166.

prática e teórica desta actividade pública tradicionalmente dita *de fomento* – que não é apenas fomento de actividades de interesse económico geral, mas também, por exemplo, fomento do actividades de cariz assistencial e cultural, incluindo a investigação e o desenvolvimento científicos –, subsiste na nossa ordem jurídica uma lacuna de regulamentação que dificulta muito uma percepção compreensiva da matéria[816-817].

A própria Lei Fundamental estabelece um conjunto de incumbências estaduais que poderão servir de arrimo para o apoio a actividades privadas geradoras de riscos: o nº 4 do artigo 73º manda incentivar e apoiar a criação e a investigação científicas, bem como o desenvolvimento tecnológico; o nº 1 do artigo 86º prescreve que "o Estado incentiva a actividade empresarial"; o nº 2 do artigo 97º estabelece as modalidades de auxílios do Estado à agricultura; a alínea *d)* do artigo 100º refere-se ao apoio às pequenas e médias empresas industriais. Não obstante, não é de todo possível extrair destas disposições esparsas um enquadramento jurídico simultaneamente global e denso da denominada actividade pública de fomento. E o mesmo vale, de resto, para a legislação ordinária, onde, apesar da miríade de diplomas sobre *programas* e *sistemas* de apoios sectoriais, inexiste qualquer disciplina jurídica de aplicação genérica. Digamos que a margem de discricionariedade que a Constituição deixou ao legislador ordinário – e que é, nesta matéria, particularmente ampla[818] – tem sido aproveitada pelo legislador governamental – já que o parlamentar tem sido, na prática, completamente marginalizado em relação à actividade pública de fomento[819] – para agir de forma pontual e avulsa, ao invés de ser usada para densificar sob a forma de acto legislativo os princípios que especificamente a deviam reger: concorrência, transparência, sustentabilidade e eficiência económica[820].

Nesta conjuntura jurídica, dificilmente se pode exigir uma resposta definitiva sobre se os perigos jusfundamentais com origem em actividades privadas que beneficiaram de apoios públicos devem ser imputados ao Estado, como restrições por si perpetradas, ou se permanecem como agressões a direitos fundamentais da responsabilidade dos seus autores privados, convocando uma intervenção protectora dos poderes estaduais. Assim é, em particular, em razão de uma certa ambivalência que caracteriza os instrumentos de apoio públicos, que oscilam entre uma função relativamente neutra de impulsionamento da actividade privada em causa e, de uma forma mais ou menos assumida, uma função orientadora, dirigente ou até cogestora daquela[821]. Refira-se apenas, a este propósito, que o problema em análise nada tem que ver com o da possibilidade de os apoios concedidos pelo Estado a um certo agente económico serem entendidos como uma restrição a direitos fundamentais dos respectivos competidores – entenda-se,

---

[816] Excepção feita ao regime dos contratos fiscais, previsto no artigo 37º da Lei Geral Tributária e desenvolvido pelo Estatuto dos Benefícios Fiscais, apenas tem carácter genérico o disposto na Lei nº 26/94, de 19 de Agosto, sobre a publicação de subvenções, subsídios e outros benefícios financeiros concedidos pela Administração pública a particulares.

[817] A própria doutrina não tem concedido à matéria um tratamento sistemático, contrariando a orientação seguida pela doutrina portuguesa mais antiga: A. ATAÍDE, *Elementos*, *passim.*

[818] S. FRANCO / O. MARTINS, *A Constituição*, p. 148.

[819] SAVY / FROMONT, *L'Intervention,* pp. 35 e ss..

[820] J.P. SILVA, *Regime*, pp. 31 ss..

[821] B. ALCAZAR, *Regimen,* p. 97.

aqui, fundamentalmente a liberdade de iniciativa económica –, na medida em que se desrespeitem ou distorçam as regras de funcionamento próprias de um mercado concorrencial (alínea *f)* do artigo 81º)[822]. Nem tão-pouco, à semelhança do que se viu suceder no domínio das autorizações, se devem assimilar os problemas de imputação dos perigos jusfundamentais que dimanam de actividades privadas publicamente apoiadas, por um lado, com a questão da própria natureza do acto de atribuição de um apoio estadual, por outro[823].

II – Como pano de fundo, e à imagem do que se disse a respeito das autorizações estaduais, não há razões para não retomar aqui a posição de princípio segundo a qual as actuações dos particulares geradoras de perigos ou riscos se baseiam em verdadeiras decisões de autonomia privada, mesmo que beneficiem de auxílio da *mão visível* do Estado. Este pode pretender influenciar essa decisão de uma forma mais ou menos incisiva, mas não pode prescindir dela nem tão-pouco a pode substituir. Ignorar que as condutas dos particulares se regem no essencial por parâmetros autonomamente definidos e que implicam, por isso e além disso, o exercício de liberdades protegidas jusfundamentalmente, nivelando os âmbitos de actuação públicos e privados, acabaria por minar de uma forma progressiva o princípio de responsabilidade pessoal e individual que está subjacente à própria autonomia privada[824].

É certo que, quando o Estado procura de uma forma deliberada influenciar as decisões dos agentes privados, ele perde aquela posição de "guarda independente e desinteressado", que apenas cuida da observância da lei e do respeito pelos direitos dos outros, para adoptar uma postura de orientação e liderança[825]. A uma posição simultaneamente de árbitro e polícia, sucede pois uma posição de preceptor. Não obstante, é igualmente verdade que as actividades objecto de medidas de fomento, sejam elas perigosas ou não, também poderiam em regra ser desenvolvidas pelos particulares sem essa influência positiva exercida pelo Estado, assim como, por outro lado, os privados não perdem a liberdade de determinar a respectiva conduta – por definição, na actividade de fomento, o Estado não usa meios de coacção ou autoridade[826] –, actuando porventura em sentido contrário àquele que seria esperado[827]. Nem sempre, aliás, o Estado consegue alcançar os seus intentos, sendo a sua capacidade para obter os resultados pretendidos inversamente proporcional à força dos interesses representados pelos agentes económicos cuja conduta se quer conformar. Ou seja, os privados conservam o domínio sobre a sua actuação e continuam a ser senhores das suas próprias decisões[828]. Por conseguinte, entre os apoios e

[822] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 76; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 98; KRINGS, *Grund*, pp. 128-129; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 205..
[823] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 102.
[824] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 101. Embora não neste específico contexto: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 240-241; CANARIS, *Direitos*, p. 62.
[825] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 98.
[826] A. ATAÍDE, *Elementos*, pp. 25-26.
[827] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 77; KRINGS, *Grund*, p. 119; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 90.
[828] KRINGS, *Grund*, p. 119.

incentivos estaduais e o desenvolvimento de uma actividade privada não existirá, em circunstâncias normais, uma *conexão causal* suficientemente forte que legitime a transferência, dos agentes económicos privados para o Estado, dos perigos e danos a que o exercício daquela possa dar azo[829].

A orientação esboçada não pode contudo ter uma pretensão de universalidade, no sentido de se apresentar como ajustada a todos e quaisquer casos de fomento público de actividades privadas causadoras de perigos jusfundamentais. Efectivamente, não podem excluir-se situações excepcionais, em que as medidas de apoio público representem para a empresa subvencionada ou apoiada um constrangimento de tal ordem que a coloquem *de facto* sob o controlo do Estado, como prolongamento da organização tentacular deste, ou desempenhando na prática um papel auxiliar na prossecução de fins estaduais[830]. Ora, sob tais condicionalismos, compreende-se que os perigos ou riscos decorrentes do desempenho da actividade privada apoiada tenham que ser imputados ao Estado e, jurídico-constitucionalmente, analisados na qualidade de restrições. O que, como é óbvio, considerando a impossibilidade lógica de configurar deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais contra agressões de que ele próprio é autor, exclui uma perspectiva de análise à luz desta dimensão jusfundamental positiva.

A orientação geral acima traçada não afasta, identicamente, a existência de hipóteses de alguma indefinição localizadas entre as situações-regra de domínio da autonomia privada e as situações-excepção de controlo estadual – nas quais, quiçá, se poderia mesmo falar com rigor de corresponsabilidade. Para tais hipóteses, os critérios tentativamente apontados para traçar a fronteira entre o que ainda é um perigo privado e aquilo que deve já ser imputado ao Estado passam pela consideração da "quota de subvenção" pública, da "previsibilidade" das consequências jusfundamentais negativas da actividade apoiada, da "finalidade" subjacente à prestação do apoio e, bem ainda, do "plano de governação" em que a actividade de fomento se inscreve[831].

Se o montante de uma subvenção pública for de tal forma elevado, por comparação com o volume global do investimento, ao ponto de o ente privado se ver forçado – numa perspectiva de racionalidade económica e considerando os seus concorrentes no mercado – a aceitar ou a recorrer ao apoio estadual em causa, então a sua liberdade de decisão económica torna-se marginal, sendo a decisão de investimento transferida na prática para o Estado. No fundo, sempre que a subsistência económica da empresa dependa em absoluto do apoio estadual, quem decide sobre o exercício da actividade perigosa ou sobre a sua continuação é o próprio Estado. Um outro indicador importante sobre a questão de saber se certos perigos podem ou não ser justamente imputados ao Estado como restrições a direitos fundamentais implica a apreciação do nível de consciência das autoridades públicas, nos momentos da criação e da

[829] KRINGS, *Grund*, p. 129.
[830] JAECKEL, *Schutzplichten*, p. 78; KRINGS, *Grund*, p. 119.
[831] Embora não autonomizando claramente os critérios da "previsibilidade" e da "finalidade", KRINGS, *Grund*, pp. 132-134.

concessão do apoio, quanto aos eventuais perigos envolvidos na prossecução da actividade apoiada. Como é evidente, se essa consciência for muito clara – ainda que não tenha de existir propriamente intenção dolosa –, torna-se mais fácil responsabilizar o Estado e atribuir à sua actuação incitativa os ditos perigos. Além disso, afigura-se também relevante o facto de o auxílio estatal, segundo a finalidade que em termos objectivos norteou o legislador, se destinar primacialmente à dinamização de uma actividade privada de interesse geral ou, pelo contrário, representar um meio para inserir um agente económico na realização de um plano de actuação governamental. Finalmente, tem interesse também diferençar entre as hipóteses em que o Estado subvenciona todo um sector da economia ou da investigação, segundo critérios gerais, e aquelas em que a subvenção se destina apenas a um empresa individual ou a um projecto concreto. Com efeito, quanto mais elevado for o plano em que agem as entidades públicas – isto é, quanto maior for o grau de generalidade e abstracção das medidas adoptadas –, mais difícil se torna assacar ao Estado a responsabilidade directa pelos perigos e eventuais danos decorrentes de uma actividade privada subvencionada e vice-versa[832].

7.1.4. Possibilitação material

Ainda num nível superior da escala que mede o envolvimento público nas actividades privadas, encontram-se aquelas situações em que o Estado torna fáctica ou materialmente possíveis condutas de entes particulares que, de outro modo, não ocorreriam de todo. Exemplo paradigmático de uma destas situações, em que o Estado lança as bases materiais de uma actividade privada lesiva de direitos fundamentais alheios, é o do ruído e demais emissões provocados pela circulação automóvel[833]. E, sem menoscabo de algumas especificidades, o mesmo se poderia também dizer do ruído da aviação nas proximidades dos aeroportos[834].

Com efeito, tomando aquele primeiro exemplo, não há dúvida de que são os veículos privados que circulam numa determinada estrada que causam o ruído e as restantes emissões que, pela sua nocividade e permanência, afectam as pessoas que vivem nas zonas confinantes, com prejuízos significativos para alguns dos seus direitos fundamentais, encabeçados pelo direito à saúde na sua vertente negativa – que compreende o direito ao repouso (artigo 64º e alínea *d)* do nº 1 do artigo 59º) – e pelo direito à integridade pessoal (nº 1 do artigo 25º)[835]. É pois indesmentível que, no dia-a-dia, são os

---

[832] KRINGS, *Grund*, pp. 132-134.

[833] Apresentando este exemplo: RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, p. 182; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 89 e 99; JAECKEL, *Schutzplichten*, pp. 67-68; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 84; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 60.

[834] O exemplo reporta-se, obviamente, à conhecida decisão *Fluglärm*, proferida em 1981 pelo Tribunal Constitucional Federal germânico: BVerfGE, 56, 54.

[835] Segundo a jurisprudência portuguesa – *v.g.*, Acórdão do STJ de 31 de Maio de 2001, Procº. 01B4140, in *www.dgsi.pt* – a emissão de ruído pode ser encarada por três diferentes ópticas: a do direito ao ambiente, enquanto causa de poluição (artigos 21º e 22º da Lei de Bases do Ambiente); a do direito de propriedade, no domínio das relações de vizinhança (artigo 1346º do Código Civil); a dos direitos de personalidade, enquanto possível ofensa à personalidade física ou moral de alguém. Por sua vez, o direito ao repouso, "integra-se no *direito à integridade física* (artigo 25º) e *a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado* (artigo 66º) e, através destes, no

automobilistas que de facto constituem os agressores directos dos direitos dos moradores. Todavia, como não há circulação automóvel sem estradas e é o próprio Estado, ou alguém a seu mando, quem sempre as constrói – aliás, por dever de ofício e, precisamente, com o objectivo de possibilitar a circulação de veículos automóveis –, verifica-se uma absoluta dependência da actuação privada potencialmente ameaçadora dos direitos dos moradores em relação à prévia intervenção material do Estado. Será assim manifestamente forçado pretender ver o Estado como alguém que, a partir de uma posição superior, deve providenciar protecção aos direitos dos cidadãos residentes numa certa área contra o exercício do direito de deslocação dos cidadãos automobilistas, como se ele próprio não tivesse dado causa aos danos e perigos subsequentes à construção da estrada.

A relação jusfundamental que assim se estabelece, apesar de ser claramente assimétrica, permanece triangular[836]. Por um lado, existe uma confluência de interesses entre o Estado e aqueles particulares que efectivamente utilizam a estrada: o Estado promove a feitura da estrada para aumentar as acessibilidades e para propiciar o desenvolvimento económico, facilitando a circulação de pessoas e bens; por sua vez, os particulares limitam-se a utilizar em seu benefício as possibilidades abertas pela construção da estrada, utilização que, de resto, não corresponde a um mero interesse de facto, mas encontra esteio constitucional no direito de deslocação interterritorial, na sua modalidade de direito de circulação rodoviária (nº 1 do artigo 44º)[837]. Mas, por outro lado, a posição dos automobilistas que continuamente utilizam a estrada não se dissolve por completo na posição do Estado que num dado momento a construiu. Sem embargo da elevadíssima quota-parte de responsabilidade do Estado nos danos efectivos e nos perigos gerados para a saúde e integridade pessoal de quem vive nas imediações das estradas, a relação jurídica mantém-se sob forma triangular fundamentalmente porque os automobilistas privados são também destinatários das medidas estaduais talhadas para proteger os moradores – por exemplo, a imposição de limites de velocidade baixos, as proibições de circulação nocturna ou as restrições ao trânsito de veículos pesados ou de transporte de certas mercadorias especialmente perigosas. Acresce que, noutra perspectiva, não constitui mera ficção jurídica o estabelecimento de relações horizontais entre os automobilistas causadores dos perigos e os moradores que são afectados por esses mesmos perigos, nas quais a posição jusfundamental destes é salvaguardada (ou melhorada) através de medidas que operam uma compressão da posição substantiva daqueles – posição que, apesar de irmanada com a do Estado, nunca poderia considerar-se prevalecente em termos apriorísticos.

Já no que concerne à relação que se estabelece entre os vizinhos afectados pela utilização da estrada e o próprio Estado, dificilmente ela pode ser explicada em termos adequados apenas conferindo àqueles um direito a exigir deste medidas de protecção dos respectivos direitos fundamentais em face dos

---

direito à saúde e qualidade de vida" (artigo 64º) – *v.g.*, Acórdão do STJ de 15 de Junho de 1999, Procº. 99A1084, in *www.dgsi.pt*.

[836] DIRNBERGER, *Recht*, pp. 211-212, considerando decisiva, em geral, a triangularidade da relação, isto é, que a agressão do direito de um cidadão seja "originário-jusfundamental" e não "derivativo-estadual".

[837] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 632.

perigos e riscos a que estão sujeitos[838]. O Estado não surge aqui como um guardião imparcial dos direitos fundamentais de todos ou como um simples coordenador de esferas jurídicas individuais – isto é, como autor de uma moldura normativa ordenadora do exercício dos direitos fundamentais[839] –, não se limitando tão-pouco a conceder um apoio material a uma actividade geradora de perigos que sempre seria desenvolvida sem ele. Ao estabelecer os pressupostos de facto para o desencadear inevitável de perigos concretos e que, de outro modo, nunca se verificariam, o Estado restringe os direitos daqueles a quem impõe uma obrigação de tolerar esses perigos, ao menos dentro de certos parâmetros. Por conseguinte, as medidas de minimização ou correcção dos efeitos lesivos da circulação rodoviária que se dirigem às próprias entidades públicas – designadamente, o dever de colocação de barreiras acústicas, a obrigação de monitorização permanente dos níveis de ruído e poluição atmosférica, assim como a própria obrigação de indemnizar os danos efectivamente ocorridos[840-841] – são, antes de mais, medidas destinadas a manter a proporcionalidade da restrição jusfundamental de que são alvo os moradores das áreas circunvizinhas das estradas. Antes de serem credores de protecção estadual em face de agressões de origem privada, os moradores afectados são já titulares de direitos de defesa contra restrições estaduais.

7.1.5. Posição de garante

Num dos derradeiros patamares da escala de comparticipação pública e privada no domínio das actividades perigosas, tem sido referenciado um conjunto heterogéneo de situações em que o Estado conforma em termos particularmente intensos a actuação de certas pessoas individuais que com ele mantêm um relacionamento estreito e que, assim, se vêem envoltas numa densa teia de regras restritivas, da qual, por sua vez, pode mesmo decorrer uma sensível menorização do seu estatuto jusfundamental.

Na essência, refere-se a doutrina às tradicionalmente designadas *relações especiais de poder* ou – adoptando uma terminologia regenerada, mais em conformidade com as actuais exigências substantivas do princípio do Estado de Direito[842] – às *relações estatutárias especiais*[843]. Em tais situações jurídicas,

---

[838] Sem prejuízo de uma explicação dogmática das relações de vizinhança propriamente ditas à luz da teoria dos deveres de protecção: ENDERS, *Neubegründung*, pp. 628 ss.; RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 184 ss.; diferentemente, SCHWABE, *Grundrechtlich begründete Pflichten*, pp. 523 ss..

[839] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 141-142.

[840] O Regulamento Geral do Ruído (Decreto-Lei nº 9/2007, de 19 de Janeiro) determina a adopção, pelas entidades públicas competentes, de diversas medidas de redução do ruído originado por "infra-estruturas de transporte rodoviário" (artigos 13º e 19º).

[841] A protecção contra o ruído (de fonte identificada) tem sido considerada na jurisprudência apenas na perspectiva das relações horizontais entre privados – aliás, sob o duvidoso enquadramento da figura da colisão de direitos; E.V. SEQUEIRA, *Dos pressupostos*, pp. 262 ss. e, criticamente, pp. 276 e ss.. Não obstante, no Acórdão do STJ de 26 de Outubro de 2000 (Procº. 01A058, in *www.dgsi.pt*), decidiu-se que a "condenação de uma entidade expropriante construtora de auto-estradas ao prolongamento e alteamento de uma barreira de protecção acústica não constitui qualquer pagamento em espécie, nem parcela de «justa indemnização», antes relevando autonomamente do quadro legal geral de protecção do ambiente e qualidade de vida".

[842] Regeneração paulatina ocorrida após a "morte" da concepção herdada da dogmática administrativista anterior à Constituição de Bona, às mãos do Tribunal Constitucional germânico, na decisão *Strafgefangene*, de 1972, sobre a situação jusfundamental dos reclusos: BVerfGE, 33, 1.

como numa espécie de compensação pela fragilidade imposta às posições jurídicas tituladas por quem naquelas está inserto, o Estado poderia ou deveria assumir uma especial *posição de garante*, que faria avultar a dimensão de defesa dos direitos fundamentais e obnubilar a respectiva dimensão de protecção[844]. Mas se parece relativamente claro que essa posição estadual de garantia funciona em proveito dos terceiros, em face de perigos e riscos originados pelas pessoas investidas naqueles estatutos especiais – a responsabilização civil dos poderes públicos pelos actos ou omissões de funcionários e agentes, em especial por danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos, não será senão o mais conhecido dos corolários dessa posição de garante[845] –, já o mesmo não se pode afirmar no sentido inverso. Quer dizer, no sentido de aproveitar às pessoas inseridas nas ditas relações estatutárias especiais, no confronto com os perigos e riscos desencadeados pelos ditos terceiros e relativamente aos quais aquelas estejam particularmente vulneráveis.

I – Recuando um pouco, deu-se já por assente que um acto autorizativo não pode constituir por si só uma *declaração de garantia* do Estado em relação aos particulares que possam potencialmente ser afectados nos seus direitos pela actividade permitida[846] – o mesmo valendo, por identidade de razão, também para uma subvenção ou para actos de fomento equivalentes. Além de não ser um supervisor universal a quem possam atribuir-se todas as condutas privadas perigosas não explicitamente proibidas, à moda da mais pura "solução dos direitos de defesa", o Estado não assume também uma posição geral de garante da integridade de todos os bens jurídicos fundamentais individuais, que o obrigue a suportar, como se fossem da sua autoria, todos os potenciais riscos e danos decorrentes das actividades privadas por ele consentidas de forma expressa[847] – ou, acrescente-se de novo, por ele subvencionadas ou fomentadas.

A Constituição parte de uma imagem dos cidadãos e demais membros da comunidade como indivíduos maiores, autónomos e responsáveis no exercício dos seus direitos fundamentais, tanto nas relações que estabelecem com o poder como no seu relacionamento recíproco. Daí que a ideia de extrair da dimensão de defesa, ou da própria dimensão de protecção, um ponto de apoio para um entendimento do Estado como garante geral do respeito pelas posições jusfundamentais da totalidade dos membros da

---

[843] Numa aproximação genérica, na doutrina nacional: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 410-411, e p. 427; e *Anotação ao artigo 270º*, pp. 618 ss.; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 290 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 466-467; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 510 ss.; L.C. MONCADA, *As relações*, pp. 223 ss.. Da rica jurisprudência nacional, veja-se, com interesse: Acórdão do STA de 17 de Dezembro de 1997 (Procº. 030355, in *www.dgsi.pt*), sobre o "dever geral de boa conduta na vida privada" que a lei impõe aos funcionários públicos, no confronto com o nº 1 do artigo 26º da Constituição; Acórdão do STA de 7 de Outubro de 2004 (Procº. 01924/03*)*, sobre a concessão de entrevistas à comunicação social por reclusos em prisão preventiva; Acórdão do STA de 16 de Novembro de 2004 (Procº. 0777/04), sobre a aplicabilidade do estatuto de trabalhador estudante a um militar da GNR.

[844] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 99; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 83; KRINGS, *Grund*, pp. 120-122; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 63-66.

[845] Em particular, artigos 7º e 11º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que, todavia, neste ponto não traz novidades de monta em relação ao Decreto-Lei nº 48.051.

[846] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 88, JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 72; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 95; RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 182 ss..

[847] KRINGS, *Grund*, pp. 108 ss., e pp. 121 ss..

comunidade esteja, necessariamente, em antinomia com a própria concepção constitucional quanto ao sentido dos direitos fundamentais. Investir o Estado em tal posição redundaria num entendimento condescendente da cidadania, lançando de forma insidiosa uma nota de menoridade sobre o estatuto jusfundamental dos cidadãos. Nem no monopólio estadual do uso legítimo da força, nem tão-pouco no princípio do Estado Social e nas dimensões prestativas dos direitos fundamentais se pode encontrar sustentação cabal para semelhante posição de garante universal[848].

II – Sucede que esta orientação, que regra geral se reputa como adequada, não exclui a possibilidade de o Estado se apresentar, em domínios restritos do seu relacionamento com os indivíduos, como agente de garantia relativamente aos perigos e riscos que os possam vir a afectar. É, em particular, o que pode ocorrer quando se estabelece um vínculo muito estreito de interdependência entre o Estado e um grupo relativamente bem demarcado de sujeitos jurídicos – numa palavra, nas mencionadas *relações estatutárias especiais*. Com efeito, segundo as leis que especificamente regulam as relações entre os entes públicos em causa *(a)*, os terceiros (*extraneus*) *(b)* e os indivíduos cujo estatuto jurídico se encontra situativamente conformado *(c)* – *v.g.*, os militares, os agentes das forças de segurança, os magistrados, os funcionários públicos em geral, os membros de ordens ou câmaras profissionais, os alunos das escolas oficiais, os reclusos, os utentes internados em determinados estabelecimentos públicos (pacientes, menores, inimputáveis), as testemunhas em processo penal[849] –, o Estado pode assumir por referência a estes últimos uma posição de garantia diferenciada, permitindo consequentemente que lhe sejam assacados os perigos e riscos a que venham a estar sujeitos em função da sua peculiar situação jurídica e factual. A posição de garantia em que o Estado se investe, pelo menos quando escorada numa ideia de confiança ou de comprometimento recíprocos, representa de certo modo uma contrapartida pelos constrangimentos em matéria de direitos fundamentais a que os particulares que se encontram nessas relações estatutárias especiais ficam inevitavelmente submetidos[850] – ainda que apenas o possam ser, respeitados os parâmetros constitucionais (*maxime*, o nº 5 do artigo 30º e o artigo 270º), mediante lei formal ou por meio de regulamento (externo) estribado em lei dotada de um nível de densidade adequado[851].

Seja porque, por decisão judicial, acto administrativo ou mero efeito da lei, força individualmente determinadas pessoas a integrar tais relações especiais, seja porque a inserção dessas pessoas nesses estatutos jurídicos está ordenada à realização de fins públicos de grande relevo – fins que, bem entendido, dispõem necessariamente de ressonância constitucional, ligando-se por exemplo ao funcionamento

[848] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 159-163; KRINGS, *Grund*, pp. 121-122.
[849] Sobre o estatuto das testemunhas, cuja presença não é habitual neste contexto, rege, além do Código de Processo Penal, a Lei nº 93/99, de 14 de Junho, que regula a reserva da identidade e o direito destas a medidas pontuais ou especiais de segurança.
[850] Numa perspectiva diferente, DITLEIN, *Die Lehre*, pp. 163-165.
[851] Nestes domínios, sobre o problema da determinabilidade da lei ou densidade normativa: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 823 ss., esp. pp. 842-856; C. MONCADA, *As relações*, pp. 233-242.

adequado e eficaz de instituições públicas –, o Estado pode e, porventura, deve mesmo assumir-se como causador dos perigos ou riscos que afectem os indivíduos em apreço, na medida em que uns ou outros sejam consequência do respectivo estado de sujeição jurídica ou da sua participação efectiva em tais relações. No fundo, o Estado adstringe-se a especiais deveres de garantia para com aquelas pessoas que legalmente priva do estatuto de titulares *universais* e *comuns* de direitos fundamentais e que, por isso, deixa mais vulneráveis ou coarctadas nas suas possibilidades de autodefesa.

Não obstante, este entendimento deve, em alguma medida, ser matizado. Por um lado, devem ser excluídos da imputação ficcional ao Estado aqueles riscos que são de considerar como *riscos gerais da vida* e que, portanto, não afectam apenas as pessoas integradas em relações estatutárias especiais ou, ainda que tal suceda, não as atingem especificamente em consequência dessa integração[852-853]. Por outro lado, além desta diferenciação entre riscos típicos das relações estatutárias especiais e os riscos atípicos ou indiferenciados que também atingem as pessoas nelas envolvidas, não são de excluir sequer outros demarcações quanto à questão fundamental aqui em apreço – isto é, a imputação ao Estado, na qualidade de restrições, dos perigos potenciais ou já concretizados factualmente ocasionados por privados –, designadamente em função das diferenças de estrutura e intensidade das próprias relações estatutárias especiais[854]. Aliás, considerando os níveis de parametricidade legal que actualmente devem dominar estas relações, nem se vê como possa deixar de ser o legislador a definir o conteúdo e o alcance da posição de garante assumida pelo Estado. E, sendo assim, não podem rejeitar-se *a priori* soluções normativas que, dentro das balizas da liberdade de conformação do legislador, interpretem a posição de garante assumida pelo Estado, nestas relações estatutárias especiais, não como assumpção de riscos e perigos alheios – como parece ser a orientação doutrinária dominante –, mas apenas como um dever qualificado de protecção relativamente aos bens jusfundamentais titulados pelas pessoas inseridas em tais relações. Abreviadamente, a posição que o Estado assume pode traduzir-se na sua responsabilização por condutas alheias, ou apenas numa garantia se protecção particularmente intensa[855].

---

[852] KRINGS, *Grund*, p. 123.

[853] Esta ressalva tem subjacente a crítica à conhecida decisão do Tribunal Constitucional de *Schleswig-Holstein* (aresto de 1974, in *NJW*, 1975, pp. 275 ss.), que imputou à Administração os riscos para a saúde decorrentes do fumo do tabaco, numa situação em que um médico pertencente ao funcionalismo público, obrigado por dever de ofício a assistir a um congresso de formação, esteve em presença durante o mesmo de fumadores activos. Referindo-se a este caso: HERMES, *Das Grundrecht*, p. 83; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 100 e p. 163.

[854] Não da diferença entre a "relação fundamental" e a "relação de serviço", que deve ter-se por ultrapassada, mas da diferença entre "relações impostas" e "relações voluntárias", entre "relações fortes" (militares) e "relações fracas" (alunos, funcionários), ou entre relações "com regime constitucional específico" e as "sujeitas ao regime geral das restrições". Tendo em conta estas distinções, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 512 ss..

[855] DITLEIN, *Die Lehre*, pp. 163-165, aparentemente com uma construção mais próxima desta última, defendendo que, quando o Estado enfraquece a posição jusfundamental de um dos seus cidadãos, expondo-o a agressões de terceiros, a sua pretensão negatória de defesa se transforma num direito subjectivo a protecção.

7.1.6. Dirigismo público

Por fim, não apresenta especial dificuldade a consideração daquelas condutas dos entes privados que são predeterminadas, dirigidas ou impostas pelo Estado. Nenhum espaço significativo restando para falar de autonomia privada ou de responsabilidade dos particulares pelas suas actuações, mais do que uma questão de corresponsabilidade estadual pelo agir privado, do que agora se trata verdadeiramente é de coenvolvimento privado no agir estadual[856].

Como se percebe com inteira facilidade, há situações em que o Estado não pode, legitimamente, deixar de assumir como próprios riscos e perigos jusfundamentais apesar de os mesmos terem tido por causa directa pessoas singulares ou pessoas colectivas de direito privado. Basta pensar nas empresas de capitais públicos constituídas sob forma jurídica comercial, em que a natureza jurídica privatística é puramente instrumental, mas também nos casos de contratação de entes privados para realizar tarefas que substancialmente correspondem à prossecução de fins públicos determinados – *maxime*, como sucede no já referido contrato de concessão – e, ainda, nos casos de delegação em particulares do exercício de poderes públicos de índole administrativa[857].

Na realidade, considerando que do ponto de vista substantivo o que aqui ocorre são restrições estaduais intermediadas por entes de natureza privada, não estão criadas as condições de possibilidade dogmática da figura dos deveres de protecção de direitos fundamentais. Isto porque a razoabilidade diz que o Estado não pode estar vinculado a um dever de protecção de direitos fundamentais contra agressões de que ele próprio é autor, independentemente de essa autoria ser directa e imediata, achada por entre as malhas tecidas pelo desdobramento subjectivo da sua personalidade jurídica, intermediada por uma das suas várias extensões públicas autónomas, implicada na instrumentalização de uma pessoa privada. Só uma visão totalitária do instituto dos deveres estaduais de protecção poderia querer impor a sua presença onde a clássica dimensão de defesa dos direitos fundamentais, bem como a recta aplicação dos parâmetros constitucionais de legitimação das respectivas restrições, permitem alcançar uma solução justa e compreensiva para o problema jusfundamental a resolver. Além do que não é sequer indiferente, no que tange às consequências jurídicas, seguir um ou outro caminho[858].

Tudo somado, portanto, aí onde os entes de natureza privada não conservem a sua capacidade de volição autónoma em face do Estado, antes constituindo instrumentos subordinados à vontade e aos fins deste, actuando em seu nome ou por sua conta, nessa exacta medida nunca será possível deduzir um qualquer dever estadual de protecção de direitos fundamentais. No fundo, sempre que o problema jurídico em apreciação se localizar tão-somente no âmbito de aplicação da regra da vinculação das entidades

---

[856] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 99; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 83; KRINGS, *Grund*, pp. 116-117, e pp.120-122; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 63-66; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 205-207.
[857] JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 63-66; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 83-84;
[858] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 219-221.

públicas aos direitos, liberdades e garantias do nº 1 do artigo 18º[859] – por não haver privados a actuar *enquanto tais*, de modo a que, nessa qualidade, possam estar vinculadas à regra subsequente do mesmo preceito que consagra a vinculação das entidades privadas –, o Estado não pode alijar a sua responsabilidade pelas compressões jusfundamentais a que indirectamente deu origem, dissociando-se da actuação dos entes privados que instrumentaliza e ficcionando para si próprio uma posição de coordenador supra-ordenado de esferas de liberdade privadas, que apenas lhe poderia competir na dimensão de protecção dos direitos fundamentais.

7.2. Perigos humanos e perigos da natureza

Em dado momento, os deveres de protecção de direitos fundamentais pareciam ter sido desenhados apenas para actuar contra perigos e riscos desencadeados pela acção humana. Pelo menos foram perigos e riscos desse jaez que estiveram na origem dos primeiros casos de reconhecimento jurisprudencial e doutrinal de deveres estaduais de protecção, quer no que respeita à salvaguarda, através de instrumentos penais, da vida intra-uterina, quer no que concerne aos perigos decorrentes da utilização de novas tecnologias. A estrutura dos deveres em causa seria simples e, aparentemente, de uma triangularidade perfeita: um sujeito cujos direitos se encontram ameaçados; um agressor humano bem identificado e individualizado; o Estado adstrito a um dever de actuação positiva. Por esta razão, não é de estranhar que não seja de todo pacífica a inclusão dos chamados perigos da natureza entre aqueles que podem desencadear um dever estadual de protecção. A argumentação num e noutro sentido é, aliás, bastante cerrada.

I – Assim, tem-se afirmado que, da mesma forma que uma restrição estadual representa uma condição necessária para que se possa invocar a dimensão de defesa dos direitos fundamentais, a existência de uma agressão (ou restrição) privada constitui um pressuposto indispensável da figura dos deveres de protecção. Na ausência de uma agressão proveniente de um privado – ou de um conjunto relativamente bem definido de privados[860] –, como tipicamente sucede nos denominados perigos da natureza, não existe a quem atribuir a responsabilidade pelos perigos jusfundamentais entretanto verificados, pelo que não se estabelece aquela que é a relação intersubjectiva típica da dimensão de

[859] Para uma definição do âmbito de aplicação da regra, nas fronteiras da função administrativa: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 328-331; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 327-330; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 442; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 384; M.J. ESTORNINHO, *Fuga*, esp. pp. 232-240. Sublinhando que não é juridicamente indiferente que a vinculação da "Administração sob forma privada" ou da "actividade privada da Administração" se faça pela regra aplicável às entidades públicas ou pela regra referente às entidades privadas, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 220 ss..

[860] Como se verá, o problema complica-se quando os autores privados da agressão, sobretudo pelo seu elevado número, são indetermináveis, sendo responsáveis apenas por pequenas contribuições para um perigo que resulta de efeitos de acumulação ou combinação: KRINGS, *Grund*, pp. 215-217; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 231 ss..

protecção dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser chamado a actuar no seu papel de *coordenador normativo de esferas privadas de liberdade*, como vértice superior de uma relação jurídica triangular, mas apenas como agente garantidor da segurança de bens jurídicos individuais, no quadro de uma relação bilateral de prestação. O vínculo que pode estabelecer-se entre o Estado e os titulares dos direitos fundamentais ameaçados fundar-se-á, porventura, no princípio do Estado Social ou nalgum dos direitos sociais que o concretizam – nas suas dimensões prestadoras positivas –, mas não na dimensão de protecção aqui em análise[861].

Isto quer dizer, por conseguinte, que o Estado não tem de ficar impassível perante os perigos da natureza, mas apenas que o seu princípio de acção tem aí de ser outro, mais afeiçoado à compleição das situações que é chamado a enfrentar. Concretamente, as obrigações a que possa estar vinculado não correspondem a deveres específicos de protecção de direitos fundamentais, mas a imposições genéricas e flexíveis derivadas do princípio do Estado Social e que, portanto, demarcam com grande latitude o espaço de apreciação e decisão dos órgãos competentes – órgãos que, dada a índole das respostas exigidas, integram basicamente a função administrativa. O alargamento excessivo dos deveres de protecção aos perigos da natureza sobrecarregaria o Estado com obrigações que ele, por definição, não poderia cumprir ou de que só poderia desincumbir-se de forma imperfeita, com um efeito pernicioso grave: o de defraudar as expectativas dos cidadãos e de, com isso, degradar a respectiva confiança no sistema jurídico. Faltando previsibilidade e controlabilidade aos perigos naturais e sendo o poder estadual, por isso, impotente em face da maioria das forças da natureza, não seria avisado submeter juridicamente o Estado a um dever de protecção de direitos fundamentais contra os perigos em apreço[862]. Argumentar juridicamente contra a realidade dos factos afigura-se, de antemão, como uma tarefa condenada ao fracasso.

Por outro lado, fundando-se os deveres de protecção numa ideia de compensação pela proibição da justiça privada, sempre que o Estado não proíbe os cidadãos de se defenderem pelos seus próprios meios – como inequivocamente sucede em relação aos perigos naturais –, tais deveres perdem inevitavelmente a sua base teórica de sustentação. O imperativo de paz social que prende reciprocamente os membros da comunidade política em momento algum os impede de defender a integridade dos bens jusfundamentais próprios contra as agressões, efectivas ou potenciais, decorrentes de forças da natureza. Mesmo quando essa defesa implica a lesão de bens alheios, as figuras civil e penal do estado de necessidade (*v.g.*, artigo 339º do Código Civil e artigos 34º e 35º do Código Penal) isentam o agente do compromisso de respeito pela regra geral de heterotutela dos direitos.

Ainda dentro desta linha de pensamento, sublinha-se também que os direitos fundamentais são, pela sua história e sentido, orientados *contra os perigos sociais* – e não, como alguns advogam, orientados

---

[861] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 202-203; ALEXY, *Teoria*, p. 435; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 238-239; KRINGS, *Grund*, pp. 218-219; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 231; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 276-277.

[862] ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, pp. 202-203; KRINGS, *Grund*, pp. 219-220; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 278.

para a garantia dos bens jusfundamentais, com abstracção das fontes do perigo[863] –, pelo que desde os primórdios do constitucionalismo liberal o Estado nunca assumiu, nem deve assumir agora, qualquer responsabilidade concreta em relação à salvaguarda dos bens jurídicos das pessoas em processos causais de origem natural. No centro da concepção de Locke, que dominou durante quase dois séculos a doutrina dos direitos do homem, o que estava em questão era uma preocupação quanto ao *poder do Estado* e não quanto às forças da natureza – ou quanto ao *poder da natureza*, na sua relação com os direitos dos indivíduos. Por sua vez, no núcleo da teoria de Hobbes, que presidiu ao renascimento da função de segurança do Estado e em que mais directamente se filia a figura dos deveres estaduais de protecção, residem apenas as relações entre os indivíduos, antes e depois de entrarem no estado de sociedade, mas nem por um momento se contempla o problema da defesa daqueles em relação a catástrofes ou forças naturais. Na alegoria do homem que é lobo do homem, o lobo não constitui uma representação da "natureza *tout cours*", mas apenas e só da própria "natureza humana"[864].

Apesar de se reconhecer o carácter impressivo da argumentação expendida, ela não é suficientemente convincente para excluir os perigos ditos da natureza do raio de acção dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais[865]. E não o é, antes de mais, porque escamoteia dois problemas prévios e que se colocam em termos subsequentes. Primeiro, o que são perigos da natureza e como se distinguem dos perigos não naturais ou humanos? Segundo, do que é que verdadeiramente se trata quando se fala de proteger direitos fundamentais contra perigos da natureza?

II – Quanto ao primeiro problema, podem considerar-se perigos naturais os que decorrem de eventos catastróficos como abalos sísmicos, furacões, tempestades, inundações, incêndios ou epidemias, mas também os inerentes a fenómenos climatéricos ou outros de menor intensidade. A verdadeira questão está em encontrar um critério válido que permita distinguir estes fenómenos, catastróficos ou não, dos perigos que têm na sua origem uma causa humana. E não se trata apenas de verificar que um incêndio de proporções humanamente incontroláveis pode, no seu início, resultar de uma conduta pessoal negligente ou até ter tido uma mão humana a ateá-lo. Tão-pouco se trata sequer de observar que o contágio de uma doença humana implica normalmente portadores e relacionamento intersubjetivo e que as condições da sua propagação (ou não propagação) dependem em muito do comportamento mais ou menos responsável e avisado das pessoas. Trata-se sobretudo de reconhecer que o homem interage com a natureza de forma tão intensa que os seus actos ou omissões se ligam de forma indissociável a determinados fenómenos que, tradicionalmente, são encarados como tendo origem natural. Mesmo que se rejeitem as perspectivas que

[863] Por exemplo: UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 76; DIETLEIN, *Dir Lehre*, p. 103; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 281.
[864] KRINGS, *Grund*, pp. 219-220; BOROWSKY, *Grundrechte*, p. 239, nota 9.
[865] UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 21-23; DIETLEIN, *Dir Lehre*, pp. 103-105; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 124, 127 e 192; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 80-81; STEUER, *Die positiven Verspflichtungen*, pp. 104-105; SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 109-112.

diluem o homem na natureza – em última análise, o homem seria ele próprio apenas uma parte da natureza[866-867] –, o que pensar das chuvas ácidas ou dos fenómenos climáticos ligados ao aquecimento global, como as secas prolongadas e a multiplicação do número dos furacões e da intensidade das chuvas torrenciais? Ou o que dizer dos perigos resultantes da rarefacção da camada de ozono e do derretimento das calotes polares, com o consequente aumento a longo prazo do nível médio das águas do mar?

Pode pensar-se que as questões suscitadas implicam uma escala demasiado ampla para que possam ser equacionadas à luz da teoria dos deveres de protecção de direitos fundamentais, que surgem preferentemente em contextos mais restritos, demarcados pelo âmbito espacial de vigência das normas constitucionais e pelas fronteiras políticas dos Estados. Mas tal pensamento, como é sabido, não corresponde de todo à realidade: não só é indesmentível que uma das questões tipicamente discutidas em sede de deveres de protecção é a da salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas em face de ameaças oriundas de Estados estrangeiros, como é também inegável que os deveres de protecção são cada vez mais reconhecidos como efeitos decorrentes dos direitos do homem aclamados em convenções internacionais – o que é válido, mormente, a respeito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – ou reconhecidos em espaços jurídicos e políticos transnacionais, como a União Europeia[868].

Sobretudo, considerando o já decretado "fim da contraposição entre a natureza e a sociedade"[869] – e, portanto também, entre a natureza e o homem socialmente situado –, qualquer tentativa de resgatar ao seu destino final a dicotomia entre perigos naturais e perigos humanos estará de antemão votada ao insucesso. Efectivamente, "com a destruição industrial das bases ecológicas e naturais da vida, põe-se em marcha uma dinâmica social e política de alcance histórico sem precedentes (…), que obriga a repensar a relação entre a natureza e a sociedade (…): a natureza já não pode ser pensada *sem* a sociedade e a sociedade já não pode ser pensada *sem* a natureza". Se "as teorias sociais do século XIX (…) pensaram a natureza como algo dado, disponível, para ser submetido (…), em finais do século XX a «natureza» *não* está mais dada *nem* sequer à disposição, tendo-se convertido num produto histórico, num equipamento *interior* de um mundo civilizacional destruído ou ameaçado nas condições naturais da sua reprodução. Isto significa que as destruições da natureza (…) deixam de ser «meras» destruições da natureza e se convertem numa componente da dinâmica social, económica e política global. O efeito secundário inadvertido da socialização da natureza é a *socialização das destruições e ameaças da natureza*, a sua transformação em contradições e conflitos económicos, sociais e políticos". Assim, "ao passo que o conceito de sociedade industrial clássica repousa na contraposição entre natureza e sociedade (…), o

[866] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 282.
[867] Embora noutro plano, pelo contrário, vendo no homem um "intruso na natureza", O. GASSET, *Meditações*, pp. 31 ss. (e tb. p. 15).
[868] Tratando dos deveres de protecção também numa perspectiva europeia e internacional: E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 92-93, em nota; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 459 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 103 ss.; STEUER, *Die positiven Verspflichtungen*, pp. 191 ss.; CHRISTENSEN / FISCHER-LESCANO, *Das Ganze*, *passim*; STACHEL, *Schutzpflichten*, *passim*; MOWBRAY, *The development*, *passim.*
[869] BECK, *La sociedad*, p. 113.

conceito da sociedade (industrial) de risco parte de uma «natureza» integrada civilizacionalmente e segue a metamorfose de todas as suas lesões através dos sistemas sociais parciais". A consequência central desta evolução é a de que, "na modernidade avançada, a sociedade, com todos os seus sistemas parciais (economia, política, família, cultura), já não se pode compreender de uma maneira «autónoma relativamente à natureza». Os problemas do meio ambiente não são problemas do entorno, mas sim (na sua génese e nas suas consequências) problemas sociais, problemas do ser humano, da sua história, das suas condições de vida, da sua referência ao mundo e à realidade, do seu ordenamento económico, cultural e político". Em termos metafóricos, "a «natureza interior» do mundo civilizacional, transformado industrialmente, há-de ser compreendida como um *não*-entorno exemplar, como um meio ambiente interior frente ao qual fracassam todas as nossas possibilidades de distanciamento e de exclusão"[870].

Este retrato eloquente do fim da separação entre natureza e sociedade deve, no mínimo, conduzir a uma reflexão séria sobre a oportunidade de, num certo afã compartimentador do mundo, levantar muros de meação entre os perigos ditos naturais e os perigos ditos humanos. E, após tal reflexão, a conclusão mais cautelosa a extrair será, certamente, a de que a distinção entre as duas supostas categorias de perigos só em termos tendenciais pode ser estabelecida, sendo absolutamente inviável definir uma qualquer linha de fronteira entre ambas, por mais ténue que seja. Assim, por exemplo, em todas as tragédias de origem natural há sempre, de algum modo, concorrência de causas humanas. Mesmo tomando por referência um abalo sísmico, cuja ocorrência não é seguramente determinada qualquer causa humana, a verdade é que o número de mortos e, em geral, a dimensão da tragédia têm menos a ver com o tremor de terra propriamente dito, do que com a qualidade e segurança das edificações, o ordenamento do território, a organização e capacidade de resposta das estruturas de socorro, etc. De modo lapidar, o que mata não é o abalo sísmico, mas sim a construção[871]. O que ceifa vidas humanas não é tanto o momento fatídico do sismo, mas sim o que existe antes dele e o que vem, ou deveria vir, depois dele.

Ainda que se acredite na viabilidade (e utilidade) de uma distinção tendencial e flexível entre perigos naturais e perigos humanos e, além disso, se aceite reduzir para espaços mais limitados a escala dos problemas a analisar na perspectiva dos deveres de protecção, um outro óbice pode ser invocado contra a exclusão dos chamados perigos da natureza como causas adequadas à dedução dos deveres estaduais em apreço. É que, de um ponto de vista jurídico, é maior a proximidade entre os perigos ditos da natureza e os perigos humanos de causa desconhecida, incógnita ou difusa, do que entre estes últimos e os perigos gerados por pessoas determinadas e que a elas podem ser imputados sem qualquer dificuldade. O que fazer, então, com tal *categoria de perigos intermédios*, em que é inequívoca a presença de mão ou mãos humanas, mas em que não há um particular, colocado num dos vértices inferiores do triângulo, a quem responsabilizar pela agressão jusfundamental?

---

[870] BECK, *La sociedad*, pp. 113-114.
[871] Recorrendo a este exemplo, M.G. GARCIA, *Sociedade*, p. 203.

Esta interrogação assume uma importância tão mais significativa quanto é certo que grande parte das fontes poluidoras actuam dessa forma sub-reptícia, encoberta, disseminada, insidiosa, brotando os perigos para a vida, integridade e saúde humanas de causas distantes no tempo e no espaço, ou decorrendo de efeitos de acumulação, combinação ou sinergia. E isto que é válido quando aos perigos propriamente ditos, em que as cadeias causais se encontram razoavelmente bem estabelecidas, é-o por maioria de razão para os riscos em sentido estrito, em que o grau de desconhecimento e de incerteza é à partida bastante maior. A poluição do solo e da água, assim como a poluição atmosférica e sonora têm evidentemente causas humanas, com consequências jusfundamentais muito gravosas, que frequentemente não podem ser atribuídas a nenhum agente privado em especial, nem sequer a um conjunto de agentes determinados ou determináveis. Nem por isso parece razoável excluir também estes perigos e riscos humanos anónimos e difusos, juntamente com os denominados perigos da natureza, do campo problemático dos deveres estaduais de protecção jusfundamental[872]. Não faz sentido, por exemplo, sustentar que apenas é possível deduzir um dever de protecção do direito à saúde de quem é molestado pelo ruído da aviação porque os riscos envolvidos podem ser imputados ao aeroporto em si mesmo – figurando a empresa que o explora como agressor particular –, mas que essa dedução já não seria possível contra os múltiplos utilizadores privados do aeroporto[873]. Assim como não é aceitável, noutro exemplo, agora tirado do campo da segurança alimentar, excluir o risco de contrair a variante humana da BSE do alcance temático da figura dos deveres de protecção tão-somente porque não é possível identificar os actores privados que estiveram na origem da propagação da doença – num caso que, aliás, põe também à prova a viabilidade da distinção entre perigos naturais e humanos[874].

Sendo em regra acidental a possibilidade de isolar ou determinar os agentes privados causadores do perigo, não parece ser opção, de facto, abandonar os direitos fundamentais à sua sorte num domínio tão importante como o do controlo das fontes poluidoras difusas e onde, mais do que noutros âmbitos em que não se questiona a aplicabilidade da figura dos deveres de protecção, se joga a preservação das condições futuras da vida humana e da capacidade de regeneração dos ecossistemas. Em bom rigor, aliás, considerando que a protecção jusfundamental começa por ser uma imposição dirigida ao legislador e temporalmente situada num *momento preventivo*, o normal é que ela lide com situações *abstractas* e com agentes *gerais* causadores dos perigos e, portanto, não individualizados ou determináveis. Não há motivo para impor, como pressuposto estrutural dos deveres de protecção, que as actividades perigosas sejam desenvolvidas pelo agricultor *x*, pela cimenteira *y*, ou pelas empresas químicas *w* e *z*, quando, ao mesmo

[872] Não obstante, é essa a orientação de KRINGS, *Grund*, pp. 215-217; e também de HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 231 ss..

[873] KRINGS, *Grund*, p. 217, sob inspiração da decisão *Fluglärm*, BVerfGE, 56, 54.

[874] A BSE terá surgido, em Inglaterra, devido ao uso na alimentação dos animais de farinhas contaminadas adquiridas pelos criadores, sendo que essa contaminação teve na sua origem modificações introduzidas no final dos anos 70 no processo de reciclagem das matérias-primas usadas pelos fabricantes na produção das ditas farinhas. Com efeito, a esterilização dessas matérias-primas não só era dispendiosa, como era (ironicamente) prejudicial para o ambiente e para a saúde dos trabalhadores que a efectuavam. M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, p. 22.

tempo, a protecção penal da vida se faz através da fórmula "quem matar outra pessoa" (artigo 131º do Código Penal). No momento em que é necessário construir uma armadura jurídica de protecção de bens jusfundamentais ameaçados por certos perigos, é razoavelmente indiferente saber quem são os autores reais ou potenciais desses perigos. A atenção deve concentrar-se fundamentalmente nos direitos ameaçados e não tanto na autoria da ameaça em si.

III – Definida, assim, uma linha de continuidade entre os perigos ditos naturais, os perigos humanos anónimos e difusos, e os perigos humanos de autoria determinada, resta esclarecer a segunda questão acima colocada, sobre o que significa proteger direitos fundamentais contra aqueles perigos que, correntemente, se consideram ser perigos da natureza. Na verdade, grande parte da argumentação apresentada contra a inclusão destes últimos entre aqueles que permitem a dedução de deveres estaduais de protecção parece partir do princípio de que proteger direitos fundamentais contra perigos da natureza significa actuar em situação de catástrofe ou, inclusive, agir directamente contra os fenómenos naturais, enquanto eles estão em curso. Daí a ideia segundo a qual o tipo de actuação exigido nestes casos é de índole logística e técnica, ficando essencialmente a cargo da máquina administrativa do Estado. Daí também a ideia de impotência do poder estadual frente às forças da natureza.

Não obstante, sem prejuízo da importância deste tipo de abordagem, que põe em relevo as prestações fácticas e as operações materiais a cargo de diferentes departamentos da Administração, não é só disso que se trata quando se visa colocar direitos fundamentais a salvo de perigos cuja causa é tendencialmente natural. Ao invés, tendo em conta que os deves de protecção de direitos fundamentais se impõem ao aparelho estadual num momento preventivo, antes de ocorrida a lesão dos correspondentes bens jurídicos – ou seja, vale aqui o primado da precaução, que valoriza as formas de protecção primária, em desprimor das formas de protecção secundárias[875] –, do que se trata na protecção contra os perigos essencialmente naturais, antes de tudo o resto, é de definir regras de segurança, de ordenar o território e de estabelecer mecanismos de reacção e criar instituições vocacionadas para responder a calamidades e a outros eventos imprevistos. Assim, quando o legislador emana normas aplicáveis à segurança das edificações – *v.g.*, obrigando à adopção de sistemas construtivos antissísmicos ou impondo regras de segurança contra incêndios ou, em geral, sobre as características dos materiais utilizados na construção[876] –, ou quando o legislador e as autoridades administrativas nacionais e locais definem o zonamento do território, interditando o aproveitamento urbanístico do solo em determinada áreas consideradas perigosas – *v.g.*, devido à proximidade de uma falha sísmica, por serem excessivamente declivosas ou por se tratar

[875] Sobre o primado da protecção preventiva: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 263-265; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 267-270; sobretudo para uma análise das diferentes modalidades de protecção secundária, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 108 ss..

[876] A construção dos edifícios rege-se ainda pelo Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), de 1951. Para além de inúmeros regimes especiais, a segurança contra incêndios está regulada pelo Decreto-Lei nº 220/2008, de 12 de Novembro.

de zona de infiltração ou de leito de cheia[877] –, ou ainda quando o legislador estabelece normas de organização e procedimento aplicáveis aos serviços de protecção civil – *v.g.*, delineando sistemas de vigilância e alerta, criando instituições com competências específicas, mas também definindo a forma de coordenação de outras entidades (bombeiros, forças de segurança, serviços de emergência médica, forças armadas)[878] –, em qualquer destes casos o que está em causa é, em última análise, a protecção da vida, da integridade física, da segurança e da saúde das pessoas contra perigos que têm uma grande componente natural.

Ora, neste sentido, não é de todo verdade, que o poder do Estado seja absolutamente impotente perante as forças da natureza. Bem pelo contrário, quando os poderes públicos gizam sistemas de prevenção bem estruturados e completos e os põem efectivamente em prática, eles podem bastante contra os fenómenos naturais, revelando grande capacidade para evitar a lesão de muitos bens jusfundamentais[879]. E, curiosamente, excluídos os meios de protecção de cariz mais institucional, não é sequer difícil configurar, de entre as diversas modalidades de protecção *ex ante* contra perigos tendencialmente naturais, triângulos jusfundamentais em que a posição de agressor potencial é ocupada por um privado bem identificado – como sucede, designadamente, na relação entre o Estado, o construtor de um edifício e quem o adquire, no todo ou em parte, para viver ou trabalhar (consumidor final).

IV – Com estas premissas, não há como excluir os chamados perigos naturais da zona de influência dos deveres estaduais de protecção jusfundamental[880].

A ideia dominante que deve presidir a este instituto é a da *indivisibilidade* da protecção dos direitos fundamentais, que por sua vez conduz em linha recta à secundarização da índole das fontes dos perigos ou riscos. Ou melhor, considerando que a origem tendencialmente humana ou natural tanto de perigos como de riscos, assim como o número e a (in)determinabilidade dos respectivos agentes não se repercutem de forma directa e necessária na gravidade das ameaças para os direitos fundamentais, a dedução de deveres estaduais de protecção pode e deve fazer-se abstraindo do perfil das fontes e dos agentes causadores. Essencial é a *orientação da protecção para os bens jurídicos jusfundamentais*[881]. O resto são aspectos relativamente acidentais, importantes seguramente para decidir sobre o perfil mais adequado à protecção, para proceder à escolha dos melhores instrumentos, para fazer projecções quanto

[877] Um dos objectivos definidos nas bases do ordenamento do território é, precisamente, o de "acautelar a protecção civil da população, prevenindo os efeitos decorrentes de catástrofes naturais ou da acção humana" (alínea *h)* do artigo 3º da Lei nº 48/98, de 11 de Agosto). Por sua vez, no regime dos instrumentos de gestão territorial, determina-se que "o conjunto dos equipamentos, infra-estruturas e sistemas que asseguram a segurança e a protecção civil é identificado nos instrumentos de gestão territorial (nº 2 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro).

[878] As bases da protecção civil foram aprovadas pela Lei nº 27/2006, de 3 de Julho, e desenvolvidas por vários diplomas, dos quais se destaca o Decreto-Lei nº 134/2006, de 25 de Julho, que estabelece o "sistema integrado de operações de protecção e socorro".

[879] Sublinhando que a protecção normativa não se dirige, por definição, directamente contra as forças da natureza, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 280-281.

[880] Neste sentido, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 97-98.

[881] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 76; DIETLEIN, *Dir Lehre*, p. 103.

aos resultados da mesma, mas não para decidir se a Constituição impõe ou não um dever de protecção. Por isso, pode dizer-se que as operações de fundamentação constitucional dos deveres de protecção são presididas por um "princípio de irrelevância da origem das ameaças" que impendem sobre os direitos fundamentais[882].

Insistir na necessidade de uma estrutura triangular perfeita, em que a protecção de um direito fundamental se faz invariavelmente a expensas da restrição de outro direito equivalente, guindando essa exigência em pressuposto indispensável à configuração de um dever estadual de protecção, revela, por uma banda, uma rigidez dogmática não muito diferente daquela que perpassa na denominada da "solução dos direitos de defesa" e, de outra banda, uma incapacidade para retirar o instituto jurídico-constitucional das restrições do epicentro da teoria dos direitos fundamentais – em vez de se promover o recentramento desta em torno da ideia de uma protecção efectiva e tão extensa quanto possível dos respectivos bens jurídicos. Com efeito, uma vez superadas as visões clássicas dos direitos fundamentais enquanto realidades jurídicas unidimensionais, que inexoravelmente os confinavam às relações verticais com o poder público estadual, seria agora desprovido de sentido espartilhar a dimensão de protecção dentro das relações triangulares simétricas ou assimétricas. Os deveres de protecção de direitos fundamentais não têm por que ser apenas o reverso das restrições, enquanto figura paradigmática dos direitos de defesa, apenas com a particularidade de a intervenção restritiva ser agora não apenas constitucionalmente autorizada mas também constitucionalmente devida[883]. Essa perspectiva que coloca a protecção e a restrição jusfundamentais num permanente e inevitável jogo de espelhos revela uma grande dificuldade em aceitar que a doutrina dos deveres de protecção se emancipou e soltou amarras em relação aos seus antepassados teóricos, ainda amplamente comprometidos com a concepção dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa. Essa perspectiva afigura-se sobretudo muito redutora, porquanto obriga deliberadamente a virar a cara a inúmeras ameaças reais que pesam sobre bens jurídicos individuais de elevada ressonância, apenas porque não é em concreto possível encontrar um sujeito jurídico a quem aplicar uma medida restritiva (ou uma outra medida de efeito equivalente).

O sentido desta insistência em conferir ao Estado um estatuto de coordenador permanente das esferas de liberdade dos seus cidadãos – no fundo, de responsável equidistante pela justa ordenação de posições jurídicas individuais contrapostas – redunda, aliás, num paradoxo: o de não se protegerem direitos fundamentais ameaçados porque não é possível restringir outros direitos. Há aqui uma total inversão da lógica constitucional, porque são as necessidades de protecção que justificam as restrições e não o inverso[884]. A protecção justifica-se por si mesma, ao passo que as restrições – que devem ter-se por excepcionais – só na salvaguarda de "outros direitos ou interesses constitucionais" encontram o seu

[882] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 281.
[883] MAYER, *Untermaß*, p. 75.
[884] Apesar de tudo: ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 202-203; ALEXY, *Teoria*, p. 435; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 238-239; KRINGS, *Grund*, pp. 218-219; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 231.

fundamento e o seu limite. Por isso, a impossibilidade ou a desnecessidade de restringir para alcançar um nível adequado de protecção dos direitos básicos em crise, ao invés de inviabilizar dogmaticamente a figura em apreço, possui um efeito libertador de deveres concretos de protecção, conferindo aos poderes estaduais uma mais ampla margem de apreciação na escolha dos meios protectores e na regulação da sua intensidade.

Se nem sempre o Estado tem de actuar, no domínio dos direitos fundamentais, como um coordenador imparcial de liberdades individuais, e se nem sempre a relação jusfundamental de protecção tem de se estruturar triangularmente – sendo admissíveis, como se viu, outras morfologias mais e menos complexas[885] –, também não convence o argumento segundo o qual os deveres estaduais em causa se justificam enquanto compensação pela proibição da justiça privada imposta pelo Estado aos seus cidadãos. Desde logo porque, ao que se saiba, ninguém nunca afirmou que os deveres de protecção se alicerçam *única e exclusivamente* num pensamento de compensação sinalagmática pelo monopólio do poder estadual – *do ut des* – e, consequentemente, pela perda do direito a fazer justiça pelas suas próprias mãos[886]. Uma coisa é procurar cimentar a teoria dos deveres de protecção filiando-a na chamada função de segurança do Estado, a qual representa uma contrapartida pelo princípio da paz jurídica e da heterotutela dos direitos dos membros da comunidade, outra bem diferente é dizer que a fundamentação dos ditos deveres se esgota nessa plano, aliás essencialmente situado no domínio da teoria política – ainda que com ramificações para fora dele e, em particular, para o domínio jusconstitucional[887]. Mesmo ignorando as críticas que têm sido dirigidas ao enlace entre os deveres de protecção e as concepções político-constitucionais de pendor ou inspiração contratualista – críticas, aliás, nem sempre justas[888] –, a ideia da compensação pela perda do direito de autodefesa não é nem a única nem porventura a principal razão fundante daquela figura. Como se verificou em devido tempo, a fundamentação daquela dimensão protectora jusfundamental é bem mais rica e diversificada, atingindo-se na intercepção de vários argumentos situados em diferentes planos, sem que nada dispense o recurso à exegese das normas constitucionais positivas onde se contêm os regimes gerais e especiais dos direitos fundamentais.

Acresce ainda que uma coisa é aceitar que a ideia da contrapartida pela exclusão do direito à defesa própria milita em favor do reconhecimento de um dever do Estado de protecção dos direitos basilares dos membros da sociedade, outra coisa algo diversa é utilizar essa ideia como critério para a dedução concreta de deveres de protecção, como seria o caso aqui, ou para delimitar campos temáticos em que essa dedução é possível e outros em que não é. Não se devem confundir níveis teóricos com níveis práticos de argumentação. Que se saiba, o facto de uma pessoa concreta que sente a sua vida

---

[885] Precisamente na questão em análise, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 278; em geral, CALLIESS, *Schutzpflichten*, pp. 979 ss..

[886] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 23-25; também *(§ 111º) Das Grundrecht*, p. 186; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 43-44; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 102-106; KRINGS, *Grund*, pp. 100-102; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 26-28;

[887] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 103.

[888] KRINGS, *Grund*, pp. 31 ss..

ameaçada não estar impedida de a defender recorrendo a meios enquadráveis no instituto da legítima defesa, não conduz à conclusão de que não existe por parte do Estado um dever de proteger o bem jurídico da vida humana através de instrumentos de natureza penal.

Surpreendente é, sobretudo, o argumento segundo o qual, historicamente, nunca os direitos fundamentais se orientaram contra os *perigos da natureza*, não tendo o Estado assumido alguma vez qualquer tipo de responsabilidade relativamente à integridade dos bens jurídicos das pessoas em processos causais de origem natural. Se o que se afirma não deixa de ser verdade – de facto, nunca foi esse o sentido dos direitos fundamentais –, o argumento não deixa de provar claramente em demasia, a não ser que se queira regressar ao ideário liberal, entendendo a propriedade como um direito absoluto ou proibindo o direito de associação em nome da liberdade individual. Historicamente, enquanto o Estado e a sociedade foram concebidos como realidades separadas e contrapostas, os direitos fundamentais também não se dirigiam contra os *perigos sociais*, no sentido próprio desta expressão, mas apenas e só contra os *perigos estaduais*. Ou seja, contra as incursões abusivas dos poderes públicos nas esferas de acção reservadas aos indivíduos. Tanto a inclusão na Constituição de dimensões jusfundamentais prestadoras, sobretudo a cargo dos direitos económicos, sociais e culturais, como o reconhecimento de dimensões de protecção contra perigos sociais propriamente ditos – que, recorde-se, pressupõem a vinculatividade horizontal dos direitos fundamentais, como sua função normal – representam, apesar de tudo, conquistas relativamente recentes dentro do quadro histórico de evolução dos direitos fundamentais. Por isso, não é legítimo afirmar, para excluir os perigos da natureza do âmbito dos deveres de protecção, que a salvaguarda dos indivíduos contra perigos sociais se coaduna com o sentido tradicional dos direitos fundamentais, assim como a convocação da matriz histórica destes direitos só faz sentido para negar a própria dimensão de protecção e para regressar à unidimensionalidade dos direitos fundamentais, como posições jurídicas defensivas contra o poder estadual. Ou bem que se fica preso na história, ou bem que se aceita andar em frente – mas, neste caso, não há por que ter receio de dar o último passo.

Finalmente, não há que temer as limitações próprias do poder do Estado no confronto com as forças da natureza – isto quando estiver em causa, efectivamente, a actuação dos poderes públicos em situação de calamidade ou a tentativa de controlar directamente efeitos produzidos por causas naturais. Os deveres de protecção correspondem a obrigações de meios e não a obrigações de resultado, pelo que as expectativas dos cidadãos em relação à actuação do Estado em tais circunstâncias têm *a priori* em conta os limites inerentes aos modos do agir estadual e aos recursos disponíveis[889]. Não há, assim, sequer fundamento para pensar que, com o alargamento proposta para os perigos essencialmente de origem natural, se contribui para alimentar o tópico discursivo liberal do *overloaded government*[890] – ainda que o

[889] Referenciando a ideia, presente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de que em causa está uma "obrigação de empregar meios e não de garantir resultados", E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 106-107.
[890] CROZIER / HUNTINGTON / WATANUKY, *The crisis*, pp. 161 ss..

mesmo tenha a sua origem na crítica às prestações concretizadoras dos direitos sociais[891]. E tão pouco se justificam especiais cuidados quanto à possibilidade de os deveres de protecção contra perigos essencialmente naturais encontrarem, do lado oposto, correspondência em pretensões subjectivas dos cidadãos, que possam ser juridicamente accionáveis. O problema do carácter subjectivo originário ou da transmutação subjectiva dos deveres de protecção tem feito correr muita tinta, mas, até ao presente, nunca ninguém negou a possibilidade de dissociação entre deveres de protecção e direitos a protecção. Que se tenha conhecimento, nenhum autor alguma vez sustentou que a todos os deveres de protecção corresponde sempre e necessariamente um direito subjectivo a protecção[892]. Orientação que, aliás, é corroborada na doutrina nacional, que se tem mostrado reticente em aceitar a subjectividade originária dos deveres de protecção e onde prevalece a tese da simples presunção de subjectividade[893]. Em sendo assim – independentemente de saber quais possam ser os critérios para separar os deveres de protecção com e sem correspondência subjectiva[894] –, sempre terá de anuir-se na impossibilidade de subjectivar pretensões contra o Estado quando não estiver na sua disponibilidade dar-lhe cumprimento satisfatório. Nem poderia ser de outra forma, porque afinal *ultra posse nemo obligatur*[895].

7.3. Perigos com conexões internacionais

A categoria dos *perigos causados directamente por Estados estrangeiros ou com origem nos respectivos territórios* – ou seja, aí desencadeados por indivíduos ou grupos em virtude da incapacidade ou complacência do Estado em causa, quando não mesmo da sua conivência –, apesar de, como adiante melhor se perceberá, não esgotar todos os *perigos com conexões internacionais*, é seguramente a que melhor corresponde ao núcleo problemático que interessa abordar.

I – Curiosamente, a inclusão destes perigos originados por Estados estrangeiros ou oriundos dos respectivos territórios entre os pressupostos dos deveres de protecção de direitos fundamentais desperta

[891] Numa postura crítica, HIRSCHMAN, *A retórica*, pp. 100 ss..

[892] Sem pretensão de exaustividade: UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 58 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 58-62; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 48 ss.; ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, pp. 183-185; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 179 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 144 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 208 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 234 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 437 ss., e pp. 459 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 241 ss.; STERN, *(§ 69º) Die objektive-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 978 ss.; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 489 ss.; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 169 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 53-55; MAYER, *Untermaß*, pp. 51 ss., esp. pp. 65-67.

[893] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 144 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1255-1258; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 93-95; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 192-193; J. LOUREIRO, *O procedimento*, pp. 180-185, e pp. 228 ss.; D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, pp. 362-365; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 41-44; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 99-109, esp. p. 104.

[894] Supra, §1º, ponto 4.5. Infra, epílogo, ponto 16.

[895] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 108; embora noutro contexto, DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 105.

menos resistências do que as já analisadas a propósito dos denominados perigos da natureza[896]. Tal realidade poderá, porventura, explicar-se pelo facto de ser por demais evidente a irrelevância das fronteiras nos domínios em causa: os perigos e os riscos não conhecem de todo as fronteiras políticas entre os Estados, nem sequer quando estas coincidem com fronteiras geográficas[897]. Eles são literalmente levados pelo vento, arrastados pelas águas, viajam de avião e por via marítima, importam-se e exportam-se em contentores, enfim cruzam continentes e atravessam oceanos quantas vezes sem que se dê conta da sua presença. Os perigos e os riscos desconhecem, inclusive, as barreiras entre países pobres e países ricos, entre blocos geopolíticos, ou as clivagens entre o Norte e o Sul. E tudo isto independentemente de se tratar de perigos humanos individualizáveis – *v.g.*, os perigos da criminalidade organizada internacional ou os riscos de grandes instalações técnicas –, de perigos difusos de origem humana – *v.g.*, a poluição atmosférica que dá origem às chuvas ácidas e a doenças alérgicas e respiratórias – ou de perigos da natureza – *v.g.*, um vulcão que eclodiu e cujas cinzas se espalham pelos territórios dos países limítrofes.

Assim sendo, uma perspectiva exclusivamente doméstica dos deveres de protecção não seria de todo condizente com a "sociedade de risco global", em que, designadamente, "a crise ecológica implica uma *violação sistemática dos direitos básicos*"[898]. Contudo, este relativo consenso quanto à impossibilidade de excluir da teoria dos deveres de protecção o grosso dos *perigos com conexões internacionais*, não obsta a que se reconheça a grande diversidade de hipóteses em que se desdobra esta problemática, assim como a existência de algumas dificuldades, sobretudo de natureza prática, à aplicação do princípio já referido da *irrelevância da origem da ameaça*. Por consequência, mantendo embora a orientação assumida de direccionar a protecção para os bens jurídicos jusfundamentais e de respeitar a indivisibilidade da protecção dos correspondentes direitos[899] – orientação que respeita basicamente ao momento da dedução dos deveres de protecção e não tanto, bem entendido, ao momento da organização e actuação concretas dessa mesma protecção –, é necessário reconhecer e ordenar diversas constelações de casos, cada uma delas com as suas especificidades próprias.

De comum, essas constelações têm essencialmente o facto de o Estado português, colocado no vértice superior do triângulo jusfundamental, não dispor da possibilidade ou da capacidade para controlar o que se passa nos vértices inferiores desse mesmo (suposto) triângulo, tanto do lado do perigo e das respectivas causas, como do lado do bem jusfundamental ameaçado e dos correspondentes titulares, como por vezes de ambos os lados ao mesmo tempo. E comum é também o facto de essa ausência de controlo

---

[896] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 102; STERN, *(§ 69º) Die objektive-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, p. 934; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 117-124; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 31-35; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 208-217; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 102-104; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 79-85; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 283-287; EHLERS, *Der Schutz*, pp. 337 ss.; KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, pp. 704 ss.; TREVIRANUS, *Nochmals: Diplomatischer Schutz*, pp. 35 ss.. Mais restritivamente, em coerência com a posição adoptada quanto aos perigos da natureza, KRINGS, *Grund*, pp. 194-203. Claramente contra ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, pp. 209-213, esp. p. 210.

[897] BECK, *La sociedad*, pp. 52 ss..

[898] BECK, *La sociedad del riesgo global*, pp. 23 ss., e esp. p. 61.

[899] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 76; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 103 e p. 116.

efectivo, que evidentemente não tem de ser total ou absoluta, proceder tanto de razões jurídicas – falta de jurisdição –, como de razões factuais – impossibilidade prática de actuação ou indisponibilidade de instrumentos adequados –, ou como ainda de umas e outras em simultâneo. Assim, por um flanco, pode o Estado não dominar a fonte da ameaça jusfundamental, uma vez que os seus *autores* – quer sejam os próprios Estados estrangeiros, pessoas singulares ou colectivas aí localizadas, pluralidades indeterminadas de indivíduos ou grupos não formalizados – não se encontram *de jure* ou *de facto* sujeitos à ordem jurídica estadual portuguesa, mas apenas à respectiva ordem jurídica estrangeira e ao direito internacional – ou não se encontram até, por definição, submetidos a nenhuma ordem jurídica, como sucede com os chamados perigos da natureza de proveniência transnacional. De outro flanco, pode o Estado dispor de um poder de domínio sobre os *autores* das ameaças jusfundamentais, que se localizam dentro do território nacional, mas não ter possibilidades de actuação relativamente aos efeitos ou à consumação dessas ameaças, uma vez que os titulares dos direitos fundamentais em questão se encontram no exterior. Finalmente, de outro flanco ainda, pode o Estado estar duplamente limitado nas suas capacidades de agir em socorro de direitos fundamentais em crise, o que sucede sempre que tanto a origem das ameaças jusfundamentais como os titulares dos bens jurídicos ameaçados se acham externamente, além das fronteiras territoriais portuguesas.

II – Sob a forma de um esquema, são as seguintes as constelações de casos com conexão internacional, em função das quais deve ser colocada a questão da admissibilidade de deveres estaduais de protecção[900]:

<table>
<tr><td colspan="2">Agressores
Lesados</td><td>De origem interna</td><td colspan="3">De origem externa</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td></td><td>Portugueses (no estrangeiro)</td><td>Estrangeiros / … / Perigos da natureza</td><td>Estados estrangeiros</td></tr>
<tr><td colspan="2">Situados internamente</td><td>I
Situação base</td><td colspan="3">III
Dever de protecção com recurso ao “treaty-making power” e actuando sobre os efeitos dos perigos</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Situados externa-mente</td><td>Portugueses (no estrangeiro)</td><td rowspan="2">II
Dever de protecção actuando sobre as fontes dos perigos</td><td colspan="3">IV
Dever de protecção sob a forma de protecção diplomática, tanto em sentido amplo como em sentido estrito</td></tr>
<tr><td>Estrangeiros</td><td colspan="3">V
Inexistência de dever de protecção, sem prejuízo do direito de asilo</td></tr>
</table>

[900] Este esquema corresponde a uma extensa adaptação do que é apresentado por KRINGS, *Grund*, p. 203.

Antes de iniciar a análise individualizada de cada uma das cinco propostas de solução para o problema da dedução de deveres de protecção jusfundamental contra perigos com conexões internacionais – sobretudo as situações II a V, mas também a própria situação I –, importa deixar uma nota para referir que neste esquema não há lugar para a protecção dos indivíduos contra decisões de extradição, expulsão ou sobre o reconhecimento do direito de asilo. Com efeito, apesar de a estes três institutos jurídicos subjazer sempre uma situação factual com ligações internacionais e em que se jogam determinados direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos – direitos esses que, portanto, carecem de uma armadura jurídica de salvaguarda, sobretudo nos planos procedimental e processual –, o ângulo correcto de aproximação não pode ser o dos deveres de protecção, mas sim o dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa. Contas feitas – e não obstante alguns equívocos doutrinais[901] –, do que se trata na extradição, na expulsão ou na averiguação dos pressupostos do direito de asilo político é de controlar decisões jurídicas do poder público estadual, à luz de normas e princípios constitucionais e legais[902].

Mesmo que os direitos fundamentais dos indivíduos, que foram ou possam vir a ser objecto de tais decisões jurídico-públicas, correspondam a posições activas procedimental e processualmente dependentes – ou seja, que os direitos em apreço exijam do legislador a emanação de regras de organização, procedimento e processo[903] –, os deveres positivos do legislador que daí possam advir dispõem-se no sentido de permitir a apreciação da legitimidade das actuações positivas estaduais, do seu carácter eventualmente restritivo, à luz do princípio da proibição do excesso e dos demais princípios integrantes do Estado de Direito. Não se trata, pois, de verificar se o Estado mobilizou os instrumentos normativos e materiais suficientes para proteger suficientemente certos bens jurídicos jusfundamentais em face de perigos ou riscos de índole não estadual. Recorde-se, pois, que as dimensões positivas (e objectivas) dos direitos fundamentais que determinam a emanação de normas de organização, procedimento e processo tanto podem apresentar-se autonomamente, como cumprir funções ancilares relativamente à função jusfundamental (negativa) de defesa ou à função jusfundamental (positiva) de protecção. E, no que tange à extradição, à expulsão e ao asilo, o problema é garantir a efectividade procedimental e processual de dimensões de defesa dos direitos fundamentais dos visados[904].

---

[901] ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, p. 212; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 32-33 (e, não obstante, p. 84). Em particular, KRINGS, *Grund*, pp. 201-202, refere-se ao direito de asilo como um direito a protecção contra perseguições que, no país de origem, podem ser da responsabilidade de grupos ou organizações não estaduais.

[902] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 119-120; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p.104; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 84-85;

[903] Recorde-se, por todos, STERN, *(§ 69º) Die objektive-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 953 ss., esp. p. 973; ALEXY, *Teoria*, pp. 454-461. Na doutrina portuguesa: G. CANOTILHO, *Tópicos*, pp. 20 ss., V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 145-149; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 52 ss..

[904] Supra, Introdução, ponto 1.3.

7.3.1. Perigos internos com efeitos internos

O tratamento da situação base prevista no quadro acima apresentado, aparentemente, não deveria ter aqui lugar (quadrícula I). Sucede que a mesma, apesar de nela se cruzarem apenas perigos de origem interna e sujeitos afectados também internamente situados, não deixa de ter marginalmente conexões internacionais de natureza pessoal, atendendo ao estatuto jurídico dos entes singulares ou colectivos que desencadeiam os perigos ou que titulam os bens jusfundamentais sob ameaça.

Uma vez mais, em termos esquemáticos:

<table>
<tr><th rowspan="2">Agressores
Afectados</th><th rowspan="2">Portugueses</th><th rowspan="2">Perigos de origem difusa</th><th rowspan="2">Perigos da natureza</th><th colspan="2">Estrangeiros</th></tr>
<tr><th>Estatuto geral</th><th>Estatuto especial</th></tr>
<tr><td>Portugueses</td><td colspan="3">Dever de protecção</td><td rowspan="3">Dever de protecção actuando sobre os efeitos do perigo (e condicionado na actuação sobre as causas)</td></tr>
<tr><td>Estrangeiros equiparados</td><td colspan="3">Dever de protecção relativamente aos direitos abrangidos pelo princípio da equiparação</td></tr>
<tr><td>Estrangeiros não equiparados</td><td colspan="3">Dever de protecção em relação ao núcleo dos direitos reconhecidos pela Constituição e/ou pelo direito internacional</td></tr>
</table>

I – Na coluna vertical esquerda registam-se os estatutos jurídicos jusfundamentais dos sujeitos afectados, uma vez que – sem embargo do que adiante se dirá sobre a protecção dos denominados direitos das gerações futuras e dos direitos ainda não subjectivados –, em circunstâncias normais, só faz sentido colocar a questão de saber se o Estado está vinculado a um dever estadual de protecção se, previamente, se verificar que o direito em questão integra de facto a esfera jurídica daqueles que se arrogam a sua titularidade. Concretamente, em relação aos portugueses, vale a regra da universalidade (nº 1 do artigo 12º), ou a da universalidade combinada com o princípio da especialidade da capacidade de gozo das pessoas colectivas (nº 2 do artigo 12º), ao passo que relativamente aos estrangeiros e aos apátridas que se encontrem ou residam em Portugal vigora o *princípio da equiparação* de direitos e deveres (nº 1 do artigo 15º), com algumas excepções (nº 2 do artigo 15º), mas sem prejuízo da possibilidade de atribuição a determinadas categorias de não-nacionais de direitos de cidadania (nºs 3, 4 e 5 do artigo 15º) – e, também,

da necessidade de ter em conta o princípio da especialidade no que respeita às pessoas colectivas estrangeiras (nº 2 do artigo 12º)[905].

Dúvidas subsistem apenas quanto à possibilidade de aplicar o princípio da equiparação de direitos e deveres consagrado no artigo 15º a todos os estrangeiros sem quaisquer reservas e, mormente, aos que tenham entrado em território português de forma ilegal ou que aqui permaneçam irregularmente ou indocumentados[906]. Afigura-se, contudo, que o nº 3 do artigo 27º, ao autorizar a privação da liberdade da "pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional", revela uma predisposição contrária ao reconhecimento de um estatuto de equiparação aos imigrantes ilegais, porventura apenas excepcionada no âmbito dos direitos dos trabalhadores previstos no artigo 59º. A estar correcto este entendimento, os estrangeiros não equiparados beneficiarão em território nacional apenas daqueles direitos fundamentais que se imponham, por via interpretativa da Lei Fundamental, pela sua inerência à dignidade da pessoa humana – desde logo, os previstos no nº 6 no artigo 19º –, aos quais hão-de juntar-se aqueles que decorram da vocação universalista da Constituição, revelada através da remissão para a Declaração Universal dos Direitos do Homem (nº 1 do artigo 16º), e ainda, naturalmente, dos direitos aplicáveis resultantes do seu estatuto de sujeitos de direito internacional, em particular dos consagrados nas convenções sobre direitos do homem[907].

Deve dizer-se, aliás, que o principal desafio colocado pelo problema dos direitos fundamentais dos imigrantes em situação ilegal não é tanto o de alargar o respectivo elenco, mas antes o da criação de condições para o seu exercício real e para garantir a sua defesa efectiva, perante as instâncias públicas competentes e pelas vias burocráticas ou jurisdicionais próprias, ainda que o acervo de direitos em causa seja comparativamente reduzido. De que serviria, na prática, recortar os direitos dos imigrantes ilegais sob o signo do princípio da equiparação, se, depois, com receio de serem referenciados e até expulsos, eles não podem fazer valer os direitos assim obtidos junto das autoridades administrativas (policiais, de fiscalização ou de prestação) e das próprias autoridades jurisdicionais? De que serviria, com efeito, delimitar em moldes generosos o elenco dos direitos dos imigrantes ilegais, se, depois, o exercício efectivo dos mais básicos direitos fundamentais está pejado de escolhos? Tudo indica, assim, que o nó górdio que afecta o estatuto jusfundamental dos imigrantes em situação irregular não tem que ver com questões de titularidade de direitos, mas antes com questões de efectividade do respectivo exercício.

Em contrapartida – e aqui não parece que possa transigir-se –, em relação a todos os direitos fundamentais titulados por imigrantes ilegais, as questões da dedução e do alcance dos deveres estaduais de protecção hão-de ser colocadas nos exactos termos e, sobretudo, com o mesmo nível de exigência com

---

[905] Mais desenvolvidamente, J.P. SILVA, *Direitos*, pp. 25 ss., e pp. 57 ss..

[906] Em sentido afirmativo, G. MATIAS / P. MARTINS, *A convenção*, pp. 46 ss.. Em sentido diametralmente oposto, considerando que a residência legal é condição para o reconhecimento do próprio "mínimo internacional", F. QUADROS, *A protecção*, p. 143.

[907] J.P. SILVA, *Direitos*, pp. 28-35. Também, numa perspectiva jusinternacionalista: F. QUADROS, *A protecção*, pp. 113 ss., esp. pp. 124-125; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 587 ss..

que se apresentam no tocante aos direitos dos portugueses e dos estrangeiros beneficiários do princípio da equiparação[908]. Apenas com uma matização importante: em virtude da sua peculiar situação, os imigrantes irregulares encontram-se especialmente vulneráveis em múltiplos domínios da sua vida e são, por isso, vítimas preferenciais de condutas ilícitas que ameaçam alguns dos seus bens jusfundamentais mais elementares. Ora, essa especial exposição a determinadas formas de criminalidade, de exploração e de discriminação deve então ser considerada no momento de medir a *intensidade dos perigos* que sejam susceptíveis de desencadear os deveres estaduais de protecção.

Finda esta incursão pelo estatuto dos titulares dos direitos fundamentais sob ameaça, importa evidenciar que, nas caixas horizontais superiores – e em coerência com o que se disse no ponto anterior –, se representa a *continuidade jurídico-material* existente entre os perigos originados por entes portugueses individualizados, os perigos difusos de origem interna e os perigos tendencialmente resultantes de causas naturais ocorridas em território nacional. E, considerando que, por regra, "os nacionais num Estado estrangeiro estão submetidos à soberania territorial, plena e exclusiva, desse Estado", essa mesma continuidade substancial ocorre, tal-qualmente, em relação aos perigos desencadeados por entes (singulares ou colectivos) estrangeiros que se encontrem sujeitos à jurisdição do Estado português[909].

II – A situação mais delicada é, não obstante, aquela que no quadro apresentado se localiza na coluna vertical direita e que respeita aos estrangeiros beneficiários em território nacional de um *estatuto especial*, resultante quer do direito internacional geral, quer de convenções internacionais especificamente subscritas por Portugal. É o que sucede, por exemplo, com o estatuto do pessoal diplomático ou ao serviço de organizações internacionais, com as forças militares estrangeiras estacionadas em território nacional e, também, com os agentes de forças de segurança estrangeiras (ou internacionais), nas acções excepcionalmente desenvolvidas por estas em solo português[910-911]. De facto, estando em causa desvios claros ao tradicional *princípio da plenitude e exclusividade da soberania territorial* dos Estados, Portugal está internacionalmente vinculado a um conjunto de normas jurídicas que, mesmo quando não constituem

---

[908] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 119; ROBBERS, *Sicherheit*, p. 208.

[909] DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, p. 453; também J. MIRANDA, *Manual*, III, p. 240; ZIPPELIUS, *Teoria Geral*, p. 110.

[910] Sobre os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos e consulares regem a *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*, de 1961, (Decreto-Lei nº 48.295, de 27 de Março de 1968), e a *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*, de 1963, (Decreto-Lei nº 183/72, de 30 de Maio). DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 667-672; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 367 ss.. No que respeita à presença de forças militares estrangeiras, veja-se em especial o *Acordo de Cooperação e Defesa entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América* (Resolução da Assembleia da República nº 38/95, DR, I-A, de 11 de Outubro). Em relação à actuação de forças de segurança estrangeiras dentro das fronteiras do Estado, regem designadamente os artigos 87º a 89º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, concretizado por legislação ordinária diversa, em especial as disposições que instauraram o direito de observação e perseguição transfronteiriça para os agentes de polícia dos Estados membros do espaço *Schengen*.

[911] No caso germânico, tem designadamente interesse a jurisprudência sobre o estacionamento de armas químicas norte-americanas no território federal – decisão *C-Waffen* (BVerfGE, 77, 170) –, e sobre o pedido de libertação de Rudolf Hess, condenado pelo Tribunal de Nuremberga e mantido em prisão, em Berlin-Spandau, sob jurisdição de potências estrangeiras – decisão *Hess* (BVerfGE, 55, 349).

um verdadeiro estatuto pessoal (de absoluta imunidade) dos autores materiais de actividades ou acções perigosas, o constrangem muito seriamente nas suas possibilidades de agir em defesa da integridade dos bens jusfundamentais tutelados pela Constituição.

Em homenagem ao princípio da irrelevância da origem da ameaça, a resposta a tais constrangimentos não passa, porém, pelo afastamento do dever de protecção do Estado, mas sim por uma escolha criteriosa dos instrumentos de protecção a empregar[912]. Assim, terão preferencialmente de ser adoptados instrumentos protectores que não actuem sobre os autores dos perigos e riscos – isto é, que procurem fazer cessar a respectiva fonte –, mas antes instrumentos que actuem de forma directa sobre esses mesmos perigos e riscos, intentando controlar os seus efeitos ou procurando apartar os bens jurídicos jusfundamentais das ameaças que os podem atingir. Isto implica, por exemplo, sérios entraves no que concerne à adopção ou à aplicação das comuns formas de protecção penal ou de protecção policial em sentido estrito – ou seja, com recurso a medidas de polícia (nº 2 do artigo 272º) –, mas permite, ainda assim, lançar mão de outras modalidades de protecção, tanto no plano da actividade comunicacional (interna) do Estado, como nos domínios dos sistemas de informações e segurança ou de protecção civil. De todo o modo, constrangimentos circunstanciais ou mesmo estruturais em arquitectar (sub)sistemas adequados de protecção jusfundamental, assim como maiores dificuldades em afiançar aí resultados compatíveis com os níveis de protecção desejáveis, não podem servir de pretexto para desobrigar o Estado do cumprimento das vinculações indiciadas constitucionalmente em matéria de direitos fundamentais.

Além do mais, tudo aconselha a que as medidas internamente implementadas pelo Estado para garantir a integridade dos direitos fundamentais em crise sejam complementadas, no terreno externo, pelo desencadear de *acções diplomáticas* dirigidas à cessação, à redução ou ao controlo das fontes geradoras dos perigos e riscos em apreço. Embora, como se percebe intuitivamente, não exista um dever constitucional de mobilizar a sua máquina diplomática nesse sentido, usufruindo o Estado nesse campo das amplas margens de discricionariedade, que caracterizam em regra a sua actividade em matéria de negócios estrangeiros[913]. Assim será, ao menos, se e enquanto estiverem disponíveis instrumentos jurídico-públicos de protecção que permitam actuar no plano interno com um mínimo de efectividade.

7.3.2. Perigos internos com projecção externa

Regressando agora ao primeiro quadro apresentado (e transitando aí, em sentido descendente, para quadrícula II), interessa esclarecer qual deve ser a postura do Estado português relativamente aos perigos e riscos que, tendo origem no seu próprio espaço territorial, se projectam para fora das suas linhas fronteiriças, afectando direitos fundamentais de estrangeiros e também, eventualmente, direitos

[912] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 287.
[913] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 285; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 103.

fundamentais de portugueses que residam ou se encontrem no exterior – apesar do escasso significado estatístico desta última situação.

I – Ora, neste campo, tem-se afirmado a vigência de uma norma de direito internacional consuetudinário segundo a qual cada Estado tem a obrigação de garantir que no seu próprio território não são desenvolvidas ou toleradas actividades que conduzam a prejuízos significativos para pessoas ou para territórios que se encontrem fora das suas fronteiras[914] – independentemente, fica subentendido, de haver ou não contiguidade geográfica. Foi pelo menos esta a doutrina fixada pela revolucionária decisão arbitral *Trail-Smelter-Schiedsspruch*, de 1941, que decidiu uma disputa entre os Estados Unidos e o Canadá e que contribui decisivamente para firmar uma das mais importantes traves mestras do direito internacional no domínio do ambiente: o *princípio da proibição de provocar danos ambientais significativos a partir do respectivo território*, que, por sua vez, constitui um corolário de um *princípio geral da boa vizinhança*[915-916-917]. Como se prefigura evidente, quanto tal proibição é desrespeitada, o Estado em cujo território são originados esses danos incorre em responsabilidade internacional, sendo mesmo de registar a existência, nos dias que correm, de uma pressão crescente para evoluir da mera reparação do dano consumado para a adopção de uma dinâmica de prevenção e de precaução[918].

Os princípios referidos não contraditam o tradicional princípio da soberania territorial, tal como ele tem vindo a ser configurado no direito internacional desde a histórica decisão *Max Huber*, de 1928[919]. Ao invés, a ideia de soberania territorial, caracterizada naquele aresto como plena e exclusiva, resulta consolidada numa dupla vertente: interna positiva e externa negativa[920]. Na primeira, põe-se em evidência o facto de o princípio da territorialidade não ser somente um corolário do poder soberano do Estado e, portanto, não fundar apenas prerrogativas discricionárias que as autoridades públicas internas podem usar ou não usar a seu bel-prazer. O Estado tem, no plano interno, uma obrigação estrita de vigilância e domínio sobre a totalidade do seu próprio território, não podendo permitir que ele seja usado como base para agredir direitos de pessoas que vivem ou se encontram noutros espaços estaduais. No fundo, não

---

914 DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 120; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 214-215.

915 BAHNSEN, *Zur Internalisierung*, pp. 48-50; SANDS, *Principles*, pp. 231 ss. e, esp., pp.241 ss..

916 Esta proibição encontra-se recolhida pela segunda parte do princípio 21º da *Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano* (1972) e pela segunda parte do princípio 2º da *Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento* (1992), com a seguinte formulação aproximada: "o Estado tem o direito soberano de explorar os seus próprios recursos (…) desde que as actividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob o seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora da jurisdição nacional".

917 Noutra perspectiva, sobre o caso da central nuclear britânica de *Sellafield*, cujos resíduos radioactivos atingiram a costa da Noruega, SINGER, *Um só mundo*, pp. 48-50.

918 Não obstante, sobre a noção de dano ou prejuízo como pressuposto da responsabilidade internacional: DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 702 ss.; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 481 ss..

919 DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 418 ss.; J. MIRANDA, *Manual*, III, pp. 242-244; ZIPPELIUS, *Teoria Geral*, pp. 108 ss..

920 DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 423-424.

deixa de haver aqui uma alusão ao conceito de *ocupação efectiva* do território estadual[921]. Na segunda, é a exigência de um escrupuloso respeito pela plenitude e exclusividade da soberania territorial dos outros Estados que conduz à proibição de exteriorização de efeitos nocivos. Sob a égide de uma ideia de "impermiabilidade do poder do Estado territorialmente delimitado" e do inerente conceito de *territorium clausum*, as linhas de fronteira relativamente aos Estados vizinhos assumem uma função não apenas de demarcação do âmbito espacial das competências estaduais – sobretudo, da competência para a aplicação coerciva das disposições jurídicas por ele editadas –, mas também de exclusão de tudo aquilo que vem de fora[922]. Por isso, quer se trate de pessoas (não nacionais), de mercadorias ou de quaisquer outras realidades, por norma, não é concebível que as fronteiras de um Estado possam ser cruzadas sem a anuência deste. Em última análise, não deixa de se descortinar aqui também uma reminiscência da ideia geral de *não-ingerência nos assuntos internos* como pedra angular das relações entre os Estados que compõem a comunidade internacional (e destes com as organizações internacionais que os congregam)[923].

Noutras ordens jurídicas que não a portuguesa, o princípio da proibição de exteriorizar danos ambientais e o princípio mais amplo da boa vizinhança ostentam uma importância primordial no domínio da instalação de centrais atómicas e da produção de energia nuclear para fins pacíficos[924]. Mesmo em Portugal, o debate nuclear foi reaberto recentemente e, em face da ameaça permanente de uma terceira crise petrolífera e da insuficiente capacidade de resposta das energias renováveis, seria expectável que permanecesse latente ainda por algum tempo, não fosse ter ocorrido entretanto o desastre de Fukushima[925]. Em todo o caso, considerando apenas as circunstâncias presentes, os dois princípios em análise conservam ainda importantes âmbitos de irradiação no que respeita à disseminação de doenças (humanas ou animais), aos acidentes industrias graves, à poluição atmosférica transfronteiriça e, em especial, à poluição das bacias hidrográficas internacionais[926-927].

---

[921] BROWNLIE, *Princípios*, pp. 129-130 e pp. 152-158; DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 381-382.

[922] ZIPPELIUS, *Teoria Geral*, pp. 110 e 113.

[923] BROWNLIE, *Princípios*, p. 309 e pp. 312-314; DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, esp. pp. 397 ss. e pp. 828 ss..

[924] Sobre o regime de responsabilidade aplicável às instalações nucleares; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 499-500; DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, p. 700. A matéria encontra-se, aliás, regulada pela *Convenção sobre responsabilidade civil no domínio nuclear*, de 1960, de que Portugal é parte. Mais em geral, sobre o problema nuclear: WEBER, *Beteiligung*, p. 330; RANDELZHOFER / SIMMA, *Das Kernkraftwerk*, p. 408.

[925] Tecnicamente, "*acidente grave – nível 7*", numa escala internacional de 0 a 7.

[926] Algumas destas matérias encontram-se reguladas em diversos instrumentos internacionais que vinculam o Estado português. Designadamente: a *Convenção sobre poluição atmosférica transfronteiriça a longa distância*, de 1979 (*DR*, I, de 12 de Julho de 1980); a *Convenção sobre avaliação de impactes ambientais transfronteiriços*, de 1991 (*DR*, I-A, de 17 de Dezembro de 1999); a *Convenção sobre a protecção e a utilização de cursos de água transfronteiriços*, de 1992 (*DR*, I-A, de 26 de Julho de 2004); a *Convenção sobre os efeitos transfronteiriços de acidentes industriais*, de 1992 (*DR*, I-A, de 4 de Outubro de 2006); a *Convenção sobre a prevenção e combate à poluição por hidrocarbonetos*, 1990 (*DR*, I-B, de 10 de Janeiro de 2006). Especialmente sobre os rios internacionais portugueses, rege a *Convenção sobre cooperação para a protecção e o aproveitamento sustentável das águas das bacias hidrográficas luso-espanholas*, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 69/99 (*DR*, I-A, de 17 de Agosto).

[927] Na doutrina, sobre diversos domínios ambientais: WOLFRUM, *Die grenzüberschreitende Luftverschmutzung*, pp. 494 ss.; KLOEPFER, *Grenzüberschreitende Umweltbelastungen*, pp. 252 ss..

II – Naturalmente, o princípio da proibição de exteriorizar danos ambientais e o princípio da boa vizinhança, além de vincularem externamente o Estado português – quer na sua qualidade de normas de direito internacional comum e, ao que tudo indica, de prescrições de *jus cogens*, quer porque amplamente concretizados em instrumentos internacionais a que Portugal se encontra obrigado –, fazem também parte integrante da sua ordem jurídica, por via do sistema de recepção automática gizado pelo artigo 8º. Tanto basta, portanto, para que todos os poderes públicos internos tenham de se guiar por eles, usando-os como directrizes para a sua actuação quotidiana no exercício das funções legislativa, política, executiva e jurisdicional. A interrogação que se suscita é, apenas, a de saber se, neste contexto jurídico, se justifica ainda chamar à colação o instituto dos deveres de protecção de direitos fundamentais para obrigar o Estado a interceder internamente pela preservação da integridade de bens jusfundamentais titulados por pessoas que se localizam fora do território nacional.

Ora, uma resposta positiva é certamente a que melhor se conforma com a denominada *orientação para a protecção* que caracteriza o instituto em causa e com a centralidade que os bens jusfundamentais sempre ocupam na respectiva teoria[928]. O próprio nº 1 do artigo 7º, ao determinar que "Portugal rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios (…) do respeito dos direitos do homem (…) [e] da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados", tornaria difícil justificar uma resposta de sentido diverso[929]. O que está em causa, bem entendido, não é apenas propalar certos princípios genéricos para valerem nas relações internacionais – princípios esses, aliás, directamente colhidos na Carta das Nações Unidas –, mas garantir em concreto que as entidades públicas e privadas não adoptam, em solo nacional, condutas que possam fazer perigar direitos do homem além fronteiras ou ser consideradas como interferências ilegítimas nos assuntos internos de outros países. Acresce que, ao contrário do que se verifica noutras tipologias de perigos e riscos com conexões transnacionais, na situação em análise o Estado dispõe da possibilidade irrestrita de actuar directamente sobre as fontes dos perigos jusfundamentais, o que, por norma, lhe permitirá configurar e manusear os instrumentos de protecção com mais facilidade e de forma a garantir melhores índices de efectividade. Por outras palavras, do ponto de vista da *organização* da protecção dos direitos fundamentais, parece preferível o Estado ter as causas dos perigos sob o seu domínio a ter de lidar, como sucede noutros tipos de situações, apenas com os seus efeitos, sem lhe ser permitido interferir com os agentes causadores do perigo. E, do ponto de vista da *efectividade* da protecção, antes ser senhor das fontes do perigo, actuando a montante, do que ver-se constrangido a agir somente sobre as consequências, intervindo a jusante. Ainda assim, impõem-se aqui algumas reservas.

---

[928] UNRUH, *Zur Dogmatik*, p. 76; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 103. Respondendo afirmativamente, mas apenas quanto aos alemães no estrangeiro, KRINGS, *Grund*, p. 203.

[929] Afirmando a força jurídica do nº 1 do artigo 7º, J. MIRANDA, *Manual*, III, págs. 191-192. Embora sobre os nºs. 2 e 3 do artigo 7º, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 241.

III – Por um lado, se existem motivações substantivas para incluir a figura dos deveres de protecção na solução jurídico-constitucional do problema da repercussão externa dos perigos jusfundamentais gerados internamente, há-se reconhecer-se que os deveres estaduais de protecção se apresentarão em regra neste contexto numa posição paralela ou mesmo complementar relativamente à proibição de exteriorização transfronteiriça de efeitos ambientais nocivos e ao princípio mais exigente de boa vizinhança. Tendo em conta as conexões internacionais dos problemas em apreço, a teoria dos deveres de protecção nunca poderia assumir sozinha o encargo de lhes dar uma resposta jurídica completa e ajustada. Deste modo, em face da indeterminação e generalidade que é conatural aos princípios em apreço, nem sempre colmatadas pelos regimes contidos nas convenções internacionais aplicáveis, a função que cabe aos deveres de protecção é sobretudo a de orientar, valorativamente, a concretização e aplicação daqueles, concorrendo para a identificação das tarefas concretas que ao Estado compete desempenhar em defesa dos bens jusfundamentais, tanto no exercício das suas funções jurígenas, quanto no desempenho das suas funções executivas.

Por outro lado, a solução gizada arrasta com ela uma dúvida sobre o elenco (e o conteúdo) dos direitos fundamentais a que se reportam os deveres de protecção estadual. Trata-se dos direitos fundamentais consagrados na Constituição portuguesa, nessa qualidade e com a morfologia que aí lhe é conferida? Ou trata-se antes daqueles direitos constantes de instrumentos internacionais de protecção dos direitos do homem, com o conteúdo que lhes é dado, por exemplo, pelo Pacto do Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia? É mister distinguir.

Quanto aos portugueses no estrangeiro que sejam afectados por perigos e riscos oriundos do território português – não obstante a escassa relevância prática destes casos –, é aos direitos fundamentais da Constituição portuguesa que o dever estadual de protecção se reporta[930]. O artigo 14º, ao estatuir que "os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos (…) que não sejam incompatíveis com a ausência do país", não deixa de se aplicar a este tipo de situações. Nada na sua letra o exclui e tudo na sua *ratio* o aconselha, ainda que se reconheça que não é a estes tipos circunstanciais – isto é, em que a ameaça aos direitos tem origem interna – que o preceito constitucional principalmente se dirige[931]. De qualquer forma, o princípio da territorialidade não respeita ao âmbito de vigência espacial das normas estaduais, incluindo as da Constituição, nem tão-pouco à delimitação do horizonte das tarefas jusfundamentais (ou outras) do Estado, mas somente à

[930] Novamente, KRINGS, *Grund*, pp. 195 ss., e p. 203, referenciando estes casos como de "total protecção".
[931] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 251 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 351-352; referindo-se ambas as obras apenas à figura da protecção diplomática e à consagração de uma "discriminação positiva" dos portugueses residentes no estrangeiro no que respeita à protecção do Estado português.

efectividade do poder estadual[932]. Numa palavra, o que está em causa no dita territorialidade das leis são apenas "os modos de garantia da efectividade das normas" jusfundamentais e, mais precisamente, a sua "execução autoritária ou coerciva"[933]. A aplicabilidade extraterritorial das normas sobre direitos fundamentais não sai de modo algum prejudicada, sobretudo quando existe uma conexão pessoal tão sólida quando a da nacionalidade do destinatário[934].

Já no tocante aos estrangeiros, as regras gerais sobre aplicação da lei constitucional no espaço afastam a possibilidade de os deveres estaduais de protecção se reportarem aos direitos fundamentais tal como consagrados na Constituição portuguesa, ainda que os perigos e riscos que os afectem tenham origem *intra muros*[935]. E, menos ainda, pode o Estado português considerar-se vinculado, no interior do seu próprio território, a garantir a protecção de direitos fundamentais de pessoas de nacionalidade estrangeira tal como esses direitos estão positivados nas leis constitucionais dos respectivos países de origem ou de residência[936]. Assumindo o problema contornos típicos de uma questão de direito internacional, é de acordo com essas coordenadas que ele tem de ser solucionado, naturalmente por aplicação do *estatuto jusfundamental internacional* que competir aos sujeitos cujas posições jurídicas se encontram ameaçadas. As operações de dedução dogmática dos deveres de protecção que incumbem ao Estado português, bem como a escolha e organização dos correspondentes instrumentos de implementação, hão-de fazer-se – sem embargo de estes últimos se destinarem a uma aplicação interna – em conformidade com o regime dos direitos fundamentais tal como proclamados nos instrumentos internacionais (multilaterais e bilaterais) aplicáveis, atendendo inclusive àquela que é a prática dos Estados e, em especial, às decisões emanadas das instâncias políticas e jurisdicionais internacionais encarregadas de garantir a respectiva efectivação.

Contas feitas, portanto, os pontos de apoio para os deveres estaduais de protecção jusfundamental não pode o Estado português extraí-los da sua Constituição, mas antes das normas sobre protecção internacional dos direitos do homem a que ele próprio está vinculado e que, simultaneamente, possam também ser invocadas pelos sujeitos jurídicos cujos direitos básicos estejam a ser postas em crise a partir de acções ocorridas no território nacional. O facto de a Constituição não permitir, nas circunstâncias em apreço, fundar deveres de protecção relativos aos direitos fundamentais dos sujeitos afectados, não autoriza que se conclua pela inexistência de vinculação do Estado português a obrigações de tal natureza, mas apenas que as fontes normativas e dogmáticas desses deveres têm de ser procuradas em outras paragens. O que não é, aliás, particularmente difícil, uma vez que, como é sabido, sobretudo no contexto europeu – Conselho da Europa e União Europeia –, se assiste a uma verdadeira explosão da teoria da

[932] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 121.
[933] J. MIRANDA, *Manual*, III, p. 240; igualmente ZIPPELIUS, *Teoria*, pp. 111-112. Sobre as teorias do *território-limite* e do *território-título de competência*, DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, p. 379.
[934] Afirmando que a nacionalidade permite a um Estado reter a jurisdição pessoal em território estrangeiro, DUGARD, *First report*, p. 13.
[935] ISENSEE, *(§ 111) Das Grundrecht*, p. 210.
[936] Sobre os problemas da aplicação da lei constitucional no espaço, J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 353-358.

sujeição dos Estados a *positive obligations* decorrentes dos direitos fundamentais e destinadas a favorecer o seu exercício ou a garantir a sua efectividade[937].

Em suma, no concernente aos perigos e riscos jusfundamentais originados em território português, que se projectam (também) para lá das fronteiras do Estado, Portugal encontra-se obrigado a fazê-los cessar ou a proceder ao respectivo controlo por duas ordens de razões: *primo*, por efeito do princípio da proibição de externalizar efeitos ambientais negativos e do princípio mais alargado da boa vizinhança; *secundo*, porque se encontra também potencialmente adstrito a deveres concretos de protecção de direitos fundamentais, tal como consagrados na Constituição – quando os atingidos forem portugueses no estrangeiro – ou tal como aclamados pelos pactos e convenções internacionais sobre direitos do homem – quando os sujeitos ofendidos foram estrangeiros.

7.3.3. Perigos externos com projecção interna

Uma vez passados em revista os casos em que as fontes dos perigos se situam internamente, e em que as respectivas consequências jusfundamentais negativas se vêm a verificar no exterior, há que considerar as situações inversas. Ou seja, aquelas em que o Estado português é confrontado com ameaças a direitos fundamentais de sujeitos localizados no interior do seu espaço de jurisdição, mas em que as fontes dessas ameaças se encontram além fronteiras – isto quer derivem da acção de portugueses, de estrangeiros, de perigos de origem difusa ou não identificada, de perigos da natureza ou ainda de perigos causados ou directamente imputáveis a outros Estados (quadrícula III). Os problemas não se circunscrevem apenas ao domínio ambiental – ou melhor, às ameaças jusfundamentais "intermediadas pelo ambiente"[938] –, como sucede com a poluição atmosférica, biológica, radiológica, acústica ou aquática (fluvial e marítima) transfronteiriças. Suscitam-se igualmente em domínios tecnológicos específicos, como os relativos à pirataria informática transnacional e à vigilância electrónica das comunicações (como a supostamente efectuada pelo sistema "Echalon"!), sem esquecer ainda o domínio da segurança no sentido estrito do termo, mormente no que respeita aos fenómenos do terrorismo e da criminalidade organizada internacional[939].

---

[937] Especificamente sobre a teoria das "obrigações positivas" dos Estados: DRÖGE, *Positive Verpflichtungen*, pp. 1 ss. e pp. 71 ss.; SUDRE et alli, *Les grands arrêts*, pp. 18 ss., e pp. 114 ss.; RENUCCI, *Traité*, pp. 84 ss.; MOMBREY, *The development*, *passim*. Mais amplamente, sobre os deveres de protecção nos dois contextos europeus referidos, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 191 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 103 ss, e pp, 183 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflicht*, pp. 459 ss..

[938] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 17 ss..

[939] No domínio ambiental, é curioso o caso do ruído produzido em território germânico pelo aeroporto de Salzburgo: decisão *Fluglärm des Flughafens Salzburg*, BVerfGE, 72, 66. Sobre deveres de protecção e terrorismo, na jurisprudência germânica, têm interesse a decisão *Kontaksperre-Gesetz*, (BVerfGE, 49, 24) e, sobretudo, a decisão *Schleyer*, (BVerfGE, 46, 160), ambas sintetizadas por MAYER, *Untermaß*, pp. 26-28. Também sobre terrorismo, EHLERS, *Der Schutz*, pp. 337 ss..

I – A relevância prática destes problemas anda a par da sua complexidade. É evidente que, de forma isolada e unilateral, o Estado português apenas pode actuar no plano interno, sobre os efeitos dos perigos originados do lado de lá das suas fronteiras, procurando evitar a sua consumação ou minorar o seu impacto. A promoção e a protecção dos direitos fundamentais fazem-se aqui, antes de mais, preventivamente, através do estabelecimento de mecanismos de cooperação internacional e da sua permanente actualização. Portugal, não obstante a sua opção negativa em matéria de energia nuclear, não está isento de sofrer os efeitos de acidentes ocorridos em países estrangeiros. Sem ir mais longe, a central nuclear de Almaraz situa-se nos limites da província de Cáceres e é refrigerada pelo rio Tejo. Por isso, o Estado português é parte das mais importantes convenções internacionais em matéria de energia atómica[940]. De igual forma, apesar de Portugal não albergar presentemente dentro das suas fronteiras nenhum grupo terrorista activo – o que não significa que não tenha já sido referenciado como base de apoio para células que actuam no exterior –, não pode de modo algum considerar que os seus cidadãos e os estrangeiros aqui residentes estão a salvo de atentados terroristas orquestrado a partir de um outro qualquer país. Daí também a subscrição de diversos instrumentos internacionais sobre combate ao terrorismo[941].

Por conseguinte, no que respeita aos perigos com origem externa – independentemente da configuração da respectiva fonte específica –, cabe ao Estado assegurar a observância dos deveres de protecção de direitos fundamentais que lhe são impostos pela Constituição através, antes de mais, do exercício do seu *treaty-making power*[942]. Poder este que, sem desprimor para a sua tradicional associação à ideia de soberania, não deixa de ser para todos os efeitos um poder constituído[943]. Sem prejuízo das significativas margens de discricionariedade que têm de ser reconhecidas neste âmbito aos órgãos de soberania encarregados dos diferentes momentos do processo de vinculação internacional do Estado português – estão em causa, de resto, difíceis processos negociais em que a vontade de um só Estado, por definição, não é decisiva e, muito menos, constitui garantia de que se alcancem os objectivos –, como adiante melhor se verificará, os deveres de protecção têm por destinatários todos os poderes públicos, sem destrinça da função estadual que lhes está cometida[944]. Não apenas a função legislativa, nem esta acrescida das funções executiva e jurisdicional, mas todas e cada uma das funções do Estado – o que

---

[940] Nomeadamente: a *Convenção sobre responsabilidade civil no domínio nuclear*, de 1960; a *Convenção sobre notificação em caso de acidente*, de 1986 (*DR*. I-A, de 3 de Julho de 1992); a *Convenção sobre segurança nuclear*, de 1974 (*DR*, I-A, de 19 de Março de 1998); a *Convenção sobre assistência em caso de acidente*, de 1986 (*DR*, I-A, de 12 de Setembro de 2003).

[941] Designadamente: a *Convenção europeia sobre repressão do terrorismo*, de 1977 (*DR*, I, de 18 de Agosto de 1981); a *Convenção para a repressão dos atentados terroristas à bomba*, de 1998 (*DR*, I-A, de 25 de Junho de 2001); a *Convenção para a eliminação do financiamento do terrorismo*, de 1999 (*DR*, I-A, de 2 de Agosto de 2008).

[942] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 194-195.

[943] Sobre a vinculação procedimental e substancial deste poder à Constituição: J. MIRANDA, *Curso*, pp. 89 ss.; A.G. PEREIRA / F. QUADROS, *Manual*, pp. 203 ss..

[944] Sem prejuízo de se reconhecer a primariedade da vinculação do legislador: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 70-72; KRINGS, *Grund*, pp. 242-249; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 106-109; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 88-92; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 265 ss.; STERN, *(§ 69) Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 951-952; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 150-165; MAYER, *Untermaß*, pp. 32-37.

inclui, naturalmente, a função política em sentido estrito e também o dito *treaty-making power*. Esta conclusão há-de ter-se por pacífica à luz do artigo 18º e da regra da vinculação de todas as entidades públicas que aí se consagra. Consequentemente, o exercício deste poder de celebrar tratados e acordos internacionais não pode, apesar das suas limitações naturais, ser descartado, ou sequer desvalorizado, enquanto itinerário e enquanto instrumento para que se cumpram os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais quando estes se encontrem sujeitos a ameaças externas.

Acontece que o exercício do *treaty-making power* e a aplicação dos correspondentes instrumentos internacionais não são suficientes para colocar os direitos fundamentais dos sujeitos internamente situados ao abrigo de todos e quaisquer riscos procedentes de fora do território. Por mais diligentes que os Estados sejam nestes domínios, nunca poderão celebrar convenções internacionais sobre todas as matérias em que possam brotar ameaças para os direitos fundamentais. Mesmo quando essas convenções existem, sempre hão-de subsistir lacunas de protecção, por ineficiência ou incompletude dos mecanismos estabelecidos. Assim como sempre existirão também Estados que não são parte das convenções internacionais em causa e outros que, sendo-o, não cumprem as suas obrigações no plano externo. E sempre hão-de emergir novos perigos e riscos, para os quais nem mesmo os Estados mais empenhados no respeito activo pelos direitos fundamentais estarão convenientemente preparados.

É por isso que o Estado pode e deve envidar *esforços diplomáticos* complementares – isto é, não necessariamente dirigidos à celebração de convenções internacionais –, com o propósito de alertar a comunidade internacional para o problema das ameaças jusfundamentais de que são vítimas pessoas sob a sua jurisdição e, bem assim, para demover os Estados recalcitrantes da prática de acções violadoras da ordem jurídica internacional, recorrendo quando possível às instâncias políticas e jurisdicionais competentes[945-946]. Naturalmente que essas diligências diplomáticas hão-se obedecer a diferentes figurinos, consoante a gravidade dos perigos em causa e as respectivas fontes. Desde logo, o grau de responsabilidade do Estado estrangeiro envolvido pode variar muito, dependendo, por exemplo, de se tratar de um perigo isolado, causado de forma acidental por um ente privado, ou de um perigo de origem difusa, ou mesmo de um perigo deliberada e sistematicamente desencadeado por entidades estaduais. Além disso, na presença de um verdadeiro conflito internacional, abre-se a Portugal a possibilidade de exercer o seu direito de reclamação internacional e de desencadear uma das vias disponíveis de resolução pacífica de disputas entre países soberanos e de efectivação da responsabilidade internacional[947-948]. Nesse

[945] KRINGS, *Grund*, p. 196, salientando a discrepância entre o dever jurídico e a dificuldade do seu cumprimento. HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 34-35, levanta mesmo o problema da protecção dos cidadãos em caso de ameaças militares externas.

[946] O Estado português, porém, não exercerá verdadeiramente aqui o seu direito de protecção diplomática, pois esta figura parece exigir que o cidadão afectado se encontre em território estrangeiro *("while in foreign territory"*): BENNOUNA, *Preliminary report*, p. 3; DUGARD, *First report*, p. 15.

[947] Mesmo que, porventura, o Estado estrangeiro possa constituir-se em responsabilidade directamente para com o indivíduo lesado nos seus direitos fundamentais, isso não prejudica a formação de uma relação jurídica paralela entre aquele e o Estado português: F. QUADROS, *A protecção*, p. 120.

caso, embora o Estado português não possa, como é óbvio, fazer valer nas instâncias internacionais demandadas os direitos fundamentais tal como estes estão consagrados no texto constitucional, pode procurar defendê-los *se* e *na medida* em que se encontrem também positivados em convenções sobre protecção internacional de direitos do homem[949].

De igual modo, é ainda pelas razões acima apresentadas que é importante não descurar as vias de protecção que podem e devem ser desenvolvidas no plano doméstico, sem excluir mesmo a protecção penal[950]. Também aqui, aquilo que é de considerar como decisivo para a reconhecimento de um dever de protecção não é o poder jurídico do Estado português – o qual está, em virtude do princípio da territorialidade, inevitavelmente limitado na sua capacidade de actuação sobre as fontes dos perigos jusfundamentais –, mas antes a força das pretensões jurídicas de protecção jusfundamental e o facto de elas emergirem sob jurisdição nacional. Ou não fossem os deveres de protecção, como adiante melhor se verá, estruturalmente, obrigações de meios – e não obrigações de resultado –, sujeitas por isso a uma plúrima reserva do possível: no que toca aos meios e recursos disponíveis, aos níveis de eficácia dos instrumento de protecção aplicáveis, assim como à própria (in)capacidade jurídica do Estado (determinada pelos critérios delimitadores da sua jurisdição)[951].

II – Apesar de tudo, conforme se procurou exprimir no quadro em análise, algumas diferenciações podem emergir no que toca à capacidade e aos meios de acção do Estado português. Até porque, fora de Portugal, somente os portugueses são destinatários e estão vinculados aos direitos fundamentais consagrados na Constituição – ao contrário dos estrangeiros e dos próprios Estados estrangeiros, sujeitos a diferentes padrões internacionais em matéria de direitos do homem[952]. Com efeito, nos termos do artigo 14º, estes portugueses no estrangeiro, além de titulares dos direitos não incompatíveis com a sua ausência do território nacional, acham-se adstritos, em idênticas condições, aos correspectivos deveres – o que inclui, segundo se julga razoável, o dever de respeito pelos direitos fundamentais dos seus concidadãos. Por isso, apenas *de facto* os portugueses no estrangeiro escapam à jurisdição do Estado português, ao passo que os estrangeiros lhe são imunes tanto *de facto* como *de jure*.

Não que, em primeira linha, esta particular vinculação dos portugueses no exterior seja decisiva, por exemplo, no que respeita à possibilidade teórica de lançar mão da protecção sancionatória de bens jusfundamentais. Como é sabido, em matéria de aplicação no espaço da lei penal portuguesa – e o mesmo vale para a generalidade dos outros países –, vale o princípio da territorialidade (alínea *a)* do artigo 4º do

---

[948] Contudo, sobre as muitas contingências dos mecanismos de resolução pacífica de conflitos: DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 721 ss.; AKEHURST, *Introdução*, pp. 249 ss.. Sobre as regras de admissibilidade das reclamações dos Estados, BROWNLIE, *Princípios*, pp. 501 ss..
[949] F. QUADROS, *A protecção*, pp. 123 ss..
[950] Por exemplo, sobre o combate ao terrorismo no plano interno, Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto.
[951] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 244-245.
[952] ISENSEE, *(§ 111) Das Grundrecht*, p. 210.

Código Penal), determinando-se o *locus delicti* segundo o chamado critério bilateral alternativo ou da ubiquidade (artigo 7º do Código Penal)[953]. O que significa, na generalidade das hipóteses agora em análise, nas quais uma ameaça jusfundamental tem a sua origem numa conduta verificada algures no estrangeiro mas cujos efeitos se produzem fronteiras adentro, que a lei penal portuguesa se considera à partida aplicável, independentemente de o agente ser português ou estrangeiro (alínea *a)* do artigo 4º, em conjugação com artigo 7º). Mesmo numa segunda linha, em relação aos crimes cometidos no estrangeiro – isto é, em que nem a acção/omissão nem o resultado ocorreram em Portugal – sujeitos à lei portuguesa em obediência a outros critérios subsidiários de aplicação da lei penal no espaço, apenas em alguns casos contados é relevante a nacionalidade do infractor (primeira parte da alínea *e)* do nº 1 do artigo 5º do Código Penal)[954-955]. Isto quer dizer que não apenas serão marginais as hipóteses em que a aplicação da lei penal portuguesa a crimes cometidos no estrangeiro pode ainda ser encarada como uma via de protecção de direitos fundamentais de titulares presentes em solo nacional (*v.g.*, ao abrigo do princípio da protecção dos interesses nacionais ou do princípio da universalidade), como certamente serão ainda mais despiciendas estatisticamente as hipóteses, de entre aquelas, em que a nacionalidade (portuguesa) do agente é erigida em pressuposto para tal protecção (princípio da nacionalidade activa).

Porém, o caso muda completamente de figura se, ao invés de se pensar na aplicabilidade da lei penal substantiva, se pensar especificamente no regime da extradição, porquanto – à semelhança de Portugal (nºs 3 a 6 do artigo 33º) e em conformidade com o próprio direito internacional – os Estados adoptam normalmente um princípio de não extradição dos seus nacionais, ficando em compensação obrigados a julga-los pelas crimes cometidos no estrangeiro (*dedere aut punire*)[956]. É por isso que, na prática, a nacionalidade do agente é muito importante para saber quais são as possibilidades de contar com os instrumentos de protecção penal dos direitos fundamentais em relação às condutas ocorridas no estrangeiro e em que o agente aí se encontra. Na verdade, a probabilidade de Portugal requerer com sucesso a extradição de um cidadão português é, seguramente, bem maior do que a de conseguir a extradição de um nacional do Estado estrangeiro requerido ou mesmo de um terceiro Estado.

Outras diferenciações podem ainda ter lugar. Como é natural, os escolhos que é necessário ultrapassar para atingir um nível de protecção razoável serão maiores quando o papel de agressor for protagonizado por um outro Estado – ou por grupos com o apoio de outro Estado. E particularidades existirão também em relação aos perigos da natureza ou resultantes de acidentes tecnológicos que o próprio Estado estrangeiro tenha dificuldades em controlar. O essencial, porém, é acentuar que as

[953] A.T. CARVALHO, *Direito Penal*, pp. 262-264; G.M. SILVA, *Direito Penal*, pp. 291-293; F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 209-214; L.B. XAVIER, *Âmbito espacial*, pp. 68 a 73.
[954] A.T. CARVALHO, *Direito Penal*, pp. 272 ss.; G.M. SILVA, *Direito Penal*, pp. 286 ss.; F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 216 ss.; L.B. XAVIER, *Âmbito espacial*, pp. 73 a 82.
[955] Sobre a crescente importância do princípio da universalidade, "por força do carácter global de certos riscos dotados de potencial lesivo transnacional em matéria de ambiente, manipulação genética e criminalidade altamente organizada", F. DIAS, *Direito Penal*, p. 208.
[956] A.T. CARVALHO, *Direito Penal*, p. 272; G.M. SILVA, *Direito Penal*, p. 295; F. DIAS, *Direito Penal*, p. 216.

contingências da protecção de direitos fundamentais em face de ameaças externas de modo algum são suficientes para produzir a rejeição desta dimensão internacional da figura dos deveres de protecção. Pelo contrário, as diferenças entre os desafios que a protecção de direitos fundamentais coloca no plano interno e no plano externo são sobretudo de grau e não tanto de natureza. Considerando as diversas vias exploradas – chamamento à colação do *treaty-making power*, orientação da acção diplomática, possibilidade de recurso a instâncias internacionais de resolução de conflitos, sem excluir a actuação sobre os efeitos das ameaças jusfundamentais através de medidas internas –, não pode sequer falar-se em penúria de instrumentos de protecção, mas apenas em eventuais lacunas de protecção e em ausência de garantia de resultados. Ora, num mundo de ameaças transnacionais e crescentemente globalizadas, seria contraditório confinar dogmaticamente a figura dos deveres de protecção ao plano interno estadual, a pretexto de uma pretensa plenitude da protecção que só aí poderia ser alcançada[957].

7.3.4. Perigos externos com efeitos externos: protecção diplomática

No tocante aos perigos de origem externa que atingem direitos básicos de portugueses que se encontram igualmente no estrangeiro, o dever de protecção do Estado processa-se segundo os cânones do instituto jusinternacional da *protecção diplomática* (quadrícula IV)[958]. Não que não possam encontrar-se outras situações com idêntica estrutura, em que os deveres de protecção do Estado se cumprem por outras vias, como sucede a respeito da protecção penal por aplicação da lei portuguesa a crimes cometidos no estrangeiro com fundamento no chamado princípio na nacionalidade passiva[959]. Ou através de mecanismos convencionais de cooperação militar, ao abrigo dos quais ocorre o envio de militares ou elementos das forças de segurança para missões no estrangeiro[960]. À luz do direito internacional, a protecção diplomática não deixa contudo de constituir a forma paradigmática de reacção dos Estados em face das ameaças de que são vítimas os seus cidadãos no estrangeiro.

São múltiplas, no entanto, as interrogações que o instituto da protecção diplomática suscita no actual estádio evolutivo do direito internacional. Colocam-se, desde logo, dois problemas prévios que tem algum interesse aflorar: um sobre a própria definição da figura da protecção diplomática – ou, mais precisamente, sobre extensão do conceito –; outro relativamente à função que a mesma (ainda) pode desempenhar num contexto em que o indivíduo é, progressivamente, reconhecido como sujeito de direito internacional e, além disso, ganha acesso (directo) a formas de tutela (jurisdicional) dos direitos que lhe

---

[957] Não obstante, é essa a posição de ISENSEE, *(§ 111) Das Grundrecht*, p. 210.

[958] Especificamente sobre dever de protecção e protecção diplomática: J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 251 ss.; KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, pp. 704 ss., e *Anspruch*, pp. 125 ss.; TREVIRANUS, *Nochmals: diplomaticher Schutz*, pp. 35 ss.. Também, F. QUADROS, *A protecção*, pp. 387-414, esp. p. 410; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 96-97, 133-134, 283-287; KRINGS, *Grund*, pp. 199-201; ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 210-211; JAECKEL, *Schutzpflichten*, 81-83; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 122-123; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 31-32 e 74-75.

[959] F. DIAS, *Direito Penal*, p. 217.

[960] Recorde-se o caso da exposição dos militares portugueses ao "urânio empobrecido", durante as missões de paz nos Balcãs (Bósnia e Kosovo): M.E. GONÇALVES, *Os portugueses*, pp. 75 ss..

são outorgados no plano internacional. Ultrapassados estes dois problemas, notar-se-á que a visão clássica da protecção diplomática se encontra sob fortes críticas, que são aliás de molde a torna insustentável a manutenção dos seus contornos dogmáticos tradicionais. Ou seja, a protecção diplomática como um direito próprio e exclusivo do Estado; como um poder estadual de exercício absolutamente discricionário e insusceptível de controlo no plano jurídico; como um direito do Estado necessariamente condicionado pelo vínculo de nacionalidade que o liga ao beneficiário da protecção. Compreensivelmente, esta profunda crise em que está imersa a protecção diplomática enquanto instituto do direito internacional não pode ser isenta de repercussões no plano interno. Isto é, no que toca às vinculações decorrentes do direito estadual em relação ao exercício (ou não exercício) do poder jurídico-público de agir diplomaticamente em protecção de direitos fundamentais.

I – Quanto à primeira questão prévia, são essencialmente duas as orientações contrapostas. Uma tem da protecção diplomática uma visão estreita, configurando-a como um mecanismo específico de efectivação da responsabilidade internacional dos Estados incumpridores das suas obrigações no plano externo. Uma vez esgotadas as vias de direito interno disponíveis no Estado de acolhimento, o Estado da nacionalidade das pessoas afectadas, individuais ou colectivas, dispõe da faculdade de actuar por meios jurídicos no sentido de repor a legalidade internacional violada – mormente através da apresentação de uma reclamação junto do Estado em falta, assim se abrindo caminho à via arbitral ou jurisdicional[961]. A orientação contrária tem da protecção diplomática uma concepção muito lata, integrando nela todas as formas de assistência concedida pelo Estado, através da sua máquina diplomática, aos seus nacionais que se encontram no estrangeiro ou que aí têm interesses a preservar, mesmo que (ainda) não se tenha verificado nenhuma violação da ordem jurídica internacional[962]. Estarão assim incluídas todas as actuações oficiais do Estado em benefício dos seus nacionais, incluindo – além, obviamente, da protecção diplomática *stricto sensu* –, o apoio consular, as simples diligências diplomáticas, o protesto, a negociação, a mediação, a conciliação, as represálias, a pressão económica e, porventura até, dentro de certas balizas, o uso da força[963]. Esta orientação bem mais ampla e, por isso, juridicamente menos rigorosa, tem apesar de tudo a seu favor o facto de ter sido a adoptada pela Comissão de Direito Internacional, no seu projecto de articulado sobre protecção diplomática, e ao que tudo indica também

[961] F. QUADROS, *A protecção*, p. 388; BENNOUNA, *Preliminary report*, pp. 3-4. Para TOUZÉ, *La protection*, §§ 1214 ss., só este sentido estrito é juridicamente admissível. Em todo o caso, é frequente ver a protecção diplomática tratada como um capítulo da responsabilidade internacional do Estado: GARCIA-AMADOR, *Report*, pp. 195-197, e pp. 216-218; DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 708 ss.; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 501 ss..

[962] F. QUADROS, *A protecção*, p. 388; BENNOUNA, *Preliminary report*, pp. 3-4.

[963] DUGARD, *First report*, p. 15; TOUZÉ, *La protection*, §§ 1216-1217; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 27 ss., considerando crucial manter a distinção entre protecção diplomática e protecção consular, pp. 45 ss.; CONDERELLI, *L'Évolution*, pp. 4 ss., distinguindo "démarches diplomatiques" de protecção diplomática, para sublinhar que aquelas podem ter carácter preventivo.

pela União Europeia, na definição do regime da respectiva cidadania[964-965] – além de, numa perspectiva puramente interna, ser igualmente aquela que se encontra consagrada no artigo 14º da Constituição[966].

Assim sendo, não se afigura avisado descartar *a priori* qualquer uma destas duas noções de protecção diplomática – e que não são, aliás, as únicas possíveis. Sem prejuízo de a concepção restrita ser mais rigorosa – e, por esse motivo, bem mais ajustada ao objectivo de conformar a protecção diplomática como um instrumento jurídico destinado, especificamente, a dar satisfação a um verdadeiro dever estadual de agir em protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos ausentes no estrangeiro –, também não pode excluir-se que algumas das acções e diligências abrangidas pela concepção ampla possam ser úteis quando se pretendem alcançar níveis de protecção jusfundamental tão elevados quanto possível. E, nomeadamente, o não abandono desta última concepção de protecção diplomática permite que, naqueles casos em que o indivíduo tem acesso a instâncias internacionais para fazer valer os seus direitos, o Estado não fique desobrigado de um dever de prestar assistência e acompanhamento[967]. Porém, já não tem cabimento pensar que o Estado pode ser juridicamente vinculado pela Constituição a efectuar represálias sobre um Estado estrangeiro ou, muito menos, a (ameaçar) exercer a força contra ele – ainda que nos termos limitados em que tal conduta é permitida pelo direito internacional[968].

Por sua vez, no que respeita à segunda questão prévia, têm-se de facto suscitado algumas dúvidas sobre a utilidade futura do instituto da protecção diplomática. Num quadro em que o indivíduo se assume progressivamente, na ordem jurídica internacional, como titular de um significativo conjunto de direitos próprios e, em paralelo, lhe são abertas diversas vias para os fazer valer contra os Estados que infrinjam esse seu estatuto jusfundamental – incluindo vias jurisdicionais –, a protecção diplomática caminharia a passos largos para se tornar num instituto obsoleto[969]. Não obstante, estes prognósticos pessimistas quanto ao destino da figura em causa foram também prontamente desmentidos. Os progressos havidos no direito internacional no domínio da protecção dos direitos do homem – começando pela superação da querela entre o *tratamento nacional* e o *mínimo internacional* e a sua substituição pelo *"international human rights standard"* –, apesar de importantes, são insusceptíveis de reduzir a protecção diplomática a uma peça de museu. Por um lado, uma coisa são os direitos substantivos, outra bem diferente são os remédios processuais para responder à sua violação. Por outro lado, da mesma forma que a árvore não deve ser tomada pela floresta, também não devem confundir-se os casos, ainda muito pontuais, em que os

---

[964] Artigo 1º, apresentado e comentado por DUGARD, *First report*, pp. 11 ss.; em concordância com a definição ampla do dito artigo 1º, AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, p. 25.

[965] Artigo 20º do Tratado da Comunidade Europeia (redacção do Tratado de Nice); F. QUADROS, *A protecção*, p. 407; TOUZÉ, *La protection*, § 834. O mesmo se constata também no *Livro Verde - A protecção diplomática e consular*, apresentado pela Comissão Europeia, *JOCE*, C30, de 10.2.2007, *passim*.

[966] Incluindo também à protecção consular: F. QUADROS, *A protecção*, pp. 409-414; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 351-352; J. P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, p. 252.

[967] F. QUADROS, *A protecção*, p. 407.

[968] Sobre o uso da força como modalidade de protecção diplomática: DUGARD, *First report*, pp. 16-22; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 27 ss.; TOUZÉ, *La protection*, §§ 1244-1247.

[969] Sem prejuízo de ecos mais recentes desta ideia de obsolescência da protecção diplomática: GARCIA-AMADOR, *State responsibility*, p. 437-439, e p. 472; BENNOUNA, *Preliminary report*, pp. 10-11.

indivíduos lesados nos seus direitos têm a possibilidade de recorrer por si a instâncias internacionais contra os Estados transgressores, com aquela que ainda é a paisagem global em matéria de protecção internacional dos direitos do homem. Sobretudo, fora do caso absolutamente singular do sistema de protecção traçado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem – sem paralelo nos demais sistemas regionais de protecção e, mesmo, no sistema das Nações Unidas e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos –, o panorama é o da inexistência de vias processuais acessíveis e capazes de garantir, no plano prático, uma protecção efectiva dos direitos do homem[970].

Quer isto dizer que, em vastos espaços do globo, os indivíduos estão ainda – e estarão certamente por muitos anos – dependentes da protecção que lhe pode ser conferida pelos correspectivos Estados nacionais. A protecção diplomática permanece, assim, como o único instrumento de tutela dos direitos dos nacionais de alcance verdadeiramente universal e, na maioria das situações, pode ser mesmo considerado como "o mais efectivo dos recursos jurídicos" do arsenal da protecção dos direitos do homem[971]. Tudo o que resta do fim anunciado da protecção diplomática é o reconhecimento de que, doravante, os seus trâmites terão de ser articulados com os previstos nos diversos sistemas de garantia internacional dos direitos do homem. Se a protecção diplomática assumirá uma natureza residual relativamente aos mecanismos de salvaguarda colocados pelo direito internacional à disposição dos indivíduos, ou se entre uma coisa e outra há-de estabelecer-se antes uma relação de complementaridade ou sinergia, ou até se a protecção diplomática se converterá num verdadeiro direito do homem, são questões para as quais ainda não há respostas seguras[972]. Ponto firme é apenas o de que o instituto da protecção diplomática, na sua morfologia clássica, se encontra sob forte pressão da dogmática dos direitos do homem e já não pode viver à margem desta nova realidade, assumindo-se cada vez mais como um instrumento da sua tutela no plano internacional[973]. Para um país como Portugal, que tantos nacionais seus tem espalhados pelo mundo – muitos deles em zonas problemáticas do ponto de vista do respeito pelos direitos do homem –, a subsistência do instituto da protecção diplomática e o seu *aggiornamento* segundo as novas tendência jusinternacionais assumem, pois, uma redobrada importância.

II – Como ficou dito, a visão clássica do instituto da protecção diplomática encontra-se sob grande contestação em *três das suas (quatro) vertentes essenciais*: a protecção diplomática como um direito do Estado; como um poder de exercício absolutamente discricionário; como um poder radicado

[970] Qualificando como uma "fantasia" a sobrevalorização das vias de recurso acessíveis aos indivíduos: DUGARD, *First report*, pp. 6-10; no mesmo sentido, AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 73-78.
[971] DUGARD, *First report*, p. 10.
[972] CONDORELLI, *L'évolution*, pp. 15 ss.; FLAUSS, *Vers un aggiornamento*, pp. 30 ss.; GAJA, *Droits des États*, pp. 63 ss.; KOKOTT, *Zum Spannungsverhältnis*, pp. 45 ss.; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 329 ss.
[973] TOUZÉ, *La protection*, § 1268.

num vínculo de nacionalidade. Inquestionada permanece tão-só a exigência de esgotamento, pelo indivíduo afectado, das vias de recurso disponíveis no Estado de acolhimento[974].

i) Primeiro, ainda que continue a admitir-se que na protecção diplomática o Estado põe em marcha um direito próprio, já ninguém aceita hoje que essa pretensão jurídica do Estado possa ser exercida com absoluta independência relativamente às posições jurídicas do indivíduo lesadas ou ameaçadas em violação do direito internacional. A ficção segundo a qual "uma agressão contra um nacional constitui uma agressão contra o próprio Estado" – e que daria a este último o direito de agir sozinho contra o seu agressor, sem qualquer consideração pela vontade do indivíduo ou até pelos danos por ele sofridos – não tem mais o beneplácito da doutrina, excepto porventura quando existam verdadeiros *interesses nacionais* em jogo (*v.g.*, no caso de violação sistemática dos direitos dos cidadãos de certo Estado ou de um Estado discriminar ostensivamente os nacionais de outro Estado). Em causa estão sempre dois direitos – o direito do Estado a exercer protecção por via diplomática e o direito do indivíduo afectado –, que, sem prejuízo da sua autonomia relativa, têm que ser articulados entre si em termos tais que impeçam o Estado de fazer tábua rasa do direito do indivíduo, tanto mais que a posição jurídica deste último se radica no seu próprio estatuto jusfundamental internacional.

O Estado não pode tratar o indivíduo como um mero objecto do direito internacional ou apenas como portador de determinados interesses de facto. Não é assim de estranhar que, nas denominadas *teorias dos dois direitos*, as formas comuns de efectuar tal articulação passem por qualificar o direito do Estado de agir em protecção diplomática como um direito adjectivo – ou por proceder à sua segmentação, atribuindo-lhe também uma dimensão processual – e por apresentar o direito do indivíduo como uma posição jurídica de natureza substantiva[975]. Os direitos do estatuto jusinternacional dos indivíduos encontram-se, pois, irreversivelmente integrados dentro deste renovado instituto da protecção diplomática como fundamento do direito do Estado a agir em defesa dos seus nacionais – o que, sublinhe-se, já foi admitido pela mais recente jurisprudência internacional[976].

---

[974] Sobre a concepção clássica: F. QUADROS, *A protecção*, pp. 390-394; BENNOUNA, *Preliminary report*, pp. 5-10; DUGARD, *First report*, pp. 5-6 e pp.22-24; TOUZÉ, *La protection*, §§ 74 ss..

[975] F. QUADROS, *A protecção*, pp. 394-408; DUGARD, *First report*, 24-27; TOUZÉ, *La protection*, § 458 ss.; CONDORELLI, *L'Évolution*, pp. 19-24; apresentando uma solução mais complexa, DOEHRING, *Handelt es sich bei einem Recht*, pp. 13-21.

[976] Trata-se das decisões do Tribunal Internacional de Justiça no caso *LaGrand* (Alemanha *v.* EUA), de 2001, e no caso *Avena* (México *v.* EUA), ainda em curso (mas já com decisões intercalares), ambos motivados pelo facto de os EUA não terem informado cidadãos estrangeiros, em julgamento por crimes que conduziriam à aplicação da pena capital, do seu direito a receber protecção consular, ao abrigo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (ambos disponíveis em *http://www.icj-cij.org/*). Com efeito, no primeiro dos referidos casos, afirmou-se: "o Tribunal não pode aceitar a tese dos EUA segundo a qual a demanda da Alemanha, fundada sobre os direitos individuais dos irmãos *LaGrand*, não pertence à sua competência, pelo facto de a protecção diplomática ser uma noção de direito internacional costumeiro. Com efeito, isso não constitui obstáculo a que um Estado-parte de um tratado que crie direitos para os indivíduos possa tomar o partido de um seu cidadão e colocar em movimento uma acção judicial internacional em favor desse cidadão com base numa cláusula atributiva de competência constante desse tratado".

ii) Em segundo lugar, em cheque está igualmente a visão, cristalizada na decisão do caso *Barcelona Traction*, segundo a qual o direito do Estado agir em protecção diplomática em prol de um dos seus nacionais se caracteriza pela sua natureza discricionária[977] – num dos sentidos mais amplos que a noção de discricionariedade pode ter, porque filiada na própria ideia de soberania estadual *(sovereign prerogative of the State)*. Esta caracterização costumeira abrange tanto o *se* quanto o *como* da protecção diplomática, o que equivale a dizer que, segundo ela, os Estados dispõem no plano internacional de total liberdade para decidir sobre se actuam ou não em defesa dos seus nacionais e que, em caso afirmativo, podem escolher livremente os meios a empregar – excepção feita, neste último ponto, ao recurso à ameaça armada. O Estado pode proteger, se e da maneira que entender, e o indivíduo não tem o direito a exigir dele qualquer tipo de amparo ou reparação. Em consequência, tanto o exercício como o não exercício do direito de protecção diplomática encontram-se isentos de qualquer tipo de escrutínio jurisdicional internacional. Estribada também no chamado *princípio do reenvio para o direito interno*, esta concepção marca bem a importância da distinção entre a protecção diplomática enquanto *instituto sedeado no direito internacional* (consuetudinário) e enquanto *instituto inserto no direito interno dos Estados* – embora, na prática, a generalidade dos ordenamentos nacionais se limitem a arrastar para o plano doméstico a mesma discricionariedade típica da protecção diplomática naqueloutro ramo da enciclopédia jurídica, ainda que porventura com alguns matizes quanto ao seu sentido e alcance[978].

Uma ampla discricionariedade do Estado apenas se compagina bem com uma compreensão da protecção diplomática como direito próprio e exclusivo do Estado. Por isso, a erosão dessa discricionariedade começa logo a partir do momento em que tem de se equacionar a presença de um segundo direito, entrelaçado naquele e que é titulado pelo indivíduo beneficiário da protecção. Essa erosão resulta de o segundo direito integrar o estatuto jusfundamental do indivíduo decorrente do direito internacional e, por maioria de razão, intensifica-se sempre que esse direito, embora porventura de origem convencional, se apresenta coberto pelo manto diáfano do *ius cogens*[979]. Efectivamente, como justificar, à luz da ordem jurídica internacional, que um Estado possa considerar-se autorizado a nada fazer em face da violação de direitos de nacionais seus consagrados em normas que foram dotadas por aquela de uma imperatividade qualificada? Não estará assim esse Estado – o único com legitimidade para efectivar a responsabilidade internacional – a pactuar com um ilícito cometido contra uma norma basilar do sistema internacional?

A relativização da discricionariedade do Estado pode também descolar de simples vinculações assumidas pelo Estado por via convencional. Isto porque o não exercício da protecção diplomática pode

---

[977] Trata-se de um importante caso decidido pelo Tribunal de Justiça em 1970, também disponível em *http://www.icj-cij.org/*.

[978] Sobre a visão clássica, neste ponto: DUGARD, *First report*, pp. 26-28; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 79-81; TOUZÉ, *La protection*, §§ 638 ss..

[979] Sobre as consequências da qualificação de certos direitos como *ius cogens*: F. QUADROS, *A protecção*, pp. 397-400; DUGARD, *First report*, p. 33; TOUZÉ, *La protection*, §§ 721-731, e § 1279.

constituir, nesse caso, violação de direitos do homem a que o Estado se vinculou internacionalmente, comprometendo-se a respeitar de forma passiva e activa, a cumprir e a fazer cumprir pelas diversos meios à sua disposição. Assim sendo, a recusa em adoptar ou a simples abstenção de uma *positive action* – como as que pululam na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem –, ainda que no domínio diplomático, podem bem ser encaradas como uma violação (activa ou omissiva) de um direito do homem vinculante do Estado de que é nacional o respectivo titular[980].

A verdade, porém, é que, por qualquer uma das vias apontadas, não se consegue mais do que arranhar a superfície do rochedo de bronze da discricionariedade do Estado em matéria de protecção diplomática. Uma limitação sensível dessa discricionariedade só é possível no plano interno, através de disposições constitucionais ou legais que balizem o exercício das prerrogativas estaduais em questão. E, se é certo que preceitos internos com tal conteúdo são raros e, quando existem, são de escassa densidade jurídica, como adiante melhor se verá, não é seguramente esse o caso do direito português.

iii) Em terceiro lugar, mantendo embora o vínculo da nacionalidade uma posição central entre os pressupostos do direito do Estado a actuar em protecção diplomática, a realidade é que se assiste hoje a uma dulcificação das exigências tradicionalmente formuladas sobre esta matéria[981]. O que sucede, aliás, numa dupla vertente: em relação às pessoas que são nacionais do Estado que pretende exercer a protecção; e igualmente em relação às pessoas que, não obstante possuírem uma conexão relevante com o Estado protector, não têm a sua nacionalidade – deixando agora de lado os problemas especiais referentes às sociedades, aos accionistas, aos navios e aeronaves.

Relativamente aos cânones a que obedece a protecção diplomática dos nacionais, não é difícil verificar que as três regras da *efectividade*, da *continuidade* e da *exclusividade* do vínculo jurídico da nacionalidade requerem uma atenção crítica. Assim, denunciam-se hoje os efeitos perversos da regra da efectividade do vínculo de nacionalidade, herdada da vetusta jurisprudência *Nottbohm*, uma vez que por tal caminho se corre o risco de deixar sem protecção um vastíssimo número de migrantes que foram progressivamente perdendo o contacto com os países de origem, mas que não adquiriram (ainda) a nacionalidade do país de acolhimento. Uma coisa é apontar as nacionalidades de conveniência, não genuínas, forjadas com um determinado propósito, outra é rejeitar para efeitos de protecção diplomática todos os vínculos jurídicos de nacionalidade que não são efectivos. Salienta-se também o facto de existir uma contradição entre a visão de que a protecção diplomática corresponde a um direito do Estado e a exigência segundo a qual o indivíduo lesado tem de manter a nacionalidade desde o momento do acto

[980] Sobre a superação daquela que foi, durante muito tempo, a concepção dominante: DUGARD, *First report*, pp. 29-34; TOUZÉ, *La protection*, §§ 732-743, e § 1278; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 81-90; KLEIN, *Anspruch*, pp. 125 ss.. No mesmo sentido, reconhecendo deveres objectivos de protecção diplomática, aponta já a obra clássica de DOEHRING, *Die Pflicht*, esp. pp. 89 ss., e pp. 126 ss..

[981] Sobre as diferentes aplicações da regra da nacionalidade: DINH / DAILLIER / PELLET, *Direito Internacional*, pp. 708-710; BROWNLIE, *Princípios*, pp. 503-506; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 91 ss..

ilícito danoso até ao momento de efectivar a responsabilidade – ou seja, aquando da apresentação da reclamação. Não se vislumbra, de facto, como justificar que uma mudança de nacionalidade efectuada de boa fé durante esse percurso venha a permitir ao Estado que violou os direitos de um sujeito individual de direito internacional eximir-se da sua responsabilidade. E, por último, a regra da exclusão de protecção aos titulares de dupla nacionalidade – tanto quando aplicada para reservar ao Estado da nacionalidade dominante o direito de protecção diplomática no confronto com o Estado da nacionalidade mais ténue, como quando aplicada para negar a este último o direito de protecção em face de Estados terceiros –, perde grande parte do seu sentido se analisada sob um prisma de protecção internacional dos direitos do homem, segundo o qual é naturalmente irrelevante o grau de efectividade das diferentes nacionalidade do indivíduo afectado nos seus direitos[982].

Por seu turno, ainda que em termos algo embrionários, admite-se já a possibilidade de dispensar o pressuposto da nacionalidade, quer em relação aos refugiados e aos apátridas, quer em relação a não-nacionais vítimas de violação de direitos emergentes de normas de *ius cogens*. Com efeito, no que tange aos refugiados e aos apátridas, apenas o Estado da residência está em condições de prestar protecção diplomática, pelo que negar-lhe a possibilidade de o fazer significa degradar ainda mais a situação de fragilidade jurídica e factual em que aqueles indivíduos normalmente se encontram. Aliás, as preocupações humanitárias que o direito internacional convencional tem denotado com os refugiados e os apátridas não são, de facto, consentâneas com uma recusa obstinada em aceitar a conexão da residência (legal e) habitual como pressuposto do direito a agir em protecção diplomática. Em sentido idêntico – levando até às últimas consequências as concepções que procuram refundir o instituto da protecção diplomática sob a forma de um instrumento também (ou sobretudo) vocacionado para salvaguarda dos direitos do homem, assim como as que questionam a discricionariedade dos Estados na sua actuação sempre que os direitos violados sejam reconduzíveis à categoria de *ius cogens* –, está também na ordem do dia a defesa de uma espécie de *actio popularis* para defesa do reduto mais intangível dos direitos do homem. Quer atendendo à imperatividade e eficácia *erga omnes* das normas em causa, quer com recurso ao conceito de ordem pública internacional – e num contexto em que um certo declínio do vínculo da nacionalidade é acompanhado, no plano interno e no plano europeu, pelo surgimento dos múltiplos da cidadania ou cidadanias de segundo grau[983] –, não pode considerar-se suprema ousadia a ideia de permitir, a título excepcional, que um Estado interceda junto de outro, por via diplomática, em defesa de direitos do homem dotados do vigor próprio do *jus cogens* e pertencentes a um indivíduo que não é seu nacional[984].

---

[982] FLAUSS, *Vers un aggiornamento*, pp. 38-43; DUGARD, *First report*, pp. 36-57; especificamente sobre os problemas levantados pelas duplas nacionalidades em matéria de protecção diplomática, HAILBRONNER, *Diplomatischer Schutz*, pp. 27 ss..

[983] J.P. SILVA, *Direitos*, pp. 57 ss..

[984] FLAUSS, *Vers un aggiornamento*, pp. 44-48; KOKOTT, *Zum Spannungsverhältnis*, pp. 45 ss.; DUGARD, *First report*, pp. 57-60; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, 117-119.

III – Seja qual for, efectivamente, o estádio de desenvolvimento da protecção diplomática na sua qualidade de instituto do direito internacional comum, o artigo 14º da Constituição obriga a traçar um panorama muito diferente para a dimensão interna daquela mesma figura – à semelhança, aliás, do que sucede num número significativo de países[985]. A atenção concedida a este instituto justifica-se pelo facto de o artigo 14º – estatuindo que *"os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado português para o exercício dos direitos (…) que não sejam incompatíveis com a ausência do país"* – consagrar uma modalidade particular do dever do Estado de protecção de direitos fundamentais[986]. Numa palavra, os deveres de protecção do Estado relativamente aos direitos fundamentais dos seus cidadãos (e das demais pessoas que se encontram em território nacional) não cessam quando aqueles se encontram ou residem no exterior. Trata-se, no fundo, de um prolongamento para além das fronteiras portuguesas de deveres que resultam para o Estado da vinculação positiva de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais e, em especial, aos direitos, liberdades e garantias (nº 1 do artigo 18º). Se as circunstâncias poderiam eventualmente induzir na ideia de que os deveres de protecção cessariam junto com as fronteiras territoriais do Estado, o artigo 14º vem esclarecer que assim não é e que, do lado de lá daquelas, esses deveres apenas assumem uma nova configuração, mais condizente com as vicissitudes próprias da dimensão internacional dos problemas[987].

Três alternativas se perfilariam como possíveis para configurar o conteúdo desse dever estadual:

a) Trata-se de um puro dever jurídico-objectivo do Estado;

b) Está-se antes em presença de um direito dos cidadãos a que lhes não seja recusada de forma arbitrária ou injustificada a concessão de protecção diplomática;

c) Ou consagra-se um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos a exigir do Estado, reunidos certos pressupostos, as acções adequadas a assegurar a respectiva protecção diplomática.

Por um lado, a localização sistemática do artigo 14º entre os "princípios gerais" que regem a matéria dos direitos fundamentais, bem como o paralelo estabelecido com o artigo 15º – sobre os *direitos* dos estrangeiros em Portugal –, excluem qualquer interpretação que desgradue o preceito em causa para junto das simples obrigações objectivas do Estado. Mesmo do ponto de vista literal, o artigo 14º não se limita a dizer que o "Estado concede protecção", nem mesmo que os "cidadãos beneficiam" do seu amparo, afirmando antes que os "cidadãos gozam da protecção do Estado" – pelo que são verdadeiramente sujeitos activos da acção estadual protectora, ao invés de serem meros interessados de facto ou simples beneficiários daquela. Apesar de reunir duas linhas normativas diferentes, o artigo 14º faz a ligação entre ambas ao determinar que os cidadãos portugueses *gozam* da protecção do Estado da

[985] Fazendo o rol desses países, com referência a Portugal: TOUZÉ, *La protection*, §§ 757 ss.; DUGARD, *First report*, pp. 30-33; AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 82-84.
[986] Supra, §1º, ponto 4.7.2. e J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 251 ss..
[987] Num sentido próximo, F. QUADROS, *A protecção*, pp. 409-414, esp. p. 410.

mesma forma que continuam a *gozar*, fora de Portugal, dos (restantes) direitos fundamentais consagrados na Constituição, desde que não incompatíveis com a ausência do território.

Por outro lado, se em causa está uma disposição atributiva de um direito fundamental instrumental aos cidadãos portugueses localizados no estrangeiro, a ausência de concretização legislativa do disposto no artigo 14º – que configura, muito provavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão[988] – impede, no actual estádio de desenvolvimento do direito positivo nacional, que se possam extrair dele todas as suas potencialidades. Em termos práticos, este verdadeiro direito fundamental à protecção diplomática encontra-se cerceado na sua exequibilidade devido à omissão de normas legais que estabeleçam os seus pressupostos e que definam o respectivo alcance[989]. Apesar da falta destas disposições legislativas concretizadoras, o direito a exigir protecção diplomática subsiste, apesar de tudo, na sua dimensão mais irredutível: como direito a que a protecção diplomática não seja recusada arbitrariamente[990]. Considerando em termos conjugados o disposto no artigo 14º, as regras da aplicabilidade directa e da vinculação positiva de todos os poderes públicos aos direitos, liberdades e garantias (nº 1 do artigo 18º) –, bem como o *princípio do Estado de Direito*, como detentor de um conteúdo mínimo, identificado com a ideia de último reduto contra a prepotência e o arbítrio estadual[991] –, torna-se evidente que o Estado português não pode escusar-se livremente a prestar protecção diplomática aos seus cidadãos que, no estrangeiro, tenham visto os seus direitos ser ofendidos ou ameaçados em desrespeito pelo direito internacional.

Assim, uma vez apresentado formalmente um pedido de protecção diplomática junto dos serviços estaduais competentes – integrados, naturalmente, no departamento governamental responsável pela condução dos negócios estrangeiros –, e verificando-se a existência de desrespeito pelo estatuto jusfundamental internacional do peticionante, não pode aquele ser ignorado ou indeferido de forma arbitrária – o que inclui a exigência de uma fundamentação adequada da decisão, em conformidade com o princípio geral constitucionalmente consagrado sobre esta matéria (*maxime*, na parte final do nº 1 do artigo 136º, no nº 1 do artigo 205º, e nº 3 do artigo 268º)[992]. Isto significa, em sintonia com o nº 1 do artigo 7º, e embora sem prejuízo da latitude decisória que é imperativo reconhecer aos órgãos com competência para apreciar os pedidos de protecção, que é duvidoso que a conveniência em *manter boas relações diplomáticas* com certos Estados possa constituir por si só uma fundamentação suficiente e não arbitrária, sobretudo quando confrontada com violações evidentes e graves de direitos fundamentais que a

[988] Existe, no entanto, concretização legal do direito a protecção consular: artigos 40º a 47º do Decreto-Lei nº 71/2009, de 31 de Março (Regulamento Consular).
[989] Referindo-se expressamente a um "direito fundamental à protecção diplomática": F. QUADROS, *A protecção*, p. 411. E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 102, em nota, refere-se apenas ao "dever de protecção diplomática". Desvalorizando, todavia, o artigo 14º, TOUZÉ, *La protection*, §§ 757, 762, 766 e 784.
[990] É esta, de resto, a solução adoptada na Suíça: CAFLICH, *La pratique suisse*, pp. 73 ss.; TOUZÉ, *La protection*, §§ 814 ss. A propósito de uma decisão jurisdicional helvética, FLAUSS, *Le contentieux*, pp. 407 ss..
[991] Bom exemplo desta orientação é o constante do Acórdão nº 287/90. Para outras decisões no mesmo sentido, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 268-269.
[992] A. CORTÊS, *Jurisprudência*, pp. 337 ss..

Constituição considera de primeira grandeza (*v.g.*, nº 6 do artigo 19º) – o mesmo valendo também para outras justificações genéricas como a necessidade de *salvaguardar interesses comerciais nacionais*[993].

IV – Pela sua integração sistemática, o artigo 14º, ainda que não seja uma disposição exequível por si mesma – na sua relação com o legislador –, tem pelo menos vocação para ser directamente aplicável – na sua relação com os tribunais. Ele impõe ao Estado um *dever especial de protecção* dos seus cidadãos no exterior, ao mesmo tempo que lhes garante um direito fundamental de natureza ancilar relativamente aos demais direitos constitucionais cuja titularidade ainda guardam. Numa palavra – sem prejuízo do que a terminar se dirá quando ao problema geral da subjectividade dos deveres de protecção –, o artigo 14º atribui aos portugueses no estrangeiro um *direito a exigir acções adequadas de protecção*, as quais, como é óbvio, apesar de não garantirem qualquer resultado, não podem ser recusadas de modo arbitrário e sem fundamentação[994].

Em favor deste entendimento, além da tendência internacional para conter a discricionariedade dos Estados no que respeita à concessão de protecção diplomática aos seus nacionais, milita também o facto de o Estado português estar já adstrito, desde que o Tratado da União Europeia instituiu a cidadania europeia, a conceder idêntica protecção a todos os cidadãos europeus que se encontrem em Estados terceiros, quando o Estado-membro da sua nacionalidade aí não tenha representação para o efeito – regime que é comummente interpretado como estabelecendo um verdadeiro direito inerente à cidadania europeia e, como tal, foi reinscrito no artigo 46º da Carta dos Direitos Fundamentais da União[995]. Seria portanto um paradoxo que o Estado português se tivesse obrigado, perante as instituições europeias, a conceder a todos os cidadãos de Estados-membros um direito à protecção diplomática e consular, e ao mesmo tempo não reconhecesse aos seus próprios cidadãos no exterior um direito equivalente. Até porque a viabilidade daquele direito repousa sobre a existência (e a consistência jurídica) deste último[996].

Esta associação que o Direito da União faz entre cidadania (europeia) e protecção diplomática não deve, porém, inculcar a ideia de que a obrigação do Estado em conceder protecção diplomática pode enraizar-se dogmaticamente, à imagem do que sucedia na Constituição de Weimar, no vínculo jurídico de

---

[993] RIDRUEJO, *La pratique espagnole*, pp. 109-110; referindo-se, não obstante, à necessidade de pesar interesses individuais e interesse geral, KLEIN, *Anspruch*, pp. 130-131.

[994] Numa perspectiva próxima, referindo-se ao direito a uma "decisão discricionária livre de falhas", KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, p. 707, e também *Anspruch*, pp. 129-131. Negando, todavia, a qualificação de tal pretensão como "direito subjectivo público", TREVIRANUS, *Nochmals: Diplomatischer Shutz*, pp. 37-38.

[995] É este o entendimento mais difundido, muito embora as obrigações do Estado português relativamente aos cidadãos europeus se limitem, em rigor, a uma proibição de discriminação e de, por outro lado, as acções de protecção empreendidas por Portugal não terem de ser aceites pelo Estado terceiro em causa – uma vez que Portugal só possui, segundo o direito internacional, legitimidade para proteger diplomaticamente cidadãos portugueses (e não cidadãos estrangeiros, ainda que europeus). A derrogação (convencional) operada logo pelo artigo8º-C do Tratado da Comunidade Europeia às regras de legitimidade internacional sobre protecção diplomática não vincula, pois, terceiros Estados: é *res inter alios*. Sobre estas fragilidades do (proclamado) direito dos cidadãos europeus à protecção diplomática e consular: CONDORELLI, *L'évolution*, pp. 10-13; STEIN, *Die Regelung*, pp. 97 ss..

[996] Além do referido *Livro Verde*, *JOCE*, C30, de 10.2.2007, esp. p. 10, tem interesse a Decisão 95/553/CE, *JOCE*, L314, de 28.12.1995, que faz uma enunciação de casos em que os Estados devem prestar assistência (sobretudo no domínio consular) aos cidadãos europeus.

cidadania ou de nacionalidade[997] – e não na figura dos deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais[998]. Há que não confundir o plano externo com o plano interno: uma coisa é a nacionalidade, ainda comummente exigida pela direito internacional geral, como *pressuposto* do direito dos Estados a actuar por via diplomática em defesa dos respectivos nacionais; outra bem diferente é o *fundamento* jurídico-constitucional para vincular os órgãos estaduais competentes a agir, nas relações internacionais, em defesa dos seus cidadãos no estrangeiro[999]. Naquele plano, aliás, o Estado só pode actuar com base no *international standard of human rights* aplicável aos seus nacionais; neste plano, o móbil da intervenção estadual reside, antes de mais, nos direitos fundamentais tal como plasmados na própria Constituição. Acresce que, mesmo na dita perspectiva externa, o requisito da nacionalidade se encontra em evidente declínio, por causa do afrouxamento das regras da efectividade, continuidade e exclusividade do vínculo, mas sobretudo devido à crescente pressão para prescindir desse mesmo requisito no que toca aos refugiados e apátridas e nos casos em que está em causa a salvaguarda de direitos do homem com estatuto de *ius cogens*[1000]. Por seu turno, no plano interno, apesar de o artigo 14º consagrar um direito de cidadania em sentido estrito – isto é, um direito que a Constituição reserva exclusivamente aos detentores da cidadania portuguesa (nº 2 do artigo 15º)[1001] –, não pode dizer-se que este esteja suportado dogmaticamente no vínculo jurídico da nacionalidade, da mesma forma que os direitos políticos também não encontram aí o seu fundamento, mesmo aqueles cuja titularidade não pode ser aberta a estrangeiros. O direito fundamental à protecção diplomática não existe por causa da nacionalidade, embora, no actual estádio do direito internacional, só possa ser exercido em relação aos nacionais portugueses. Ele existe, numa perspectiva fundamentalmente adjectiva, por causa e em função dos demais direitos fundamentais que os portugueses no estrangeiro conservam. Como se lê no artigo 14º, para garantir o seu "exercício" efectivo.

V – Se pode dar-se por assente que o direito à protecção diplomática se filia hoje, sob o prisma dogmático, na teoria dos deveres de protecção de direitos fundamentais, mais dúvidas se oferecem, no entanto, quando ao seu conteúdo mínimo directamente aplicável. Atendendo a ausência de lei concretizadora, não é fácil determinar contra que tipo de agressões jusfundamentais tem o Estado português de reagir, nem quais devem ser as acções concretas a adoptar para o efeito.

Quanto ao primeiro destes pontos, tendencialmente, o direito de protecção abrange tanto as ameaças contra direitos dos portugueses originadas directamente por Estados estrangeiros, quando as

---

[997] A tradição constitucional germânica, apenas interrompida pela Constituição de Bona, é a de consagrar um direito expresso à protecção fundado na cidadania alemã – *maxime*, artigo 112º da Constituição de Weimar: RESS, *La pratique*, pp. 121 ss..

[998] KLEIN, *Anspruch*, pp. 128-130, defendendo uma dupla raiz do dever de protecção diplomática: o vínculo de pertença ao Estado e a vinculação deste aos direitos fundamentais.

[999] KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, p. 707.

[1000] KOKOTT, *Zum Spannungsverhältnis*, pp. 55-59.

[1001] J.P. SILVA, *Direitos*, p. 19.

levadas a cabo por indivíduos, grupos ou entidades particulares sob a sua jurisdição (*v.g.*, actividades desenvolvidas por criminosos ou grupos armados, com ou sem o apoio, activo ou passivo, dos próprios dignitários do poder estadual[1002]), assim como aquelas ameaças que resultam de causas naturais ou de fontes (humanas) relativamente difusas. O que significa que o direito a exigir protecção não está necessariamente condicionado pela possibilidade de imputar ao Estado estrangeiro a responsabilidade internacional pelas condutas violadoras dos direitos em questão[1003]. Da mesma forma, o direito de protecção diplomática abrange indistintamente as violações já consumadas dos direitos dos portugueses no exterior – caso em que se trata de protecção secundária, sobretudo destinada a efectivar a responsabilidade internacional do Estado infractor e para exercer o direito a uma reparação – e as situações de perigo e de risco jusfundamental – caso em que se trata de protecção primária, muito embora uma actuação formal de protecção diplomática em sentido estrito só seja possível quando aquelas situações possam já consubstanciar um ilícito internacional[1004].

Quanto ao segundo dos pontos acima enunciados, parece poder concluir-se que o direito fundamental consagrado no artigo 14º encerra um sentido amplo de protecção diplomática, incluindo – além da protecção consular em sentido próprio[1005] – diversas diligências e formas de actuação externa do Estado, que não se restringem apenas ao desencadear dos mecanismos específicos de efectivação da responsabilidade internacional dos Estados incumpridores. Quer isto dizer também que o direito constitucional à protecção diplomática não começa apenas no momento em que o cidadão português esgotou ou recursos disponíveis no país de acolhimento. Ele manifesta-se, antes disso, num direito de assistência para exaurir esses mesmos recursos. Assim como também não cessa pelo facto de o nacional português dispor de acesso directo a vias jurisdicionais internacionais contra o Estado de acolhimento – circunstância em que se convola igualmente num direito a assistência jurídica ou processual[1006].

De resto, corolário lógico do reconhecimento de um direito fundamental à protecção diplomática, dotado de um conteúdo mínimo constitucionalmente dedutível, é a necessidade de enjeitar de forma categórica o entendimento segundo o qual o Estado, ao decidir sobre os pedidos de protecção que lhe são dirigidos, faz uso de um poder soberano, cujo exercício é insindicável pelos tribunais. Não é assim em matéria de protecção consular, que o próprio direito ordinário considera orientar-se "pelos princípios gerais que regem a actividade administrativa, designadamente: *a)* princípio da legalidade; *b)* da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos; *c)* princípios da

[1002] Pense-se, por exemplo, na situação dos portugueses residentes na África do Sul, que são, com particular frequência, vítimas da criminalidade violenta que tem assolado o país.
[1003] Sobre as regras de imputação em matéria de responsabilidade internacional, AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, pp. 225 ss..
[1004] Atribuindo também à protecção diplomática um carácter preventivo, KLEIN, *Diplomatischer Schutz*, p. 704; sobretudo sob a forma de "démarches diplomatiques", CONDORELLI, *L'évolution*, p. 7.
[1005] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 352; J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, p. 252.
[1006] Neste sentido, F. QUADROS, *A protecção*, pp. 413.

igualdade e da proporcionalidade; (…) *g)* princípio da decisão"[1007]. E não é assim também, mesmo na ausência de densificação legal, em matéria de protecção diplomática, onde os tribunais competentes – ao invés de se refugiarem nas doutrinas dos *acts of State* ou das *political questions*[1008] – deverão verificar se as decisões de recusa expressa ou tácita em prestar protecção violam ou não a proibição do arbítrio decorrente do princípio do Estado de Direito democrático[1009]. Tão-pouco pode excluir-se – antes pelo contrário – o recurso à responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos, ao abrigo do artigo 22º, como via de controlo interno das condutas activas ou sobretudo omissivas do Estado português referentes às suas prerrogativas de protecção diplomática[1010-1011]. Ademais, nos casos de recusa de concessão de protecção diplomática, não será ainda descabida a possibilidade de recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, imputando ao Estado português a violação da sua obrigação de adoptar todas as acções positivas ao seu dispor para salvaguardar efectivamente os direitos previstos na Convenção[1012].

VI – A fechar este já longo excurso sobre os perigos e riscos com conexões transnacionais, resta sublinhar que o Estado português não está vinculado a nenhum dever de protecção relativamente aos direitos fundamentais – ou aos direitos do homem – de não-nacionais que se encontram fora da sua jurisdição (quadrícula V)[1013]. Não só não existe fundamento constitucional para semelhante dever, dada a escassa densidade jurídica dos princípios rectores da política externa contidos no nº 1 do artigo 7º, como de outra forma o Estado ficaria confrontado com uma tarefa incomensurável e de realização impossível.

Relativamente aos estrangeiros, o Estado pode apenas conceder asilo político, quando para tal for demandado. Na verdade, o conteúdo do nº 8 do artigo 33º sugere a possibilidade da sua utilização como um instrumento de protecção dos direitos fundamentais de pessoas estrangeiras perseguidas ou ameaçadas de perseguição no país de onde provêm. Bem entendido que não se está em presença de uma simples dimensão jusfundamental positiva, deduzida por via interpretativa de um direito fundamental consagrado

---

[1007] Artigo 37º do Decreto-Lei nº 71/2009, de 31 de Março (Regulamento Consular).

[1008] Tal como se escreveu, em termos literais, no Acórdão do STA de 5 de Junho de 2003, Procº. 1534/02, em que os autores pretendiam ver reconhecido um direito a protecção diplomática contra o Estado angolano, que havia confiscado o seu património após a independência. Por sua vez, no caso decidido pelo Acórdão do STJ de 23 de Março de 2006, Procº. 5B4370, os autores procuravam a condenação do Estado português ao pagamento de uma indemnização "por omissão do dever de agir" em defesa dos seus interesses patrimoniais aquando do Acordo de Lusaka e no período subsequente.

[1009] Defendendo a admissibilidade da *Verfassungsbeschwerde*, não obstante a decisão *Ostverträge* (BVerfGE, 40, 141): KLEIN, *Diplomatischer Shutz*, pp. 707-710, e *Anspruch*, pp. 131-132; contra TREVIRANUS, *Nochmals: Diplomatischer Shutz*, pp. 38-39.

[1010] Defendendo esta tese, F. QUADROS, *A protecção*, p. 414; no direito germânico, KLEIN, *Anspruch*, pp. 132-136; levantando esta hipótese no direito espanhol, RIDRUEJO, *La pratique espagnole*, pp. 111-112; referindo-se à via indemnizatória como forma de relativizar a discricionariedade estadual, TOUZE, *La protection*, §§ 868-905.

[1011] Sobre a responsabilidade civil do Estado por actos ilícitos da função política, rege o nº 1 do artigo 15º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, embora não possa também excluir-se a hipótese de uma recusa lícita de protecção gerar responsabilidade pelo sacrifício (artigo 16º). Em geral, abarcando a responsabilidade por actos políticos no artigo 22º: R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 22º*, pp. 474-475; M.G. GARCIA, *A responsabilidade*, pp. 67-68.

[1012] Igualmente neste sentido, F. QUADROS, *A protecção*, p. 414.

[1013] Relativamente ao caso alemão, DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 120; KRINGS, *Grund*, p. 201-103.

na Lei Básica, visando a salvaguarda de um bem jurídico jusfundamental em situação de risco – como ocorre em geral na figura dos deveres de protecção –, mas trata-se antes de um direito fundamental autónomo, apenas com a peculiaridade de estar reservado a estrangeiros e apátridas[1014]. Assim como existem explicitações constitucionais de deveres de protecção em domínios específicos – *v.g.*, alínea *e)* do nº 2 do artigo 67º –, e nada impede a Constituição de configurar certos deveres especiais de protecção sob a forma de um direito fundamental – como se viu suceder com o artigo 14º –, nada impede também que um direito fundamental autónomo como o direito de asilo, desde que respeitadas certas vinculações internacionais, possa ser posto ao serviço de uma política externa amiga dos direitos do homem.

De qualquer forma, recorde-se que quando o Estado toma a decisão de não conceder o direito de asilo a certo indivíduo, por não estarem reunidas as respectivas premissas, a questão contenciosa que pode suscitar-se não tem a ver com a dimensão jusfundamental de protecção, mas sim com a dimensão de defesa. O que há-se questionar-se não é a omissão de uma actuação positiva de protecção, mas a constitucionalidade e a legalidade da decisão estadual contrária às pretensões do requerente.

7.4. Perigos causados pelo próprio titular do direito

A questão de saber se são concebíveis, numa perspectiva constitucionalmente adequada, deveres de protecção de bens jurídicos jusfundamentais quando a ameaça que a estes se dirige tem origem num comportamento do próprio titular do direito afectado assume, ao contrário do que se poderia esperar, uma enorme relevância prática, que, aliás, a evolução social tem vindo a acrescentar continuamente. Em causa está uma miríade de condutas humanas individuais em que o titular de certos direitos fundamentais – primacialmente os direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde, mas também (ou sobretudo) enquanto detentor de uma dignidade intrínseca –, coloca os respectivos bens jurídicos protegidos em risco de lesão, atenta contra eles directamente ou prescinde do respeito que lhes seria devido por outrem. No fundo, reúnem-se na mesma pessoa – na totalidade ou parcialmente – os dois pólos que se encontram na base da relação jusfundamental triangular: o agressor e o lesado[1015].

I – Sem uma pretensão classificatória e, muito menos, sem almejar qualquer exaustividade, o problema tem sido discutido sobretudo em relação às seguintes situações: condutas suicidas, na sua diversidade; recusa de tratamento médico, própria mas não alheia; greve de fome, especialmente quando protagonizada por pessoas à guarda do Estado (*maxime*, reclusos); diferentes formas de automutilação[1016].

[1014] J. MIRANDA, *Manual*, III, pp. 263 ss..
[1015] Na perspectiva dos bens lesados, Infra, §3º, ponto 9.3.
[1016] Sobre o significado jurídico, na perspectiva do direito à vida, do suicídio, da recusa de tratamento e da greve de fome, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 541 ss.. Também a recusa de tratamento médico, P.G. MARQUES, *Anotação ao artigo 25º*, pp. 557 ss..

A verdade é que muitos outros casos existem para além deste núcleo paradigmático, caracterizado pela sua profunda radicalidade e ressonância ética e consequente dificuldade jurídica. Designadamente:

a) Integra-se também nesta problemática um segundo grupo de situações, compreendendo a utilização de estupefacientes, o consumo do tabaco e a ingestão (excessiva) de bebidas alcoólicas, o uso desadequado de medicamentos (*v.g.*, automedicação ou uso excessivo de antidepressivos ou ansiolíticos), assim como o recurso a substâncias dopantes no desporto. Mais recentemente, a esta lista de substâncias consumíveis que são consideradas prejudiciais para a saúde humana há que aditar a denominada *fast-food*, em particular quando empregue regularmente na alimentação de crianças e jovens, e porventura mesmo os alimentos geneticamente modificados – embora, neste último caso, os problemas jurídicos suscitados extravasem o tema aqui em análise.

b) Num terceiro conjunto de casos, pode integrar-se a prática de determinados tipos de desportos que implicam contacto físico violento – em que os exemplos tradicionais, apresentados pela doutrina penal, respeitavam aos desportos como o pugilismo, as artes marciais ou o futebol – ou naturalmente arriscados, como algumas modalidades de desportos motorizados, mas a que hoje se podem acrescentar ainda outros desportos ditos radicais (*v.g.*, escalada, parapente, *rappel*, *bungee jumping*, *kitsurf*).

c) Por sua vez, podem agrupar-se num quarto grupo certas condutas referentes à circulação automóvel e que foram, há alguns anos atrás, amplamente discutidas, como a não colocação de cinto de segurança pelos automobilistas e o não uso de capacete de protecção pelos motociclistas – condutas omissivas a que poderiam, provavelmente, apensar-se fenómenos desviantes mais recente como o *street racing*.

d) A prostituição e a pornografia, pela sua particular ressonância moral – justificativa da polémica que sempre suscitaram –, mas também por colocaram problemas jurídicos próximos, podem constituir por si um quinto grupo de condutas autolesivas, no pressuposto óbvio de que as pessoas que se sujeitam a tais práticas, nas suas diferentes variantes, o fazem livres de constrangimentos físicos ou psicológicos exteriores.

e) Um sexto grupo de casos é, por seu turno, caracterizado pela submissão não obrigatória da pessoa humana a determinado tipo de procedimentos ou exames que interferem negativamente com a sua integridade pessoal, como sucede com os denominados detectores de mentiras, por vezes utilizados na investigação penal, assim como a sujeição a exames médicos e genéticos, também no âmbito da investigação penal ou em ordem ao exercício de um determinada função pública ou privada, e ainda com a experimentação com seres humanos, em benefício do progresso da medicina.

f) Em sétimo lugar, se se pensar nas condutas humanas que podem ser nocivas para a saúde, embora não impliquem ingestão de qualquer tipo de substâncias, são inúmeros os exemplos de comportamentos de risco que são ao mesmo tempo socialmente aceites ou, pelo menos, que dada a sua frequência gozam de alguma tolerância ou compreensão social. Nomeadamente: a colocação de *piercings* é fonte de deformações físicas, infecções e alergias várias; a utilização de aparelhos portáteis de audição de música (*v.g.*, *walkman*, *ipod* ou leitores de *MP3*) tem por vezes consequências irreversíveis para a audição; a exposição prolongada ao sol é causa do aumento do número de cancros de pele; as relações sexuais ocasionais não protegidas são responsáveis pela disseminação não apenas do vírus da SIDA mas também de outras doenças transmissíveis por essa via (*v.g.*, hepatite B); os jogos de fortuna e azar podem conduzir a graves problemas de viciação, com todos os malefícios para a saúde psicológica (e para o relacionamento social) das pessoas em situação de dependência.

g) E a lista não termina necessariamente aqui, uma vez que é possível analisar, nesta mesma perspectiva, fenómenos como a maternidade de substituição (vulgo "barriga de aluguer"), as doações de órgãos em vida para efeitos de transplantação e as intervenções cirúrgicas destinadas à mudança de sexo – dada a sua irreversibilidade –, ou ainda a submissão voluntária a procedimentos de esterilização[1017].

As muitas situações referidas, tentativamente organizadas em sete ou oito grupos, devem ainda ser separadas daqueles casos em que o titular de um direito fundamental – não interessa agora discutir se por via contratual ou unilateral, de forma expressa ou tácita, definitiva ou transitoriamente, sob condição ou incondicionalmente[1018] – renuncia a esse mesmo direito na sua relação com outra pessoa. É algo que sucede com frequência em algumas modalidades de contrato de trabalho, nos quais o trabalhador se compromete (individual ou colectivamente) com condutas activas e omissivas particulares. Por exemplo: a desempenhar tarefas arriscadas (*v.g.*, duplos do cinema, polícias, bombeiros, militares); a não fazer greve; a guardar segredo sobre certas informações; a não expressar a sua opinião sobre a empresa em que trabalha ou sobre certos assuntos relacionadas com a sua função; a não trabalhar para empresas concorrentes depois de uma eventual cessação do respectivo contrato; a fixar residência em certo local, etc.[1019]. E, na mesma linha, ganhou recentemente notoriedade o caso dos *reality shows*, em que os respectivos participantes renunciam *a priori* a um conjunto de direitos de personalidade, a começar pela

[1017] Sobre a relevância social (e jurídica) de muitos destes exemplos, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 20-64; para uma tentativa de análise jurídica de alguns deles, L. NETO, *O direito fundamental*, pp. 657 ss..

[1018] Sobre as modalidades e o regime da renúncia a direitos fundamentais: J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 302 ss..; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp. 902 ss.; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, esp. pp. 23 ss.; PIETZCKER, *Die Rechtsfigur*, pp. 530 ss.; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 228-238; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 2-35.

[1019] J. ABRANTES, *Contrato*, esp. pp. 147 ss.; BADURA, *Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten*, pp. 1 ss..; no contexto da CEDH, também sobre as relações profissionais, FRUMER, *La renonciation*, pp. 369 ss..

reserva da sua própria intimidade[1020]. Sem prejuízo de zonas de sobreposição com alguns dos exemplo acima avançados, em que também é possível descortinar relações contratuais – pense-se na recusa de tratamento médico, na pornografia ou nas experimentação científica com seres humanos –, trata-se agora, em geral, de situações da vida em que o titular de um determinado direito fundamental faz uso dele contra si próprio – sendo que o leque dos direitos em causa vai muito para lá da vida, da integridade pessoal e da saúde –, pondo em causa a sua subsistência para o futuro ou, ao menos, a possibilidade de o exercer de forma livre, no que respeita à totalidade ou parte do seu conteúdo.

Pode o Estado, em cada uma das situações apontadas, fazer algo contra estes perigos e em favor da integridade dos bens jusfundamentais afectados pelas condutas dos respectivos titulares? Em caso afirmativo, o Estado beneficia apenas de uma simples *permissão de protecção* ou antes o que está em discussão são verdadeiros *deveres estaduais de protecção*? E, se a resposta for neste último sentido, com que limites estão as instâncias estatais vinculadas por tais deveres em face dos titulares dos direitos fundamentais afectados?

II – Seria estultícia pensar em respostas universais, aplicáveis da mesma forma a todas as condutas humanas com efeitos negativos directos sobre direitos próprios. A acentuada heterogeneidade das condutas em apreço, sob várias perspectivas, além de se repercutir na dificuldade e dignidade dogmática das questões jurídicas suscitadas, obriga inevitavelmente a engendrar respostas diferenciadas, adequadas ao perfil das situações materiais que estão na sua base. O que importa é buscar uma chave de análise que permita, num primeiro momento, apreender o perfil de cada uma das situações e, num segundo momento, argumentar jusfundamentalmente, fazendo o contraponto entre os direitos em que se podem escorar as ditas condutas auto-referentes e renunciantes e os outros direitos (ou interesses) constitucionais que podem justificar a compressão ou o balizamento daqueles[1021].

Um esforço genuíno de compreensão da realidade multifacetada a analisar aconselha, pois, a que se invista tempo na sua ordenação segundo critérios jurídicos, fazendo algumas distinções, apesar de algumas delas acabarem às vezes por se entrecruzar. Assim, importa distinguir entre:

a) Condutas de autocolocação em perigo, condutas autolesivas e condutas renunciantes em sentido amplo;

b) Condutas adoptadas por quem, em concreto, tem capacidade para formar correctamente a sua vontade e para se determinar de acordo com essa mesma vontade consciente, por uma banda, e condutas assumidas por quem não possui uma ou as duas capacidades referidas, por outra banda;

[1020] G. CANOTILHO / J. MACHADO, *"Reality shows", passim.*
[1021] Adoptando a dicotomia *self-regarding conducts* e *other-gedarding conducts*, FEINBERG, *Harm*, p. 22 e pp. 99 ss..

c) Condutas que comportam riscos ou são lesivas apenas para direitos fundamentais do respectivo titular e condutas que, sem prejuízo da sua autoprejudicialidade, colocam também em perigo ou são susceptíveis atentar contra direitos fundamentais de outras pessoas (ou, porventura, contra certos valores constitucionais ou interesses comunitários);

d) Já sob a perspectiva da protecção estadual, entre protecção em relação a condutas do próprio titular do direito (*Schutz vor sich selbst*), protecção contra a vontade do próprio titular do direito (*Schutz gegen sich selbst*), e protecção contra terceiros – sem excluir a pessoa do Estado – relativamente aos quais o titular do direito consentiu na agressão desse mesmo direito ou renunciou ao seu exercício.

7.4.1. Autocolocação em perigo, autolesão e renúncia

Assim, a primeira distinção que se afigura pertinente efectuar é aquela que diferencia entre, por um lado, as *condutas de autocolocação em perigo* e as *condutas de autolesivas* e, por outro lado, as *condutas renunciantes em sentido amplo*, abarcando estas – juntamente com os compromissos prévios de renúncia (à titularidade, mas sobretudo) ao exercício de um direito fundamental, expressos ou tácitos, unilaterais ou bilaterais[1022] – o consentimento do ofendido, sob a forma de heterocolocação em perigo consentida ou sob a modalidade porventura mais comum de heterolesão consentida[1023].

As duas primeiras são, bem entendido, comportamentos do próprio titular do direito juridicamente não dependentes de participação activa ou passiva de terceiros, nem mesmo como receptores de uma mensagem ou espectadores de um evento. Num caso, o titular do direito limita-se a aumentar os perigos normais da vida em sociedade, procedendo de forma arriscada ou expondo-se a um determinado risco preexistente. No outro caso, o titular do direito vai mais longe, lesando-se a si próprio de uma forma que pode ou não ser irreversível para os bens jusfundamentalmente protegidos. Ambas são, portanto, condutas autoprejudiciais e eminentemente auto-referentes[1024]. Em contrapartida, as condutas ditas renunciantes pressupõem necessariamente a intervenção ou a presença de um terceiro, sem o qual seria impossível ao respectivo autor vincular-se juridicamente[1025]. Quer sejam antecedentes ou posteriores à colocação em perigo ou à lesão, quer sejam bilaterais ou unilaterais, quer sejam expressas, tácitas ou fictas, e independentemente de serem formais ou informais, as condutas em que um sujeito jusfundamental dispõe de um direito próprio carecem, como condição da sua relevância jurídica, da

[1022] J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 269-270; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp. 902 ss.; SINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 1133 ss..

[1023] Sobre estas figuras, numa perspectiva penalista: C. ANDRADE, *Consentimento*, pp. 204 e ss., e pp. 271 ss.; apartando o consentimento da renúncia, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 13-17. Na relação médico/paciente: J. A. PEREIRA, *O consentimento*, pp. 131-133, e pp. 477 ss..

[1024] Agrupando os conceitos de *Selbstgefährdung* (autocolocação em perigo) e de *Selbstverletzung* (autolesão) sob o conceito amplo de *Selbstchädigung* (autoprejudicial): FISCHER, *Die Zulassigkeit*, pp. 21-23; numa tentativa de distinção de figuras afins, L. NETO, *O direito fundamental*, pp. 337-378.

[1025] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 273.

existência de um terceiro que as percepcione[1026]. Não obstante as suas plúrimas configurações, o comportamento de renúncia a um direito fundamental é sempre receptíceo[1027-1028] – isto, sublinhe-se, independentemente da participação mais ou menos activa do receptor na efectiva lesão do bem jusfundamental em causa. Numa palavra, "na renúncia o particular vincula-se juridicamente a não invocar um seu direito fundamental perante" alguém, que tanto pode ser outro particular, como, outrossim, o próprio Estado[1029].

Em bom rigor, porém, os traços caracterizadores das figuras de disposição de direitos acabadas de apontar apenas podem ser aferidos em função de cada direito fundamental e tendo em conta diferentes momentos temporais. Com efeito, só se pode estar seguro de que um comportamento humano real, na sua complexidade única, é apreendido em termos aceitáveis se se lançar mão, simultânea ou sucessivamente, a várias daquelas figuras e com referência a diferentes direitos fundamentais. Por exemplo:

a) É verdade que circular de automóvel sem cinto de segurança ou conduzir um motociclo sem capacete são condutas em que se verifica apenas uma mera autocolocação em perigo da integridade física e da vida, como sucede aliás com muitos desportos individuais que comportam uma elevação do risco para os respectivos praticantes. Independentemente da maior ou menor consciência do verdadeiro nível de perigo, os agentes confiam num desfecho positivo, sem ocorrência de qualquer lesão;

b) Semelhantemente, o suicídio e a automutilação são apenas e só condutas autolesivas da vida e da integridade física[1030]. Os agentes estão seguros da ocorrência da lesão e desejam-na ou estão predispostos a aceitá-la;

c) Em contrapartida, já o simples acto de fumar representa, em si, uma autolesão do bem jurídico protegido pelo direito à saúde e, ao mesmo tempo, uma autocolocação em perigo relativamente à vida e ao direito que constitucionalmente a protege;

d) Da mesma forma, a realização de uma greve de fome apresenta-se como uma autolesão imediata no direito à saúde e ao bem-estar físico do grevista, embora, se prolongada para lá

[1026] Sem prejuízo das flutuações de sentido do instituto da *renúncia* nos diferentes ramos da enciclopédia jurídica, mormente no direito civil e no direito penal, e da dificuldade de definir o seu relacionamento com a figura do *consentimento*, SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 6 ss., pp. 9 ss., e 29 ss..

[1027] SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 24; HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 82.

[1028] Sobre o "não exercício do direito", o "exercício negativo do direito", a "perda do direito" e a "renúncia à protecção jurisdicional do direito" (em caso de violação) como figuras afins da renúncia a direitos fundamentais, J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 273-278. Também: SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 18-19; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, p. 903.

[1029] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 273, referindo-se porém, na passagem em causa, apenas ao Estado. Numa postura muito restritiva quanto à admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 426-429; no sentido inverso, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 306 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 463-467.

[1030] Contudo, integrando o suicídio entre as condutas renunciantes da vida, num sentido muito (ou demasiado) amplo de renúncia: R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 543-544. Também referindo-se à autolesão como variante da renúncia: SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 48; FRUMER, *La renonciation*, pp. 253-278.

de certos limites temporais, se convole também numa autocolocação em perigo no respeitante à vida;

e) Por sua vez, o praticante de boxe, ao mesmo tempo que autocoloca em risco a sua saúde, consente, relativamente a um terceiro, na imediata lesão da sua integridade física;

f) Como bem se compreende também, uma pessoa que se submete a uma operação cirúrgica – que, aliás, não tem necessariamente de ser em benefício da sua saúde ou da sua vida, podendo antes apresentar propósitos exclusivamente estéticos –, consente na lesão da sua integridade física, mas não deixa também de adoptar uma conduta de autocolocação em perigo no que toca à sua vida;

g) E, ainda num derradeiro exemplo – tomando por base a polémica jurisprudência germânica *"Peep-Schow"*[1031] –, as pessoas que aceitam participar num espectáculo de cariz pornográfico começam por renunciar contratualmente a um conjunto de direitos fundamentais (*v.g.*, direito à imagem, direito à reserva da intimidade, direito à integridade pessoal, liberdade geral de acção), para posteriormente se autolesarem nos correspondentes bens jurídicos e na sua própria dignidade, degradando-se em instrumentos do comprazimento alheio.

Por conseguinte, na análise jurídica da factualidade que envolve as condutas dos titulares de direitos fundamentais que redundam em prejuízo de si próprios e dos seus direitos, é muito importante verificar até que ponto existe alteridade[1032]. Em particular, para determinar qual pode ser o papel a assumir pelo Estado em face dessas condutas, é decisivo saber se se estabelece alguma relação com terceiros e, em caso afirmativo, de que tipo de relação se trata, designadamente se o terceiro é um mero espectador passivo ou se é um interveniente activo. E, neste caso, é ainda relevante averiguar: se o terceiro envolvido está em absoluto ao serviço da vontade do titular do direito; se, pelo contrário, é beneficiário do comportamento activo ou passivo do sujeito jusfundamental; ou se há vantagens recíprocas para ambas as partes da relação. Como é evidente, do ponto de vista do Estado, que está constitucionalmente obrigado a proteger a vida humana, a hipótese do suicídio assistido é valorativamente diferente e abre outras possibilidades de actuação que não se encontram no suicídio autonomamente decidido e executado[1033]. Do mesmo modo, não é despiciendo saber se a conduta através da qual o titular de um direito fundamental anui na menorização do mesmo é adoptada apenas em benefício de um terceiro ou se tem na mira a obtenção de vantagens próprias – como sucede, tipicamente, nas renúncias contratuais.

[1031] BVerfGE, 64, 274. Sobre esta decisão, entre tantas outras reacções: HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 104-111; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 91-96.

[1032] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 26-29.

[1033] M.C. ANDRADE, *Consentimento*, pp. 204-217, confrontando embora o suicídio com o homicídio a pedido da vítima. Ainda, F. DIAS, *A ajuda à morte*, p. 208, chamando a atenção para o crime de coação e para a exclusão da punibilidade do facto que vise "evitar o suicídio".

7.4.2. Capacidade de autodeterminação e défice informativo

A segunda grande dicotomia acima referida é aquela que aparta, por um lado, as condutas adoptadas por quem, nas condições concretas em que se encontra, tem capacidade para formar correctamente a sua vontade – entende o significado do comportamento em questão, sendo capaz de antever as suas consequências negativas – e, por outro lado, condutas assumidas por quem não possui essa mesma capacidade[1034]. Esta é também uma distinção decisiva quando se trata de legitimar uma medida legislativa de salvaguarda de um direito fundamental ao arrepio da conduta do respectivo titular, mas sobretudo quando se trata de deduzir deveres estaduais de protecção em idênticas circunstâncias – tal como é de momento o caso. Na estrutura da relação jusfundamental, falhando a autodeterminação individual, o titular do direito ameaçado desdobra-se para ocupar simultaneamente os dois pólos na base do triângulo, uma vez que a sua conduta representa um perigo objectivo e externo – porque não validamente consentido ou desejado – para os seus próprios bens jurídicos fundamentais.

I – Uma real capacidade para formar a vontade de modo livre e esclarecido constitui, pois, uma condição necessária – embora não suficiente – para que o titular de um direito fundamental possa legitimamente agir contra si mesmo, tanto mediante condutas de autocolocação em perigo e de autolesão, como por meio de condutas renunciantes[1035]. E não é condição suficiente por múltiplas razões, desde logo porque a capacidade para formar uma vontade livre e esclarecida nem sempre é devidamente acompanhada pela capacidade para se determinar em sintonia com essa mesma vontade, obrigando assim à intervenção de terceiros, com todas as incertezas que isso acarreta. De qualquer modo, deixando de lado estas situações, muitas podem ser as razões constitucionais para ter de respeitar a vontade livre e autonomamente formada pelo titular do direito, as quais permitem, aliás, fundar um *princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais*[1036]: a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a liberdade de investigação científica, a liberdade de escolher a profissão e o género de trabalho e, de resto, o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade geral de acção[1037]. Pouco importa se a vontade concretamente formada corresponde ao não aos padrões comuns de racionalidade e razoabilidade[1038]. Numa afirmação tantas vezes repetida, da mesma forma que o *não exercício* e o *exercício negativo* correspondem ambos a condutas compreendidas no âmbito de protecção do respectivo direito

---

[1034] Fazendo uso da distinção: V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 308; KRINGS, *Grund*, pp. 208-209; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 220-221; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 221-222; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 294; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 121-126; SPIEβ, *Der Grundrechtsversicht*, pp. 25-26; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsversicht*, p. 914; SINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 1140-1141; SCHWABE, *Der Schutz*, p. 70.

[1035] Especificamente sobre a capacidade para prestar consentimento informado na relação médico/paciente: J. RODRIGUES, *O consentimento*, pp 197 ss.; e A. PEREIRA, *O consentimento*, pp. 148 ss., pp. 205 ss..

[1036] Sobre o princípio geral de disponibilidade dos bens jusfundamentais individuais: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 307 ss.; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 134-142; STERN, *(§ 86) Der Grunsrechtsverzicht*, pp. 895-896; SPIEβ, *Der Grundrechtsversicht*, pp. 63-67 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 228-230.

[1037] Para uma análise sucessiva destes diferentes fundamentos, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 29-105.

[1038] Contrapondo condutas autolesivas pragmáticas e irrazoáveis, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 91.

fundamental, também a autocolocação em perigo, a autolesão e a renúncia são ainda, em princípio, formas constitucionalmente tuteladas de exercer o direito em causa[1039]. Neste contexto de primazia da autodeterminação e da responsabilidade pessoal, as dúvidas incidem – e não são poucas – sobre quais os parâmetros formais e substantivos dentro dos quais essa vontade livre e autónoma pode ser levada a efeito[1040].

Em contraponto, na falta de capacidade do titular do direito para conformar a sua vontade nos termos acabados de descrever, o Estado pode sempre – e, em regra, deve mesmo – afastar o titular do direito do perigo a que o mesmo se expôs, tomar medidas para impedir a consumação das condutas autolesivas, ou determinar a invalidade ou a ineficácia jurídica das declarações de renúncia a direitos fundamentais. Pensa-se, obviamente, nos menores, que em função da sua idade podem não ter ainda a maturidade suficiente para tomar sozinhos certas decisões que interferem negativamente com os direitos fundamentais de que são portadores, sobretudo quando as mesmas apresentam consequências a longo prazo ou irreversíveis. Sem embargo de serem possíveis diferenciações em função do grau de desenvolvimento da pessoa, sendo a própria Constituição a indiciar diferentes exigências da protecção estadual no que toca à infância (artigo 69º) e à juventude (artigo 70º). E pensa-se também, naturalmente, nos cidadãos maiores que são portadores de alguma deficiência mental ou doença do foro psicológico que, de algum modo, diminui a sua capacidade para se autodeterminarem de uma forma livre, esclarecida e plenamente responsável. Condição que, não é demais recordar, em nada afecta a titularidade dos direitos fundamentais gerais previstos na Constituição, e ainda os acrescenta no que respeita à efectivação das respectivas condições de exercício (artigo 71º). Por identidade de razão, pensa-se igualmente nas pessoas adultas que, em função das circunstâncias concretas em que se encontram, têm uma capacidade diminuída para formar a sua vontade livremente – em razão de uma qualquer forma de coação ou constrangimento exterior – e de modo esclarecido – devido a uma perturbação acidental do entendimento. Em qualquer dos casos, os constitucionalistas não dispõem de conceitos específicos, valendo-se consequentemente daqueles que são os cânones civilistas dos vícios na formação da vontade e penalistas da inimputabilidade[1041].

II – Esta distinção entre condutas autodeterminadas e condutas (auto-referentes, mas) não autodeterminadas apresenta, no entanto, algumas fragilidades que interessa pôr em evidência.

[1039] J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 273-278, e p. 287.

[1040] LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 145 ss.; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 106 ss.; SPIEβ, *Der Grundrechtsversicht*, pp. 91 ss.; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 111 ss..

[1041] Advertindo, no entanto, para os perigos de uma transposição acrítica dos conceitos privatísticos para o Direito Constitucional, onde a relevância da vontade (ou da falta dela) pode ser menor, STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp. 892-893.

i) A primeira delas reside logo na dificuldade em determinar se certas condutas autoprejudiciais e renunciantes mais extremas podem alguma vez corresponder a uma vontade livremente formada e esclarecida. Exemplo paradigmático é o do suicídio – entenda-se aqui, para não entrar nas especificidades do suicídio assistido e do homicídio a pedido (como formas de eutanásia), apenas o suicídio planeado e executado autonomamente[1042] –, a propósito do qual as opiniões se dividem claramente. Ao passo que umas vêem em regra na conduta suicida uma manifestação de liberdade e autodeterminação pessoal e, portanto, a respeitar sempre que não existam sinais claros de deficiência ou doença psicológica – afinal, liberdade e autodeterminação pessoal são outros *nomes* para a dignidade humana –, outras consideram o suicídio livre e consciente como uma fantasia romântica, sendo muito marginais os atentados contra a própria vida não determinados por doenças graves do foro psicológico[1043].

É sabido que muitos dos comportamentos suicidas são fundamentalmente chamadas de atenção, tendo por finalidade pedir ajuda de uma forma dramática. Pelo menos assim sucede com grande parte das tentativas de suicídio realizadas em público, caso em que uma acção de salvamento nem chega sequer a proteger a vida contra a vontade real do próprio titular do direito[1044]. Mas há também tentativas sérias e genuínas de pôr termo à própria vida, relativamente às quais, na dúvida sobre as condições em que se formou a vontade suicida, um princípio de primazia da protecção da vida não pode ignorar que o salvamento contra um acto livre de autodeterminação pessoal representa também um dano grave (*maxime*, quando implica o prolongamento de uma vida sem esperança, marcada por dores excruciantes, ou de uma existência em profunda agonia)[1045-1046]. Numa perspectiva puramente constitucional, nada pode dispensar um esforço de conhecimento das motivações e das condições concretas de execução do suicídio, muito embora um princípio de primazia na preservação da vida humana encontre, apesar de tudo, algum conforto no facto de a morte, ao contrário do salvamento, ser absolutamente irreversível[1047]. Contudo, este argumento da irreversibilidade não serve de todo ou, pelo menos, tem um peso muito inferior noutras situações que, sem a radicalidade do suicídio, também colocam o problema da avaliação do modo como se formou a vontade do titular do direito, tal como sucede na automutilação ou na renúncia a tratamento médico[1048].

[1042] Com referências sobre o suicídio assistido e o homicídio a pedido, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 535 ss..

[1043] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 543-544.

[1044] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 236-238; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 87-88.

[1045] DWORKIN, *El domínio*, p. 256.

[1046] Em geral, sobre o suicídio: LITTWIN, *Grundrechtsshutz*, pp. 25-45; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 78-90. Mais amplamente, sobre a "escolha da morte": FEINBERG, *Harm*, pp. 344 ss.; no contexto da CEDH, FRUMER, *La renonciation*, pp. 253-278.

[1047] Noutras perspectivas não exclusivamente jusconstitucionais, o primado da vida é, como é óbvio, mais fácil de fundamentar: R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, p. 543.

[1048] Sobre o argumento das decisões de vida irreversíveis, a respeito das operações de mudança de sexo: HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 74-78; na jurisprudência germânica, BVerfGE, 60, 123 *(Junge Transsexuelle)*.

ii) Outra ponto delicado desta distinção – sobretudo com relevância nos domínios dos riscos tecnológicos, ambientais e de segurança alimentar – reside no tratamento do erro. Ou melhor, do erro motivado pelo desconhecimento acerca das consequências de uma dada conduta sobre bens jusfundamentais próprios. A interrogação fundamental é a seguinte: basta só a *capacidade abstracta* para tomar uma decisão esclarecida ou é necessário que o titular do direito fundamental disponha, sobretudo considerando a acessibilidade da informação, de *condições reais* para a adoptar de forma esclarecida? E, neste segundo caso, deveria ainda perguntar-se se, para considerar correctamente formada a vontade do titular do direito, é preciso que a decisão tenha sido *efectivamente esclarecida*.

Por um lado, poder-se-ia pensar que, perante indivíduos adultos e responsáveis, o desconhecimento concreto dos riscos e das consequências nocivas imediatas de determinadas condutas por princípio não seria decisivo e, assim, não implicaria também qualquer intervenção protectora do Estado, sob pena de se sujeitar aqueles cidadãos a uma espécie de tutela pública, minorando-os no seu estatuto constitucional de cidadania. Os cidadãos teriam a possibilidade de escolher um estilo de vida cauteloso, informando-se de forma metódica sobre todos os perigos que as suas atitudes podem envolver, ou de optar por um estilo de vida mais despreocupado, evitando apenas os riscos evidentes ou mesmo procurando activamente o risco como forma de coleccionar experiências. Ao Estado não caberia o papel de *agência de informação* sobre os riscos sociais, nem muito menos o de dirigir paternalisticamente recomendações a cidadãos livres e responsáveis, dizendo-lhes que seria melhor para eles actuar de certa maneira ou advertindo-os para não agir em certo sentido. Essa tarefa de recolha e tratamento de informação pertenceria apenas aos próprios cidadãos e às instituições da sociedade civil.

Por outro lado, é bem sabido que nas sociedades actuais se assiste não apenas a uma multiplicação do número dos riscos jusfundamentais – muitos deles evitáveis –, como a uma complexificação dos próprios fenómenos de risco, na medida em que a detecção e avaliação destes implica a compreensão de processos causais longos, opacos, de resultados incertos[1049]. Nestas circunstâncias, os cidadãos comuns – isto é, sem conhecimentos especializados sobre os diferentes fenómenos do risco – teriam muita dificuldade em conduzir a sua vida de uma forma previdente, exigindo-se-lhes um esforço muito grande de informação e de actualização permanentes. Mais ainda, esses mesmos cidadãos comuns ver-se-iam amiúde confrontados com o dilema de tomar partido, sem os conhecimentos científicos necessários, entre mensagens de sentido contrário presentes no espaço público e que frequentemente aí são introduzidas com propósitos comerciais, políticos, ideológicos ou religiosos. Apenas a informação oficial providenciada pelo Estado seria – ou teria a obrigação de ser – acessível, correcta, imparcial e, tanto quanto possível, objectiva e isenta. Além disso, os cidadãos, à partida mais

[1049] Para uma análise global dos reflexos jurídicos dessa multiplicação e complexificação do risco, E. PARDO, *Técnica*, pp. 27 ss..

predispostos a enveredar por um estilo de vida mais descontraído ou arriscado, não ficariam de todo impedidos de tomar essa opção, ficando aliás habilitados a fazê-lo de modo mais consciente[1050].

A Constituição, consagrando o direito dos consumidores à informação (nº 1 do artigo 60º), revela uma propensão para resolver no segundo sentido esta controvérsia relativa à actividade informacional do Estado, cobrindo uma parte muito significativa dos domínios materiais aqui em causa[1051-1052]. Nos casos em que a perigosidade de uma conduta não seja evidente aos olhos de um cidadão comum, seria difícil sustentar a suficiência de uma mera capacidade abstracta do titular do direito para formar a sua vontade de modo correcto e para daí extrair, consequentemente, como corolário do respeito devido pelas opções livres e esclarecidas, a impossibilidade de actuação do Estado em defesa dos bens jusfundamentais afectados por uma conduta auto-referente ou renunciante. Pelo contrário, afigura-se que o dever de protecção de direitos fundamentais contra condutas próprias assume, neste contexto, uma feição muito particular, vertendo-se precisamente no dever de arvorar uma simples *capacidade abstracta* numa *capacidade concreta* para formar um vontade esclarecida, através da disponibilização de elementos informativos que permitem aos cidadãos ajuizar mais correctamente as consequências das suas condutas e compreender melhor os seus reflexos sobre bens jurídicos próprios[1053]. É claro que nada garante que os cidadãos, consumidos na voragem do dia-a-dia, tomem sempre decisões efectivamente esclarecidas em relação aos seus próprios direitos fundamentais. O que se exige é apenas que o viver à margem da informação disponível seja também uma escolha dos cidadãos. Dado que "a liberdade é em ampla medida um *problema de conhecimento*", dificilmente se poderiam considerar livres decisões tomadas num contexto de profunda ignorância[1054].

III – Na distinção em apreço, está muito presente uma mensagem segundo a qual o Estado e, antes de mais, o legislador estão especialmente vinculados a proteger os direitos básicos das pessoas que se encontram em situação de fragilidade – quer em razão da idade, de deficiência ou de doença, quer em razão da falta de informação –, ainda que essa protecção tenha de concretizar-se em face do próprio titular do direito[1055]. Em compensação, uma vontade do titular do direito formada em condições concretas de liberdade e esclarecimento merece um elevado grau de consideração e, por consequência, qualquer intervenção protectora do Estado terá de sujeitar-se a uma regra de máxima contenção.

[1050] Desenvolvidamente, sobre esta actividade informacional do Estado, embora num domínio específico: FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss.; mais em geral, STOLL, *Sicherheit*, pp. 284-294.

[1051] Sobre o direito dos consumidores à informação como pressuposto de uma "decisão liberal *(sic)*, consciente e responsável" e com instrumento de correcção de "assimetrias de informação", G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 781.

[1052] Fazendo derivar apenas do princípio do Estado social um dever do Estado de esclarecimento, informação e advertência, KRINGS, *Grund*, p. 209.

[1053] ROBBERS, *Sicherheit*, p. 222.

[1054] KAUFMANN, *Filosofia*, p. 356.

[1055] Referindo-se, nestes casos, a "deveres especiais de protecção estadual", V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 312.

No entanto é importante não esquecer que nas situações primeiramente referidas – em que, aliás, a protecção devida pelo Estado surge num quadro de grande proximidade com algumas tarefas de prestação decorrentes de direitos sociais especiais (artigos 68º a 72º) – os cidadãos que se encontram numa particular situação de fragilidade não podem ser encarados como simples objectos da protecção pública. É certo que a debilidade circunstancial em que certas pessoas estão inseridas induz uma intensificação do dever de protecção a cargo do Estado, mas isso não autoriza a que se menospreze a sua qualidade de titulares de direitos fundamentais, nem permite ao poder público decidir de modo arbitrário sobre o que é melhor para elas[1056]. Por exemplo, desconsiderando em absoluto a sua vontade (não esclarecida), substituindo-se às pessoas que por elas são primariamente responsáveis (sobretudo aos pais e aos tutores) ou, em geral, impondo-lhes medidas de protecção contra si mesmas demasiado gravosas ou que ultrapassem o que seria justificado pela respectiva posição de fraqueza. Mesmo nos casos em que se admite um dever de protecção vocacionado para garantir condições reais de formação de uma vontade esclarecida, isso implica uma grande exigência quanto ao rigor e objectividade da informação veiculada pelo Estado, que não se compadece com a sua programação "segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas"[1057] (*v.g.*, mensagens equívocas, marcadas ideologicamente, relativas aos efeitos do consumo das denominadas "drogas leves")[1058]. É necessário resistir à tentação se saltar etapas, antecipando na informação ministrada aos cidadãos aquilo que se considera ser o melhor para eles – do ponto de vista do interesse público ou, pior ainda, segundo a opinião pessoal dos titulares dos órgãos estaduais que providenciam a informação.

7.4.3. *Harm principle*: direitos alheios e interesses comunitários

Verdadeiramente decisiva, no que toca à questão de saber se o Estado está vinculado a deveres de protecção de direitos fundamentais contra os respectivos titulares, é a destrinça entre aquelas condutas que comportam riscos ou são lesivas apenas para direitos fundamentais do respectivo titular e aqueloutras que, sem embargo da sua reconhecida autoprejudicialidade, colocam também em perigo ou são susceptíveis de atentar contra direitos fundamentais de outras pessoas. Esta é, de facto, uma fronteira absolutamente crucial, assente sobre os pressupostos do incontornável *harm principle* – formulado por *Stuart Mill*, como limite à legitimidade do poder estadual na sua relação com o bem individual e com o bem comum[1059-1060].

[1056] HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 69-74, a propósito do internamento de doentes mentais, por contraposição ao internamento de "pessoas não inseridas na sociedade", para promover a sua recuperação (pp. 66-69).

[1057] Alargando também o campo de aplicação do nº 2 do artigo 43º para fora da garantia da liberdade de ensino, e vendo no preceito uma proibição geral de "dirigismo estadual" da educação e da cultura, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 626.

[1058] Sobre o consumo de "canabis", KRINGS, *Grund*, pp. 206-207.

[1059] Segundo refere o autor, no cap. IV de *On liberty*, "a única finalidade pela qual o poder pode, de pleno direito, ser exercido sobre um membro da comunidade política contra a sua vontade, é a de evitar que prejudique outros. O seu próprio bem, físico ou moral, não é justificação suficiente. Ninguém pode ser obrigado justificadamente a praticar ou a não praticar determinados actos, porque isso seria melhor para si próprio, porque o faria mais feliz, ou porque, na opinião dos demais, isso seria mais acertado ou até mais justo. (…) A única parte da conduta de cada pessoa pela qual esta é responsável perante a sociedade é aquela que se refere aos outros. Na parte em que apenas concerne a si

Princípio que, no quadro das concepções presentes que recusam em regra a absoluta soberania do indivíduo sobre si mesmo, quase todos concordam que divide a certeza da incerteza, o que é pacífico e o que é objecto de controvérsia[1061]. Aliás, sempre que em jogo está também a salvaguarda de direitos fundamentais de outrem, o triângulo jusfundamental fica de certa forma restabelecido – mesmo que não em termos rigorosamente simétricos – pela introdução de um lesado com autonomia relativamente ao agressor.

Se a conduta em causa representa uma elevação do perigo para direitos fundamentais alheios ou os agride de uma forma mais ou menos directa, o Estado fica constitucionalmente vinculado a intervir, protegendo essas mesmas posições jurídicas alheias, antes de mais por via legislativa, ainda que para tanto tenha de proteger colateralmente o titular do direito fundamental contra si mesmo – contra a sua própria vontade irredutível, se necessário –, e ainda que para tanto tenha que proibir e porventura sancionar tal conduta. A restrição dos direitos fundamentais em que, numa primeira aproximação, a conduta autoprejudicial poderia encontrar arraigo – sob o signo da autodeterminação pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade –, e ainda que não seja avisado arredar de antemão o parâmetro da proporcionalidade da análise da situação concreta –, apresenta-se em princípio como justificada constitucionalmente pelo imperativo de protecção dos direitos de terceiros. Se, ao invés, a conduta do titular do direito fundamental que é afectado – sobretudo se se tratar de uma conduta auto-referente, mas mesmo que seja uma conduta renunciante – não comportar uma elevação do risco para terceiros, nem interferir negativamente com os direitos destes, abre-se então um enorme campo para a incerteza e para a controvérsia, no qual se digladiam desde os mais estrénuos individualistas até aos mais radicais comunitaristas. Resta saber em que ponto intermédio se situa, nesse largo espectro, a Constituição e qual é a imagem do *homem socialmente situado* que nela se encontra plasmada. Por outras palavras, como se resolve em concreto a tensão em que o homem é constitucionalmente colocado, entre a *autodeterminação individual*, por um lado, e a sua *referenciação ou vinculação comunitária*, por outro[1062].

I – Desenganem-se, porém, os que pensam que o problema está apenas do lado de lá da fronteira – isto é, quando as condutas estão isentas de consequências negativas para os direitos de terceiros – e não no próprio delineamento da fronteira. Parece inegável que a realização de uma greve de fome afecta apenas direitos fundamentais do grevista e que a prática de um desporto individual muito arriscado não põe em causa senão a integridade física, a saúde ou eventualmente a vida do próprio desportista. Em

---

mesma, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano".

[1060] Sobre o *harm principle*, em face das tendências paternalistas, FEINBERG, *Harm*, pp. 21-23.

[1061] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 201 ss.. Entre os autores que se debruçaram especificamente sobre os deveres de protecção, adoptam esta distinção como um dos pontos de viragem: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 228-229; KRINGS, *Grund*, pp. 205-206; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 227; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 222-223; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 293-295.

[1062] Com base na jurisprudência germânica: ALEXY, *Teoria*, pp. 345-349; FICHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 82-83; HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 63; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 170-173.

sentido inverso, também não há dúvida de que quem se envolve numa corrida de *street-racing*, além de se colocar a si mesmo em risco, faz também perigar gravemente a integridade física e a vida das outras pessoas que circulam nas vias públicas. O mesmo vale, também, para as relações sexuais não protegidas ou para outras condutas em que exista a possibilidade de contagiar outras pessoas com certas doenças. No entanto, nem sempre a realidade se apresenta cristalina e de fácil leitura. Por um lado, é por vezes difícil determinar se certas condutas produzem efectivamente efeitos negativos sobre os direitos de outrem. Por outro lado, noutros casos, é problemático saber se a medida da afectação dos direitos de terceiros deve ser considerada relevante, nomeadamente sob o prisma da proporcionalidade. E, por outro lado ainda, não é fácil discernir se a coberto da ideia de protecção de direitos concretos de outras pessoas, numa perspectiva subjectiva, se não procede antes à protecção de direitos fundamentais nas suas dimensões institucionais e objectivas ou, mesmo, à salvaguarda de outros valores ou interesses constitucionalmente suportados.

Exemplos típicos da primeira dificuldade referida são as leis que estabelecem a obrigatoriedade da utilização de capacete de protecção pelos motociclistas e de cinto de segurança pelos automobilistas. Considerando que, em ambos os casos, está antes de mais em causa a integridade física e a vida de quem opta por não usar capacete ou não colocar o cinto de segurança, não serão as ditas leis profundamente paternalistas?[1063] Certo é que os esforços destinados a encontrar uma cobertura constitucional para tais leis percorreram diferentes caminhos argumentativos, muito ligados ao princípio do Estado Social e aos encargos no domínio da saúde e da segurança social que os acidentados representam para a comunidade. No entanto, o argumento que normalmente é considerado como decisivo assenta na ideia de que o motociclista ou o automobilista, através das suas condutas imprudentes, não afectam apenas direitos próprios, mas também direitos de outros e, em particular, das outras pessoas que circulam na estrada[1064]. Na verdade, em caso de acidente, um motociclista que use capacete ou um automobilista que viaje com o cinto de segurança colocado têm uma probabilidade muito superior de permanecer conscientes e em condições de socorrer ou de pedir socorro para outros sinistrados, cuja vida pode correr perigo eminente ou cujas lesões físicas careçam de intervenção imediata, sob pena de sequelas irreversíveis. Esta argumentação toma por base, portanto, o dever de auxiliar as pessoas que se encontrem em grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente ou calamidade, e que é comummente estabelecido pelas legislações penais e cujo incumprimento é mesmo sancionado como crime de omissão de auxílio (artigo 200º do Código Penal).

Não pode dizer-se, todavia, que o argumento seja irrepreensível. Ele convola sem mais o dever de auxílio (previsto na lei ordinária) num direito (fundamental) a ser auxiliado – alargando aos particulares o dever (estadual) de protecção da vida e da integridade física das pessoas – e ignora que aquele dever (e o

[1063] Sobre os diferentes tipos e graus de paternalismo jurídico, FEINBERG, *Harm*, pp. 3-26.

[1064] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 207; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 95 ss., esp. p. 103; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 74-79. Também no contexto da CEDH, em que a obrigatoriedade de uso de capacete é tida como protecção do indivíduo contra si mesmo, FRUMER, *La renonciation*, pp. 261-269.

correspondente direito) não subsistem quando, por motivo relevante, o auxílio não for exigível – designadamente quando o omitente não está em condições físicas ou psicológicas de o prestar ou de chamar por socorro[1065]. E olvida-se que, segundo a doutrina penalista, "o fundamento legitimador do dever geral de auxílio (…) é a solidariedade humana que deve vincular todo e qualquer membro da sociedade", o que, bem entendido, transporta o problema para fora do campo da protecção devida a direitos alheios e o situa no centro da discussão acerca da *referenciação ou vinculação comunitária* do indivíduo[1066].

Em todo o caso, é de admitir que a questão possa ser recolocada em sede de protecção de direitos de terceiros se se pensar um termos de responsabilidade, civil e penal, em caso de acidente, sobretudo quando a culpa deste último não pertence ao motociclista ou ao automobilista imprudentes, mas justamente ao terceiro cujos direitos são chamados a terreiro. Na verdade, a não utilização de capacete ou a não colocação do cinto de segurança são, em caso de acidente, condutas adequadas a agravar a responsabilidade das outras pessoas que circulam na estrada, que podem ser colocadas numa situação de ter de responder por homicídio (por negligência) ou por dano de morte – ainda que haja culpa do lesado, esta figura não existe *qua tale* no direito penal –, quando poderiam responder apenas pelo crime de ofensas corporais (negligentes) ou por dano corporal. Mesmo descontando o trauma psicológico que é seguramente matar uma pessoa – a merecer consideração em sede de integridade moral e de direito à saúde psicológica –, não é de todo líquido que, para a mesma conduta negligente de um condutor que deu causa a um acidente, a responsabilidade por homicídio com ponderação da circunstância da não utilização de capacete ou de cinto por parte da vítima, assim como a responsabilidade civil por dano de morte com culpa do lesado, equivalham à responsabilidade por ofensas corporais ou por dano corporal[1067].

II – Se nem sempre é fácil determinar quando certas condutas prejudiciais para o próprio agente ou omitente afectam igualmente direitos de terceiros, existem também outras situações – inegavelmente próximas das acabadas de tratar – em que o problema é sobretudo o de saber se a afectação de direitos de terceiros apresenta consistência suficiente, sobretudo à luz do princípio da proporcionalidade, para que se justifique sequer ponderar a evitação de determinadas condutas auto-referentes ou renunciantes, com a inerente restrição dos direitos fundamentais em que estas podem porventura encontrar arrimo. Em última análise, se o homem não é por definição um ser isolado, que condutas humanas são absolutamente isentas de consequências para terceiros? Bastará a dor moral, a irritação, o embaraço, a repulsa ou a excitação causados aos outros para que se possa pensar numa intervenção legislativa destinada a colocar sob controlo ou mesmo a interditar as condutas humanas autoprejudiciais que lhes estão na origem[1068]?

[1065] Questionando claramente este argumento, HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 98-99.
[1066] T. CARVALHO, *Anotação ao artigo 200º*, p. 846.
[1067] Especificamente sobre o problema na circulação rodoviária, MÜNCH, *Grundrechtsschutz*, pp. 115-121.
[1068] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 208.

Ora, tomando como ponto de partida direitos fundamentais como a integridade moral (nº 1 do artigo 25º), o livre desenvolvimento da personalidade (nº 1 do artigo 26º) ou mesmo o direito geral de personalidade (nº 1 do artigo 70º do Código Civil), parece razoável sustentar a existência de um *direito a ser deixado em paz*[1069]. Quer dizer, um direito a não ser confrontado contra a sua vontade – evidentemente na sua esfera privada, mas também na sua esfera pública – com condutas alheias que representem ataques claramente colidentes com as suas concepções valorativas e morais[1070]. As pessoas não têm apenas o direito a perfilhar essas concepções e a reger a sua vida pelos correspondentes ditames, mas também o direito a não serem forçadas a conviver ou a assistir a actos que representem um atentado contra essas mesmas concepções[1071]. Mais do que a preservação da mundividência do titular do direito que se sente afectado, relevante aqui é, sobretudo, o respeito pela vontade de quem rejeita enfaticamente ter contacto com certas realidades[1072] – as quais, diga-se em abono da verdade, quando se trata de condutas autolesivas violentas ou degradantes, podem mesmo ser causadoras de stresse emocional ou de outras perturbações psicológicas não negligenciáveis. Não são as próprias representações valorativas ou morais da pessoa que constituem o objecto do direito em apreço, mas sim o domínio da vontade própria. Daquela vontade livremente formulada por cada um de viver a sua vida segundo determinados padrões valorativos e morais, e de não ser ostensivamente perturbado por comportamentos de terceiros tidos por gravemente atentatórios desses padrões[1073]. Sempre que tais padrões marquem presença assídua na sociedade e sejam aí comummente aceites – não se tratando pois de uma idiossincrasia nem de uma hipersensibilidade do sujeito que se sente agredido ou molestado –, não pode pois considerar-se descabido o reconhecimento de um dever estadual de evitação daquelas condutas que atingem de forma gritante o referido direito a ser deixado em paz.

Este problema tem sido tradicionalmente versado a propósito da pornografia, conduzindo aí à distinção entre a pornografia evitável – no sentido de que só está acessível a quem a procura – e aquela que é não evitável – no sentido em que se impõe aos indivíduos, que são confrontados, no espaço público e mediático, com mensagens ou imagens não solicitadas de cariz pornográfico (*v.g.*, a publicidade gráfica a material pornográfico ou os anúncios televisivos a linhas eróticas)[1074]. Escusado será dizer que o

---

[1069] Nas palavras de L. Brandeis (*Olmstead v. United States*, 1928): *"The right to be let alone – the most comprehensive of the rights and the right most valued by civilized man"*. Desenvolvidamente, P.M. PINTO, O direito à reserva, pp. 479 ss..

[1070] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 230-231.

[1071] Não era essa, no entanto, a opinião de HUMBOLDT, *Os limites*, cap. X, p. 100, que se refere ao problema nos seguintes termos: "Sai fora das leis tudo o que se refere directamente às chamadas acções que provocam escândalo na religião e nos costumes. Quem diz coisas, ou realiza acções, que ofendam a consciência moral de outros pode agir de maneira imoral, embora não moleste ninguém, nem lese qualquer direito. Ao outro sempre resta a possibilidade de afastar-se dele; e, se as circunstâncias não lho permitirem, não lhe restará outro remédio que suportar com o inevitável fastídio de ter que tratar com pessoas de carácter diferente do seu. E não deve esquecer tampouco que pode acontecer que também àquele prejudique determinadas peculiaridades do seu carácter".

[1072] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 231.

[1073] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 232.

[1074] Sobre o problema do erotismo e da pornografia, embora na perspectiva da liberdade de expressão, J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 851-856; na perspectiva agora adoptada, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 88 ss., e pp. 91 ss..

problema assume especial agudeza quando está em causa o acesso de crianças e jovens a tais mensagens e imagens[1075] – embora curiosamente, nesse caso, se esbata a relevância da distinção entre pornografia evitável e não evitável[1076]. Mas o problema não se resume à pornografia ou à obscenidade em geral, colocando-se também relativamente a outras condutas em que um indivíduo atente directamente contra os seus direitos, degradando-se na sua dignidade em termos exibicionistas, ou a eles renuncie de forma ostensiva e em moldes que sejam claramente agressivos dos sentimentos ou das crenças das pessoas que com ele se relacionam ou que ocasionalmente o circundam (*v.g.*, emulação pelo fogo, automutilação em público, participação em *reality shows*)[1077].

Raciocina-se, obviamente, no fio da navalha, com a perfeita consciência de que o direito a ser deixado em paz pode ser usado como um atalho para introduzir, sob a capa da protecção de direitos alheios, restrições gravosas aos direitos fundamentais daqueles que os pretendem exercer contra si mesmos e para promover, por vias travessas, a supremacia de determinadas visões da vida e do mundo normalmente resguardadas sob os conceitos de *bons costumes* ou de *moral pública*, padronizando comportamentos numa sociedade que se apresenta cada vez mais fragmentada do ponto de vista axiológico[1078]. No entanto, porque *abusus non tollit usum*, parece seguro que o direito a ser deixado em paz, tal como foi escorado em termos constitucionais, obriga a ponderar de forma diferente as condutas autoprejudiciais ou renunciantes que se projectam exclusivamente na esfera interna pessoal de quem as pratica e aquelas outras que se projectam externamente, na esfera pessoal de terceiros, em especial quando praticadas com publicidade[1079]. Ainda que no pressuposto de que o Estado não *tem de* limitar ou proibir todas as condutas que representam uma agressão contra o seu próprio autor que lhe *seria lícito* limitar ou proibir, a questão essencial fica portanto de pé. Em que medida é que este direito dos terceiros a serem deixados em sossego tem peso constitucional suficiente para justificar medidas legislativas – assim como executivas de natureza policial e jurisdicionais de contenção – contra o titular de direitos fundamentais que age contra si mesmo? É uma questão à qual apenas com a ajuda do princípio da proporcionalidade se pode dar resposta, mas que é bem reveladora da fragilidade da ideia simplista segundo a qual, verificando-se qualquer violação de direitos de outrem, está justificada igualmente a protecção contra o próprio titular

[1075] Quanto à protecção constitucional da infância e da juventude: R. MEDEIROS, *Anotação aos artigos 69º e 70º*, pp. 1381 ss.; J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 829-836; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 272-273; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 122-125.

[1076] O Código da Publicidade (Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, com diversas alterações, especialmente as introduzidas pelo Decreto-Lei nº 275/98, de 9 de Setembro) e a Lei da Televisão (Lei nº 27/2007, de 30 de Junho) restringem, quando dirigida a crianças ou adolescentes, a publicidade com recurso a cenas pornográficas ou a material pornográfico. Mas não existem limitações de carácter genérico à publicidade de conteúdo pornográfico ou a material com idêntico conteúdo. Curiosamente, a publicidade ao tabaco, a bebidas alcoólicas, aos jogos de fortuna e azar é em regra proibida, e até a publicidade aos automóveis está limitada quanto aos conteúdos.

[1077] O facto de o Código Penal punir apenas os actos exibicionistas de cariz sexual – o artigo 171º encontra-se entre os crimes conta a liberdade sexual – não permite excluir liminarmente a legitimidade da evitação de outras formas de exibicionismo.

[1078] J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 853-855.

[1079] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 235 e p. 253.

do direito e a inerente limitação ou proibição das condutas autoprejudiciais ou de renúncia a direitos fundamentais.

III – Por último, adivinha-se já quão difícil será, no momento de gizar do regime legal aplicável às condutas de autocolocação em perigo, à autolesão e às diversas manifestações de renúncia, discernir o que ainda é protecção contra o titular do direito justificada pela salvaguarda dos direitos de outrem, na sua dimensão subjectiva, e aquilo que já só pode buscar justificação na necessidade de preservar valores ou interesses constitucionais objectivos – no fundo, o interesse público tal como ele encontra projecção na Constituição. Dificuldades que são naturalmente agravadas pelo facto de, entre o tópico *direitos de terceiros* e o tópico *interesses constitucionais*, existir ainda espaço para a tutela de direitos fundamentais de outrem numa perspectiva já não subjectiva, mas sim numa perspectiva que atende tão-somente às respectivas dimensões objectivas, institucionais e valorativas.

Nem se alvitre que, de acordo com o texto constitucional português, o problema não tem razão de ser, uma vez que o nº 2 do artigo 18º permite indistintamente a restrição legal de direitos, liberdades e garantias tanto para a salvaguarda de "outros direitos" como em benefício de "interesses constitucionalmente protegidos". E não é assim, de facto, porquanto essa permissão não tem um alcance indistinto, sendo relevante para efeitos de proporcionalidade quando se restringe para um efeito e para outro. Além do mais, o problema que está agora em discussão não é tanto o de saber se ao Estado *é permitido* restringir – que é o problema tradicionalmente versado a respeito dos nºs 2 e 3 do artigo 18º –, mas antes o de saber se o Estado *está vinculado* a proteger – e a restringir como efeito colateral. A figura em apreço denomina-se *deveres de protecção de direitos fundamentais*, sendo a posição destes últimos, no contexto presente, ocupada pelos direitos alheios afectados por condutas auto-referentes e renunciantes e, só reflexamente, os direitos encabeçados pelo próprio agente ou omitente. Ora, a *vexata quaestio* reside precisamente em saber se, na ausência de afectação relevante de direitos de outras pessoas – no sentido subjectivo que marca esta expressão[1080] –, o legislador pode estar vinculado constitucionalmente a proteger alguém contra si próprio tão apenas para salvaguardar interesses objectivos com assento constitucional, mas sem uma ligação próxima a posições jusfundamentais exteriores.

Por essa razão, quando por vezes se afirma a existência de um dever de protecção contra o próprio titular do direito fundamental, em nome dos direitos de outras pessoas que também são afectadas pela conduta daquele, não pode ignorar-se que estes últimos se apresentam por norma entrelaçados com determinadas dimensões jusfundamentais igualmente objectivas e que, amiúde, se encontram mesmo paredes-meias com certos interesses constitucionais objectivos, num sincretismo difícil de desfazer. Nem por isso se afigura acertado renunciar pura e simplesmente à distinção. Pelo contrário, mesmo em situações em que a destrinça pode parecer inviável – por se confrontar, por exemplo, o direito à saúde e o

[1080] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 201.

valor constitucional da preservação da saúde pública –, exige-se do jurista um esforço suplementar. Com efeito, é possível identificar hipóteses em que certas condutas autoprejudiciais redundam em problemas de saúde pública com alguma gravidade sem que, contudo, se reflictam igualmente no direito à saúde de terceiros. Basta pensar em fenómenos como a automedicação, a colocação de *piercings* ou a alimentação com recurso sistemático a *fast-food*, para perceber que, ao contrário do que sucede noutros casos (*v.g.*, na propagação de doenças contagiosas), as condutas correspondentes têm consequências negativas na saúde dos próprios, originando um problema de saúde pública pela frequência com que ocorrem, mas são desprovidas de consequências sobre o direito à saúde de terceiras pessoas.

Em suma, sobretudo porque uma coisa é a *legitimidade* de uma intervenção legislativa de protecção do titular de um direito fundamental contra as suas próprias condutas, outra é a *imperatividade* constitucional dessa intervenção, é importante assentar na ideia de que apenas a afectação dos direitos fundamentais alheios, na sua dimensão subjectiva, constitui *a priori* alicerce suficientemente seguro para deduzir verdadeiros deveres de protecção. Não os interesses públicos ou os valores objectivos com assento na Constituição. Aí reina no mínimo a incerteza, que aliás começa logo nos casos em que os direitos de outrem se apresentam tão-só nas suas dimensões objectivas, institucionais ou valorativas, porque têm de se confrontar numa posição de relativa fraqueza com os direitos constitucionais daquele que age ou omite contra si próprio, que surge estribado em posições fundamentais subjectivadas na sua esfera jurídica. E, recorde-se, as dimensões jusfundamentais objectivas estão acima de tudo ao serviço das correspondentes dimensões subjectivas – uma vez que são estas que melhor correspondem à matriz primeira dos direitos fundamentais –, criando as condições para a sua efectividade e promovendo a sua irradiação para a realidade constitucional. Não devem, portanto, ser usadas como pretexto fácil para coarctar posições subjectivas fundamentais, quer quando estas últimas são cotejadas com sentidos objectivos de direitos alheios (ou de ninguém em especial) – como é o caso –, quer quando são confrontadas com vertentes objectivas de direitos próprios (numa autêntica rebelião do direito contra si mesmo ou contra o seu titular)[1081].

7.4.4. Protecção em face e contra o titular do direito

Adoptando agora, especificamente, uma perspectiva de análise orientada para a conformação da protecção estadual de direitos fundamentais do agente ou omitente, e aproveitando os dados anteriormente recolhidos, importa vincar bem a distinção essencial que existe entre protecção em face do próprio titular do direito (*Schutz vor sich selbst*) e protecção contra a vontade do próprio titular do direito (*Schutz gegen sich selbst*)[1082]. Como é evidente, esta dicotomia pressupõe a distinção anterior entre condutas

[1081] Sobre o importante problema da relação (de complementaridade / supremacia) entre as dimensões subjectiva e objectiva dos direitos fundamentais, no contexto em estudo, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 160-161.

[1082] Sem prejuízo das oscilações terminológicas e semânticas ao longo dos respectivos textos, referem-se literalmente a "Schutz (…) vor sich selbst" as obras de: SCHWABE, *Der Schutz*, *passim*; HILLGRUBER, *Der Schutz*, *passim*; e

autoprejudiciais e renunciantes de quem tem capacidade para formar a sua vontade de uma forma livre e esclarecida e condutas de idêntica natureza adoptadas por quem não dispõe inteiramente dessa mesma capacidade. Mas em rigor não lhe é inteiramente sobreponível, na medida em que tanto é possível encontrar vontades não formadas correctamente que recusam de modo categórico a protecção estadual – ainda que, como é óbvio, não constituam um obstáculo de difícil transposição (*v.g.*, o internamento compulsivo de doentes mentais)[1083] –, como existem também vontades que, não obstante serem livres e esclarecidas relativamente à conduta adoptada ou projectada pelo titular do direito, se conformam com o desencadear pelo Estado de medidas de protecção dos bens jusfundamentais em causa. No fundo, a contraposição presentemente em exame é entre *protecção forçada* e *protecção não forçada*, na relação com o titular do direito fundamental que o Estado faz intenção de salvaguardar através de actuações positivas[1084] – quer porque simplesmente o pode fazer, quer porque considera ser seu dever constitucional fazê-lo.

I – Esta distinção apresenta-se, pois, imbuída de alguma radicalidade, na medida em que admite, do lado da dita protecção forçada, uma inquietante inversão do sentido dos direitos fundamentais, sugerindo a possibilidade da sua transformação em verdadeiros deveres, lançados sobre os respectivos titulares e que os vinculariam à preservação dos correspondentes bens jurídicos. Não se trata aqui de repisar o argumento, classicamente utilizado contra os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, segundo o qual a figura dogmática em apreço incorria no sério risco de convolar aqueles direitos no seu contrário e, mais precisamente, em gravames para os direitos dos outros – no caso original, o direito à vida converter-se-ia num imperativo de punição de quem atentasse contra a vida de outrem[1085]. Em causa está sim a possibilidade de uma viragem dos direitos fundamentais contra os seus próprios titulares, metamorfoseando-os em deveres (ou em direitos-deveres) dos mesmos à revelia de uma norma constitucional expressa (como, por exemplo, o nº 1 do artigo 64º), quando seria de esperar ver a ideia dos deveres de protecção utilizada para reforçar a densidade jurídica e a efectividade do núcleo dos correspondentes direitos[1086]. Além do mais, do que agora se cuida é ainda de encarar a possibilidade de uma inversão do sentido natural da teoria dos deveres estaduais de protecção, uma vez que é suposto as medidas protectoras do Estado serem desejadas ou ao menos bem recebidas por quem delas beneficia[1087].

SINGER, *Vertragsfreiheit*, *passim*. Em compensação, referem-se a "Schutz (…) gegen sich selbst" ou a "aufgedrängter (…) Schutz": LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, *passim*; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, *passim*; e MÜNCH, *Grundrechtsschutz*, *passim.*

[1083] Sobre este problema, V. ANDRADE, *O internamento*, *passim*.

[1084] Salientando, precisamente, este carácter forçado que as medidas de protecção estadual podem assumir, FISCHER, *Die Zulässikkeit*, esp. pp. 106 ss..

[1085] Neste sentido, algumas das opiniões dissidentes da jurisprudência germânica sobre a interrupção da gravidez: BVerfGE, 39.1; BVerfGE, 88, 203.

[1086] HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 82; LITTWIN, *Grundrchtsschutz*, pp. 160-161.

[1087] ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 220-222; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 228-229.

Note-se, por outro lado, que o facto de se falar de protecção *em face do* próprio titular do direito e *contra a vontade do* próprio titular do direito não significa que as medidas estaduais – começando pelas de natureza legislativa – se dirijam exclusiva ou principalmente às pessoas que encabeçam os direitos fundamentais em apreço. Quer dizer tão-somente que se trata de protecção relativamente a condutas de autocolocação em perigo, autolesivas ou renunciantes que têm por autores os próprios titulares dos direitos fundamentais cuja integridade se pretende salvaguardar. Sucede que as pessoas que detêm a titularidade dos direitos fundamentais e que agem de forma a pô-los em cheque estão, em muitos casos, rodeadas por terceiros, que encarnam papéis muito diversos, que vão da simples assistência passiva até à intervenção lesiva, passando pelo encorajamento e pelo auxílio activo, da mera recepção de uma declaração até à obtenção de um benefício particular[1088]. Ora, assim sendo, será razoável esperar que as estratégias de protecção desenvolvidas pelo Estado envolvam esses terceiros: obrigando-os a absterem-se de qualquer tipo de cooperação com os autores de condutas autoprejudiciais; forçando-os a participar de forma mais ou menos activa na concretização das acções públicas de protecção jusfundamental; inviabilizando juridicamente a possibilidade de tirar partido da conduta do titular do direito fundamental em jogo[1089]. Pense-se, designadamente: em soluções como a punição da ajuda (e do incitamento) ao suicídio (artigo 135º do Código Penal); na prescrição de um dever geral de auxílio (artigo 200º do Código Penal); nas inúmeras obrigações de informação que no domínio da protecção dos consumidores impendem sobre produtores, distribuidores e publicitários relativas aos perigos decorrentes da ingestão de certas substâncias e da utilização de determinados equipamentos; nas regras legais sobre validade ou eficácia dos actos de disposição de bens jusfundamentais e das vinculações jurídicas de natureza renunciativa (artigos 38º e 39º do Código Penal e artigos 69º, 81º e 340º do Código Civil)[1090].

Por conseguinte, tanto a protecção *em face do* titular do direito como a protecção *contra a vontade do* titular do direito podem ser – e são-no com alguma frequência – efectivadas com recurso a medidas que têm por destinatários terceiros e que, consequentemente, afectam os seus direitos de uma forma não negligenciável. Neste sentido, as duas variantes referidas de protecção do titular do próprio direito não deixam de ser igualmente formas de protecção de direitos fundamentais *contra terceiros* e *contra a vontade e os direitos de terceiros*, ainda que estes pouca ou nenhuma corresponsabilidade

[1088] Daí as distinções, por um lado, entre os "single-party cases" (condutas auto-referentes) e os "two-party cases" e, por outro lado, entre "action of self" e "action of onother": FEINBERG, *Harm*, pp. 99-101, e pp. 143 ss..

[1089] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 26-29. No tocante aos pressupostos formais da validade e eficácia das condutas renunciativas, bem como dos respectivos limites materiais: SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 23-27, e pp. 91 ss.; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp. 912-916, e pp. 922-925.

[1090] Sobre os preceitos citados, respectivamente: P.G. MARQUES, *Anotação ao artigo 25º*, pp. 557-559; C. ANDRADE, *Anotação ao artigo 135º*, in *Comentário*, I, pp. 75 ss.; T. CARVALHO, *Anotação ao artigo 200º*, in *Comentário*, I, pp. 846 ss.; F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 470 ss.; P. LIMA / A. VARELA, *Código Civil*, I, pp. 103,110 e 304; M. CORDEIRO, *Tratado*, I-III, pp. 115-117; O. ASCENSÃO, *Direito Civil*, pp. 93-95; L.C. FERNANDES, *Teoria*, I, pp. 231-238; R.C. SOUSA, *O direito geral*, pp. 404-412; A. COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 527-529.

tenham na conduta autoprejudicial ou renunciante, e ainda que pouco ou nenhum proveito retirem dela[1091].

II – É importante ter em atenção que as discussões em torno do poder individual de disposição de posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais, quando daí resulte alargamento do espaço de actuação de outros sujeitos a quem o titular do direito se encontra ligado, tanto podem respeitar a relações estabelecidas com outros particulares, colocados num posicionamento factual supra ou equiordenado, como referir-se a relações com a pessoa do Estado[1092]. Olhando a alguns exemplos: o problema da renúncia (individual ou colectiva) ao direito à greve tanto se pode colocar relativamente a trabalhadores ao serviço de empresas privadas como em relação a servidores públicos (funcionários e agentes administrativos)[1093]; a questão da admissibilidade do consentimento prestado por um cidadão quanto à entrada no seu domicílio (nº 2 do artigo 34º), quanto à entrada no seu domicílio durante a noite (nº 3 do artigo 34º) ou quanto à ingerência na sua correspondência e nos demais meios de comunicação (nº 4 do artigo 34º), tanto pode pôr-se quando a permissão é dirigida às entidades públicas (*maxime*, autoridades policiais e de investigação) como quando se destina a ser usada por outros particulares (*v.g.*, vizinhos, empresas de segurança, entidades empregadoras)[1094].

Porém – pensando nas típicas condutas renunciantes, que são as que fundamentalmente estão agora em causa –, só aparentemente as questões jurídicas suscitadas pelas duas situações acabadas de apontar podem ser tratadas em conjunto, a pretexto de que "as conclusões (…) quanto à admissibilidade e limites da renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações Estado/cidadão são, na sua quase totalidade, ou seja, excluindo a problemática da reserva de lei, essencialmente aplicáveis, com as devidas adaptações, às relações jurídicas privadas"[1095]. Na gramática dos direitos fundamentais, as duas questões têm natureza muito diferente: ao passo que uma pertence ao capítulo da vinculação das entidades públicas, a outra integra o controvertido capítulo sobre a vinculação das entidades privadas; enquanto numa o indivíduo prescinde de um direito de defesa, inserido numa relação vertical em que o Estado detém um estatuto jurídico privilegiado, na outra esse mesmo indivíduo abdica de uma posição jusfundamental num quadro essencialmente marcado pela autonomia privada, em que as posições de supremacia existentes são acidentais e de índole factual, e no qual o Estado surge apenas imbuído de uma

---

[1091] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 220.

[1092] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 271. Também apenas sob a perspectiva das relações cidadão/Estado, e localizando a origem do problema na discussão acerca das relações especiais de poder: G. CANOTILHO; *Direito Constitucional*, pp. 463-464; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, esp. p. 31; PIETZCKER, *Die Rechtsfigur*, pp. 530 ss., esp. p. 531; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 40 ss..

[1093] O nº 3 do artigo 591º do Código do Trabalho estipula que o direito à greve é irrenunciável. A ausência de um preceito idêntico aplicável aos servidores públicos pode bem significar que a questão da renunciabilidade da greve, pela sua própria natureza, seria sempre descabida nas relações com o Estado empregador – ou seja, o Estado nunca poderia propor aos seus servidores que prescindissem do seu direito de recorrer à greve.

[1094] Apresentando exemplos baseados no artigo 34º, J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 268-269.

[1095] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 266.

missão supervisora e de garantia da eficácia irradiante dos direitos fundamentais[1096]. A necessidade da diferenciação ilustra-se com uma pergunta muito simples: será que a renúncia contratual à reserva da intimidade efectuada pelos participantes num programa televisivo do tipo *reality schow* deve ser, à luz do regime geral dos direitos fundamentais, valorada nos mesmos termos independentemente de o outro contraente ser um canal privado ou um canal público de televisão?

Aliás, a velha máxima de Ulpiano segundo a qual *volenti non fit injuria*, que preside a parte substancial das argumentações justificativas da admissibilidade das condutas renunciativas (e até de certas condutas autoprejudiciais que podem aproveitar a terceiros), encontra o seu campo de aplicação original nas relações horizontais que se estabelecem entre os indivíduos, independentemente de serem regidas pelo direito civil (em especial no âmbito da responsabilidade civil) ou pelo direito penal (onde assume a qualidade de causa de justificação)[1097]. Por isso, é no mínimo imprudente – se não mesmo abusivo – trazê-la nos mesmos termos para dentro das relações jusfundamentais verticais que se estabelecem entre os cidadãos e o Estado[1098]. Aí incumbe ao Estado, numa perspectiva negativa, abster-se de agredir as esferas jurídicas das pessoas constituídas pelas normas de direitos fundamentais. E, numa perspectiva positiva, cabe-lhe promover a efectividade dos mesmos direitos fundamentais na realidade constitucional, orientando a ordem jurídica nesse sentido, através da conformação e manuseamento das respectivas dimensões institucionais, organizatórias, prestacionais ou de protecção.

De nenhuma das dimensões conhecidas dos direitos fundamentais – subjectivas ou objectivas, negativas ou positivas, institucionais ou valorativas – deriva uma incumbência estadual: de promover junto dos cidadãos compromissos para o não exercício de direitos fundamentais; de negociar com eles actos abdicativos que tenham por objecto direitos fundamentais; de receber e aceitar declarações de renúncia; ou de tirar proveito, por alguma forma, de condutas de titulares de direitos fundamentais que representem uma menorização desnecessária dos mesmos. Lapidarmente, as instituições públicas "não promovem empreendimentos que prescindam das liberdades básicas ou as limitem"[1099]. De facto, o Estado não precisa de maiores margens de actuação do que aquelas que resultam já dos espaços intersticiais deixados pelas malhas tecidas pelos diferentes direitos fundamentais dos seus cidadãos. Num verdadeiro Estado de direitos fundamentais, mesmo que se cumpram os ditames do princípio da reserva de lei, procurar alargar essas margens e esses espaços com invocação do aforismo *volenti non fit injuria* é

[1096] Chamando a atenção para a importância da distinção, em que autonomiza as relações de poder entre privados, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 311-312; sustentando qua a "negociabilidade limitada" que a lei civil permite relativamente aos direitos de personalidade "não fará sentido nas relações entre o Estado e os cidadãos", J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 429.

[1097] Sobre esta máxima nos diferentes contextos jurídicos: SACHS, *Volenti*, pp. 398 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 463-467; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 55; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 24; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, p. 893; B. PROENÇA, *A conduta*, esp. pp. 611 ss.; A. COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 527-529; C. ANDRADE, *Consentimento*, *passim*; F. DIAS, *Direito Penal*, I, pp. 470 ss..

[1098] AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 78 ss., referindo-se à recusa intransigente de FORSTHOFF em aceitar a aplicação da máxima *volenti non fit inuiria* nas relações entre o Estado e os cidadãos.

[1099] RAWLS, *Liberalismo*, p. 342.

seguramente algo contra a corrente e que não poderá deixar de ser escrutinado e censurado com recurso a uma bitola muitíssimo apertada[1100].

Em todo o caso, feita a distinção entre protecção do titular de um direito fundamental contra condutas próprias *na relação consigo mesmo, na relação com outros particulares* e *na relação com o Estado*, uma coisa é segura: só as medidas de salvaguarda de bens jusfundamentais em face de si mesmo e em face de outros indivíduos, colocados juridicamente no mesmo plano formal do titular do direito, dizem respeito à teoria dos deveres de protecção de direitos fundamentais. Na relação exclusiva entre o autor da conduta renunciante e o Estado, o problema é de direitos de defesa, ainda que se possa discutir se o consentimento ou a declaração de renúncia afasta a possibilidade dogmática de apelar à figura das *restrições* – onde há anuência não há restrição! – ou se contribui apenas para a justificar as restrições efectuadas à luz dos respectivos parâmetros constitucionais (nºs. 2 e 3 do artigo 18º)[1101].

III – No presente contexto – ou seja, na análise do perigo e dos seus autores como um dos elementos estruturantes da relação jusfundamental –, e considerando as chaves de análise proporcionadas pelas distinções acabadas de efectuar, pode afirmar-se que o facto de certos perigos, que impendem sobre bens jurídicos tutelados por normas de direitos fundamentais, serem ocasionados por condutas auto-referentes ou renunciativas daqueles que estão investidos na titularidade dos correspondentes direitos não é inconciliável com a teoria dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Ao contrário, são marginais as vozes que ainda procuram resolver o problema das ameaças a bens jurídicos basilares causadas pelos respectivos titulares apenas à luz da clássica dimensão de defesa dos direitos fundamentais[1102]. Nem mesmo a ausência, numa parte sensível das situações em causa, de uma verdadeira relação jusfundamental triangular – dada a sobreposição na mesma pessoa das qualidades de agressor e de agredido – tem constituído um óbice incontornável ao concreto reconhecimento de deveres estaduais de protecção. Compreende-se que assim seja, porquanto a raiz desta figura desenvolvida pela doutrina constitucional não está tanto na competência do Estado para actuar relativamente ao agressor, mas sobretudo na posição dos afectados e no respeito devido à integridade dos seus bens jusfundamentais. A competência do Estado emerge apenas como uma consequência dos direitos dos lesados[1103]. Sendo assim, afigura-se incontornável que a teoria dos deveres do Estado de protecção jusfundamental há-de compreender um capítulo ou subcapítulo genericamente intitulado "protecção de direitos fundamentais contra o seu próprio titular".

[1100] Sobre o sentido da designação "Estado de direitos fundamentais": R. MEDEIROS, *O Estado*, pp. 24 ss.; J.P. SILVA, *Cidadania*, pp. 185 ss..

[1101] J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 288-289; ISENSEE, *(§ 111) Das Grundrecht*, pp. 203-204; HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 246-247.

[1102] HOLOUBECK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 246-247; ISENSEE, *(§ 111) Das Grundrecht*, p. 204.

[1103] KRINGS, *Grund*, p. 208.

Pelas razões e com as condicionantes já expostas acima, a conclusão alcançada é antes de mais verdadeira quando o titular do direito não é em concreto capaz de formar correctamente a sua vontade, por estar sujeito a constrangimentos que cerceiam a sua liberdade decisória ou por não ter a disponibilidade dos recursos psicológicos, intelectuais ou informativos necessários a uma decisão esclarecida. O facto de a relação de direitos fundamentais não apresentar aqui três pólos rigorosamente autónomos, dada a sobreposição fáctica na mesma pessoa das qualidades de agressor e de agredido, não pode de modo algum ser decisivo do ponto de vista jurídico, dado que as condutas humanas em questão, não se baseando numa vontade livre e esclarecida, podem e devem ser vistas como simples factos, a valorar do mesmo modo que outras agressões vindas do meio exterior – quase se diria que um pouco à semelhança do que se passa com os perigos da natureza. Nos referidos casos, aliás, verifica-se uma tendência para uma acentuação da dedutibilidade concreta dos deveres de protecção, atendendo à situação de fragilidade em que se encontram os sujeitos que encabeçam os bens jusfundamentais afectados. Da mesma forma, com as dificuldades acima expendidas, a conclusão atingida é igualmente verdadeira quando a conduta do titular do direito fundamental, além de ser geradora de perigos para o próprio, o é também relativamente a bens jusfundamentais de terceiros. É certo que, neste caso, os eventuais deveres de protecção se fundam constitucionalmente na necessidade de salvaguardar posições jurídicas pertencentes a terceiros e alicerçadas em normas de direitos fundamentais, mas nem por isso deixa de ocorrer um fenómeno de protecção contra o titular do direito ameaçado e, se necessário for, contra a sua própria vontade livre e esclarecida. Ou seja, o facto de os direitos de terceiros forçarem a mão do Estado no sentido de adoptar medidas de protecção não invalida que essas medidas actuem, antes de mais, contra o autor da conduta e em benefício da integridade dos seus bens jurídicos.

Afora estes dois casos típicos – isto é, além das situações em que falece ao titular do direito a capacidade para formar correctamente a sua vontade e das situações em que também são afectadas posições jusfundamentais de terceiros[1104] –, tendencialmente, a questão já não será de *dever* de proteger os direitos fundamentais que estiverem sob ameaça, mas será antes de *autorização* para os proteger e de liberdade de apreciação e conformação do legislador democrático[1105]. Aliás, excepção feita aos dois casos em apreço, não é dogmaticamente possível falar de deveres de protecção sem se arriscar o epíteto de paternalismo jurídico[1106] – que implica a transferência para as mão da comunidade política margens significativas de autonomia e de liberdade individuais[1107] – e sem se encetar, ao mesmo tempo, o caminho resvaladiço da busca dos fundamentos que podem justificar medidas com essa natureza – *v.g.*, dignidade

[1104] Assentando as suas construções sobre este par de situações: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 220 ss., e pp. 226 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 220-223; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 228-231 SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 293-300.

[1105] Especificamente sobre a relação recíprocas entre as categorias dogmáticas da protecção contra si próprio e dos deveres de protecção: FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 197-200, e p. 229; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp 181-189; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 141-149. Mais amplamente, sobre a relação entre protecção contra si próprio e multifuncionalidade dos direitos fundamentais, SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 191 ss.

[1106] Mais uma vez, sobre as diferentes feições do paternalismo jurídico, FEINBERG, *Harm*, pp. 3 ss..

[1107] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 229.

da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ordem constitucional de valores, princípio do Estado Social[1108].

Seja como for, na estrutura das relações jurídicas jusfundamentais, apenas respeita ao fenómeno do perigo a análise da protecção em face do próprio titular do direito quando este não disponha das condições para formar adequadamente a sua vontade e, ao menos em parte, quando este também afecte com o seu comportamento direitos de outrem. A protecção forçada contra a vontade livre e esclarecida do próprio titular do direito, sempre que a conduta deste seja desprovida de consequências relevantes para terceiros, respeita em rigor ao ponto seguinte da relação jusfundamental e, por consequência, também ao ponto seguinte da presente investigação. Refere-se à análise do sujeito que é afectado pelo perigo e dos respectivos bens protegidos por normas de direitos fundamentais e, mais precisamente, à relevância da vontade do lesado no *iter* dedutivo de deveres de protecção e à natureza disponível ou indisponível dos bens jurídicos por ele titulados e por ele colocados em perigo[1109].

[1108] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 307-308; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 464-465; STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp. 922-925.
[1109] Infra, §3º, ponto 9.3.

§3º. O LESADO: SEGUNDO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

8. Objecto do dever de protecção: bens jusfundamentais

Em algumas análises da estrutura das relações jusfundamentais triangulares, porventura até nas mais frequentes, o *titular do direito fundamental* ameaçado ocupa formalmente a primeira posição[1110]. Afinal, é a ele que o Estado deve protecção. Assim como é ele que, eventualmente, pode ser credor junto do Estado de acções positivas de protecção, traduzidas em prestações jurídicas e fácticas. Noutras análises, porém, tal como aqui, os mesmos problemas são versados em segundo lugar, depois das questões relativas à detecção e avaliação dos diferentes perigos e riscos, que no fundo estão na origem da própria figura dos deveres estaduais de protecção[1111].

De toda a maneira, independentemente dos méritos das diferentes sistematizações adoptadas, o que sobretudo interessa notar é o facto de, nuns casos, o esforço dogmático se orientar na direcção do *sujeito jusfundamental*, procurando determinar quem são os titulares dos direitos a proteger, ao passo que, noutros casos, o empenho da doutrina é colocado sobretudo na identificação dos *direitos fundamentais* que podem e devem ser protegidos pela acção estadual. Ora, entre estas duas perspectivas, há-de subscrever-se claramente a segunda[1112]. Assim é, por uma banda, porque na Constituição portuguesa as disposições que decidem sobre a titularidade dos direitos fundamentais – mormente o princípio da universalidade do artigo 12º, o princípio da pessoalidade limitada do artigo 14º e o princípio da

---

[1110] UNRUH, Zur Dogmatik, p. 75; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 99-100; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp.62-63; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 206 ss.; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 93-96.

[1111] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 75 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 77 ss., e pp. 137 ss..

[1112] Nesta linha se filiam duas das análises mais consistentes da estrutura da relação jusfundamental de protecção: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 75 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 172 ss.; num registo diferente, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 169-170, e pp. 335 ss..

equiparação do artigo 15º – são bastante claras e não apresentam na matéria dos deveres estaduais de protecção especificidades dignas de registo. Só pode beneficiar de protecção do Estado quem é titular do direito, não pode beneficiar quem não é. Assim sucede também, por outra banda, porque normalmente são as características dos direitos fundamentais que determinam decisivamente a dedução dos deveres de protecção – em combinação com as ameaças que circunstancialmente sobre eles impendem –, e não tanto a natureza, o estatuto ou os particularismos do sujeito jusfundamental.

O dever do Estado de protecção da vida humana existe sobretudo pela força do direito fundamental que está em causa, e não tanto porque o respectivo titular é um nascituro ou uma pessoa já nascida, um português ou um estrangeiro, um recluso ou um cidadão livre, uma pessoa singular ou até uma pessoa colectiva. Embora a situação particular em que se encontra o titular de um certo direito fundamental possa por vezes influenciar a intensidade, a premência ou os modos de concretização do correspondente dever estadual de protecção – *v.g.*, a situação de fragilidade (física, familiar ou económica) das mulheres vítimas de violência doméstica[1113] –, por regra, esse dever de protecção – no exemplo, reportado à integridade física e moral, quando não à própria vida – é anterior às circunstâncias especiais em que se encontra o seu sujeito jusfundamental concreto e, além disso, é subjectivamente bem mais amplo do que o círculo de pessoas delimitado por aquelas circunstâncias. Por conseguinte, uma vez determinados os direitos fundamentais que, quando sob ameaça, reclamam a protecção do Estado, estarão também determinados por acréscimo os titulares que poderão beneficiar dessa protecção – ainda que a morfologia dos instrumentos desta possa sofrer algumas modulações em razão das circunstâncias em que aqueles se encontram.

I – Pese embora o que acaba de ser dito, uma aproximação mais exigente à figura em análise permite verificar que nas relações jurídicas de direitos fundamentais a protecção devida pelo Estado não tem propriamente por objecto o direito fundamental que se encontra sob ameaça – nem tão-pouco certa pessoa na medida em que é titular concreta desse direito. A segunda posição na relação triangular é em rigor assumida por aqueles *bens jusfundamentais* que se encontram efectiva ou potencialmente ameaçados na sua integridade ou no seu desenvolvimento e que, por isso, carecem de uma intervenção estadual em seu auxílio. E isto independentemente de os correspondentes direitos fundamentais garantirem bens de base naturalística – como a vida – ou bens juridicamente constituídos – como a propriedade[1114-1115].

[1113] Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro (lei da violência doméstica).

[1114] KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss., e pp. 182 ss.. Também sobre esta distinção (embora por vezes a propósito da dimensão de defesa): CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 75 ss.; CORNILS, *Die Ausgestaltung*, pp. 538 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 92 ss.. Na doutrina portuguesa, J. NOVAIS, *Restrições*, pp. 164-167, esp. notas 280 e 281.

[1115] Procurando arrumar os bens jusfundamentais em categorias (bens da vida, esfera privada, relações sociais estreitas, possibilidades de acção humana, direitos, e igualdade), IPSEN, *Staatsrecht*, II, p. 29.

Numa palavra, o dever de protecção refere-se antes de mais aos bens jusfundamentalmente tutelados e não tanto – ou só mediatamente – aos próprios direitos fundamentais[1116-1117]. Uma coisa é a vida humana, outra o direito fundamental à vida; uma coisa é a liberdade (originária, natural e inominada) do homem, outra são os múltiplos direitos de liberdade em que aquela ideia surge jurídico-constitucionalmente segmentada[1118]. Assim, em termos ilustrativos, os deveres estaduais de protecção estabelecem-se por referência à vida, à integridade física, à saúde, à possibilidade de expressar ideias ou opiniões sem constrangimentos externos – e não (ou não directamente) ao direito à vida, ao direito à integridade física, ao direito à saúde, ao direito de livre expressão.

II – É sabido que com a noção de bem jurídico se designa um *quid* a que o direito, na sua constituenda coerência interna, concede *valor positivo* em virtude do seu contributo para a auto-realização do homem enquanto individualidade social e, portanto, tutela através de normas de conduta – permissivas ou proibitivas – ou também, eventualmente, através de normas sancionatórias[1119]. A vida é valorada positivamente pelo direito, que por isso a protege em termos normativos: "a vida humana é inviolável", "em caso algum haverá pena de morte", "quem matar outrem é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos". Simplesmente, nem sempre as coisas se apresentam desta forma translúcida. Numa perspectiva constitucional, nem todos os bens jurídicos se revelam tão claramente como a vida humana e, sobretudo, nem todos os direitos têm uma relação tão óbvia e directa com o respectivo bem jurídico protegido como aquela que ocorre no direito à vida.

Desde logo, há direitos fundamentais que, em especial quando considerados como um todo, tutelam diferentes bens jurídicos e, inversamente, bens jurídicos cuja protecção se encontra repartida por mais do que um direito, senão mesmo disseminada por categorias mais ou menos amplas de direitos fundamentais (*v.g.*, direitos políticos, direitos culturais, direitos de defesa em processo penal)[1120]. Além disso, ainda que em relação a alguns dos mais relevantes bens jurídicos seja inegável a existência de um sentido pré-positivo, mormente quando possuem uma base naturalística – como é o caso da vida, da integridade física ou da saúde –, por definição não existem bens verdadeiramente pré-jurídicos[1121]. Verifica-se sim que, embora em diferentes graus, os bens jurídicos são realidades estratiformes, divididos que estão entre vários mundos: têm os pés no mundo sensível da factualidade empírica, porventura o

[1116] Referindo o dever de protecção a bens jusfundamentais: ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 192-194; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 317-319; CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 265-266; RUFFERT, *Vorrang*, pp. 266-268; embora num contexto penal, HASSEMER, *¿Puede haber delitos*, pp. 101-103.
[1117] Sobre a distinção entre os direitos fundamentais e bens (pré-estaduais) por aqueles tutelados: IPSEN, *Gesetzliche Einwirkungen*, pp. 473 ss.; anteriormente, SCHWABE, *Probleme*, p. 73.
[1118] IPSEN, *Gesetzliche Einwirkungen*, p. 476; ROXIN, *¿Es la protección*, pp. 447-448.
[1119] MARX, *Zur Definition*, insistindo, por um lado, na ordenação dos bens jurídicos à auto-realização do homem, pp. 24 ss., esp. p. 62, e, por outro lado, na dualidade "objecto" e "valor", pp. 10, 15 e 22.
[1120] A. DIAS, *"Delicta*, p. 647.
[1121] RÖHL / RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, p. 270.

corpo no mundo não-sensível da cultura e das instituições sociais e, por fim, a cabeça no mundo ideal dos fins e dos valores que norteiam o fenómeno jurídico[1122].

Mesmo sem resvalar para as concepções mais extremas de desmaterialização (ou espiritualização) do conceito de bem jurídico, em que por vezes se pretende denominar como tal algo que não tem existência alguma fora da norma de conduta ou até da norma sancionatória – tendência contra a qual, justamente, se debate a doutrina penalista[1123] –, pode dizer-se que, em larguíssima medida, os bens jurídicos são criaturas do próprio direito – embora não inevitavelmente do direito tal como positivado num dado tempo e lugar. Dada a profunda falta de unidade dos objectos de valoração propriamente ditos – *v.g.*, substratos corpóreos ou físicos, possibilidades de acção e de omissão, instituições e processos sociais[1124] –, a unidade possível do mundo dos bens jurídicos tem de ser *construída* precisamente a partir do elemento comum que vem dado pelo juízo de valor que constitui esses mesmos bens[1125]. Ao contrário do que por vezes se sugere, com o conceito de bem jurídico não se trata apenas de captar e processar informação do mundo exterior através dos quadros próprios do mundo do direito, nem menos ainda de simplesmente traduzir (ou cifrar) esse mesmo mundo em linguagem jurídica[1126]. Sem prejuízo de desempenharem uma função mediadora, os bens jurídicos não são apenas algo que é valioso *para* o direito.

A este respeito, convém pois frisar bem a importância de preservar a destrinça entre os direitos fundamentais e os correspondentes bens jurídicos protegidos[1127]. Apesar do que possam ter em comum – "ambos funcionam como meios simbólicos de protecção e de criação de espaços de realização individual e social dos cidadãos", da mesma forma que os "os interesses" constituem o "substrato empírico tanto de direitos subjectivos como de bens jurídicos"[1128] –, não é legítimo proceder à substituição da categoria *bem jurídico*, ainda que vaga e problemática, por meio do apelo directo aos direitos fundamentais. Na verdade, ainda que esta aproximação conceptual não seja universal, na essência das coisas, "ter um direito significa ter a faculdade de fazer algo e ao mesmo tempo a pretensão de que terceiros (incluindo o Estado) não interfiram nesse espaço de liberdade de acção; por isso, o direito tem como correlativo um dever de abstenção ou de não interferência". Mas "ser titular de um bem jurídico significa ter um interesse não exclusivo na preservação de algo tido comummente como valioso (…); o bem jurídico tem uma dimensão mais objectiva (institucional) e passiva"[1129]. Considerações que devem, portanto, ser apreendidas aquando da análise da estrutura complexa (subjectiva e objectiva, nuclear e periférica, activa e passiva) dos direitos

[1122] C. MONCADA, *Filosofia*, II, p. 165; B. MACHADO, *Obra dispersa*, II, p. 404.
[1123] Especificamente sobre as tendências desmaterializadoras, MÜSSIG, *Schutz*, pp. 149 ss., e pp. 173 ss..
[1124] AMELUNG, *El concepto*, p. 240.
[1125] AMELUNG, *El concepto*, p. 246.
[1126] AMELUNG, *El concepto*, pp. 231-232.
[1127] Também salientando a importância da distinção entre *bens*, *normas* de protecção e *direitos* fundamentais, J. ALEXANDRINO, *O discurso*, pp. 58-59, com apoio na obra de Winkler.
[1128] A. DIAS, *"Delicta*, p. 644 e p. 645, em nota.
[1129] A. DIAS, *"Delicta*, p. 646-647.

fundamentais e, em particular, na sua relação com os mais singelos bens jurídicos que lhes estão subjacentes. Elas permitem compreender melhor o porquê da possibilidade – ou da necessidade constitucional – de protecção de bens jusfundamentais na ausência ou independentemente das suas vertentes subjectivas, como sucedeu com a vida intra-uterina e ocorre tipicamente com os bens jurídicos ambientais. Elas permitem também perceber que só por simplificação de linguagem se pode falar de deveres de *protecção de direitos* fundamentais.

III – Esta ideia segundo a qual os bens jurídicos são um *constructus*, que resulta simultaneamente da ciência jurídica e do direito positivo, numa relação dialéctica com a realidade social, é importante para se perceber no que se traduz verdadeiramente a *lesão* – ou a simples *ameaça de lesão*[1130] – de um bem jusfundamental[1131]. Se os bens jurídicos consistissem puramente em objectos tangíveis, dotados de materialidade, muitos direitos fundamentais não protegeriam bem jurídico algum – *v.g.*, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência ou o direito dos consumidores à informação – e seriam, por consequência, insusceptíveis de sofrer uma lesão efectiva. Se os bens jurídicos, pelo contrário, fossem realidades absolutamente ideais, desprovidas de toda e qualquer substrato perceptível e demonstrável em termos empíricos, "se não pertencessem também ao mundo das coisas, das pessoas e das suas acções", estariam de igual modo a salvo de quaisquer acções lesivas em sentido próprio[1132]. Se o bem protegido pelo direito de propriedade fosse a propriedade privada enquanto instituto jurídico, ele não seria lesado por um acto abusivo de apropriação pública, nem sequer por um facto enquadrável no tipo legal de furto. Apesar de a situação do titular do direito concreto sair manifestamente afectada, o instituto da propriedade não sairia em si mesmo beliscado. Por conseguinte, só a dita *natureza estratiforme do bem jurídico* permite abrir caminho a uma ideia razoavelmente precisa do que seja a violação de um bem jusfundamental. Um bem jurídico não tem de ser uma realidade material e tangível, apreensível pelos sentidos, mas tem que ser uma "realidade de sentido social", cuja ameaça e cuja lesão sejam também jurídica e socialmente perceptíveis[1133].

Assim, sendo tarefa essencial do direito possibilitar a realização pessoal do homem, garantindo-lhe o máximo de liberdade compatível com a sua inserção comunitária, cabe-lhe naturalmente a tarefa de apontar e procurar salvaguardar todos os objectos que considere valiosos – ou *mais valiosos*, tratando-se de bens jusfundamentais – para alcançar esse desiderato superior, mantendo-os tanto quanto possível funcionalmente ligados à prossecução desse objectivo[1134]. Os "bens jurídicos são objectos em função" ,

[1130] Sublinhando que o simples facto de se gerar um risco ou de se potenciar um perigo comporta em si mesmo uma danosidade social juridicamente relevante, J. DIAS, *Dano*, p. 25.
[1131] Que se distingue da violação do direito subjectivo *(Rechtsverletzung)*: R. PEREIRA, *A responsabilidade*, p. 43 e pp. 228 ss..
[1132] MARX, *Zur Definition*, p. 64; AMELUNG, *El concepto*, pp. 251 ss..
[1133] A. DIAS, *"Delicta*, p. 659.
[1134] MARX, *Zur Definition*, pp. 62 ss.; A. DIAS, *"Delicta*, p. 657.

cuja valia positiva reside na sua *relação* com as pessoas. Por isso, a danosidade das condutas – sejam elas positivas ou negativas, públicas ou privadas, individuais ou colectivas – reside, não tanto na afectação directa desses objectos, "mas na perturbação ou na ruptura da disponibilidade [concreta e efectiva] dos mesmos para os seus titulares"[1135]. Numa palavra, a lesão de um bem jurídico ocorre pela *quebra da relação de afectação e disponibilidade* que se estabelece entre o objecto da protecção e o titular do direito correspondente[1136]. Se, uma vez quebrada, essa relação pode depois ser reposta e, em caso afirmativo, em que medida ou de que modo o pode ser é, no fundo, uma das mais importantes questões que interessa dilucidar para efeitos de dedução e graduação dos deveres estaduais de protecção. Debalde se procurará, por conseguinte, extrair qualquer conclusão a este respeito partindo de distinções tão imprecisas como as que contrapõem bens jurídicos materiais ou imateriais, empíricos ou juridicamente constituídos[1137-1138].

IV – Estas disquisições sobre o conceito de bem jurídico – cujo relevo, neste momento, já não sofre dúvida – tem obviamente a sua sede na teoria geral do direito[1139]. Embora, como sucede com outras categorias que atravessam horizontalmente os muitos volumes da enciclopédia jurídica, caiba à Constituição um papel determinante na valoração positiva (e ordenação) desses objectos e, por consequência, na sua fixação como pontos cardeais dos diferentes ramos do direito e de irradiação para a totalidade da ordem infraconstitucional[1140]. Os bens jurídicos não são deduzidos do texto constitucional, mas são certamente construídos ou "reconstruídos hermeneuticamente" a partir das suas normas[1141].

Algo paradoxalmente, porém, sendo no direito penal que o conceito de bem jurídico tem sido alvo de mais funda reflexão – uma vez que desde cedo tem aí sido utilizado na construção de uma noção material (ou pré-legal) de crime[1142] – é aí também que deve ser iniciada a busca de elementos que possam contribuir para a solução dos problemas relativos à resiliência dos bens jusfundamentais em caso de lesão real e, nessa sequência, à graduação dos respectivos instrumentos de protecção. Isto porque nem mesmo a ostensiva diarquia entre "direitos" e "interesses constitucionalmente protegidos", presente na parte final do nº 2 do artigo 18º, foi capaz de despertar nos constitucionalistas o interesse por uma análise *ex professo* da temática dos bens jusconstitucionais e jusfundamentais.

Assim, começam os cultores do direito penal por sustentar que, na relação entre este ramo jurídico e a Constituição, não se trata apenas de afirmar que o modelo de crime como ofensa a bens

---

[1135] A. DIAS, *"Delicta*, p. 657. Referindo-se mesmo a uma "estrutura relacional do bem jurídico", MARX, *Zur Definition*, pp. 66-69. No direito civil, R. PEREIRA, *A responsabilidade*, pp. 235-237.
[1136] MARX, *Zur Definition*, pp. 67-68.
[1137] Não obstante, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 119; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 172.
[1138] Supra, §2º, ponto 6.3.
[1139] A. DIAS, *"Delicta*, p. 649, também em nota.
[1140] RÖHL / RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, p. 2.
[1141] A. DIAS, *"Delicta*, p. 651.
[1142] Insistindo na necessidade de uma definição material de bem jurídico, MARX, *Zur Definition*, pp. 9 ss..

jurídicos tem a categoria e a força vinculante de um princípio constitucional[1143]. Nem tão-só de sustentar que a função constitucionalmente adstrita ao ordenamento penal é a de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos cuja lesão, à luz do princípio da proporcionalidade, se revela digna e necessitada de pena. Bem mais do que isso, trata-se de reconhecer que "os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (…) através da «ordenação» axiológica jurídico-constitucional". Daí a conclusão segundo a qual "um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre *reflectido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema total". E também a de que, "entre a ordem axiológica jurídico-constitucional [onde o bem jurídico preexiste] e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos, têm de existir uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de identidade, (…), mas de *analogia material*, fundada numa essencial correspondência de sentido"[1144]. Afinal, na perspectiva clássica dos direitos de defesa, "os direitos fundamentais protegem frente ao Estado os mesmos bens que o direito penal protege frente aos cidadãos"[1145].

Ora, partindo deste *imperativo de sintonização entre a ordem penal e a ordem constitucional*, tem-se inclusivamente procurado fazer assentar na dicotomia direitos, liberdades e garantias *versus* direitos económicos, sociais e culturais a pedra angular da distinção entre direito penal primário e direito penal secundário. Enquanto os bens jusfundamentais protegidos por aqueles direitos deveriam ser tutelados, no plano sancionatório, pelo direito penal primário, para os bens protegidos por estes últimos seria mais adequado a recondução da sua tutela punitiva para o direito penal secundário ou extravagante. Com efeito, divisando-se "duas zonas relativamente autónomas na actividade tutelar do Estado: uma (…) visa proteger a esfera de actuação especificamente *pessoal* (embora não necessariamente «individual») do homem (…): do homem "como este homem"; a outra (…) visa proteger a sua esfera de actuação social: do homem "como membro da comunidade"[1146].

Este modelo de legitimação (ou de renovação da legitimidade) material dos tipos incriminatórios – e do direito penal no seu conjunto – através do recurso aos bens jusconstitucionais – quando não apenas com apelo aos bens jusfundamentais, essenciais à mais livre realização possível do homem na sociedade – tem consequências práticas de monta. Dele resulta, em particular, a substancial inconstitucionalidade das normas incriminatórias que não tenham subjacente a tutela de um bem jurídico-penal credenciado na Lei Fundamental, dada a necessidade de justificar, à luz do princípio da proporcionalidade, todas as proibições e prescrições sancionatórias que incidam sobre condutas desenvolvidas a coberto de direitos

[1143] DOLCINI / MARINUCCI, *Constituição*, p. 151.
[1144] F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 119-121. Também: P.F. CUNHA, *A Constituição*, pp. 41 ss.; A. DIAS, *"Delicta*, pp. 626 ss.; DOLCINI / MARINUCCI, *Constituição*, pp. 151 ss.; HASSEMER, *"¿Pude haber delitos"*, pp. 95 ss.; BÖSE, *Derechos*, pp. 137 ss.. Sobre a influência directa da *Grundgesetz* na evolução da *Rechtsgutslehre*: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 258 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 42 ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, pp. 25 ss..
[1145] AMELUNG, *El concepto*, p. 238.
[1146] F. DIAS, *Direito*, p. 121.

fundamentais – incluindo aqueles que, sendo tendencialmente mais porosos, apresentam também maior expansividade, como sejam os que tutelam a autodeterminação pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade. Estas e outras questões afins constituem, porém, contas de outro rosário, que não interessa aqui apreciar.

V – Não obstante a ampla aceitação que este modelo de *impregnação constitucional dos tipos penais* tem granjeado, é inevitável reconhecer que algumas reservas lhe devem ser apostas e que, em parte também por isso, a penalística não dispõe de uma classificação autónoma e segura dos bens jurídicos, atendendo designadamente à sua resiliência, apta a orientar a graduação dos instrumentos de protecção de direitos fundamentais[1147].

De um lado, quando se recorre à axiologia dos bens constitucionais para encontrar o fundamento para os tipos incriminatórios, não deixa de se incorrer numa certa inversão metodológica, na medida em que se parte da lei penal – e dos seus catálogos de tipos penais pré-existentes, com toda a correspondente bagagem dogmática – na direcção da Constituição, em vez de se partir desta em direcção à legislação ordinária, para aí levar a efeito uma tarefa de metódica tutela de cada um dos bens jurídicos com assento, explícito ou implícito, no texto constitucional. Daí a dificuldade em reconhecer à Constituição um papel que exceda o de limite negativo da lei penal: proibição de criminalização de condutas que correspondam ao exercício de direitos fundamentais; interdição de incriminações que não tenham subjacente um bem jurídico com arrimo constitucional; proscrição de incriminações que contrariem princípios constitucionais[1148]. Recusando-se à Lei Fundamental uma função directriz positiva das normas incriminadoras, os resultados reais do apelo teórico aos bens constitucionais traduzem-se, simplesmente, na exclusão da incriminação: de puras violações morais (tabus); de proposições ideológicas (leis penais simbólicas); de valores de mera ordenação estatal; do desrespeito por sentimentos; de condutas conscientes autolesivas, entre outros[1149].

Assim, por regra, não se chega a reconhecer à Constituição a possibilidade de determinar a existência de verdadeiras *imposições (implícitas) de protecção penal* de bens jusfundamentais ou, mais amplamente, de bens constitucionais objectivos[1150] – como tipicamente sucedeu a propósito a vida intra-uterina e da interrupção voluntária da gravidez. Até certo ponto estas cautelas são compreensíveis, não apenas pela necessidade de preservar as margens de autonomia do legislador democrático – a malha

---

[1147] Muito em particular, ROXIN, *¿Es la protección*, pp. 444 ss.; HASSEMER, *¿Puede haber delitos*, pp. 95 ss.; LAGODNY, *El derecho*, pp. 129 ss.; MARX, *Zur Definition*, pp. 40 ss., esp. p. 49.
[1148] DOLCINI / MARINUCCI, *Constituição*, pp. 178 ss..
[1149] F. DIAS, *Direito Penal*, p. 123-126; ROXIN, *¿Es la protección*, pp. 449-452. Para perscrutar a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre este tema, Acórdão nº 650/93, Acórdão nº 211/95, Acórdão nº 958/96. Isto apesar de o Tribunal se ter pronunciado pela inconstitucionalidade do crime de lenocínio, nos Acs. 144 e 196/2004, não obstante a inexistência de uma vítima denunciar também a inexistência de um bem jurídico-penalmente tutelável.
[1150] F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 129-131; DOLCINI / MARINUCCI, *Constituição*, pp. 178 ss..

constitucional tem inevitavelmente de permanecer larga[1151] –, mas sobretudo por causa da inexistência de um trabalho prévio da doutrina constitucionalista orientado para a revelação e autonomização dos bens jurídicos que subjazem aos diferentes direitos fundamentais – ao que acresce, naturalmente, as conhecidas reticências em dispor esses bens numa ordem de valores constitucional. Neste sentido, não poderiam os penalistas retirar mais da Constituição do que aquilo que os próprios constitucionalistas estão dispostos a oferecer-lhes[1152].

De outro lado, mais difícil é aceitar que os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais sejam encarados como fontes autónomas de categorias diferenciadas de bens jusfundamentais, recebendo em consequência do ordenamento penal protecção sancionatória de distinta dignidade. Efectivamente, esta tese não só ignora que a dicotomia constitucional em causa é mais aparente do que real – são progressivamente dominantes os entendimentos que procuram reconduzir à unidade aquelas duas categorias, cuja separação dicotómica remonta às divisões ideológicas do tempo da guerra-fria[1153] –, como sobretudo se incorre num vício de degradação dos bens jusfundamentais subjacentes aos direitos sociais que não é inteiramente compatível com a axiologia constitucional. Mesmo assumindo que é viável discernir uma "esfera de actuação especificamente *pessoal*" e uma outra "esfera de actuação *social*", sem dúvida que o bem jurídico salvaguardado pelo direito à saúde se há-de integrar na primeira, ao passo que os bens jurídicos subjacentes à liberdade de manifestação, ao direito à greve ou até aos direitos de participação política se hão-de primordialmente acolher na segunda[1154]. Ou seja, rigorosamente ao contrário do que seria sugerido por aquela teoria. Ainda que a ideia de buscar na Constituição um critério (aproximativo) de distinção entre direito penal primário e direito penal secundário mereça crédito, afigura-se, pois, que esse critério não pode residir na dicotomização artificial – e desautorizada pela dogmática constitucional – entre os bens jusfundamentais tutelados pelos direitos, liberdades e garantias e pelos direitos económicos, sociais e culturais.

Em todo o caso, algumas lições podem extrair-se da dogmática penalista: primeiro, confirma-se que a distinção entre bens jurídicos materiais e imateriais é inconsistente; segundo, é partindo da Constituição que se deve desenvolver a tarefa de valoração positiva (e ordenação) dos bens jurídicos a proteger; terceiro, existe um imperativo de sintonização da ordem jurídica legal pelos juízos valorativos da ordem constitucional relativamente aos bens jusfundamentais, sem prejuízo das margens de autonomia conformativa do legislador democrático. Todavia, nem mesmo estas conclusões são capazes de escondem os ventos de crise que o conceito de bem jurídico-penal enfrenta hoje, decorrentes dos desafios da

[1151] LAGODNY, *El derecho*, p. 134.
[1152] Sobre as razões das perspectivas divergentes de constitucionalistas e penalistas, LAGODNY, *El derecho*, pp. 132-136.
[1153] Alargando o regime comum dos direitos fundamentais: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 302 ss.; e, especialmente, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, esp. pp. 251 ss.. Noutro contexto, GAY, *Les "droits-créances"*, pp. 133 ss., e pp. 646 ss..
[1154] Por referência a Kaufmann, qualificando o homem como uma "individualidade social", MARX, *Zur Definition*, pp. 43 e 51.

sociedade global de risco, caracterizada por legítimas exigências de mais protecção e até pela necessidade de salvaguardar os direitos das gerações futuras[1155]. Entenda-se, dadas as crescentes exigências de antecipação da tutela penal e a consequente erosão do modelo criminológico de origem iluminista e liberal, baseado na efectiva lesão dos bens jurídicos.

VI – Estas considerações sobre o conceito de bem jusfundamental permitem concluir que só a tradicional identificação dos direitos fundamentais com a sua função (pretensamente única) de defesa explica o escasso protagonismo que a ideia de bem jurídico – de bem jurídico protegido pelas normas constitucionais de direitos fundamentais – tem assumido na dogmática constitucional (portuguesa), embora já no Acórdão nº 85/85, sobre interrupção voluntária da gravidez, os juízes do Palácio Ratton tivessem referido "que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto *bem constitucionalmente protegido* (isto é, valor constitucional objectivo", mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito – que só cabe a pessoas"[1156-1157]. Escasso protagonismo esse que, conforme se viu, contrasta de forma gritante com os esforços da doutrina criminalista para encontrar um conceito de bem jurídico – em larguíssima medida com recurso à Constituição e, em especial, ao seu elenco de direitos fundamentais[1158] – que seja capaz de legitimar as intervenções do legislador penal à luz do princípio da proporcionalidade, orientando-o, positiva e negativamente, no momento de definir incriminações condizentes com a índole do moderno Estado de Direito democrático[1159]. O desiderato a atingir é o de que o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos se equilibrem de modo a garantir ao indivíduo tanta protecção quanto a necessária, mas também tanta liberdade pessoal quanto seja possível[1160]. Por isso, segundo a denominada *concepção pessoal do bem jurídico*, tem-se entendido que integram este conceito aquelas "realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura, que garantam os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, assim como para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal objectivo"[1161].

[1155] F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 133 ss.; *O Direito*, pp. 585 ss.; A. DIAS, *"Delicta*, pp. 633 ss..

[1156] O itálico não consta do original. Este mesmo excerto foi transcrito no Acórdão nº 288/98, servindo também de pedra angular da respectiva decisão. No recente Acórdão nº 101/2009 multiplicam-se as referências aos "deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental".

[1157] J. NOVAIS, *Restrições*, p. 54 e pp. 125 ss., constitui, seguramente, na doutrina nacional, a excepção mais relevante a esta desconsideração do conceito de bem jusfundamental. Referência breve pode colher-se em J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 344. Embora apenas referindo-se ao bem protegido da liberdade de manifestação, também S. CORREIA, *O direito*, pp. 34 ss..

[1158] Em defesa de um diálogo entre constitucionalistas e penalistas neste domínio, LAGODNY, *El Derecho*, p. 136.

[1159] HIRSCH, *El concepto*, pp. 37 ss.; HASSEMER, *¿Pude aber delitos*, pp. 95 ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, pp. 105 ss.; LAGODNY, *El Derecho Penal*, pp. 129 ss.; BÖSE, *Derechos fundamentales*, pp. 137 ss.; BINZEL, *La forza*, pp. 147 ss.; ROXIN, *¿Es la protección*, p. 443 ss.. Na doutrina brasileira, I. SARLET, *Constituição*, pp. 325 ss.; L. STRECK, *Bem jurídico*, pp. 303 ss..

[1160] ROXIN, *¿Es la protección*, p. 447.

[1161] ROXIN, *¿Es la protección*, p. 448; em termos muito próximos, STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, pp. 106-107.

Não que, com esta referência, se pretenda induzir à importação acrítica para o direito constitucional dos resultados (nem sempre pacíficos) atingidos pela doutrina penalista sobre a teoria do bem jurídico – até porque a protecção penal é apenas uma modalidade, entre várias outras, de protecção de direitos fundamentais –, mas é importante reconhecer que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica uma atenção redobrada ao conceito bem jusfundamental e a sua colocação no centro do processo construtivo dos *conglomerados jurídicos* usualmente designados por direitos fundamentais. Independentemente das relações de prevalência ou cooperação que se possam estabelecer entre as diferentes funções destes direitos – entre as funções subjectivas e objectivas, ou entre a tradicional função de defesa e as outras funções mais recentes –, só o bem jusfundamental pode constituir o cimento agregador de cada direito fundamental, em torno do qual se entrelaçam as suas diferentes faculdades e todas as suas dimensões se desenvolvem. Mais do que o conceito de *âmbito de protecção*, normalmente gizado apenas para servir a função de defesa, é a noção de bem jusfundamental que constitui, pois, o alfa e o ómega de toda e qualquer consideração abrangente da estrutura jurídica dos direitos fundamentais.

Entende-se agora melhor por que motivo a locução corrente "deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais", apesar de amplamente enraizada na doutrina e na jurisprudência, não deixa de constituir uma simplificação de linguagem: os deveres estaduais de protecção têm o seu verdadeiro objecto nos bens jurídicos tutelados pelas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais. Acima de tudo, aquela expressão inculca a ideia, bem pouco precisa, de que os deveres estaduais de protecção não integram os direitos fundamentais, incidindo sobre eles a partir de um qualquer ponto exterior, quando em rigor assim não sucede[1162]. Os deveres do Estado estão dentro daquilo que se tem designado como *direitos fundamentais como um todo* – isto é, considerando o conjunto da sua extensão material e toda a sua plurifuncionalidade complexa[1163] –, fazendo parte do seu conteúdo alargado na qualidade de uma das suas dimensões objectivas, para uns, ou subjectivas, para outros[1164-1165]. Os deveres estaduais de protecção são, deste modo, parte integrante dos direitos fundamentais, e não algo de exógeno que incida sobre eles vindo de fora ou que simplesmente os tome como objecto. Olhando para a estrutura jurídica complexa dos direitos fundamentais, os deveres de protecção que impendem sobre o Estado – à semelhança, aliás, das demais dimensões jusfundamentais, responsáveis pelas suas funções de defesa, de prestação, horizontal, valorativa, institucional, irradiante e intergeracional – gravitam em torno de um núcleo central que é constituído por um bem jurídico, razão de ser última da norma de direitos fundamentais. Como se disse, uma coisa é o bem jusfundamental em si mesmo, outra a armadura jurídica complexa que o direito (constitucional e ordinário) monta em torno dele e que visa, em última análise, a

[1162] Nem mesmo assim se censura esta simplificação, dado que todo o rigorismo terminológico, quando ao arrepio da linguagem comum, acaba por dificultar mais a comunicação, em vez de a facilitar.
[1163] De novo, sobre os direitos fundamentais como um todo, ALEXY, *Teoria*, pp. 240 ss.; igualmente J. NOVAIS, *As restrições*, p. 55.
[1164] ALEXY, *Teoria*, pp. 436 ss.; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 48 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 234 ss.; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 169 ss..
[1165] Infra, epílogo, ponto 16.

preservação da sua integridade, a garantia das suas condições de desenvolvimento, ou mesmo a sua perpetuação ou promoção activa. A denominada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, para a qual contribuem os deveres estaduais de protecção, corresponde afinal de contas à agregação das diferentes partes dessa armadura jurídico-constitucional com que se pretende tutelar os tais bens jurídicos, nas inúmeras encruzilhadas em que a vida sempre os coloca[1166].

VII – Em face do exposto, importará saber, num primeiro momento, quais são os direitos fundamentais que, em virtude dos bens jurídicos cuja integridade tutelam, compreendem na sua estrutura interna deveres estaduais de protecção. Serão todos os direitos fundamentais, ou apenas alguns? Haverá direitos fundamentais que, pela sua própria natureza, não implicam para o Estado o dever de proteger activamente os respectivos bens jusfundamentais em face de ameaças (perigos e riscos) de origem não estadual (9.1.)? Por outro lado, considerando a importância crescente da problemática dos cognominados direitos das gerações futuras, é essencial determinar se os deveres estaduais de protecção apenas podem ser mobilizados relativamente a bens jusfundamentais presentes – ou seja, que existam já, encabeçados pelos titulares vivos dos correspectivos direitos fundamentais – ou se, pelo contrário, tais deveres se referem constitucionalmente também a bens que irão pertencer a pessoas ainda não nascidas, integradas algures entre as gerações vindouras. Levando em conta, sobretudo, a rápida deterioração das condições de continuidade da vida humana na terra, tal como a conhecemos hoje, decorrente dos atentados ambientais e da delapidação dos recursos naturais levados a cabo na actualidade, é primordial saber se, ou em que medida, o Estado tem a obrigação constitucional de proteger a vida, a integridade física, a saúde ou outros bens jusfundamentais das gerações futuras (9.2.). Por outro lado ainda, em face da multiplicação social das situações em que os próprios titulares de direitos fundamentais colocam em risco de forma deliberada ou pretendem renunciar aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, torna-se inevitável enfrentar a *vexata quaestio* da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos fundamentais, como um todo ou nas suas diversas faculdade ou vertentes. E, concretamente, indagar da possibilidade de rejeição ou de repúdio activo, por parte do titular de um direito fundamental, das medidas que em circunstâncias normais o Estado tem o dever de adoptar para proteger o bem jurídico em jogo e que, de resto, tem a possibilidade de aplicar mesmo contra a vontade livre e esclarecida daquele (9.3.).

Num segundo momento, em relação àqueles bens jurídicos fundamentais que o Estado tem em abstracto o dever de proteger, importará tomar em consideração algumas das suas características que podem facilitar em concreto a dedução desses deveres ou ditar a natureza ou a intensidade das medidas de salvaguarda a cargo das instâncias públicas. Do que se trata, no fundo, é de reconhecer que certas características dos bens jusfundamentalmente tutelados – como a posição mais ou menos elevada que

[1166] Para uma visão sinóptica, DREIER, *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rehtliche Grundrechtsgehalte*, pp. 505 ss.; JARASS, *Funktionen*, pp. 626 ss.; desenvolvidamente, DOLDERER, *Objective Grundrechtsgehalte*, pp. 117 ss..

ocupam na ordem de valores constitucional (10.1.), a maior ou menor capacidade dos respectivos titulares para proverem autonomamente à sua própria defesa (10.2.), e a maior ou menor reversibilidade das lesões eventualmente sofridas (10.3.) – podem assumir um grande peso, tanto nas operações de ponderação envolvidas no processo de dedução concreta de deveres de protecção estadual, quanto, uma vez deduzidos aqueles deveres, na escolha e configuração das medidas de protecção.

9. Bens fundamentais susceptíveis de exigir protecção estadual

Ninguém duvida hoje que o Estado tem a obrigação de proteger activamente, com os meios ao seu alcance, a *vida*, a *integridade física* e a *saúde* daqueles indivíduos que, vivendo no seu território, vejam esses seus bens jurídicos elementares ser alvo de ameaças reais[1167]. Em particular, na Alemanha, também ninguém vacila na afirmação de que todos os poderes estaduais têm na efectiva protecção da *dignidade humana* o seu primeiríssimo dever constitucional (artigo 1º, §1º, da Lei Fundamental). Nada mais natural, aliás, do que o facto de a teoria dos deveres de protecção, enquanto corolário da função de segurança do Estado, ter nascido e se ter desenvolvido em torno daqueles bens jusfundamentais que os homens mais prezam e que, quando postos em causa, mais contribuem para a sensação de insegurança e para a perturbação da paz social e, por arrasto, para a erosão dos alicerces do Estado de Direito[1168]. Sucede, contudo, que também não há quem restrinja o dever de protecção do Estado aos bens jusfundamentais acima citados, sendo frequentes, outrossim, as afirmações avulsas ou monográficas em que se vê defendida a existência de concretos deveres de protecção relativamente a outros bens ou direitos fundamentais. E não apenas em relação a outras modalidades ou variantes dos mesmos bens ou direitos fundamentais – como sucede com a vida intra-uterina, com a vida embrionária ou com a integridade pessoal[1169] –, mas verdadeiramente por referência a *outros* bens ou direitos fundamentais: a identidade genética; o livre desenvolvimento da personalidade e os restantes direitos pessoais; a liberdade corporal e de deslocação; a liberdade de manifestação e as demais liberdades sectoriais (comunicativas ou não); o casamento, a família, a maternidade e a infância; a propriedade; o ambiente e o gozo da natureza, etc[1170].

[1167] De modo emblemático: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 187 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 42 ss.; KUNIG, *Grundrechtlicher Schutz*, pp. 415 ss..

[1168] Sobre os diferentes domínios de intervenção estadual no combate à (in)segurança: STOLL, *Sicherheit*, pp. 13 ss.; HECKMANN, *Sicherheitsarchitektur*, pp. 9 ss.; SCHWARZ, *Die Dogmatik*, pp. 29 ss..

[1169] Na jurisprudência constitucional portuguesa, além dos diversos arestos sobre o aborto, são também relevantes as múltiplas referências aos deveres estaduais de protecção constantes do Acórdão nº 101/2009, sobre a lei da procriação medicamente assistida. Em termos monográficos, na doutrina germânica: KAYβER, *Abtreibung*, esp. pp. 57 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 85 ss.; GIWER, *Rechtsfragen*, esp. pp. 83 ss.. Afirmando um dever de protecção relativo ao direito à integridade pessoal, P.G. MARQUES, *Anotação ao artigo 25º*, p. 557.

[1170] Na doutrina portuguesa: P. OTERO, *Personalidade*, pp. 86 e 95; P.M. PINTO, *O direito*, p. 196; S. CORREIA, *O direito*, pp. 53-56; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 92 SS.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 51 ss.. Na doutrina germânica: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 77 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 57 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 174 ss.; DIRNBERGER, *Recht*, esp. pp. 157 ss., e pp. 260 ss..

Nesta esteira, chegou mesmo a afirmar-se – por certo com algum exagero – que os direitos fundamentais sem dever de protecção são de reputar como excepcionais[1171].

Ora, em sendo assim – e ainda que a dedução de deveres de protecção estadual tenha de passar sempre por uma análise na especialidade de cada um dos direitos fundamentais em questão –, importa evitar o puro casuísmo e buscar alguns critérios que permitam fazer a destrinça entre bens jurídicos fundamentais que podem espoletar o dever de protecção do Estado e aqueles que por natureza o não podem fazer, mesmo que venham a exigir deste outros tipos de actuação jurídica ou material. Ou seja, apesar de poderem estar na origem de outros deveres de actuação do Estado, mormente do legislador, tais como: o dever de concretização de normas constitucionais não exequíveis e programáticas; o dever de não eliminar ou subverter determinados institutos jurídicos; o dever de promoção da igualdade ou de reposição da igualdade violada; ou o dever de emanar regras organizatórias, de procedimento ou de processo, com o propósito de tutelar direitos fundamentais (apenas) em face das próprias instâncias públicas[1172].

9.1. Os direitos negativos eficazes nas relações entre privados

Primeiro, é seguro que apenas os direitos negativos – ou, em termos terminologicamente mais rigorosos, tão-só aqueles bens jurídicos que são protegidas por normas de direitos fundamentais de modo essencialmente negativo[1173] – são susceptíveis de desencadear deveres estaduais de protecção. Em si mesmos, os deveres de protecção constituem uma dimensão jusfundamental positiva, porque o seu cumprimento implica sempre acção estadual, primariamente no plano legislativo, mas, sem qualquer contradição, apenas podem ser atinentes a direitos negativos, que em circunstâncias normais o Estado deve começar por garantir através de simples abstenções ou condutas omissivas. Em contrapartida, todos aqueles direitos fundamentais cuja análise estrutural revele a presença, no seu âmago ou numa posição acessória ou periférica, de obrigações positivas do Estado, mormente de natureza prestacional, são, nessa medida – embora só nessa medida –, direitos insusceptíveis de desencadear deveres de protecção no sentido mais rigoroso da expressão. Podem implicar outro tipo de obrigações para os poderes públicos, como se disse, mas não permitem deduzir verdadeiros deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais (9.1.1.).

Segundo, como a seu tempo se verá, a imposição ao Estado de deveres de protecção tem por premissa a susceptibilidade de os direitos fundamentais em causa produzirem efeitos vinculativos – ou *também* produzirem tais efeitos – nas relações jurídicas entre privados, quer os respectivos sujeitos se

[1171] DIRNBERGER, *Recht*, p. 157.
[1172] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 29 ss..
[1173] Amplamente, sobre o sentido e o conteúdo destes direitos negativos, MERTEN, *Negative Grundrechte*, pp. 741 ss..

apresentem aí numa posição de igualdade de facto (eficácia horizontal) ou de um deles deter uma posição de supremacia fáctica (eficácia vertical privada), e indiferentemente do ramo jurídico que seja chamado a disciplinar essas relações ou a extrair as devidas consequências daquela tipo de eficácia (direito civil, laboral, administrativo, penal). Quer isto dizer que, mesmo tomando por referência apenas as ditas posições jusfundamentais de estrutura essencialmente negativa, nem sempre é possível deduzir deveres de protecção em sentido próprio no tocante àqueles direitos que, atendendo à sua natureza, encontram o seu campo de aplicação exclusivo nas relações que se estabelecem entre os indivíduos e o poder público e que, em consequência, só podem ser ameaçados pelo Estado e demais autoridades públicas – eficácia vertical *proprio sensu* (9.1.2.).

9.1.1. Conteúdos fundamentais negativos: direitos sociais, propriedade e igualdade

Sem novidade, a contraposição corrente entre direitos negativos e positivos só tendencialmente se identifica com a distinção constitucional entre direitos, liberdades e garantias, por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro[1174-1175]. Daí que, pese embora o facto de o nº 1 do artigo 18º, na vinculação (negativa e) positiva que estabelece de todos os poderes públicos, se referir tão-somente aos direitos, liberdades e garantias, se tenha sempre vindo a reportar mais amplamente a figura dos deveres de protecção do Estado aos direitos fundamentais, ainda que obviamente aquela não se possa referir *a todos* os direitos fundamentais[1176]. Por certo, haverá direitos integrados constitucionalmente entre os direitos, liberdades e garantias que ficarão de fora dos deveres de protecção, assim como existirão alguns de entre os direitos económicos, sociais e culturais que poderão ser puxados para dentro do círculo de vinculação daqueles deveres estaduais, se e na medida em que seja possível identificar entre as faculdades que compõem o seu conteúdo algumas eminentemente negativas, que *prima facie* reclamem do Estado simples omissões ou abstenções. Aliás, a dicotomia adoptada na sistematização constitucional apenas se pode compreender na perspectiva dos direitos fundamentais como um todo, e nunca numa óptica analítica do conteúdo de cada um desses direitos[1177].

I – Na realidade, mesmo excluindo os próprios deveres de protecção, pode haver muito de *positivo* nos direitos, liberdades e garantias. Designadamente, de entre as "pretensões ou direitos a acções positivas" compreendidas em direitos de liberdade "contam-se os direitos à eliminação ou anulação das

[1174] Apenas na doutrina mais recente, rejeitando o binómio positivo/negativo como critério determinante (ou exclusivo) de distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 102 ss.; J. NOVAIS, *Restrições*, esp. pp. 133 ss., e pp. 145 ss.; J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 234 ss.. Sublinhando a unidade valorativa dos direitos fundamentais, mas também a sua diversidade estrutural, com base no critério da determinabilidade constitucional, R. MEDEIROS, *Direitos*, pp. 657 ss..

[1175] Contra esta tendência doutrinal, por redundar em dissolução das fronteiras entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, M. PINTO, *Sobre os direitos*, pp. 107-110.

[1176] Neste mesmo sentido: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 326-327; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 39-40.

[1177] J. NOVAIS, *Restrições*, p. 131.

intervenções ilegítimas na esfera protegida de direito fundamental, as pretensões à reconstrução da situação alterada pela intervenção ilegítima do Estado ou à compensação pela lesão verificada (…), e as pretensões de apoio estatal à garantia de um *standard* mínimo de fruição do direito ou das possibilidades da sua efectivação, como sejam as pretensões à actuação estadual de organização e procedimento ou à prestação de condições que permitam ou preservem o exercício efectivo do direito"[1178]. É assim, por exemplo, que logo no primeiro dos direitos, liberdades e garantias – o direito à vida –, se afigura evidente que o dever (positivo) de protecção do Estado se refere apenas ao bem jurídico vida enquanto objecto do direito (negativo) a não ser morto – isto é, ao direito à abstenção de condutas que atentem contra a própria vida, a começar pela decretação da pena de morte, mas continuando pela abstenção de outras actuações públicas ou privadas que a possam colocar em risco. Já não pode ter por referência as eventuais pretensões (positivas) derivadas daquele direito necessárias à garantia de um mínimo de existência ou a um *standard* de vida condigno[1179]. Numa palavra, o Estado tem apenas o dever de evitar que outros façam aquilo que ele próprio está constitucionalmente vinculado a não fazer: pôr em causa a vida de cada um dos seus cidadãos.

Em compensação, ao arrepio do modo como foram consagrados no texto constitucional, também se pode encontrar nos direitos sociais muito de *negativo*, designadamente: pretensões individuais de intangibilidade ou de reacção contra a perda de um bem jusfundamental de que se é detentor (*v.g.*, a saúde, uma habitação ou uma pensão da segurança social); direitos de não exclusão de prestações efectuadas pelo Estado em termos necessariamente universais (*v.g.*, acesso à escola pública para cumprir o ensino básico, acesso a cuidados de saúde em situação de emergência ou a medidas de vacinação obrigatória); e pretensões de não discriminação no acesso (igualitário) a prestações disponibilizadas pelo Estado, correntemente denominadas por direitos derivados a prestações[1180] (*v.g.*, o direito de acesso às universidades públicas)[1181].

i) A título exemplificativo, não surpreende, assim, a recorrente inclusão doutrinal da saúde entre aqueles bens jusfundamentais negativos que são passíveis de requerer protecção do Estado, não obstante a inserção sistemática do direito à saúde no artigo 64º, (na alínea *c)* do nº 1 do artigo 59º, e no nº 1 do artigo

[1178] J. NOVAIS, *Restrições*, pp. 136-137.

[1179] Sobre a estrutura complexa do direito à vida: J. NOVAIS, *Restrições*, p. 127; R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 261 ss.; P. OTERO, *Direito da vida*, pp. 78 ss., e pp. 113 ss.. Na jurisprudência constitucional, sobretudo o Acórdão nº 509/2002, sobre o rendimento social de inserção, anotado por V. ANDRADE, *O "direito ao mínimo*, pp. 21 ss..

[1180] J. NOVAIS, *Restrições*, p. 141.

[1181] Em geral, sobre a efectivação dos direitos sociais como direitos de comparticipação *(Teilhaberechte)*: HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, pp. 90 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 352 ss.; MURSWIEK, *(§112) Grundrechte*, pp. 243 ss..; STARK, *Teilnahmerechte*, pp. 709 ss.. Sobre a sua (in)comunicabilidade com os deveres de protecção na jurisprudência alemã, HUND, *Staatliche Schutzpflichten*, pp. 1445 ss.. Para contributos diferentes sobre a estrutura e sobre a exigibilidade dos direitos sociais: ABRAMOVICH / COURTIS, *Los derechos*, esp. pp. 19 ss., pp. 79 ss., e pp. 132 ss.; T.V. GIMÉNEZ, *La exigibilidad*, *passim*; F.D. MORENO, *El Estado*, *passim*; L. GAY, *Les "droits-créances"*, esp. pp. 133 ss., e pp. 549 ss..

61º), entre os direitos e deveres sociais[1182]. Também o Tribunal Constitucional, desde bastante cedo, tem vindo a sublinhar o facto de o direito à saúde – à imagem dos demais direitos sociais – comportar, a par da sua típica vertente positiva, uma vertente negativa, consistente em "dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral"[1183]. Ainda em 2008, esta orientação foi reiterada pelo Tribunal ao responder afirmativamente à questão de saber se o direito constitucional à protecção da saúde "extravasa de uma dimensão positiva (de direito prestacional) para, em certos casos, assumir uma dimensão negativa de proibição de condutas de terceiros lesivas do bem jurídico saúde" – o que, contudo, não fez sem sustentar (desnecessariamente) a existência, nessa vertente negativa, de uma "zona de sobreposição do direito à saúde com o direito à integridade física" do artigo 25º, destinada a justificar a aplicação àquele direito do regime constitucional deste último[1184].

Pelas considerações que tece acerca da morfologia dos direitos sociais – que são indiciadoras do reconhecimento, na estrutura destes, de outras dimensões jusfundamentais positivas (de protecção), para além das que são típicas desta categoria de direitos (de prestação) –, esta decisão jurisprudencial de 2008 merece, aliás, uma atenção suplementar. Segundo se afirmou então, o direito à saúde integra-se naquele "universo de direitos que, embora sistematicamente insertos nos direitos a prestações, contêm em si mesmos, na sua complexidade estrutural, *dimensões activas, negativas ou defensivas*, decorrendo destas últimas – para o Estado e para os privados – obrigações de não fazer, análogas às que correspondem à titularidade de direitos, liberdades e garantias". Em tais direitos será, assim, necessário distinguir aquilo que corresponde ao "cumprimento das *prestações positivas, ou obrigações de «facere»*, a que estão obrigados os poderes públicos para a realização dos direitos a prestações que são os direitos sociais", e, por outro lado, aquilo que são já "formas de *garantia do cumprimento* de direitos de defesa face a eventuais agressões externas". Ou seja, aquilo que neles já pertence à sua "*dimensão negativa ou defensiva*, que imponha antes de mais ao Estado (e também aos privados), de forma análoga aos direitos, liberdades e garantias, obrigações de *non facere*". Algo que, todavia, não foi inteiramente compreendido numa das declarações de voto, onde se insiste em reconduzir tudo o que há de positivo no direito à saúde à sua vertente de direito social prestacional, incluindo o dever de protecção da saúde dos indivíduos em face de agressões externas: "o dever do legislador ordinário de proceder à provisão fáctica e jurídica, no cumprimento da norma constitucional impositiva de legiferação que vincula o Estado ao dever de proteger a saúde (…) constitui, pois, um simples *modo de prestação* (…) e não de *imposição de*

[1182] R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 64º*, pp. 1310-1311; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 825; C.A. GOMES, *Defesa da saúde*, pp. 10-11; J.P. SILVA, *Dever*, p. 40.
[1183] Acórdão nº 39/84; Acórdão nº 92/85.
[1184] Acórdão nº 423/2008, sobre adaptação à Madeira da lei do tabaco.

abstenção que seja contra-face de um direito fundamental de defesa do cidadão oponível ao Estado e aos outros cidadãos"[1185].

Por conseguinte, este acórdão pôs em evidência não apenas a dupla natureza positiva e negativa do direito à saúde – positiva, atendendo à forma como foi plasmado no artigo 64º, negativa, em atenção à índole do bem jusfundamentalmente protegido –, mas também a circunstância de as próprias obrigações de actuação do Estado se desdobrarem em duas vertentes. Uma típica dos direitos sociais, em que ao Estado incumbe realizar o direito à saúde "através de um serviço nacional de saúde universal e geral" (alínea *a)* do nº 1), "garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação" (alínea *a)* do nº 3), assim como "garantir uma racional e eficiente cobertura de todo país em recursos humanos e unidades de saúde" (aliena *b)* do nº 3). Outra que, não se encontrando explícita na letra do artigo 64º, se pode considerar mais típica dos direitos de liberdade, traduzindo-se no dever de o Estado adoptar medidas que impeçam que a saúde dos seus cidadãos seja colocada em causa por terceiros (*v.g.*, fumadores) ou posta em risco por eventos naturais ou de origem desconhecida ou difusa (*v.g.*, epidemias, poluição). No primeiro caso, do que se trata é de *deveres específicos de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas e programáticas* consagradoras do direito social à saúde[1186] – quando não de simples *deveres gerais* de actuação legislativa, no sentido da promoção das condições económicas, sociais e culturais necessárias a uma vida saudável (alínea *b)* do nº 2). No segundo caso, do que se trata é de *deveres específicos de protecção de direitos fundamentais* e, mais precisamente, de protecção da saúde enquanto bem jusfundamental tutelado por um direito de natureza análoga. De novo no primeiro caso, a relação entre o Estado e os cidadãos é *vertical descendente*, sendo estes credores de direitos cuja subjectividade está em regra dependente da determinabilidade legislativa e do preenchimento de uma condição usualmente denominada por *reserva do possível*. No segundo caso, por seu turno, a relação entre o Estado e os cidadãos configura-se por norma *sob a forma de um triângulo*, sendo objecto de disputa a existência de pretensões subjectivas à protecção estadual correspondentes aos incontroversos deveres (objectivos) do Estado.

ii) O que se disse, a título ilustrativo, sobre o direito à saúde vale também para outros direitos económicos, sociais e culturais. Porventura não valerá tanto para aqueles direitos sociais que resultam já do desdobramento, levado a cabo no próprio texto constitucional, de acervos jusfundamentais temáticos em dois núcleos distintos – um essencialmente preceptivo, outro bem mais programático –, tal como

[1185] Declaração de voto de Benjamim Rodrigues. Numa linha próxima, a declaração de voto de Maria Lúcia Amaral nega também que "as *políticas públicas antitabágicas* se tenham transmutado (…) em normas de protecção do bem jurídico «integridade física» contra lesões ou ameaças de lesão por parte de terceiros", "ainda que na sua «continuidade» com a «dimensão negativa» do direito à saúde". No mesmo sentido vai também a declaração de voto de Vítor Gomes.

[1186] Sobre o dever de concretização destas duas categorias de normas constitucionais, J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 283 ss., *Manual*, IV, pp. 324 ss., e *Manual*, VI, pp. 316 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 29-37.

sucedeu com os direitos dos trabalhadores (artigos 53º a 57º e artigos 58º e 59º), com os direitos de criação cultural e científica (artigo 42º e artigos 73º, nº 4, e 78º), e com os direitos de educação (artigo 43º e artigos 74º a 77º)[1187]. Mas é seguramente válido para (os bens jusfundamentais protegidos por direitos como) os *direitos dos consumidores*, o *direito à segurança social*, o *direito à habitação* e o *direito ao ambiente*, quando não perspectivados sob o ângulo das relações dos cidadãos portadores de posições jurídicas creditícias (de consistência muito variável) em face de um mais ou menos solícito Estado prestador. Sem prejuízo da sobrecarga de incumbências estaduais em que a Lei Fundamental envolveu estes direitos, que torna inegável a sua consagração enquanto direitos positivos, a verdade é que nem a doutrina nem a jurisprudência têm encontrado escolhos no caminho percorrido para os negativar, identificando e isolando as suas diversas vertentes ou faculdades negativas. Em última análise, e sem prejuízo de algum excesso de linguagem, "é sempre possível «traduzir» um direito social por um direito, liberdade e garantia"[1188]. Assim:

a) Apesar da sua natureza não homogénea, os direitos dos consumidores são considerados, "no essencial, equiparáveis a direitos, liberdades e garantias"[1189] – sendo, além disso, objecto de tratamento frequente em sede de deveres de protecção, alargando-se os imperativos de tutela, destes decorrentes, ao domínio contratual e à "autovinculação por contrato"[1190];

b) A negativização do direito à segurança social tem passado pelo reconhecimento de um direito a não ser privado arbitrariamente do acesso ou do recebimento de certas prestações e ou de um direito a não ser privado de prestações correspondentes a um mínimo considerado essencial a uma existência condigna[1191] – devendo em princípio rejeitar-se as vias que pretendem estender a garantia constitucional da propriedade à tutela dessas prestações sociais[1192];

c) No que toca ao direito à habitação, a afirmação da sua dupla natureza, positiva e negativa, tem sido concretizada, quanto a esta segunda vertente, através da ideia de inadmissibilidade de uma "privação arbitrária, sem fundamento razoável, do direito a uma morada digna"[1193];

[1187] Sobre o desdobramento destes dois últimos núcleos temáticos de direitos, J. CAUPERS, *Os direitos*, pp. 103 ss.; M. PINTO, *Sobre os direitos*, pp. 179 ss..

[1188] J. NOVAIS, *"Direitos, liberdades*, p. 50. Também sobre a crise da distinção, R. MEDEIROS, *O Estado*, pp. 41-42; I. MOREIRA, *A solução*, esp. 118 ss..

[1189] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 780.

[1190] Tratando os direitos dos consumidores na perspectiva dos deveres de protecção, KRINGS, *Grund*, pp. 305 ss.; mais amplamente, sobre a protecção dos direitos fundamentais através do direito contratual, CANARIS, *Direitos*, pp. 71-75; assim como FLORÉN, *Grundrechtsdogmatik*, esp. pp. 132 ss..

[1191] Em sintonia com a jurisprudência constitucional, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 63º*, p. 1288, e p. 1295. Sustentando a possibilidade de recorrer ao instituto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias para defender o direito à segurança social, J. NOVAIS, "*Direitos, liberdades*, pp. 48 ss..

[1192] M.N. BRITO, *A justificação*, pp. 908 ss..

[1193] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 833-834. De novo em conformidade com a jurisprudência, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 65º*, pp. 1331 ss..

d) E também o direito ao ambiente tem sido descrito, antes de mais, como "um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção do Estado e de terceiros (…) de acções ambientalmente nocivas"[1194].

De resto, o que acima ficou dito quanto ao direito à saúde e quanto aos restantes direitos sociais é igualmente aplicável, por maioria de razão, ao direito de iniciativa económica privada e ao direito de propriedade, que não obstante a sua equívoca localização na narrativa constitucional, são qualificados de forma reiterada na doutrina e na jurisprudência como possuindo natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Pese embora algumas divergências de pouca monta, e que não vêm ao caso, é pacífico que a consignação de ambos na sistemática constitucional entre os direitos (e deveres) económicos "equivale à sua inserção no âmbito indiferenciado dos direitos fundamentais, seguida pela generalidade das constituições europeias", embora acompanhada da sua sujeição a específicas cláusulas de vinculação social[1195].

Tudo somado, portanto, pode concluir-se que os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais se acham sempre associados àquelas que são as dimensões negativas dos vários direitos fundamentais, independentemente de estes, quando tomados em bloco, serem qualificáveis como direitos de liberdade (negativos) ou como direitos sociais (positivos)[1196]. Esta afirmação não significa, bem pelo contrário, que certos direitos fundamentais não caiam em zonas de alguma indefinição ou que não subsistam dificuldades em traçar a fronteira entre os deveres de protecção e outros deveres de actuação (legislativa) do Estado, sendo possível identificar a este respeito três constelações de casos com alguma complexidade:

a) Os (pretensos) *direitos (especiais) a protecção* consignados no texto constitucional relativamente à família, à paternidade e maternidade, à infância e juventude, e ainda (que não literalmente) aos deficientes e aos idosos;

b) Os direitos fundamentais cujo bem protegido é juridicamente conformado por via legislativa, ainda que correspondendo a instituições ou institutos sedimentados por uma longa tradição[1197] – mormente o direito de propriedade;

c) Os denominados direitos de igualdade, não enquanto sinónimos de direitos sociais, mas enquanto exigências dirigidas ao Estado de promoção de uma igualdade efectiva em determinados contextos tradicionalmente marcados por discriminações[1198].

[1194] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 845. Sobre os conteúdos (positivos e negativos) do direito ao ambiente, vejam-se as orientações doutrinais compulsadas por C.A. GOMES, *Risco*, pp. 102 ss., (de que, aliás, a autora diverge).

[1195] Embora apenas a respeito da propriedade, M.N. BRITO, *A justificação*, pp. 984 ss., esp. p. 986.

[1196] SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 104 ss., sustentando a vinculação dos deveres de protecção a todos os bens dos direitos de liberdade.

[1197] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 78-79; KRINGS, *Grund*, pp. 177-182.

[1198] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 84-86; KRINGS, *Grund*, pp.185-188.

II – Quanto ao primeiro destes três conjuntos de direitos fundamentais – apesar de uma certa propensão registada na doutrina e na jurisprudência para integrar, entre os deveres estaduais de protecção, as imposições que do texto constitucional resultam para o Estado em matéria de família, de maternidade e paternidade, de infância e juventude, de cidadãos portadores de deficiência e de idosos –, essa integração está longe de poder ser automática[1199].

i) Por uma banda, é indesmentível que nunca como nas disposições constitucionais correspondentes a palavra "protecção" surge usada com tanta largueza:

a) No nº 7 do artigo 36º determina-se que adopção deve ser "protegida nos termos da lei";

b) No nº 1 do artigo 67º estatui-se que a "família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado", elencando-se no nº 2 do mesmo preceito as concretas incumbências do Estado "para protecção da família";

c) Numa fórmula semelhante, o nº 1 do artigo 68º prescreve que os "pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado", estabelecendo-se no nº 3 que, além disso, "as mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto";

d) E, do mesmo modo, o nº 1 do artigo 69º decreta que "as crianças têm direito à protecção especial da sociedade e do Estado", ao que acresce, no nº 2, a obrigação de o Estado assegurar "especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou privadas de um ambiente familiar normal";

e) Por seu turno, segundo o nº 1 do artigo 70º, "os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais";

f) Por último, recorde-se que, no domínio laboral, a alínea *c)* do nº 2 do artigo 59º impõe ao Estado a incumbência de assegurar "a especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos *(sic)* e dos que desempenhem actividades particularmente violentas (…) ou perigosas".

Por outra banda, porém, é manifesto que o elemento literal da interpretação se apresenta aqui como muito atreito a equívocos, porquanto os preceitos parcialmente transcritos – à semelhança, aliás, dos artigos 71º e 72º, respectivamente sobre deficientes e idosos – constituem, antes de mais, *direitos sociais particulares*. Direitos com uma estrutura positiva, que implicam deveres estaduais de realização de prestações de diversa ordem, em que os correspondentes titulares não são recortados de antemão segundo

[1199] Na Constituição alemã, que ao contrário da portuguesa não separa o tratamento do casamento e da família em vários preceitos, o artigo 6º é apontado como um caso típico de dever de protecção: STARCK, *Praxis*, pp. 60-61; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 31-32; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 160-162; KRINGS, *Grund*, p. 146; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 79-80; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 128-130.

a regra geral de universalidade adoptada quanto aos demais direitos sociais – e aí indicada pela expressão "todos têm" (artigos 58º, e 63º a 66º) –, mas de acordo com as categorias sociais em que se integram ou com as situações duradouras em que se encontram[1200]. No fundo, os preceitos em causa denotam uma preocupação do legislador constituinte, também em sede de direitos sociais, em talhar os direitos que consagra atendendo às circunstâncias concretas e às necessidades efectivas daqueles que serão os seus titulares subjectivos – e não de acordo com um uniformizante plano abstracto. Quer isto dizer que nem o sistemático recurso à palavra "protecção", nem tão-pouco o mobilizar da formulação agravada "protecção especial", permitem a assimilação automática dos deveres do Estado resultantes dos preceitos referidos a verdadeiros e próprios deveres estaduais de protecção jusfundamental, dispensando o seccionamento do conteúdo dos direitos e a verificação analítica das faculdades que o compõem. Pelo contrário, nos mencionados artigos da Lei Fundamental, o termo "protecção" não possui o mesmo sentido rigoroso que tem em normas como as contidas no artigo 14º, no nº 1 do artigo 26º, no nº 2 do artigo 35º ou no nº 2 do artigo 42º, podendo mesmo afirmar-se que, na generalidade dos casos, surge usado em sinonímia com os termos "auxílio" ou "apoio"[1201]

Assim, sem prejuízo da heterogeneidade de conteúdo detectável em algumas das disposições jusfundamentais em apreço – desde logo, no tratamento da família, da paternidade e da maternidade, avulta uma dimensão institucional, assim como uma dimensão axiológica, evidenciada pelos segmentos "elemento fundamental da sociedade" e "valores sociais eminentes" (nº 1 do artigo 67º e nº 2 do artigo 68º) –, no essencial, o que se encontra plasmado nas normas jusfundamentais em questão são, de facto, direitos positivos a prestações[1202]. E outra coisa diferente não sucede mesmo naqueles casos em que o Estado não é devedor único ou devedor imediato dessas prestações, porque ao abrigo de uma compreensão alargada da vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações entre privados, partilha essas obrigações prestativas com determinados particulares, *maxime* com os empregadores ou com instituições de solidariedade social[1203].

ii) De todo o modo, desfeitos eventuais mal-entendidos que o uso reiterado do vocábulo "protecção" poderia desencadear, importa advertir para a circunstância de as mesmas razões que levaram o legislador constituinte a autonomizar estes direitos sociais particulares dos seus congéneres, fazendo-os assistir de garantias adicionais ou conferindo aos seus titulares o direito a prestações suplementares, poderem conduzir também a que essas mesmas pessoas beneficiem de um tratamento especial – e igualmente mais favorável – em sede de deveres estaduais de protecção dos seus direitos negativos.

[1200] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 121-123.
[1201] Quanto à referência final, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 863.
[1202] É esse o sentido geral que é captado da leitura das anotações aos artigos em análise: R. MEDEIROS, *Anotações aos artigos 67º a 72º*, pp. 1359, 1363, 1371, 1377, 1383-1384, 1385, 1396-1397; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 856, 858, 864-866, e 869.
[1203] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 857, 864 e 869.

Efectivamente, as mães durante a gravidez e após o parto, as crianças e os jovens, os deficientes e os idosos, à semelhança de todas aquelas pessoas que se encontram em situações económicas, sociais, físicas ou psicológicas de particular vulnerabilidade ou dependência, como por exemplo as vítimas de violência doméstica, os doentes ou os reclusos, ficam em consequência mais expostas a possíveis agressões dos seus bens jusfundamentais – tais como a vida, a integridade pessoal, a saúde, o livre (ou o normal e integral) desenvolvimento da personalidade, ou as outras liberdades pessoais. Para o efeito, aliás, é indiferente que essas agressões provenham da sua própria família, de organizações ou instituições em que se integrem, ou surjam em contextos laborais ou comunitários mais alargados. Todas essas pessoas – dizia-se – podem ser credoras privilegiadas de medidas legislativas e administrativas de protecção jusfundamental em sentido próprio. É mesmo possível divisar na letra de alguns dos preceitos em apreço traços imprecisos de uma ideia de triangularidade, mormente nos segmentos normativos em que os direitos (e os deveres) a protecção são dirigidos não apenas contra o Estado, mas também contra a sociedade – fenómeno que se repete, não certamente por acaso, nos artigos 67º, 68º e 69º –, já que é do seio desta que provêm as ameaças jusfundamentais que o Estado tem a obrigação de debelar ou reduzir[1204]. Isso é particularmente notório nos trechos do nº 1 do artigo 69º referentes ao direito das crianças à protecção do Estado contra quaisquer formas de opressão – entenda-se, sem diferenciação do seu jaez e da sua origem – e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições por elas responsáveis. O Estado surge aí colocado no vértice superior de uma típica relação triangular, em que os pontos inferiores são ocupados, respectivamente, pela criança em situação potencial de risco e pela sua família alargada (ou por terceiros que a substituam) ou pelas instituições (privadas) de que está a cargo[1205].

Mais do que ensaiar a negativização dos direitos constantes dos artigos 67º a 72º – o que seria despropositado, dada a sua natureza instrumental em relação a bens jusfundamentais marcadamente negativos –, do que se trata aqui no fundo é de reconhecer que, por detrás das tarefas constitucionais e das imposições legislativas de concretização do Estado Social consagradas naqueles preceitos, existem motivações que igualmente justificam um incremento da atenção de que certas pessoas são merecedoras no momento de deduzir deveres estaduais de protecção. Ou, ao menos, de elevar a intensidade da protecção que certos deveres preexistentes têm de assumir. Outrossim, quem diz deveres de protecção diz semelhantemente deveres de emanação de normas de organização, procedimento e processo, agora (apenas) em face do próprio Estado e das suas múltiplas instâncias jurisdicionais e das suas instituições administrativas de apoio ou de acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade[1206] – haja em visto,

[1204] Numa linha próxima, referindo-se à possibilidade de o Estado vincular os privados ao (seu) dever de protecção da família: R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 67º*, pp. 1371-1372; também G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, p. 857.
[1205] R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 69º*, p. 1383.
[1206] Excluindo também estes deveres, quando reportados a possíveis agressões estaduais, da figura dos deveres (e dos direitos) de protecção: ALEXY, *Teoria*, p. 474; JARASS, *Funktionen*, p. 626.

a título de exemplo, os deveres desta índole assumidos pelo Estado nos regimes legais sobre tutela de crianças e jovens em risco[1207].

iii) Nestes termos, a chave para uma compreensão adequada das diversíssimas normas constitucionais extraíveis dos artigos 67º a 72º residirá, porventura, na ideia de uma *discriminação positiva* de determinados sujeitos jusfundamentais, que se projecta numa plêiade de obrigações estaduais de actuação normativa e material. Literalmente apresentadas de forma algo indistinta, um esforço de desentrelaçamento das multíplices obrigações do Estado que compõem essa dita plêiade permite revelar, no entanto, não apenas a sua diferente estirpe, mas também a relação de complementaridade que entre si deve ser estabelecida, para que possa ser cumprido aquele objectivo de discriminação benigna.

Entre essas obrigações predominam as que vinculam à realização de prestações de natureza social, primariamente a cargo do Estado, assim como, por imposição da legislação concretizadora por este emanada, a cargo de alguns particulares. Ao seu lado, ou nelas enredadas, acham-se outras obrigações positivas do Estado que já não se subsumem naquele conjunto de tarefas de realização, na medida do possível, do princípio da estadualidade social. A saber: deveres de protecção de direitos fundamentais, com refracções tanto no plano legislativo – sob a forma de imperativos de emanação de regras sancionatórias, ou de regras sobre informação, prevenção, segurança e procedimento –, quanto no plano administrativo – aqui, sobretudo, no domínio da fiscalização; e deveres de produção de normas organizativas, procedimentais e processuais propriamente ditas, destinadas a regular aquelas situações em que as ameaças incidentes sobre os direitos fundamentais das pessoas em causa se desenvolvem dentro das próprias instituições públicas com que aquelas se relacionam de forma mais ou menos duradoura (*v.g.*, os estabelecimentos de ensino e de saúde, bem como as instituições de acolhimento ou de reclusão). Por fim, em particular no que respeita à família e à paternidade e maternidade, detectam-se ainda deveres do Estado decorrentes das correspectivas garantias institucionais, que por sua vez surgem entrosadas com excertos normativos dotados de uma função (objectiva) de natureza assumidamente valorativa. Como se referiu, os que elevam a família a "elemento fundamental da sociedade" e declaram a paternidade e a maternidade como "valores sociais eminentes", visando projectar essas referências axiológicas por sobre o ordenamento jurídico no seu conjunto[1208].

Contas feitas, portanto, mais do que aportar novos bens jusfundamentais aos que resultam já de outros preceitos da Constituição – mesmo o "desenvolvimento integral" das crianças outra coisa não é senão uma declinação, em função da idade, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (nº 1 do

[1207] Lei de protecção de crianças e jovens em perigo (Lei nº 147/99, de 1 de Setembro); Lei tutelar educativa (Lei nº 166/99, de 14 de Setembro).

[1208] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 117 ss., autonomizando esta função valorativa de todas as demais funções objectivas dos direitos fundamentais, e fazendo dela fundamento de um dever geral de efectivação destes. Também sobre esta *Wertfunktion*: FABIO, *Zur Theorie*, pp. 1031 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungsflichten*, pp. 114 ss..

artigo 69º) –, do que se cuida nos artigos em análise é basicamente de reforçar as exigências de alocação de recursos jurídicos e materiais destinados à tutela de bens preexistentes, sempre que determinadas categorias de pessoas se apresentem como particularmente merecedoras ou carenciados desse empenho complementar. Que essa mobilização adicional de recursos coenvolva por vezes a figura dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais é algo de indesmentível, assim como o facto de não ser esse o objectivo nem o efeito jurídico principal das disposições constitucionais apreciadas.

III – Por sua vez, a propriedade constitui o exemplo mais paradigmático de um direito fundamental cujo bem jurídico não tem base naturalística – ao contrário do que sucede com a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade de circulação ou a liberdade de expressão –, sendo inteiramente resultante da conformação que o próprio direito lhe tem emprestado ao longo dos tempos[1209-1210]. Não é difícil, porém, encontrar outros exemplos de direitos fundamentais cujos bens jurídicos protegidos apresentem diferentes graus de dependência em relação a uma prévia actividade de conformação normativa, precipuamente a cargo do legislador ordinário, como sucede com o direito a contrair casamento, com o direito de associação, com o direito à capacidade civil ou até mesmo com a liberdade contratual, enquanto expressão da liberdade de iniciativa económica privada[1211]. De um prisma estrutural, a propriedade distingue-se apenas destes outros direitos em virtude de envolver forçosamente a "diminuição das liberdades naturais dos não proprietários"[1212] – característica que em nada releva para a solução do problema em análise. Comum é, pelo contrário, a circunstância de a dependência em face do legislador, respeitante à determinação material do objecto do direito, nunca se poder convolar – sob pena de inversão metodológica – numa dependência da lei ordinária relativamente à própria tutela constitucional do direito.

i) Não há razões dogmáticas de fundo que permitam excluir os direitos referidos do âmbito da teoria dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. De todo o modo, nem sempre será fácil demarcar na prática as fronteiras entre, por um lado, aquilo que é a configuração jurídica originária ou superveniente de um certo instituto – em regra de direito civil e com origem pré-constitucional, embora depois colocado sob a alçada de uma garantia institucional[1213] – e, por outro lado, aquelas intervenções legislativas que visam proteger activamente, em face de uma qualquer ameaça externa, os bens jurídicos

[1209] Apesar de não ser pacífica, esta ideia é confirmada pelas mais exigentes análises do direito constitucional de propriedade: M.N. BRITO, *A justificação*, pp. 842-843, pp. 903 ss, e pp. 961-965; CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, pp. 103 ss..

[1210] O termo "conformação" não é, todavia, pacífico, surgindo por vezes preterido em favor de outros, como *materialização*, *densificação* ou até *concretização*.

[1211] No que respeita à autonomia privada e à liberdade contratual, P.M. PINTO, *Autonomia*, pp. 336-337.

[1212] M.N. BRITO, *A justificação*, p. 843.

[1213] CANARIS, *Direitos*, esp. pp. 32-36; HESSE, *Derecho*, pp. 55 ss., e pp. 85 ss.; JARASS, *Funktionen*, pp. 646 ss., e esp. pp. 650 ss.; tomando por referência o direito contratual, FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, esp. pp. 132 ss..

resultantes daqueles mesmos complexos normativos constitucionais-legais, mas que vêm a beneficiar como um todo de tutela jusfundamental. Tal dificuldade prática não anula, como é evidente, nem a distinção em si mesma, nem a necessidade de a tentar. Do que se trata, no primeiro caso, é de uma modalidade particular do dever legislativo de estabelecer normas de organização em sentido amplo – normas que, na doutrina nacional, se têm denominado por "normas conformadoras" e que, numa outra gramática jusfundamental, são apelidadas de normas definidoras de "competências de direito privado"[1214] –, ao passo que, no segundo caso, o que está em causa são já verdadeiros deveres de protecção de direitos fundamentais.

São de facto numerosos os direitos fundamentais que pressupõem conceptualmente a existência de institutos jurídicos de direito privado. Sem normas sobre a propriedade, não existe nenhuma propriedade em sentido jurídico, assim como na ausência de normas sobre o casamento também não existe casamento algum em sentido jurídico[1215]. Da mesma forma, grande parte das faculdades que integram a liberdade de associação pressupõe um mínimo de formalização ou institucionalização das próprias associações, o que obviamente não é possível sem um regime legal (civil) que lhes permita aceder à personalidade jurídica. Pode até dizer-se que, antes mesmo de serem *fundamentais*, os direitos em causa eram já direitos *civis*, tendo passado posteriormente por um processo de verticalização, que os tornou aplicáveis nas relações com o poder público (*v.g.*, em face de actos expropriativos ou outras condutas de natureza persecutória)[1216]. Seguiram um percurso contrário ao de outros direitos hoje seus congéneres e que, tendo nascido nas relações verticais com o Estado, têm vindo a ser progressivamente horizontalizados por força de cláusulas constitucionais que declaram a sua vinculatividade nas relações entre privados – como sucede com a constante da parte final do nº 1 do artigo 18º.

A emanação dessas mesmas normas legais necessárias a que os indivíduos possam ser efectivamente titulares subjectivos dos direitos fundamentais em questão não corresponde a um dever de protecção do legislador – nem tão-pouco a uma espécie de dever de protecção primário ou pré-dever de protecção[1217]. Desde logo, nesse momento *lógico* (e não inevitavelmente *temporal*) o direito encontra-se ainda em formação, não se apresentando nesse entretanto acabado do ponto de vista daquela que, constitucionalmente, deve ser a sua fisionomia definitiva. Os deveres estaduais de protecção, enquanto categoria dogmática, não se bastam nestes casos com a mera consagração abstracta de um certo direito fundamental no texto da Constituição. Antes pressupõem a presença efectiva desse direito na ordem jurídica ordinária, através de uma conformação integral do bem jurídico por ele (negativamente) salvaguardado, até porque só assim ele pode estar sujeito a perigos ou riscos concretos que reclamem uma intervenção protectora. A delimitação completa pelo legislador das *esferas jusfundamentais* é, assim,

[1214] ALEXY, *Teoria*, pp. 468 ss..
[1215] ALEXY, *Teoria*, p. 470; também HESSE, *Derecho*, pp. 85-86.
[1216] M.N. BRITO, *A justificação*, p. 845.
[1217] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 78-79.

condição prévia dos deveres de protecção e não sua consequência[1218]. Neste aspecto, aliás, esta figura dos deveres de protecção assemelha-se à das garantias institucionais, que em regra estão também associadas aos mesmos direitos, na medida em que também estas pressupõem um acervo normativo (legal) previamente constituído. Os seus efeitos típicos – quer dizer, o efeito impeditivo da supressão de certo instituto, ou o efeito garantidor ou anti-subversivo das traves-mestras do seu regime – nunca podem produzir-se se o legislador ordinário não tiver antes sedimentado na ordem jurídica esse mesmo instituto com elevado grau de completude[1219].

Assim, os crimes contra a propriedade tipificados no Código Penal – os quais, naturalmente, procuram corresponder a deveres estaduais de protecção de bens jurídicos tributários do direito fundamental de propriedade[1220] – só fazem sentido na medida em que lhes pré-existe um regime legal da propriedade, que dá lastro e consistência real ao nº 1 do artigo 62º da Constituição, permitindo distinguir o que é próprio do que é alheio e saber quais são os títulos translativos da propriedade (*v.g.*, artigos 203º e 205º do Código Penal). Da mesma forma, o crime de bigamia – que visa salvaguardar o casamento na sua dimensão institucional, mas também, reflexamente, proteger a liberdade (negativa) de contrair casamento em face de condutas de terceiros – também só pode ser tipificado no pressuposto de que vigora um regime civil do casamento, o qual estabelece como impedimento matrimonial a existência de casamento anterior não dissolvido de qualquer dos nubentes[1221]. E, embora num outro contexto temático, não deixa igualmente de ser verdade que grande parte das disposições legais sobre direito do consumo só podem operar na premissa de que o direito privado dispõe de um amplo conjunto de normas definidoras dos regimes gerais e especiais dos diferentes contratos, as quais, sendo dominadas pelo princípio da liberdade contratual, deixam espaço à necessária intervenção do Estado em protecção dos bens jusfundamentais dos consumidores (*v.g.*, saúde, segurança, interesses económicos), através de regras imperativas (*v.g.*, sobre rotulagem, qualidade e segurança dos produtos, cláusulas contratuais gerais, direitos de informação, publicidade)[1222].

ii) De resto, é necessário não esquecer três coisas. A primeira é o facto de, ao contrário do que sucede com a constituição jurídica dos bens jusfundamentais que integram os direitos ora em apreço, os deveres de protecção não se esgotarem no plano legislativo, antes se espraiando por todas as funções do Estado. Consequentemente, a autonomia da protecção destes direitos fundamentais com maior

---

[1218] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 79.

[1219] Quanto aos efeitos jurídicos típicos das garantias institucionais no domínio dos direitos fundamentais: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 90-91; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 134-137; M.L. AMARAL, *Responsabilidade*, pp. 424 ss.; M.O. MARTINS, *Contributo*, esp. pp. 182 ss.. Na doutrina germânica mais recente, KLOEPFER, *Einrichtungsgarantien*, pp. 921 ss.; MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *passim*; MAINZER, *Die dogmatische Figur*, *passim.*

[1220] F. COSTA, *Anotação ao artigo 203º*, pp. 29-30; F. DIAS, *Anotação ao artigo 206º*, pp. 94-95.

[1221] J.D. CUNHA, *Anotação ao artigo 247º*, pp. 603-605.

[1222] Sobre a imperatividade como forma típica de refracção dos direitos fundamentais no direito privado, HESSE, *Derecho*, pp. 63 ss..

dependência do legislador sempre estaria garantida pelas funções administrativa e jurisdicional do Estado[1223]. A segunda coisa que interessa ter em atenção é que uma parte significativa das reticências colocadas à inclusão dos direitos em causa entre aqueles que podem reclamar protecção do Estado se prende, não tanto com a medida de subordinação dos respectivos bens jurídicos ao poder conformativo do legislador ordinário, mas sim com a sua própria natureza, que gera formas de lesão menos palpáveis – certamente mais difíceis de representar intelectualmente do que as lesões de bens naturais como a vida, a integridade física ou a saúde – e, por inerência, mais facilmente reversíveis no plano jurídico[1224]. A terceira coisa que não deve olvidar-se é que, mesmo no plano legislativo, a distinção entre *conformação legal* e *protecção legal* não será particularmente mais espinhosa do que a distinção entre *conformação legal* e *restrição legal*, não constando que a doutrina alguma vez tenha renunciado a fazer esta última a pretexto de ela ser demasiado incerta[1225]. O que a doutrina tem feito, pelo contrário, é desmultiplicar-se em esforços no sentido de identificar critérios de destrinça entre os diferentes papéis que o legislador pode assumir em matéria de direitos fundamentais, sem baixar os braços perante a falibilidade de alguns desses critérios[1226]. Assim, o dever de protecção de certo direito fundamental não se confunde com o dever (prévio) de o legislador proceder à respectiva configuração, levantando do chão o bem jurídico que aquele há-de ser chamado a tutelar.

É por isso que ninguém se atreve a negar a possibilidade restrições, com ou sem violação de parâmetros constitucionais, de direitos cujos bens jurídicos são essencialmente conformados pelo legislador ordinário. Ao fixar em 18 anos a idade mínima necessária para o exercício pleno da liberdade contratual, o legislador conforma um direito fundamental. Se hoje elevar essa idade para 21 anos, restringe-o[1227]. Por isso também, se o legislador estabelecer a título imperativo uma regra de direito do consumo aplicável a determinado tipo de contratos previamente conformados, *protege* os direitos da parte contratualmente mais fraca, ainda que para tanto tenha de *restringir* os da outra parte. E, ao definir os crimes de burla e de usura, não deixa de *proteger* – mediatamente, concedendo tutela penal à boa fé e à confiança negocial – a liberdade contratual tal como ela foi representada pelo legislador ordinário (artigo 217º do Código Penal), ao mesmo tempo que prevê a *restrição* da liberdade dos agentes do crime[1228].

[1223] KRINGS, *Grund*, p. 182.

[1224] Defendendo, por isso, uma moderação da intensidade da protecção, KRINGS, *Grund*, p. 180-181.

[1225] ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 192-193, fazendo também assentar a autonomia do dever de protecção na "distinção entre a conformação do «*Grundrechtstatbestand*» através do legislador, que primeiramente constitui o bem jurídico, e a sua protecção".

[1226] Para referir apenas o caso português: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 345 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1261-1268; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 208 ss., e esp. p. 221; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 180 ss..

[1227] CANARIS, *Os direitos*, p. 35.

[1228] A.A. COSTA, *Anotação ao artigo 217º*, p. 275, apresentando várias posições sobre o bem protegido pelo crime de burla. Sobre o crime de usura, A.T. CARVALHO, *Anotação ao artigo 226º*, pp. 386-387.

IV – A interrogação acima colocada a respeito dos denominados *direitos de igualdade* pode suscitar, no presente contexto, alguma estranheza. Depois de ter dominado o ideário político durante mais de dois séculos, e não obstante as plúrimas abordagens propostas ao longo desse período, a ideia de igualdade faz despontar hoje alguns sentimentos negativos, ora de alguma rejeição – em face das ameaças provindas dos igualitarismos despersonalizantes –, ora de descrença – por referência às promessas não cumpridas de determinados modelos de Estado. A igualdade entre os homens, enquanto desiderato político e enquanto princípio organizatório fundamental das sociedades, longe portanto de apresentar o magnetismo de outrora, tem vindo a perder grande parte do seu poder de mobilização. Sobretudo, tem perdido terreno em face de outras ideias ou virtudes suas concorrentes na história da teoria política – em particular, no confronto com a sua (pretensa e) eterna rival: a liberdade[1229]. Porém, nem por isso se pode considerar em contracorrente a questão de saber se o Estado pode ter deveres de protecção relativamente àqueles direitos que alguma doutrina constitucionalista tem cognominado de direitos de igualdade. Paradoxalmente, ou não, o desalento sentido no plano político não tem tido tradução no plano jurídico-constitucional, onde a igualdade e o princípio com o mesmo nome prosseguem a marcha triunfante iniciada com as revoluções liberais e, na sua senda, com as primeiras Constituições escritas. Razão pela qual pode endossar-se sem receios a afirmação de que a igualdade continua a ser a espinha dorsal dos direitos fundamentais, quando não também de toda a ordem constitucional do Estado[1230].

Descendo ao concreto, é sabido que – no referido contexto, e acima de tudo sem esquecer a data e o momento político da sua aprovação – em torno do *princípio geral da igualdade*, ancorado no artigo 13º da Constituição portuguesa de 1976, se acha uma profusão de outras disposições constitucionais em que aquele se manifesta. Sob a forma de *princípios especiais de igualdade*, vêm estes a operar em dois níveis distintos: o da igualdade jurídica, essencialmente preceptivo (e que é também o plano do artigo 13º); o da igualdade de facto, de índole tendencialmente programático. A Constituição não permite, por isso, que se sacrifique a igualdade de facto no altar da segurança e da certeza proporcionadas pela igualdade jurídica, engendrando em consequência um sistema complexo e ambicioso em que os instrumentos normativos de garantia e promoção da igualdade assumem diversas configurações: "decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social, e discriminações positivas"[1231]. A máxima da igualdade, assim, tanto pode ser apresentada como integrando o conteúdo do princípio do Estado de Direito, como enquadrada no seio do princípio do Estado Social[1232].

[1229] Numa derradeira tentativa de recolocar a igualdade no lugar que merece na teoria política, negando o conflito com a liberdade e evitando o estigma do igualitarismo através da conjugação do *"principle of equal importance"* e do *"principle of special responsability"*, DWORKIN, *Sovereign virtue*, pp. 5-6, e esp. 120 ss..

[1230] Em especial, J.P. ROYO, *Curso*, pp. 29, 32, e 34-35.

[1231] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 274-275.

[1232] KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, pp. 905-906.

Algumas de entre as muitas normas especiais sobre igualdade contidas na Constituição, em homenagem à sua maior determinabilidade, consagram aquilo que a doutrina tem designado por *direitos de igualdade* ou *direitos especiais de igualdade*[1233]. Não certamente no sentido de direitos sociais, como agentes promotores de igualdade social – nem tão-pouco na sua variante mais cingida de direitos de comparticipação em prestações estaduais –, mas enquanto pretensões individuais dirigidas ao respeito pela igualdade ou à correcção de situações particulares de discriminação essencialmente jurídica, embora nalguns casos também se alarguem ao combate a certas discriminações factuais. O direito de acesso à função pública em condições de igualdade (nº 2 do artigo 47º) ou o direito de acesso à justiça independentemente dos recursos económicos (nº 1 do artigo 20º) são apenas dois dos vários exemplos que poderiam ser apontados[1234]. No entanto, ainda de entre as normas constitucionais sobre igualdade, uma existe que, pela sua peculiaridade, quando não também pelo seu carácter aparentemente enigmático, reclama uma consideração à parte: trata-se da que consta do inciso que a revisão constitucional de 1997 introduziu no nº 1 do artigo 26º e segundo a qual a todos se reconhece o direito *"à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação"*. Em qualquer das situações, a dúvida que se suscita é sempre a mesma: a existência de deveres de protecção do Estado referidos a verdadeiros e próprios direitos fundamentais à igualdade e, por consequência, a possibilidade de elevar a igualdade a bem jurídico autónomo e merecedor de tutela jusfundamental (subjectiva).

i) No que concerne aos sobreditos direitos especiais de igualdade, que já possuíam apoio textual antes 1997, mesmo quando excluída a sinonímia com os direitos sociais, e passando ao lado de alguma imprecisão terminológica, eles correspondem na generalidade dos casos a direitos com uma estrutura essencialmente positiva. Caso contrário, pouco ou nenhum sentido útil poderiam trazer consigo em face do princípio geral da igualdade. Em si mesmos, eles representam tentativas mais ou menos logradas de subjectivar diferentes manifestações de uma visão dinâmica do princípio da igualdade, aproveitando normas especiais de igualdade aplicáveis em contextos relativamente restritos e propensos à ocorrência de discriminações, redundando por consequência em estruturas jurídicas heterogéneas, onde invariavelmente sobressaem importantes componentes positivas. Daí a predisposição da doutrina para lhes negar a carta de alforria necessária para aceder ao universo dos deveres estaduais de protecção[1235].

[1233] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 277; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 342-343; M.G. GARCIA, *Princípio*, p. 58; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 73 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 415-418; KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, pp. 909 ss.. Em termos desenvolvidos: SACHS, *Besondere Gleichheitsgarantien*, pp. 1017 ss.; sobre as especificidades destes direitos em face dos direitos de liberdade, JARASS, *Funktionen*, pp. 641 ss..

[1234] Para um levantamento exaustivo, J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 274 ss..

[1235] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 193-194; KRINGS, *Grund*, pp. 185-188; com algumas distinções, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 84-86; contudo, em sentido diverso, JARASS, *Funktionen*, p. 643-644.

Se a máxima geral da igualdade possui uma estrutura negativa, reclamando do Estado a simples omissão de perturbação arbitrária de uma igualdade *de iure* fixada em termos absolutamente genéricos[1236] – afinal, por definição, todos os homens são iguais em dignidade e em direitos[1237] –, a razão de ser dos ditos direitos de igualdade é precisamente a de ir mais além, arrancando do Estado condutas positivas que contrariem situações de desigualdade *de iure* – quer situações por ele próprio criadas em momentos anteriores, quer situações de desigualdade social por ele até aí toleradas –, quando não também condutas que promovam activamente a igualdade *de facto* em certos contextos públicos ou privados. Relativamente ao princípio da igualdade, considerado na sua singela qualidade de máxima objectiva de atribuição de direitos – qualidade que, como se sabe, o coloca a par do princípio da universalidade muito para lá da sistematização do texto constitucional[1238] –, o Estado tem um simples dever negativo de respeito, Não criar desigualdades arbitrárias, assim evitando a perturbação de uma igualdade formal aprioristicamente estabelecida[1239]. Já em relação aos referidos direitos de igualdade, consoante as circunstâncias, o Estado tanto pode ter um dever positivo de reposição da igualdade por ele próprio violada, como estar adstrito a um dever de imposição activa de regras antidiscriminação nas relações entre privados, como ainda estar vinculado, na medida das suas possibilidades, a um dever de promoção da igualdade de facto em âmbitos de vida onde ela normalmente está ausente[1240-1241].

Muitos são, assim, os deveres positivos do Estado e, em particular, do legislador que se encontram associados aos direitos especiais de igualdade, conquanto, como se disse, uns apresentem natureza mais preceptiva e outros natureza mais programática. Mas poderão alguns desses deveres positivos enquadrar-se na teoria dos deveres estaduais de protecção? Aparentemente, duas razões condenariam semelhante proposta à improcedência absoluta. Por um lado, a igualdade consagrada no artigo 13º, que ao Estado cumpre respeitar em moldes negativos, não corresponde ela própria a um verdadeiro direito fundamental e, portanto, não comporta tal-qualmente um bem jurídico que possa ser credor de medidas estaduais de protecção jusfundamental. O artigo 13º é uma norma sobre direitos fundamentais, mas não consagra nenhum direito fundamental[1242]. Ele não garante sequer nada de substancial àquele que se considera discriminado em face do tratamento mais favorável concedido a

---

[1236] Cintando Leibholz, como ponto de partida, ALEXY, *Teoria*, p. 415. Também: KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, pp. 909-910, e p. 959; J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 280.

[1237] Não obstante, advertindo para o facto de a igualdade enquanto "*status* imutável do homem" ser mais uma pretensão jurídica do que uma realidade prévia, KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, p. 926.

[1238] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 231 ss., e pp. 237 ss..

[1239] Para uma análise da estrutura da igualdade como direito de defesa (e a protecção), SACHS, *Zur dogmatische Struktur*, pp. 411-419.

[1240] Para JARASS, *Funktionen*, p. 643, os direitos de igualdade começam por ser "um caso especial da função de defesa", embora secundariamente se traduzam em "deveres de protecção".

[1241] Referindo-se a um dever do legislador de reposição da igualdade violada: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 288-289; J.P. SILVA, *Dever*, esp. pp. 77 ss.. Negando, em sentido próximo, a existência de um dever originário de legislar imposto pelo princípio geral da igualdade, KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitsatz*, p. 850.

[1242] Rejeitando, por duas vezes, a dedução de um direito subjectivo público, e qualificando o artigo 13º como "princípio objectivo da ordem constitucional", G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 339, p. 342 e pp. 346-347.

terceiros, uma vez que a igualdade tanto pode ser reposta acrescentando a sua posição, como fazendo recuar as posições de vantagem anteriormente concedidas aos ditos terceiros. Por outro lado, fora deste círculo geral do artigo 13º, sempre que a igualdade deixa de ser um dado de partida e se anuncia como um direito particular de igualdade, ela adquire natureza positiva, volvendo-se em tarefa do Estado – hercúlea, por sinal –, o que tem por sequela a sua inaptidão para constituir objecto dos deveres de protecção de direitos fundamentais. A impossibilidade de encaixar os deveres do legislador em matéria de igualdade na teoria dos deveres estaduais de protecção resultaria, assim, de um desencontro: não obstante a estrutura do princípio geral de igualdade ser essencialmente negativa, ele não se traduz num direito fundamental; não obstante a generalidade das normas especiais de igualdade se traduzirem em verdadeiros direitos fundamentais, elas apresentam uma estrutura predominantemente positiva.

ii) É neste ponto, todavia, que deve ser chamado à colação o direito pessoal de todos os indivíduos *"à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação"* e que, neste domínio, vem a adquirir uma relevância superlativa. Aliás, sendo fruto de uma revisão constitucional relativamente recente – a de 1997 –, e beneficiando em parte do teor literal do artigo 7º da Declaração Universal, a norma da parte final do nº 1 do artigo 26º sempre haveria de destinar-se a trazer um considerável suplemento de alma ao tecido normativo constitucional vigente até à data em matéria de igualdade. Caso contrário, nada explicaria a sua introdução tardia no texto da Constituição.

Intenção que se confirma, sem margem para dúvidas, uma vez compulsados os trabalhos preparatórios da revisão constitucional, pelas afirmações que precederam a sua aprovação por unanimidade. Aí se pode ler que em causa está uma "consagração sob a forma de um direito subjectivo à protecção legal", que "não se trata de uma norma programática ou de uma incumbência do Estado ou dada ao legislador", mas sim de "um verdadeiro e próprio direito subjectivo", do qual deriva "uma protecção a 360 graus"[1243]. Além disso, "este direito à protecção legal, entendido agora como direito pessoal fundamental, pode, em determinados momentos, confrontar-se com uma omissão legal para a protecção desses direitos. E isso pode configurar uma situação de inconstitucionalidade por omissão"[1244]. Em conclusão, portanto, desde a revisão constitucional em apreço que "o artigo 13º e o artigo 26º passam a formar um todo e o legislador ordinário vai passar a estar vinculado a adoptar providências que asseguram a protecção legal contra todas as formas de discriminação, as que estão especificadas no nº 2 e todas as outras que fluem do nº 1"[1245].

A importância da norma em referência é por consequência inegável e advém-lhe:

[1243] Intervenção de José Magalhães, *DAR*, II RC, de 18.4.1997, p. 2231.
[1244] Intervenção do Presidente, *DAR*, II RC, de 10.7.1997, p. 3456, que, todavia, viria a desembocar na rejeição da proposta do Prof. Jorge Miranda de consagração de um mecanismo de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão.
[1245] Intervenção de José Magalhães, *DAR*, II RC, de 16.6.1997, p. 3383.

a) Em primeiro lugar, de ser a única disposição, em todo o articulado constitucional, em que a igualdade surge consagrada sob a forma de um direito subjectivo autónomo – um direito, liberdade e garantia de natureza pessoal, sujeito ao correspondente regime constitucional[1246] – e não sob a forma de um princípio do qual resultam interditos de tratamento discriminatório ou imperativos de tratamento diferenciado, sempre respeitantes ao acesso a outros direitos ou à sujeição a determinados deveres[1247]. Ou seja, em vez de um princípio objectivo respeitante ao regime dos direitos fundamentais, um direito, liberdade e garantia.

b) Em segundo lugar, referindo-se a "quaisquer formas de discriminação", o direito destina-se a contrariar tanto as discriminações da responsabilidade das entidades públicas quanto as efectuadas por entidades privadas. Abrange tanto as discriminações directas como as indirectas, independentemente do modo de apresentação da violação da máxima da igualdade: diferenciação injustificada, indiferenciação ou diferenciação desproporcionada; exclusão expressa, silêncio excludente ou duplo tratamento[1248]. Portanto, um direito que incumbe ao legislador transpor para a realidade das relações intersubjectivas privadas.

c) Em terceiro lugar, deriva também de não assumir natureza especial, antes consagrando um *direito geral de igualdade*. Mais do que as múltiplas réplicas do princípio da igualdade espalhadas pela Constituição – as normas ou os direitos especiais de igualdade –, o interlocutor privilegiado do direito consagrado na parte final do nº 1 do artigo 26º é, de facto, o princípio geral de igualdade consagrado no artigo 13º. Dirigindo-se contra discriminações efectuadas em razão de todos os critérios de diferenciação constitucionalmente proscritos, o seu campo de aplicação só pode ser o definido em termos abertos pelo artigo 13º e nunca o delimitado por alguma ou algumas normas especiais de igualdade[1249].

d) Finalmente, o relevo de que é credora a norma em análise advém-lhe de proceder concomitantemente a qualificação da igualdade *(tout court)* como um *bem jusfundamental* que ao Estado cabe, antes de mais, não pôr em causa através de intervenções arbitrárias – o que já resultaria do artigo 13º –, mas em relação ao qual compete também, num segundo momento, oferecer uma "protecção legal" tão abrangente quanto possível[1250].

[1246] Em termos próximos, KIRCHHOF, *Der allgemeine Gleichheitsatz*, pp. 964-966.

[1247] No entanto, acentuando que direito se encontra *sob reserva* de intervenção do legislador, ainda que seja reduzida a margem de decisão deste, J. NOVAIS, *As restrições*, p. 135.

[1248] Sobre as diferentes patologias do princípio da igualdade: R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 456 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 76 ss.; PESTALOZZA, *Noch Verfassungsmässige*, pp. 529 ss.; GLEIXNER, *Die Normerlaßklage*, pp. 85 ss.; V. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad*, p. 50; G. BEILFUSS, *Tribunal*, pp. 29-30.

[1249] Não obstante, qualificando-a como um "direito especial de igualdade", G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 469.

[1250] Referindo-se ao nº 1 do artigo 26º como tendo por objecto "a defesa do *status negativus* do cidadão *(noli me tangere)",* bem como o "interesse na conservação" dos seus bens jurídicos, P.M. PINTO, *Autonomia*, pp. 330-331.

A parte final do nº 1 do artigo 26º representa assim – como acidentalmente se referiu já[1251] – um *afloramento literal* da figura geral dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais (e não propriamente um *dever especial* de protecção). Mercê de um clima internacional e europeu marcado por uma vontade política firme de dar resposta ao recrudescimento de fenómenos de sexismo, xenofobia, racismo, homofobia ou intolerância, o legislador de revisão sentiu-se compelido a assumir, expressamente, como dever do Estado, a protecção activa dos indivíduos contra condutas discriminatórias baseadas nos critérios proscritos identificados pelo nº 2 do artigo 13º – dada a pesada herança histórica que carregam –, ou em outros de análogo jaez[1252]. Na verdade, a igualdade apresenta-se neste quadro como um bem jusfundamental que é constantemente ameaçado por um perigo bem real – o perigo da discriminação ou do tratamento desigualitário baseado em critérios arbitrários –, que não se encontra aliás apenas nas relações com o poder público. Cada vez mais, ele espreita ao virar de muitas das esquinas da vida económica, social e cultural, quantas e quantas vezes de forma velada e insidiosa, e nem sempre as vítimas se encontram na melhor posição para se defenderem (autotutela) dele ou nem sempre dispõem de instrumentos céleres para o combaterem eficazmente (heterotutela). Afinal, sendo "o tipo de ameaça, lesão ou violação mais frequente no domínio das relações privadas (…) o que se relaciona com as discriminações", será inevitavelmente essa também a "zona mais vitalmente carecida de protecção" estadual[1253]. Regra geral, não é sequer necessária uma "boa razão" para a fundar uma conduta discriminatória. Basta um pequeno preconceito, desencadeado por um ligeiro sotaque estrangeiro, uma forma particular de vestir, uma postura que supostamente revela certas preferências…

Mais importante do que salientar as circunstâncias internas e externas que terão motivado o legislador de 1997, é sublinhar que a igualdade que o Estado tem de proteger ao abrigo desta disposição é, no essencial, a *igualdade negativa, jurídica ou formal* – traduzida na ausência de discriminações arbitrárias, estigmatizantes, atentatórias da dignidade humana ou que constituam obstáculos injustificados ao livre desenvolvimento da personalidade – e não a *igualdade positiva, de facto ou material* que marca presença noutras paragens da Constituição – sem prejuízo das linhas de continuidade que muitas vezes entre uma e outra se estabelecem. Daí também, por certo, a localização sistemática escolhida para acolher este novo direito, entre os direitos, liberdades e garantias e entre os direitos pessoais, precisamente aqueles que se encontram ao serviço dos demais bens jurídicos da personalidade. De valorizar, por outro lado, é o facto de o direito assim consignado ter por primeiríssimo destinatário passivo o próprio legislador: do que se trata, antes de mais, é de fixar ao Estado um dever de legislar e, mais precisamente, um dever de emanação de legislação antidiscriminatória[1254]. Do que se conclui, obviamente, que o nº 1 do artigo 26º não é explicável segundo o paradigma da igualdade *perante a lei* – imortalizado nos clássicos textos

[1251] Supra, §1º, ponto 4.7.2.
[1252] Chamando a atenção para o contexto da alteração constitucional, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 469; V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 270; também P.M. PINTO, *Autonomia*, pp. 316-319.
[1253] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 95.
[1254] R. MEDEIROS / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 26º*, p. 630.

constitucionais da época liberal –, encontrando a sua essência na vinculação do Estado a uma efectiva igualdade jurídica (mas só jurídica) *na lei* e *através da lei*[1255].

iii) Resta, então, fazer um primeiro esforço de determinação do conteúdo constitucional desse dever legiferante, identificando na medida do possível as diferentes configurações que a consequente legislação antidiscriminatória pode apresentar – embora, quanto a este segundo ponto, a Constituição reserve naturalmente à liberdade de conformação do legislador a escolha das técnicas jurídicas concretas de protecção da igualdade enquanto bem jusfundamental autónomo. Ora, sem prejuízo de se reconhecer a grande exigência desta visão, parece relativamente seguro que o dever (geral) de legislar em protecção da igualdade se há-de desdobrar numa vertente substantiva e numa vertente adjectiva, subdividindo-se cada uma dela em três deveres específicos:

a) *Dever de reposição da igualdade violada*, isto é, um dever de correcção de todas as disposições legais vigentes que, materialmente, estabeleçam diferenciações baseadas em critérios arbitrários ou que, de algum modo, favoreçam ou propiciem a ocorrência de condutas discriminatórias[1256];

b) *Dever de proibição formal de comportamentos discriminatórios* nas relações estabelecidas entre particulares, sempre que tal seja (não apenas permitido, mas antes) determinado pela regra da vinculação das entidades privadas ao regime dos direitos, liberdades e garantias (nº 1 do artigo 18º), sem que seja necessário identificar num dos lados dessa relação uma posição de supremacia de facto ou de poder económico – o que quer dizer que a relação entre particulares não tem de mimetizar aquela que é a típica forma de relacionamento entre os cidadãos e o poder público[1257];

c) *Dever de conformação de instrumentos jurídicos de aferição e sancionamento* das condutas discriminatórias ilícitas, ou seja, de soluções legais que permitam um controlo efectivo da ocorrência de actos de discriminação directa e indirecta através de indícios objectivos (*v.g.*, obrigações de fundamentação, modulações do ónus da prova e presunções legais) e o seu sancionamento civil (*v.g.*, decretação da invalidade do acto ou imposição de obrigações de

[1255] São vários os exemplos recentes de legislação portuguesa que correspondem a esta tendência de igualdade jurídica através da lei: Lei nº 134/99, de 28 de Agosto (proíbe as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica); Decreto-Lei nº 86/2005, de 2 de Maio (regulamenta a Lei nº 134/99); Lei nº 18/2004, de 11 de Maio (aplica o princípio da igualdade de tratamento de pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica); Lei nº 46/2006, de 28 de Agosto (proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde); Decreto-Lei nº 34/2007, de 15 de Fevereiro (regulamenta a Lei nº 46/2006); Lei nº 14/2008, de 12 de Março (proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento); Lei nº 10/2001, de 21 de Maio (institui o relatório anual sobre igualdade de oportunidades entre homens e mulheres). Particular relevância assumem, naturalmente, os regimes antidiscriminatórios constantes do Código do Trabalho (esp. artigos 23º a 32º). No caso alemão destaca-se a *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, de 14 de Agosto de 2006.

[1256] LANGE, *Grundrechtsbindung*, pp. 337 ss..

[1257] Também rejeitando como critério determinante a existência de um poder privado: P.M. PINTO, *Autonomia*, p. 323; e *A influência*, pp. 154 ss.; sobre o conceito de poder social, STERN, *(§76) Die Wirkung*, pp. 1586 ss..

ressarcimento de danos patrimoniais e morais), administrativo (*v.g.*, cancelamento de autorizações ou licenças, exclusão de concursos, interdição do exercício de actividades, intervenções policiais) ou penal (*v.g.*, contraordenações, sanções acessórias, qualificação das motivações discriminatórias como circunstâncias agravantes ou, nos casos mais extremos, conformação de tipos criminais autónomos[1258]).

d) *Dever de definição de procedimentos administrativos ou privados de tutela da igualdade* – maxime, no âmbito das relações laborais – que permitam prevenir, detectar, corrigir e sancionar em tempo as diferentes condutas discriminatórias, garantindo ao bem jurídico em causa um nível de protecção adequado antes mesmo de ser necessário aceder à via judicial;

e) *Dever de criação de vias processuais específicas ou de adaptação das vias processuais comuns* (*v.g.*, mediante alargamento da legitimidade processual às associações representativas das pessoas discriminadas[1259]), sempre que tal seja indispensável para aceder aos tribunais e aí obter uma tutela jurisdicional efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações do direito a um tratamento conforme com o princípio geral da igualdade (nº 1 e 5 do artigo 20º);

f) *Dever de organização de instituições públicas* com competências no domínio da informação, vigilância, prevenção, inspecção, correcção e eventualmente sancionamento das condutas discriminatórias[1260].

Em virtude da caracterização geral da figura dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, foram excluídos do elenco apresentado eventuais deveres do legislador destinados à protecção da igualdade em face de condutas discriminatórias perpetradas pelo poder público, nas suas múltiplas vestes. Em compensação, resulta claro que a tutela do bem jurídico igualdade passa não apenas pelo cumprimento de deveres estaduais de protecção em sentido estrito, mas também de deveres de organização, procedimento e processo[1261]. Assim como resulta claro que a consagração deste novo direito fundamental do nº 1 do artigo 26º, bem como os correspondentes deveres de produção de legislação antidiscriminatória, têm um *efeito colateral* importante em sede de interpretação e aplicação da regra da vinculação das entidades privadas ao regime dos direitos, liberdades e garantias. Sobretudo fora do âmbito

[1258] Como tipo criminal autónomo, há a registar o artigo 240º do Código Penal (discriminação racial ou religiosa). Por outro lado, o homicídio e as ofensas à integridade física assumem a forma qualificada se o facto típico tiver sido "determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima" (alínea *f)* do nº 2 do artigo 132º e nº 2 do artigo 145º).

[1259] Em particular, a Lei nº 20/96, de 6 de Julho, permite a constituição como assistentes, em processo penal, das associações de imigrantes, anti-racistas ou defensoras dos direitos humanos, no caso de crimes cuja motivação resulte de atitudes discriminatórias em razão da raça ou nacionalidade.

[1260] Apenas para referir as (três) entidades com competências exclusivas em matéria de igualdade: *Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego* (Decreto-Lei nº 76/2012, de 26 de Março); *Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género* (criada pelo Decreto-Lei nº 164/2007, de 3 de Maio, e entretanto integrada na Presidência do Conselho de Ministros); *Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial*, integrada no *Alto Comissariado para a Imigração e o Diálogo Intercultural* (artigo 7º do Decreto-Lei nº 167/2007, de 3 de Maio).

[1261] Quando às tipologias destes últimos deveres, e à sua relação com os deveres de protecção, DENNINGER, *Staatliche Hilfe*, p. 296, e pp. 304 ss..

das relações laborais – onde a forte vinculação dos empregadores ao princípio da igualdade se encontra de há muito enunciada de forma expressa no exórdio do nº 1 do artigo 59º[1262-1263] –, o direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação parece reverter-se numa substancial redução da tolerância que, ao abrigo do princípio da autonomia privada, da liberdade geral de acção ou da especificidade do direito privado, era concedida pela doutrina a certas condutas discriminatórias comuns nas relações horizontais. Regista-se, portanto, um estreitamento das margens do arbítrio privado – fechando-se, nomeadamente, a possibilidade de contemporização com certas escolhas emotivas ou idiossincrasias comportamentais dos contraentes – e uma elevação proporcional do nível de vinculação dos particulares ao princípio da igualdade, enquanto pedra angular do regime dos direitos fundamentais, que assim acaba por se aproximar (perigosamente) do nível de vinculação que é esperado das entidades públicas[1264-1265].

Em resumo, a parte final do nº 1 do artigo 26º, ao consignar simultaneamente um direito fundamental geral a um tratamento não discriminatório no plano jurídico e uma específica obrigação do Estado-legislador de actuação antidiscriminatória, consagra um dever estadual de protecção do bem jusfundamental igualdade, assim como um verdadeiro direito a exigir judicialmente essa protecção mesmo em caso de omissão legislativa[1266]. Tanto na sua relação com o princípio geral do artigo 13º, quanto na sua relação com as normas especiais de igualdade que sejam meras decorrências da ideia de igualdade jurídica, o nº 1 do artigo 26º parece resolver negativamente a *vexata quaestio* da transmutação subjectiva dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: não há em rigor transmutação alguma, porquanto do que se cura, *ab initio*, é de um direito à protecção estadual da igualdade.

9.1.2. Conteúdos fundamentais eficazes entre privados

Se, em primeiro lugar, apenas podem ser assistidos por deveres estaduais de protecção aqueles bens jurídicos que são tutelados por normas de direitos fundamentais de modo essencialmente negativo –

[1262] Recordem-se, entre tantos outros, os artigos 23º a 32º do Código do Trabalho.

[1263] No plano doutrinal, em termos algo divergentes, sobre o princípio da igualdade no âmbito das relações laborais: B. XAVIER / A.N. CARVALHO, *Princípio*, pp. 401 ss.; M.P. RAMALHO, *O direito*, pp. 173 ss.; C.S. BOTELHO, *Algumas reflexões*, pp. 78 ss.; G. DRAY, *O princípio*, *passim*; SACHS, *Die Auswirkungen*, pp. 1145 ss.. Mais amplamente, sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais: J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 147 ss.; SINGER, *Direitos*, pp. 327 ss.; BADURA, *Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten*, pp. 1-18; PAPIER, *Drittwirkung*, pp. 1347-1350; de forma desenvolvida, AUSSEM, *Die Ausstrahlungswirkung*, *passim*.

[1264] O artigo 2º da Lei nº 134/99, de 28 de Agosto, o artigo 2º da Lei nº 18/2004, de 11 de Maio, o artigo 2º da Lei nº 46/2006, de 28 de Agosto, assim como o artigo 2º da Lei nº 14/2008, de 12 de Março, determinam a aplicação dos respectivos normativos, indistintamente, a entidades públicas e privadas.

[1265] Sobre o balanceamento entre igualdade e autonomia privada: P.M. PINTO, *Autonomia*, pp. 313 ss., e esp. pp 333 ss.; J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 292-295; e *Anotação ao artigo 13º*, p. 238; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 258-262; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1289-1290; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 95-101; J.B. GOUVEIA, *A lei da anti-discriminação*, pp. 19 ss.; B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 41-60; NEUNER, *Diskriminierungsschutz*, pp. 57 ss.; SACHS, *Die Auswirkungen*, pp. 1143 ss.; STERN, *(§ 76) Die Wirkung*, p. 1569 e pp. 1580-1581. Numa visão muito restritiva, defendendo a "preponderância da liberdade sobre a igualdade", MAUNZ / DÜRIG (Herzog / Scholz), *Grundgesetz, I, Art. 3º*, p. 227-235.

[1266] Sobre os meandros do "direito a uma lei": G. CANOTILHO, *Omissões*, pp. 111 ss.; e *Direito à emanação*, pp. 290 ss.; EISELE, *Subjective öffentliche Rechte*, esp. pp. 108 ss.. Já quanto aos remédios jurisdicionais para preencher essas omissões, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 210 ss..

ou enquanto a sua tutela se estruturar constitucionalmente em moldes negativos –, em segundo lugar, é também pressuposto da imposição ao Estado de deveres de protecção a susceptibilidade de os direitos em questão produzirem efeitos vinculantes nas relações jurídicas *inter privatos* – ou de *também* aí produzirem tais efeitos. Assim é, de facto, independentemente de os respectivos sujeitos se apresentarem numa posição de igualdade de facto (eficácia horizontal) ou de um deles deter uma posição de supremacia económica ou social (eficácia vertical privada), e indiferentemente do ramo da enciclopédia jurídica que seja chamado a reger essas relações ou a extrair as devidas consequências daquele tipo de eficácia (direito civil, laboral, administrativo ou penal). Por conseguinte, mesmo tomando por referência apenas as ditas posições jusfundamentais de estrutura essencialmente negativa, não é possível deduzir deveres de protecção em sentido próprio no tocante àqueles direitos que, de acordo com a sua natureza, encontram o seu campo de aplicação exclusivo nos vínculos que se estabelecem entre os indivíduos e o poder público e que, em consequência, só podem ser ameaçados pela mão do Estado (eficácia vertical *proprio sensu*). Outra coisa não seria de esperar, porquanto, como por várias vezes se repetiu, o Estado não pode razoavelmente estar vinculado a deveres de protecção contra si próprio. No que concerne aos direitos que só ele mesmo pode ameaçar, os deveres do Estado cifram-se, antes de mais, na omissão de actuações que directa ou indirectamente possam produzir a sua violação ou a sua colocação em perigo.

Assentando nesta premissa – que, diga-se, merece adesão significativa[1267] –, bastaria agora fazer uma remissão para a dogmática da vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias, e aí recolher as indicações disponíveis sobre quais os direitos que pelo seu próprio *conteúdo material* ou pela sua *índole estrutural* só valem nas relações com o poder público, sobretudo enquanto pretensões de defesa, mas também enquanto direitos a prestações jurídicas, materiais ou organizativas, escapando em qualquer dos casos à prescrição literalmente universal da parte final do nº 1 do artigo 18º. Por exclusão de partes, todos os restantes direitos fundamentais ingressariam no acervo daqueles que, em função das circunstâncias, poderiam exigir do Estado o cumprimento de deveres de protecção activa. Neste grupo se incluem tanto os direitos que o texto constitucional predestina a uma aplicação entre sujeitos privados, como aqueloutros cuja formulação constitucional é neutra ou que apenas por razões históricas foram delineados a pensar essencialmente no sujeito passivo Estado. No fundo, mais não seria necessário do que aceitar os catálogos de direitos fundamentais elaborados pela doutrina à luz da respectiva aptidão (ou inaptidão) para produzir efeitos nas relações entre entes privados. As respostas à questão da susceptibilidade para desencadear deveres de protecção seguiriam, pois, inteiramente a par dos resultados obtidos pela teoria da vinculação das entidades privadas[1268].

[1267] ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 216-217; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 74-75, e pp. 87-88; DIRNBERGER, *Recht*, p. 157; KRINGS, *Grund*, p. 188; ROBBERS, *Sicherheit*, p. 187.

[1268] Considerando esta discussão um problema paralelo ao da *Drittwirkung*, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 335 ss., esp. pp. 350-352; referindo-se a um "problema comum", HERMES, *Das Grundrecht*, p. 99.

Não obstante, a conhecida divisão do universo dos direitos fundamentais em três grupos distintos, gizada pela doutrina maioritária em resposta à questão prévia da delimitação dos direitos abrangidos pelo debate entre as teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, não é tão sólida quanto aparenta ser e, por isso, não poder ser aceite sem reservas quando, como agora sucede, se pretende balizar o âmbito jusfundamental de incidência dos deveres estaduais de protecção[1269]. Além do mais, não seria avisado remeter simplesmente a decisão do problema jurídico em apreço para a dogmática da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, uma vez que tal poderia ser entendido como um desvio à orientação, anteriormente assumida, segundo a qual a figura dos deveres do Estado de protecção daqueles direitos é duplamente autónoma em relação à consagrada no nº 1 do artigo 18º *in fine*[1270]. Importa, assim, aclarar o sentido das reticências suscitadas por este, até certo ponto inevitável, reenvio prejudicial para os meandros da teoria da vinculação das entidades privadas.

I – Mesmo antes de iniciar a discussão sobre o tema da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, uma parte significativa da doutrina começa por fazer a delimitação de uma *zona de exclusão por natureza* e de uma *zona de inclusão expressa*, reconduzindo o essencial daquele dilema dogmático ao perímetro de uma, porventura mais ampla, *zona central de incerteza*. Esquematicamente:

Exclusão por natureza	***Incerteza***	***Inclusão expressa***

i) Embora os elencos variem um pouco – e deixando de lado os direitos a prestações de tipo social, dado o seu carácter eminentemente positivo –, na *primeira destas três zonas* é possível encontrar direitos como a tutela jurisdicional efectiva, a responsabilidade civil do Estado, o direito de petição, a proibição da tortura e de penas desumanas ou degradantes, a proibição da pena de morte, o direito à cidadania, o *habeas corpus*, as garantias em processo criminal, os direitos de asilo e de não extradição e expulsão, as garantias em matéria de expropriação, a objecção de consciência, assim como em geral todos

[1269] Embora traçando de forma não coincidente as fronteiras entre os três grupos referidos: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 332-333; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1290 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 386; V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 120-122; B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 9-12; J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 29-32, e *Contrato*, pp. 72-73. Embora em sentido crítico: J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98. Compartimentações semelhantes encontram-se também noutros contextos nacionais: B. UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355-360; STERN, *(§76) Die Wirkung*, pp. 1570 ss., esp. p. 1585; HESSE, *Grundzüge*, p. 157; PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte*, p. 44.

[1270] Supra, §1º, ponto 4.4.

os direitos de participação política, com o direito de voto à cabeça[1271]. O sujeito passivo destes direitos seria sempre e só o Estado, independentemente de o adstringirem a obrigações de *non facere*, de *facere* ou de ambas as naturezas em simultâneo. Consequentemente, todos estes direitos, bem como outros que com eles mantenham afinidades materiais ou estruturais, ficariam de fora da discussão sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais – e, por inerência, teriam também agora de ser colocados do lado exterior da linha delimitadora dos direitos que poderiam desencadear deveres estaduais de protecção.

Todavia, não é seguro que assim seja. Com efeito, uma coisa é saber quem é indicado pela Constituição como principal sujeito passivo de um determinado direito, outra bem diferente é saber se, para além daquele, o mesmo direito não pode também vincular outros sujeitos secundários, acidentais ou laterais. Só este segundo problema pode ser reconduzido, com propriedade, à ideia de raiz civilista da *Drittwirkung*. Aliás, não deixa de ser curioso verificar a facilidade como que – num contexto em que a complexa problemática da *vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais*, tal como ela é introduzida pela Constituição portuguesa, é com frequência reduzida à dita figura jurídica da eficácia externa ou perante terceiros daqueles mesmos direitos[1272] –, se afasta do centro da discussão, justamente, aquele conjunto de direitos em relação ao qual se colocam questões de efeito externo ou quanto a terceiros.

Recorde-se, na verdade, que este fenómeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados:

a) Não pode ser retratado com um mínimo de fidelidade através da ideia de *eficácia horizontal* – dada a crescente ausência de paridade de posições nas relações privadas (eficácia vertical privada), tanto motivada pela multiplicação dos denominados poderes factuais privados, como pelos problemas de inserção dos indivíduos no seio das organizações[1273];

b) Não deve também ser reconduzido a uma questão de *eficácia no direito privado* – não obstante a complexidade adicional que no domínio das relações regidas pelo direito civil é trazida pelo princípio da autonomia privada, ele espraia-se por diversos outros ramos da ordem jurídica, como o direito laboral, o direito da economia (*v.g.*, no domínio da protecção do consumidor), o direito administrativo (*v.g.*, como sucede nas relações poligonais em

[1271] B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 9-10; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 344 ss., e esp. sobre o direito de asilo, p. 350; também sobre o direito de asilo, KRINGS, *Grund*, pp. 201-202.

[1272] Embora o texto constitucional se refira apenas a direitos, liberdades e garantias, as vertentes negativas (e até positivas) de direitos sociais não podem ser excluídas: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 340.

[1273] Esta segunda vertente do problema é, muitas vezes, obnubilada em detrimento da primeira: no entanto, J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 336-337; amplamente, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 241 ss.; também STERN, *(§ 76) Die Wirkung*, pp. 1588 ss..

matéria de ambiente e urbanismo) ou o direito penal (*v.g.*, sempre que os tipos criminais incorporem bens jusfundamentalmente protegidos)[1274];

c) E não pode igualmente ser reduzido à ideia de *eficácia externa* ou *quanto a terceiros* dos direitos fundamentais, uma vez que esta é apenas uma manifestação específica de uma figura mais vasta, que compreende outras modalidades de vinculação bem mais consistentes do ponto de vista jurídico. Concretamente, daquelas outras modalidades – aliás tomadas como regra pela parte final do nº 1 do artigo 18º[1275] –, em que os particulares assumem a posição de obrigados principais dos direitos fundamentais ou de co-obrigados juntamente com o Estado e em que, bem entendido, a vinculação dos sujeitos privados não é apenas lateral, remota ou acidental, mas se traduz numa eficácia normal e a título principal – independentemente de se processar com ou sem intermediação do legislador, de forma mediata ou imediata.

Quer isto dizer, portanto, que apesar de a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais não se confinar à denominada eficácia externa ou quanto a terceiros, ela não deixa de compreender também esta mesma modalidade específica de vinculação, que por sua vez encontra o seu âmbito privilegiado de aplicação, precisamente, entre os direitos fundamentais deste primeiro grupo, caracterizados por se dirigirem contra o Estado. É que o facto de estes direitos convergirem na eleição do Estado como seu sujeito passivo principal – por natureza têm no Estado o seu destinatário – não significa que todos os sujeitos privados se possam considerar no terreno em apreço absolutamente isentos de toda e qualquer vinculação dimanada desses mesmos direitos.

Tomando o exemplo paradigmático do direito de petição, é evidente que ele "pode encontrar nas relações (…) entre indivíduos alguns obstáculos ao seu exercício", pelo que é importante sublinhar que "nenhuma entidade privada pode proibir, impedir ou dificultar o exercício do direito de petição, designadamente no tocante à recolha de assinaturas e à prática dos demais actos necessários" à sua actuação prática[1276]. Na mesma linha de raciocínio, pensando nas denominadas garantias processuais, não pode igualmente excluir-se – bem pelo contrário – que o direito ao segredo de justiça (nº 3 do artigo 20º) ou os direitos de audiência e defesa em processos sancionatórios (nº 10 do artigo 32º) vinculem também sujeitos privados, ora interditando-lhes a revelação de factos susceptíveis de contender com o bom nome e com a presunção de inocência de quem está a ser investigado, ora impondo o respeito por aqueles dois direitos às pessoas ou instituições privadas que disponham legal ou estatutariamente da faculdade de aplicar sanções disciplinares ou outras[1277]. E, num último exemplo, apesar de ninguém poder exigir votar

[1274] Versando o tema da protecção penal a propósito da vinculação dos entes privados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 293-294; porém, reduzindo expressamente este problema ao âmbito de vigência do princípio da autonomia privada, sem prejuízo da necessidade de reequacionamento deste, V. GRAU, *Derechos*, esp. pp. 81 ss..

[1275] Referindo este preceito como revelador da superação do paradigma liberal dos direitos fundamentais como "direitos de defesa contra o Estado", G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 384-385.

[1276] M.L. DUARTE, *O direito*, p. 83.

[1277] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 526, se bem que, em rigor, no tocante aos direitos do nº 10 do artigo 32º, esteja em causa mais até do que a sua mera eficácia externa.

senão dirigindo-se ao Estado, que tem a seu cargo a organização do processo eleitoral, salta à vista que não é só o Estado que pode comprometer o exercício do direito de voto, sendo muito fácil configurar situações em que sujeitos privados procuram impedir ou condicionar de forma ilegítima aquele exercício. Daí que os cidadãos em geral estejam vinculados a obrigações de facilitação do exercício do direito de voto – *maxime*, no caso dos empregadores – e de não coacção sobre os eleitores[1278].

Desta forma, não deve dar-se por adquirido que os direitos situados na dita *zona de exclusão por natureza* possam ser liminarmente arredados do âmbito de vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais, na medida em que esta figura se pode traduzir também na produção de simples efeitos vinculativos externos, dirigidos a sujeitos privados que são terceiros numa relação jurídica que se configura verticalmente e se processa, nuclearmente, entre o titular do direito e o Estado. É indispensável efectuar sempre, não apenas uma análise casuística do conteúdo de cada direito, mas também uma decomposição das suas diferentes dimensões jusfundamentais. Nem tão-pouco é legítimo dar por adquirido que tal eficácia externa ou que essa vinculação de terceiros se confine sempre à imposição de simples *deveres gerais de respeito* ou de *não interferência* com posições jusfundamentais alheias e, bem assim, de *deveres negativos de suportar o seu gozo*. Porventura assim sucederá na generalidade dos casos, mas os exemplos apresentados suscitam dúvidas sobre a possibilidade de os efeitos vinculativos externos decorrentes dos direitos em causa extravasarem para o campo das *obrigações positivas* ou de *cooperação activa* de particulares no exercício de direitos fundamentais pelos respectivos titulares[1279].

Por tudo isto, percorrendo o caminho da dedução concreta dos deveres estaduais de protecção jusfundamental, não será difícil achar aí vinculações do Estado a imperativos constitucionais de tutela, frente a potenciais agressores privados, de determinados aspectos (negativos) de direitos como o direito de petição, o direito ao segredo de justiça – será por acaso que o nº 3 do artigo 20º se refere à "protecção" deste? –, os direitos de audiência e defesa, o direito de voto, bem como de outros de idêntica estrutura e comummente registados nesta pretensa zona de exclusão necessária[1280].

ii) Por sua vez, na denominada *zona de inclusão expressa* pontuam direitos como o direito de resposta e de rectificação, (a liberdade de expressão e) o direito de intervenção dos jornalistas na orientação dos órgãos de informação, a liberdade de associação (na sua vertente negativa), o direito à greve, senão mesmo também alguns dos direitos cuja defesa pode fazer-se com recurso à acção popular[1281]. Ou, mais amplamente, ainda direitos como os respeitantes à protecção de informações sobre pessoas e famílias (nº 2 do artigo 26º), ou a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (nº 1 do

[1278] Sobre os crimes eleitorais, regem especialmente os artigos 340º (coacção de eleitor), 341º (fraude e corrupção de eleitor) e 342º (violação do segredo de escrutínio) do Código Penal; J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 304-306.
[1279] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 123-124; em sentido diferente, J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 333.
[1280] Em sentido próximo, I. SARLET, *A influência*, p. 123.
[1281] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243, em nota; identicamente, J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 31-32; e *Contrato*, p. 72.

artigo 34º), o direito à reserva dos dados pessoais informatizados (nº 2 do artigo 35º), os direitos dos cônjuges e dos filhos nascidos fora do casamento (nºs 3 e 4 do artigo 36º), o direito a tempos de antena nas emissoras de rádio e televisão (nº 3 do artigo 40º), a liberdade de criação cultural e a protecção dos direitos de autor (nº 2 do artigo 42º), o direito à segurança no emprego (artigo 53º), assim como alguns dos direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais em face dos respectivos empregadores e seus representantes (artigos 54º e 56º)[1282]. No que toca a estes direitos, a Lei Fundamental teria *explicitamente* tomado partido em favor da sua eficácia nas relações entre privados – ou, melhor dizendo, teria adoptado essa posição caso a caso, uma vez que seria difícil encontrar uma opção mais clara do que a da parte final do nº 1 do artigo 18º.

No entanto, sem prejuízo de alguma surpresa que uma análise na especialidade de cada um dos exemplos avançados poderia pôr a descoberto – *v.g.*, porquê considerar que a Constituição consagra *expressamente* a eficácia entre privados da inviolabilidade do domicílio e da correspondência quando, na realidade, os nºs 2 e 4 do artigo 32º somente se preocupam com intervenções restritivas das autoridades públicas?[1283] –, é evidente o carácter algo heterogéneo deste segundo lote de direitos. Nele se congregam alguns direitos que podem considerar-se primacialmente dirigidos às relações entre privados – *maxime*, os direitos dos cônjuges –, mas sobretudo direitos destinados a valer tanto nas relações com o poder público como em contextos privados, assim sejam públicos ou particulares os respectivos sujeitos passivos (*v.g.*, empregador público ou privado, associação pública ou privada, órgão de comunicação social público ou privado). Por conseguinte, esta dita zona de inclusão necessária não é, ao contrário do que por vezes parece ser sugerido, um domínio em que se consagram direitos fundamentais destinados principalmente a reger relações jurídicas entre sujeitos privados – consignam-se antes direitos para valer *também* aí –, nem muito menos um espaço aproblemático na óptica da prescrição da parte final do nº 1 do artigo 18º.

Desde logo, o facto de a Constituição determinar explicitamente a valência de um certo direito também nas relações entre particulares não resolve só por si o dilema maior que está em cima da mesa: eficácia imediata ou simples eficácia mediata? Estando hoje completamente obsoletas as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como as suas herdeiras mais directas que se limitam a reconhecer a *vinculação do legislador* de direito privado àqueles mesmos direitos[1284] – ambas irremediavelmente improcedentes à luz do próprio texto constitucional –, a única dúvida razoável só pode referir-se ao modo como aquela eficácia se equaciona a propósito de cada direito. E essa não é de todo esclarecida pelas disposições que procedem à chamada *consagração expressa* da

---

[1282] G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1290.

[1283] Referindo-se antes à existência de "legislação ordinária secular" no sentido da sua aplicação nas relações privadas (como direitos de personalidade), E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 121. Também no sentido da existência de direitos de personalidade constitucionalizados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 730 ss..

[1284] No início da década de 70, considerando toda a teoria da *Drittwirkung* supérflua (com base na ideia de vinculação directa do legislador e de imputação ao Estado das agressões privadas), SCHWABE, *Die sogennante Drittwirkung*, *passim*; sobretudo sobre a decisão "Lüth" (BVerfGE, 7, 198), *Bundesverfassungsgericht*, pp. 442 ss.. Na mesma linha, naturalmente, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, esp. pp. 57 ss., e esp. pp. 93 ss..

eficácia entre particulares. Pelo contrário, os preceitos constitucionais em apreço são profícuos na utilização de expressões como "a lei estabelecerá" (nº 2 do artigo 26º), "a lei define" (nº 2 do artigo 35º), "nos termos da lei" (nº 3 do artigo 40º), "protecção legal" (nº 2 do artigo 42º), entre outras que indiciam que nem tudo está resolvido no plano constitucional. O mínimo que se pode dizer a este respeito é que o carácter não exequível de algumas das normas constitucionais aqui envolvidas não se compagina bem com uma orientação que, no tocante a todos os direitos integrados no círculo em análise, pretenda ver reconhecida a sua eficácia plena (e imediata) nas relações jurídicas entre os sujeitos privados.

Por outro lado, mesmo não aceitando a tese segundo a qual os preceitos constitucionais que, explicitamente, decretam a eficácia *inter privatos* de certos direitos fundamentais se limitam a proceder à positivação destes numa perspectiva exclusivamente objectiva – ou seja, cumprindo apenas a função de impor ao Estado-legislador o cumprimento de deveres concretos de protecção dos correspondentes bens jusfundamentais nas relações entre sujeitos privados[1285] –, ela vem demonstrar que a questão da vinculação das entidades privadas não pode ser resolvida à margem da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e sem desagregar os respectivos conteúdos[1286]. Com efeito, semelhante tese, que com o intuito de preservar até às últimas consequências o dogma dos direitos fundamentais como posições dirigidas exclusivamente contra o Estado, não hesita em dissolver todas as dimensões subjectivas dos direitos fundamentais em questão – bem entendido, porque essas teriam inevitavelmente de ser actuadas em face de entes particulares –, revela ao mesmo tempo que a aptidão ou inaptidão para produzir efeitos nas relações entre sujeitos privados não pode, claramente, ser decidida com apelo a uma suposta natureza ou vocação intrínseca de cada direito fundamental como um todo, mas é algo que carece de ser analisado a propósito de cada dimensão jusfundamental – de defesa, de protecção, de organização e procedimento, institucional – e, também, de cada uma das faculdades que o compõem[1287]. A eficácia ou ineficácia *inter privatos* não é, em suma, algo que possa ser colado como um rótulo a cada uma dos direitos fundamentais globalmente considerado, nem, menos ainda, algo que possa ser decidido de modo a abarcar amplas categorias ou grupos jusfundamentais.

Somente numa perspectiva analítica se conseguirá compreender o que se julga ser uma evidência: que a eficácia dos direitos fundamentais apresenta uma geometria variável. Só assim será possível explicar que um mesmo direito – como, por exemplo, o direito à greve – tenha simultaneamente como sujeito passivo exclusivo o Estado, quando considerado na sua dimensão de protecção, ou nas suas eventuais dimensões de organização e procedimento, mas já possa ter como destinatários passivos quaisquer entidades empregadoras públicas ou privadas, sempre que encarado sob o prisma das

---

[1285] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; também J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 96-97.

[1286] G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1289.

[1287] Apresentando um complexo modelo (em três planos) de vinculação dos privados que entra em linha de conta com as diferentes dimensões jusfundamentais, ALEXY, *Teoria*, pp. 515 ss.; para a sua crítica, STERN, *(§ 76) Die Wirkung*, p. 1559. Tentando uma reabilitação da *Drittwirkung* mediata através do "entendimento reflexivo" dos direitos fundamentais, POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss..

respectivas dimensões subjectivas. E, bem assim, que esse mesmo direito tenha apenas o Estado como destinatário se considerado na sua vertente negativa, destinada a vedar a todas as autoridades públicas a proibição do recurso à greve ou a repressão do seu exercício, muito embora o leque dos destinatários se alargue a todos e quaisquer empregadores quando em causa está a correspondente vertente positiva, a qual permite aos trabalhadores decretar a greve, como forma de autotutela dos seus direitos num conflito laboral.

iii) Por último, colocados na denominada *zona de incerteza* ficariam todos os direitos fundamentais relativamente aos quais a Constituição não dá nenhuma indicação, nem num sentido nem noutro. Nem sempre é claro, em todo o caso, se a incerteza se refere apenas à questão da eficácia imediata – como parece mais razoável, dado o teor literal do nº 1 do artigo 18º –, se respeita à questão logicamente anterior da própria eficácia nas relações privadas. Seja como for, a colocação nesta zona residual de incerteza de todos os direitos não referidos até ao momento, sendo aparentemente inócua, encerra uma contradição valorativa difícil de aceitar. Como explicar que, supostamente, sobre a intrincada questão da eficácia entre privados dos direitos fundamentais, a Constituição tenha tomado partido em termos expressos a propósito do direito de antena ou dos direitos das comissões de trabalhadores e se tenha bastado com uma afirmação genérica a respeito de direitos tão relevantes como a vida, a integridade física ou a liberdade religiosa? Que margens de incerteza a Constituição exclui quanto àqueles e que, ao mesmo tempo, admite quanto a estes últimos?

Numa Constituição como a portuguesa, em que o nº 1 do artigo 18º revela ostensivamente a superação definitiva do paradigma liberal dos direitos fundamentais como direitos de defesa, não faz sequer sentido a pergunta sobre a eficácia destes últimos direitos nas relações entre os particulares – nem mesmo, em sintonia com a jurisprudência dos tribunais comuns, sobre a possibilidade de essa eficácia se produzir *directa e imediatamente*[1288]. Não é por certo apenas em virtude dos regimes que o legislador ordinário estabeleceu em diplomas como o Código Penal, o Código Civil ou a lei da liberdade religiosa que os sujeitos privados se encontram vinculados a respeitar aqueles direitos basilares, especialmente nas dimensões que também a eles se dirigem. É sim por causa daquilo que está prescrito *ex constitutione* e que só depois, tomando esta como esteio, irradia valorativamente para toda a ordem jurídica. Se incertezas subsistem quanto ao alcance normativo da parte final do nº 1 do artigo 18º, elas não podem ser generalizadas a todos os direitos não integrados em nenhum dos dois frágeis grupos de direitos anteriormente versados e, acima de tudo, elas hão-de cingir-se regra geral à intensidade, ao alcance material e ao *modus operandi* concreto dessa eficácia directa e imediata – e só muito excepcionalmente ao *se* dessa mesma forma de eficácia entre privados. Não podendo negar-se que a norma contida no trecho

[1288] Sobretudo a propósito de casos ditos de *colisão de direitos* é comum o recurso directo aos direitos fundamentais. Apresentando ampla resenha jurisprudencial: E.V. SEQUEIRA, *Dos pressupostos*, pp. 257 ss..

final nº 1 do artigo 18º não implica, por si só, uma resposta global à questão tradicional da eficácia mediata ou imediata[1289] – da mesma forma que a regra da vinculação de todas as entidades públicas não exclui as dificuldades de aplicação suscitadas pelos direitos contidos em normas constitucionais não exequíveis por si mesmas[1290] –, também não pode aceitar-se a ideia da sua absoluta neutralidade, mormente quando se trata de direitos fundamentais de primeira grandeza e de inquestionável ressonância valorativa. Em se tratando de direitos fundamentais marcantes do código genético da axiologia constitucional, repugna a ideia de que a vinculação dos sujeitos privados pode ser deixada para mais tarde, para o momento da intervenção do legislador, ao sabor dos critérios de conveniência e oportunidade deste.

Em resumo, a repartição dos direitos fundamentais em três conjuntos distintos, tal como usualmente apresentada na doutrina, é bem menos sólida do que à primeira vista poderia parecer e pode mesmo revelar-se enganadora. Por isso, só com as muitas reservas efectuadas pode servir como quadro preliminar de referência para a determinação dos direitos fundamentais que, por serem aptos a produzir efeitos vinculativos nas relações jurídicas entre sujeitos privados, podem também implicar deveres estaduais de protecção. Concretamente, aquela tripartição dos direitos fundamentais não pode obnubilar o facto de o vasto problema da vinculação das entidades privadas – e, por consequência, dos deveres estaduais de protecção – se poder colocar *a priori* em relação a todos os direitos fundamentais, tal como aliás resulta da letra do nº 1 do artigo 18º. Assim como não pode também escamotear a circunstância de o problema não ser resolúvel tomando cada um dos direitos fundamentais como um bloco unitário, antes exigindo uma perspectiva analítica, que proceda à desagregação das diferentes faculdades compreendidas no seu conteúdo e distinga claramente as suas várias dimensões objectivas e subjectivas, activas e passivas, horizontais e verticais[1291]. Em regra, chegar-se-á por esta via a um quadro complexo de eficácia: onde diferentes efeitos terão diferentes destinatários, cumulativa ou alternativamente; onde pontuarão em simultâneo destinatários primaciais e secundários, públicos e privados; onde se cruzarão efeitos relativos e efeitos *erga omnes*; enfim onde marcarão presença efeitos de maior e menor intensidade, quer como efeitos principais, quer como efeitos externos, laterais ou quanto a terceiros.

II – Dito isto – e não cumprindo retomar aqui a crítica das teses que procuram fundamentar a figura dos deveres de protecção a partir da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares[1292] – importa, todavia, deixar uma palavra para reafirmar a ideia de que esta tendencial coincidência entre as posições jusfundamentais que, por um lado, estão aptas a produzir efeitos nas relações entre sujeitos privados e que, por outro lado, são susceptíveis de reclamar do Estado acções de

[1289] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 241-242.
[1290] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 326-327.
[1291] STERN, *(§76) Die Wirkung*, pp. 1561 ss.; em termos semelhantes, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355 ss..
[1292] Supra, §1º, ponto 4.4.

tutela não infirma a tese da autonomia dogmática recíproca daquelas duas figuras constitucionais. Esta autonomia apresenta, como se disse, um duplo sentido[1293].

Em primeiro lugar, apesar de a figura dos deveres estaduais de protecção assumir tipicamente como pressuposto a efectiva vinculação dos sujeitos privados, nas relações entre si, aos direitos fundamentais em causa – ou, para ser mais preciso, às faculdades e dimensões jusfundamentais que reclamam essa mesma tutela protectora –, ela integra-se na problemática constitucional da vinculação das entidades públicas, que começa naturalmente pela vinculação do próprio legislador[1294]. O que significa, designadamente, que, numa perspectiva de regime constitucional, os deveres estaduais de protecção não se regem pelos padrões resultantes da parte final do nº 1 do artigo 18º, estando antes submetidos aos cânones aplicativos, por certo mais exigentes, do segmento imediatamente anterior desse mesmo preceito. Dever de protecção e vinculação recíproca dos entes privados não são uma e a mesma coisa, mas realidades distintas que têm uma única premissa em comum, mas que seguem a partir dele caminhos submetidos a lógicas e a regras razoavelmente distintas[1295].

Em segundo lugar, uma vez destronadas, por evidente contradição com as opções do legislador constituinte, as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e centrando-se hoje a maior parte dos esforços doutrinários na determinação do *como* e da *intensidade* dessa mesma vinculação – ou seja, na alternativa entre eficácia mediata e eficácia imediata e na sua (superação ou) matização através de soluções intermédias e diferenciadoras –, é importante sublinhar que a afirmação autónoma do instituto dos deveres de protecção não está dependente da posição adoptada quanto a esta querela. E não é tanto porque se acumulam indícios do eminente esboroamento daquela dicotomia, com várias vozes a advogar o seu artificialismo e a professar a ideia de que ambas as teses chegam a resultados idênticos[1296]. De um lado, tomando por referência o mesmo direito fundamental, a aceitação da mera vinculação mediata não desemboca necessariamente na imposição de deveres estaduais de protecção. Em primeira linha, há que contar com as muitas virtualidades da via hermenêutica, com o preenchimento dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, ou com os próprios direitos de personalidade, ou ainda com os deveres de segurança no tráfego. De outro lado, o reconhecimento de uma vinculação imediata não inviabiliza a dedução de imperativos de protecção, concretizadores ou complementares dos efeitos directamente produzidos pelos direitos fundamentais[1297].

[1293] Também em defesa da ideia de autonomia: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 387; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 216-217; e igualmente *Das Grundrecht*, pp. 35-36; RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 182-185.

[1294] HESSE, *Grundzüge*, p. 156.

[1295] No sentido de que partem (antes) de um problema comum, isto é, a existência de perigos não estaduais para os bens jusfundamentalmente protegidos, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 99.

[1296] Designadamente: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 337; V. ANDRADE, *Os direitos*, p.244; ALEXY, *Teoria*, pp. 511-515; fazendo notar que essa proximidade remonta à origem do problema, STERN, *(§ 76) Die Wirkung*, p. 1531. Contra, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 79.

[1297] I. SARLET, *A influência*, p. 131.

Compreende-se agora melhor por que motivo não merece aceitação a tendência segundo a qual *é basicamente através do cumprimento (legislativo) dos deveres de protecção que se processa a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais* – ou, por outras palavras, a tendência que pretende abrir, no espaço que supostamente medeia entre a eficácia mediata e a eficácia imediata, uma espécie de *terceira via* de relacionamento entre os direitos fundamentais e os sujeitos privados[1298-1299-1300]. Com efeito, não obstante esta tendência sincrética estar a ganhar terreno, é evidente que em larga medida ela se constrói à custa da independência dos deveres estaduais de protecção – assim como, no caso português, a expensas de um menor alcance da parte final do nº 1 do artigo 18º. Não se vislumbra como pode ser atribuída competência ao legislador ordinário, com a margem de livre conformação de que sempre dispõe – e, segundo alguns, só muito excepcionalmente também aos tribunais[1301] – para decidir sobre se, e em que termos, podem os direitos fundamentais valer nas relações entre os respectivos titulares. Conquanto exista mesmo quem defenda que esta corrente coloca fora de moda a teoria da eficácia mediata, supostamente sufragada há mais de 50 anos pela tão controversa decisão *Lüth*[1302] – no sentido em que a vetusta questão da *Drittwirkung* é agora atirada para as margens da teoria dos deveres de protecção[1303] –, semelhante orientação em pouco difere das clássicas teses da eficácia meramente indirecta ou mediata[1304]. Simplesmente, em vez de a vinculação dos particulares se efectuar com recurso ao direito previamente legislado – pensando-se, em regra, de modo redutor, apenas no direito privado vigente e, em particular, na interpretação (conforme) dos seus preceitos e no preenchimento dos seus conceitos indeterminados e cláusulas gerais[1305] –, tal efeito vinculativo dar-se-ia agora com apelo à transformação ocasional ou pontual desse mesmo direito privado. O que, por sua vez, equivale tão-só a reconhecer duas evidências: a natureza lacunar do direito privado em matéria de tutela dos bens jusfundamentais; e que o respectivo legislador – como se houvesse vários legisladores, um para o direito público e outro para o direito

---

[1298] Como principal arauto: CANARIS, *Direitos*, esp. pp. 55-75; mas também STERN, *(§76) Die Wirkung*, pp. 1560-1561, e pp. 1573 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 37 ss.; KLEIN, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, pp. 489 ss.; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss., esp. pp. 285-289; PIETZCKER; *Drittwirkung*, pp. 345 ss.. Em Portugal, na respectiva senda, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 72 ss.; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 153 ss.. Manifestando-se claramente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118. Dando ainda conta da referida tendência: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 337-338; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 137 ss., e pp. 239-240; A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 414 ss.; B. UBILLOS, *La eficácia*, pp. 289 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 136 ss..

[1299] Em rigor, porém, a origem desta orientação remonta ao próprio Dürig, que baseia a sua tese da eficácia mediata no *dever de protecção da dignidade humana* do artigo 1º da Lei Fundamental: MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz*, I, Art. 1, Abs. III, n.m. 132.

[1300] A tendência terá chegado ao Tribunal Constitucional germânico na sua decisão *"Handelsvertreter"*, de 1990 (BVerfGE, 81, 242). Lendo a decisão neste sentido: OETER, *"Drittwirkung"*, pp. 549-551; STARK, *Praxis*, p. 67.

[1301] CANARIS, *Direitos*, pp. 39 ss., e p. 58; J. NOVAIS, *Os direitos*, p. 108; referindo-se amplamente à mediação do juiz, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 302 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 163 ss.; STERN, *(§ 76) Die Wirkung*, pp. 1582-1586.

[1302] Decisão que remonta a 1958 (BVerfGE, 7, 198), logo confirmada pela decisão *Blinkfüer*, de 1969 (BVerfGE, 25, 256).

[1303] FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, p. 39.

[1304] JARASS, *Die Grundrechte*, pp. 373-378, falando de uma "estreita conexão" entre efeito *mediato* dos direitos fundamentais e dever de protecção estadual.

[1305] O que, certamente, não deixa de ser uma reminiscência da formação de base do principal autor: C.W. Canaris.

privado![1306] – está igualmente obrigado a garantir de modo activo o respeito pelos direitos fundamentais. Junta-se apenas o direito legal *constituendo* ao direito legal *constituído*.

Ora, a realidade afigura-se diversa da sugerida pela teoria em análise. Em se tratando de relações jusfundamentais triangulares, não é porque o Estado está obrigado a cumprir certos deveres de protecção que os correspondentes bens jurídicos vão acabar, reflexa ou mediatamente, por produzir efeitos vinculantes entre os sujeitos privados envolvidos. Será sim porque os entes privados estão entre si adstritos aos direitos fundamentais que o Estado está, em determinadas circunstâncias, obrigado a um dever de protecção. É porque essa vinculação foi definida *a priori* pela Constituição que o Estado tem, por vezes, que proteger legislativamente os bens jusfundamentais que se encontram sob ameaça[1307]. O respeito a que *A* está juridicamente obrigado para com a vida de *B* não advém da norma legal que pune o homicídio, mas é o dever de proteger penalmente o bem vida que assenta sobre a vinculação recíproca de todos pela vida dos seus semelhantes. O direito civil não apresenta, a este respeito, qualquer especificidade. Por isso, as liberdades fundamentais não vinculam apenas as partes de um contrato quando, previamente, o legislador entendeu ser seu dever interceder por elas, dado que este ou aquele contraente tem uma posição mais frágil, ou devido ao facto de neste ou naquele tipo contratual as relações serem tendencialmente desigualitárias. Em qualquer dos casos, a intervenção do legislador não tem um carácter constitutivo, mas meramente declarativo e concretizador[1308]. Para que não restem dúvidas, o nº 1 do artigo 18º contém uma norma que estabelece a aplicabilidade – mediata ou imediata, nem isso é agora verdadeiramente decisivo – dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não é uma simples autorização concedida ao legislador (e, em casos excepcionais, à função jurisdicional), nem tão-pouco uma norma atributiva de competência para, através da sua acção, proceder a essa vinculação[1309]. A vinculatividade dos direitos fundamentais *inter privatos* é em si mesma fixada pela Constituição, não podendo estar sujeita às margens de livre decisão e ponderação que em regra são reconhecidas ao legislador ordinário no domínio dos seus deveres de protecção.

9.2. Os direitos das gerações futuras

O problema dos direitos das gerações futuras[1310] – ou dos deveres das gerações presentes para com as vindouras – é hoje incontornável[1311]. Sempre o foi, aliás, como revela a leitura de alguns textos

[1306] No entanto, insistindo na ideia de vinculação do dito "legislador privado": CANARIS, *Direitos*, pp. 28 ss.; STERN, *(§76) Die Wirkung*, pp. 1565 ss.; HESSE, *Grundzüge*, p. 159.
[1307] O mesmo valerá, aliás, para o dever de protecção jurisdicional: STERN, *(§76) Die Wirkung*, p. 1551, e pp. 1582 ss..
[1308] UBILLOS, *La eficacia*, p. 297.
[1309] Neste sentido, I. SARLET, *A influência*, pp. 131-132.
[1310] O texto deste ponto foi parcialmente publicado, em J.P. SILVA, *Breve ensaio*, pp. 459 ss..
[1311] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 45-49.

jurídicos clássicos, como o de Ihering, onde se sustenta serem os chamados "direitos comuns" caracterizados pela ausência de exclusividade. Estes direitos pertencem a um determinado círculo de pessoas, mas a sua determinação ou a sua utilidade não se esgotam no interesse daqueles que são os sujeitos presentes, pelo que têm também por objecto os interesses das gerações futuras. "Assim como o Estado, na prossecução da sua obrigação de tutela, aceita que as pessoas podem não conservar os seus direitos, e assim como deve assegura-se uma participação dos vindouros na herança que lhes cabe por direito, tem o Estado que encontrar medidas de protecção para as gerações futuras e evitar que um presente egoísta lhes cause um furto, na medida em que com as suas decisões inviabilize o exercício dos poderes de disposição daquelas"[1312].

Serão assim poucos os que negam a relevância autónoma do problema, sustentando que a melhor forma de defender as novas gerações é garantir o respeito actual pelos direitos fundamentais dos cidadãos[1313]. E mesmo esses preferem concentrar-se na demonstração da impossibilidade lógica de gerações de pessoas que *ainda não existem* serem titulares de direitos *agora*, dificilmente escapando ao reconhecimento de que a geração actual tem obrigações para com as suas sucessoras[1314]. A questão não é, assim, tanto a de saber *se* os indivíduos de hoje estão vinculados para com as gerações posteriores, mas antes a de saber *como* se fundamenta e se conforma essa vinculação[1315]. Afirmações categóricas como a proferida pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão nº 85/85, segundo a qual "não há direitos fundamentais sem sujeito", não podem mais aceitar-se pacificamente.

I – Este é, no entanto, um problema que não pode ser analisado apenas dentro das fronteiras do direito constitucional. Ele começa aliás por ser um problema ético e filosófico, que, não sendo rigorosamente novo, vê a sua premência hodierna resultar da circunstância de o homem ter adquirido capacidade científica e técnica para tornar impossível a vida na terra. Para que a história da vida possa prosseguir – e não apenas a da vida humana –, o homem terá, doravante, de agir de uma determinada maneira, fazendo uso da sua inteligência e dos recursos disponíveis de uma forma compatível com essa mesma continuidade. "A História torna-se objecto do dever ser humano, *responsabilidade humana* – não apenas a história do homem individual ou a dos grupos de homens, mas a História do homem simplesmente (e dos animais e das plantas)"[1316]. Os desafios que neste mesmo plano se colocam são, assim, de grande envergadura: reformular as bases teóricas da ética de modo a que possam acomodar a ideia de responsabilidade para com o futuro; estabelecer os fundamentos de um novo princípio de justiça,

[1312] Citando Justininano, *Geist*, pp. 363-364.
[1313] BECKERMAN, *The impossibility*, p. 66; mais desenvolvidamente, BECKERMAN / PASEK, *Justice*, pp. 11 ss..
[1314] BECKERMAN, *The impossibility*, pp. 53 ss., esp. p. 61; BECKERMAN / PASEK, *Justice*, pp. 107 ss.. Na doutrina nacional, C.A. GOMES, *Risco*, pp. 155 ss., esp. pp. 160-162. Para uma (contra)análise sistemática desta linha de argumentação, PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 5 ss..
[1315] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 129.
[1316] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 21.

já não entre pessoas concretas, nem entre classes sociais, nem tão-pouco entre Estados ou povos, mas sim entre gerações.

O profundo abalo causado pela ideia de que o homem está em condições de tornar impossível a vida das próximas gerações – ou, ao menos, de as impedir de ter uma existência condigna na terra – fez saltar o problema para o espaço público, onde o debate político é enriquecido com contributos de natureza científica e se alarga a outros domínios materiais. Além da magna "questão ambiental", que de forma impressiva marca a transição do século XX para o século XXI, todo o espectro da acção governativa passa a ser escrutinado à luz do problema dos direitos das gerações futuras, desde o endividamento público excessivo, passando pela sustentabilidade financeira da segurança social, pela preservação do património e da herança cultural, terminando nas questões relativas ao emprego dos jovens e do seu acesso a lugares políticos de decisão. Não obstante, uma análise do modo de funcionamento dos sistemas políticos democráticos revela que estes apresentam debilidades estruturais que os tornam pouco propensos a garantir o respeito pelos direitos das gerações subsequentes, tanto mais que os governantes, imbuídos do imediatismo que caracteriza a sociedade actual, só com relutância se dispõem a desenvolver políticas sustentáveis a longo prazo. As políticas de curto prazo, que produzem resultados mais rápidos, são, bem entendido, bastante mais compensadoras do ponto de vista eleitoral. Afinal, segundo o vaticínio keynesiano, *"in the long run, we are all dead"*.

II – É neste contexto filosófico e político que os diferentes ramos do direito têm sido reconvocados para o tema. Considerando a natureza global de muitas das ameaças que pendem sobre as gerações vindouras, compreende-se que o direito internacional tenha aí um papel insubstituível de protecção[1317]. Nos seus âmbitos específicos, o direito do ambiente, o direito financeiro, o direito da segurança social, e o próprio direito penal são também crescentemente chamados a dar resposta a problemas que, de uma forma ou de outra, envolvem a protecção dos ditos direitos ou dos interesses das gerações futuras[1318]. É contudo para o direito constitucional que o desafio se apresenta mais estimulante: este constitui o mais decisivo instrumento de limitação jurídica do poder político e das maiorias conjunturais que efectivamente o exercem; os direitos fundamentais compreendem em si mesmos uma dimensão intergeracional que, porventura, é mais do que um simples corolário da Constituição enquanto pacto com vocação duradoura e, portanto, enquanto pacto entre gerações[1319]. Não surpreende, assim, a circunstância de em alguns documentos constitucionais se registarem já afloramentos positivos da ideia de

[1317] O texto de Direito Internacional mais emblemático é a *Declaração (da UNESCO) sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras*, de 12 de Novembro de 1997.
[1318] Na doutrina portuguesa: no direito do ambiente *lato sensu*, M.G. GARCIA, *O lugar*, esp. pp. 262 ss., pp. 288 ss., pp. 372 ss., e pp. 411 ss..; no direito financeiro, E.P. FERREIRA, *Da dívida*, pp. 69 ss.; no direito penal, F. DIAS, *O papel*, *passim*; ROXIN, *¿Es la protección*, p. 456.
[1319] HÄBERLE, *La libertad*, pp. 261-265, e *A constitutional law*, pp. 224-225.

direitos das gerações futuras, bem como do correspondente princípio objectivo da solidariedade ou da justiça intergeracional.

Concretamente, é no direito constitucional que se tem perguntado se o dever de protecção de direitos fundamentais que impende sobre o Estado se refere apenas aos seus titulares presentes ou se abarca também os direitos das gerações futuras[1320]. A questão tem toda a pertinência. Por um lado, coincidência ou não, a teoria dos deveres de protecção começou por se afirmar, primeiro, a propósito da vida ainda não nascida, nos célebres arestos sobre aborto, desenvolvendo-se seguidamente a respeito da utilização da energia nuclear para efeitos pacíficos, onde, como é sabido, grande parte das ameaças jusfundamentais se alongam desmesuradamente no tempo. Por outro lado, a introdução do tema dos direitos das gerações vindouras na teoria dos direitos fundamentais faz sobretudo sentido na perspectiva das respectivas dimensões positivas, e não certamente na perspectiva da função negativa de defesa individual, contra restrições estaduais, de sujeitos que ainda nem sequer existem[1321]. Por outro lado ainda, a questão relativa à inclusão dos direitos das gerações futuras como um tópico da teoria dos deveres estaduais de protecção é tão mais significativa quando se assiste ao colapso eminente de alguns dos mais comuns instrumentos técnico-institucionais de segurança[1322]. Simplesmente, da pertinência da questão não resulta inevitavelmente uma resposta positiva. Tanto mais que – à semelhança das dificuldades sentidas no plano filosófico em fundamentar um princípio de justiça intergeracional, em face dos clássicos princípios de justiça comutativa e distributiva –, também no direito constitucional, nem tudo aquilo que faz parte do discurso bem intencionado dos direitos das gerações futuras é compatível com os quadros mentais da racionalidade jurídica e com as exigências de construção dogmática da figura em questão.

9.2.1. Perspectiva filosófica e ética

Para melhor enquadrar as questões dogmáticas da protecção constitucional dos direitos das gerações futuras, é importante repisar a ideia de que foi a consciência da radical dependência do futuro relativamente ao presente que produziu, no plano filosófico e ético, uma verdadeira revolução coperniciana, pondo em causa as visões tradicionalmente optimistas quanto ao futuro da humanidade e o dogma do progresso contínuo[1323]. Por certo, Kant interrogava-se sobre as regras peculiares que regem o relacionamento entre gerações, mas no fundo o que o preocupava era a não reciprocidade que inevitavelmente caracteriza as relações intergeracionais. Nem por um momento se punha em dúvida que

[1320] Fazem a pergunta: MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 207 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 217 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 124 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 287 ss.; LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 174 ss.; SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 76.

[1321] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 100.

[1322] F. DIAS, *O papel*, pp. 45-46.

[1323] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 82 ss.. No plano filosófico, em resposta à tese de H. Marcuse sobre as consequências sociais e institucionais (perversas) da "ideologia" do progresso técnico e científico, embora também sobre premissas marxistas, HABERMAS, *Técnica*, pp. 45 ss., e pp. 72 ss..

os vindouros habitariam uma casa melhor do que a dos seus antepassados[1324]. Quase duzentos anos volvidos, em 1971, num dos mais citados textos sobre justiça entre gerações, Rawls continua a raciocinar sobre pressupostos semelhantes. O seu objectivo é a determinação de um princípio de poupança justa num contexto de crescimento económico, criticando, inclusive, a doutrina utilitarista por "exigir pesados sacrifícios às gerações mais pobres em favor dos maiores benefícios de gerações posteriores, que serão muito mais ricas"[1325]. Todavia, apenas oito anos depois da publicação da *Teoria da Justiça*, em 1979, a certeza de que a própria sobrevivência da espécie humana está em causa encontra-se no epicentro de uma verdadeira obra de viragem – *O princípio da responsabilidade*, de Hans Jonas – em que o imperativo categórico kantiano – "age de tal modo que possas querer também que a tua máxima se converta em lei universal" – surge reformulado e inserido numa ética de responsabilidade para com o futuro, dirigida à subsistência da vida humana tal como a conhecemos hoje, ladeada pela natureza e pela cultura[1326].

I – O cotejo do pensamento destes dois autores, que escreveram na mesma década, é sumamente esclarecedor.

i) Rawls rejeita a aplicação do seu "princípio da diferença" à questão da justiça entre as diferentes gerações, uma vez que é impossível as gerações posteriores ajudarem a melhorar a situação das gerações anteriores menos afortunadas. Segundo ele, "é um facto natural que as gerações se estendem ao longo do tempo e que os benefícios económicos se orientam apenas num único sentido". Como esta situação é imodificável, dado que tem a ver com a própria natureza das coisas, não chega sequer a colocar-se aqui uma verdadeira questão de justiça. Necessário é apenas que as diferentes gerações se ponham de acordo quanto a um *princípio de poupança* que garanta a cada geração receber o quinhão que lhe cabe da geração anterior e contribuir com a sua parte para as gerações que lhe sucedem[1327].

Esse acordo deve ser achado colocando as partes do contrato numa peculiar *posição original*, em que desconhecem por completo a que geração pertencem. Sabem que são contemporâneas, mas ignoram se a sua geração é primitiva ou desenvolvida, pobre ou rica, porque esses factos estão absolutamente cobertos pelo *véu de ignorância*. Considera-se também que as partes representam linhagens familiares e que, consequentemente, se preocupam pelo menos com os seus sucessores mais imediatos. Considera-se finalmente que o princípio adoptado deve ser tal que as partes possam desejar que todas as gerações anteriores o tenham seguido à risca. Assim, as partes estarão em condições de responder à questão ética de

[1324] "Causa sempre surpresa que as velhas gerações pareçam empenhar-se nas suas ocupações trabalhosas só em vista das futuras, para lhes preparar um estádio a partir do qual possam elevar ainda mais o edifício (…); e que só as últimas gerações terão a sorte de habitar na mansão em que uma série dos seus antepassados (…) trabalhou, sem no entanto poderem partilhar da felicidade que prepararam. Mas se é assim tão enigmático, é ao mesmo tempo necessário" – in *Ideia de uma história universal*, p. 25.
[1325] *Uma teoria*, p. 229.
[1326] *El principio*, p. 40.
[1327] *Uma teoria*, pp. 228-229.

saber quanto devem dispor-se "a poupar em cada em cada fase de desenvolvimento, partindo do princípio de que todas as outras gerações pouparam, ou pouparão, de acordo com o mesmo critério". O propósito é o de encontrar uma taxa de esforço ajustada a cada geração e ao estádio de desenvolvimento em que se encontra: se a população é pobre, a poupança é mais difícil e, portanto, deve exigir-se uma taxa de poupança mais baixa; em compensação, se a população é rica, podem exigir-se razoavelmente poupanças mais generosas, dado que o sacrifício real imposto por essa poupança é menor[1328].

Em todo o caso, o objectivo final das partes, que justifica a acumulação que lhes é exigida, é o de alcançar uma sociedade com um suporte material suficiente para "estabelecer instituições justas e efectivas, dentro das quais as liberdades básicas possam ser realizadas". Com um princípio de poupança fixado nos termos descritos, as gerações não podem fazer o que bem desejam – os respectivos membros têm deveres para com a posteridade –, mas todas as gerações (a partir da primeira) beneficiam com a sua aplicação. Ainda que por natureza não possa verificar-se reciprocidade entre as gerações, todas as gerações tiram proveito com o cumprimento escrupuloso do dito princípio de poupança. Cada uma delas tem o dever de deixar à seguinte um "equivalente equitativo", um "capital real" (em máquinas e fábricas, mas também em conhecimento e cultura, técnicas e competências), que lhe permitirá gozar de uma vida melhor numa sociedade mais justa[1329].

ii) Em contrapartida, absolutamente ciente de que a própria *ideia de Homem* se encontra ameaçada, Jonas lança as bases de uma ética de responsabilidade para com o futuro e que corta cerce com os cânones éticos do passado. Com efeito, na ética tradicional, a natureza não era de todo objecto da responsabilidade humana – a natureza cuidava de si própria e do homem –, de modo que na relação deste com o mundo natural não se fazia uso de preceitos éticos, mas sim da inteligência e da capacidade inventiva e interventiva. A ética convencional é profundamente antropocêntrica – pensada numa lógica de reciprocidade, ela versa sobre a relação directa do homem com os outros homens e consigo mesmo – e habita num microcosmos caracterizado pela proximidade temporal e espacial, em que as consequências do agir humano, boas ou más, se produzem num contexto bastante circunscrito. "Ama o próximo como a ti mesmo", "não faças aos outros o que não queres que te façam a ti", ou "não trates os homens como meios, mas sempre como fins", são apenas alguns exemplos de máximas deste antropocentrismo de proximidade, cujo universo moral é exclusivamente composto pelos contemporâneos. Além disso, esta ética tradicional – de que a ética kantiana constitui apenas um entre muitos exemplos – é desprovida de uma especial conexão com o saber e, em especial, com o conhecimento científico, uma vez que actuar rectamente é algo que está acessível a todos os homens de boa vontade, se se dispuserem a perscrutar o seu íntimo[1330].

[1328] *Uma teoria*, pp. 230-231.
[1329] *Uma teoria*, pp. 232-233.
[1330] *El principio*, pp. 28-31.

Pelo contrário, Jonas arranca da vulnerabilidade da natureza em face da alteração qualitativa e do alcance da acção humana, dos seus efeitos irreversíveis e acumulativos sobre a esfera natural, em última instância da possibilidade concreta de destruição do *todo* pela mão do homem, para preparar uma ruptura com a ética da contemporaneidade e afirmar, como axioma geral, que "a existência de um mundo é melhor que a sua inexistência". Precisamente, a *presença do homem no mundo,* que era um *dado* inquestionável a partir do qual se desenvolviam todas as obrigações morais, deixa de o ser e volve-se, ela própria, em *objecto* de uma obrigação: a de garantir a premissa primeira das demais obrigações, ou seja, a "existência de candidatos a um universo moral no mundo físico". Há, portanto, um recuo da esfera ética para um momento lógico anterior, arrastando consigo a invalidade da limitação antropocêntrica da ética comum e a constituição do "saber" como um "dever urgente", uma vez que ele há-de servir de medida à extensão da acção do homem e da sua responsabilidade. E, ao mesmo tempo, há uma dilatação do universo ético para nele incluir a obrigação de conservar o mundo físico de modo a que as condições para a presença humana no planeta permaneçam intactas[1331].

Daí a necessidade de um imperativo ético mais adequado às novas características e circunstâncias da acção humana, mais ajustado ao retumbante triunfo do *homo faber*, não apenas sobre a natureza, mas também sobre as suas acções reflexivas, uma vez que ele não se esquiva a aplicar a *techne* desenvolvida (por vezes ainda incipientemente) sobre si mesmo. Daí igualmente que no novo imperativo tenha que dizer: "age de tal modo que os efeitos da tua acção sejam compatíveis com a permanência de uma vida autêntica na Terra"; ou, pela negativa, "não ponhas em perigo as condições da continuidade indefinida da humanidade na Terra". No fundo, o imperativo postula que não nos assiste o direito de escolher, nem sequer de arriscar, o *não ser* das gerações futuras por causa do *ser* da geração presente. Ele diverge do imperativo kantiano na medida em que apela a outro tipo de concordância: já não a do acto consigo mesmo, mas à dos *efeitos* do acto – quer se trate de efeitos próximos ou de efeitos remotos – com a continuidade futura da vida humana na terra. Sobretudo, tem um horizonte temporal que de todo falha na sua formulação original. Além disso, diverge também pelo facto de se dirigir mais à política pública do que propriamente ao comportamento privado[1332].

Por um lado, o dever primeiro desta ética orientada para o futuro é o de procurar (cientificamente) a representação dos efeitos remotos das alternativas que se colocam à acção humana e, diante da incerteza das correspondentes projecções, conceder prevalência aos prognósticos maus sobre os bons. Em rigor, em questões de certa magnitude – de potencial apocalíptico – há-de dar-se sempre mais peso aos prognósticos pessimistas do que aos optimistas, porquanto, ainda que não se possa viver sem incluir nas apostas feitas alguns interesses das gerações vindouras, nunca é lícito apostar a própria existência do homem. A cautela torna-se verdadeiramente no núcleo da acção moral[1333]. Por outro lado, a ética de Jonas afasta

[1331] *El principio*, pp. 32-33, e p. 38.
[1332] *El principio*, pp. 40-41.
[1333] *El principio*, pp. 66 ss., esp. pp. 80-81.

assumidamente a ideia de reciprocidade – traduzida numa relação de correspondência entre direitos e deveres – e substitui-a por uma nova ideia de responsabilidade, só comparável (mas não assimilável) à relação dos pais para com os filhos. Uma responsabilidade, bem entendido, para com a *existência* da humanidade futura e para com a *essência* da ideia de homem – mas não para com direitos de homens futuros concretos, porque "o não existente não pode colocar exigências e, por enquanto, os seus direitos também não podem ser violados". "Não tem direitos o que não existe de facto". Esta responsabilidade é, assim, independente de qualquer ideia de direitos futuros e de qualquer ideia de reciprocidade, pelo que a pergunta "o que fez o futuro por mim?" não postula nenhum argumento válido[1334-1335].

iii) Sem mais delongas, o confronto do pensamento destes dois autores revela que as preocupações centrais de Rawls foram rapidamente ultrapassadas pela realidade. O que ocupava o seu espírito era fundamentalmente a repartição do bem-estar económico entre as sucessivas gerações. O seu objectivo era o de adaptar às relações entre as gerações sucessivas os padrões usados na demanda da justiça intrageracional (*v.g.*, justiça distributiva, justiça social). De certa forma, o recurso à técnica contratualista para definir também o princípio da poupança justa representa ainda a reminiscência vaga de uma ideia de reciprocidade sinalagmática, num domínio em que, todavia, ela é objectivamente irrealizável[1336]. Sem prejuízo da relevância actual do problema do conflito entre os princípios da justiça intra e intergeracional – como pedir hoje aos deserdados deste mundo, mormente nos países subdesenvolvidos, que se privem de algum bem-estar a que podem aceder em nome dos direitos das gerações futuras? – problema que é também aflorado por Rawls[1337] –, Jonas demonstrou que, no tocante às relações entre gerações, a questão com que as sociedades actuais se defrontam é bem mais radical do que a repartição do bem-estar económico. Desde logo, num futuro bem mais próximo do que o imaginado, pode não haver bem-estar algum para repartir, mas apenas riscos e passivos ambientais irreversíveis. A "verdade inconveniente" é, pois, a de que aquilo que desde já importa repartir e preservar são as *chances* de sobrevivência do homem, os próprios "pressupostos físicos da autonomia humana" nos futuros próximos e longínquos[1338]. A questão dos (pressupostos naturais e humanos dos) direitos das gerações vindouras – ou dos deveres das gerações presentes para com elas – revela-se, assim, hoje, sob uma novíssima veste e em termos absolutamente indeclináveis.

Importante é, igualmente – inclusive pelas suas refracções jurídicas –, a chamada de atenção de Jonas para o facto de o vínculo de responsabilidade dos contemporâneos para com as gerações futuras, a

---

[1334] *El principio*, pp. 82-89.
[1335] Na doutrina portuguesa, para uma análise mais circunstanciada do pensamento de Jonas, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 75-89.
[1336] Em termos bastantes críticos sobre esta concepção, DIERKSMEIER, *John Rawls*, pp. 72 ss.. De igual modo: BIRNBACHER, *Responsability*, p. 27; CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 94-97, e pp. 101-102.
[1337] *Uma teoria*, p. 233, onde se pode ler que "a expressão completa do princípio da diferença inclui, enquanto limite, o princípio da poupança".
[1338] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 36.

operar através da política, encontrar mais afinidades na relação dos pais para com os filhos do que nas relações de reciprocidade que norteiam em regra os contactos entre adultos autónomos. Em vez de direitos e deveres recíprocos, do que se trata é antes de um "cuidar de" cauteloso e permanentemente vigilante, de uma responsabilidade fundada no facto de se ser causador imediato do sujeito que, pela sua fragilidade e inteira dependência, carece de protecção continuada, embora ao mesmo tempo se tenha por meta a sua emancipação e autonomia[1339]. Sendo certo que qualquer proposta de justiça intergeracional tem sempre de se ocupar das condições de possibilidade dos seus próprios princípios – da sua aplicação no mundo actual, complexo e contraditório[1340] –, a ética de responsabilidade para com o devir é relativamente avessa tanto à subjectivação das próprias gerações futuras, quanto à titularização pelas mesmas (ou pelos seus membros) de direitos em face das actuais[1341]. Como é natural, a ética de responsabilidade que em termos paradigmáticos se tem invocado acentua o *aspecto passivo* e assumidamente não sinalagmático do relacionamento entre o presente e a posteridade[1342]. Se, no plano jurídico-constitucional, esta acentuação do lado passivo-objectivo se mantém é algo que só mais adiante se poderá averiguar.

Uma última menção para destacar a relevância do vínculo que apenas Jonas estabelece entre ética e conhecimento científico, do qual deriva um dever de aprofundar esse mesmo saber e de o aplicar nas decisões que afectam o futuro. Com efeito, não é apenas a capacidade técnico-científica do homem para afectar o futuro que aumentou. Ampliou-se igualmente a capacidade científica para prever as consequências a médio e longo prazo das acções presentes. Daí que – sem prejuízo de uma ética de precaução ou de cuidado, por relação com os conhecimentos científicos actuais[1343] – a crescente extensão das possibilidades de cálculo do risco a longo termo não possa ser desprovida de consequências na esfera normativa, levando aí a um alargamento proporcional da responsabilidade do homem para com o futuro[1344].

II – Uma análise dogmática que ignore o lastro ético sumariamente revelado mais não fará do que arranhar a superfície da *questão intergeracional* com que, nos dias de hoje, o direito constitucional está confrontado. Tanto mais que há ainda um outro aspecto, ligado a este, que interessa pôr em evidência. A ética de responsabilidade dirigida ao futuro – a sua afirmação no plano dos princípios, bem como a criação dos mecanismos para a sua imposição nos assuntos práticos da vida das sociedades

[1339] Recusando, todavia, a assimilação do paradigma da responsabilidade paterna e da responsabilidade dos políticos, *El princípio*, pp. 171 ss..
[1340] Confrontando, para este fim, o sistema capitalista e a utopia marxista, o próprio JONAS, *El princípio*, pp. 227 ss..
[1341] Aparentemente, tercendo armas pelo "sujeito geração", G. CANOTILHO, *O direito*, p. 177.
[1342] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 27.
[1343] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 139.
[1344] BIRNBACHER, *Responsability*, p. 23.

contemporâneas – é tão mais exigente quanto é certo ela contrariar, em absoluto, o modo como actualmente *o tempo* é vivenciado[1345].

Não constitui propriamente uma novidade que todo o tempo é composto de mudança. De igual modo, não passa também de um lugar comum a ideia segundo a qual a aceleração do ritmo dessa mudança ocorrida nas últimas décadas produziu e produz alterações qualitativas – e não apenas quantitativas – no modo como o tempo é humanamente vivido e sentido e, por consequência, no modo como as diferentes gerações se relacionam entre si. Não é de agora que se sabe que "a tecnologia altera tudo"[1346]. Mais significativa é a afirmação de que, "com a transição para a sociedade moderna e com o seu total desenvolvimento, aumenta a diferença entre passado e futuro e, com ela, a dependência decisional do devir"[1347]. Quer isto dizer que, ao contrário do que sucedeu durante séculos e séculos, em que a vida se regia pelo princípio da conservação e ao ritmo de um *tempo longo* – cada geração transmitia à seguinte o legado cultural que recebera da sua antecedente[1348] –, em virtude dos desenvolvimentos técnico-científicos que caracterizam a modernidade, o futuro será cada vez mais diferente e estará cada vez mais distante do presente, da mesma forma que este se distingue e se distancia já claramente do seu passado imediato.

Em resultado da aceleração da sua cadência, o próprio tempo mudou: é vivido como um *tempo curto*, de forma impaciente e muito imediata e, assim também, muito centrada no momento presente[1349]. A sociedade actual tem uma compulsão irreprimível pelo presente. As pessoas perderam a resiliência que outrora as caracterizava, assim como perderam capacidade de sofrimento e de sacrifício em nome de dias melhores. Os comportamentos são medularmente determinados por aquilo que os economistas designam por *desconto temporal* ou *preferência temporal*, que dá conta de uma tendência das pessoas para desvalorizar a utilidade dos bens futuros quando comparada com a utilidade dos bens já disponíveis[1350]. Por isso, vive-se o presente como se não houvesse futuro ou, pior, como se o futuro fosse apenas mais uma oportunidade de viver os dias correntes com mais bem-estar. O próprio presente é, no espaço comunicacional, reduzido à pura actualidade.

Em contrapartida, dado o extraordinário alcance (construtivo e destrutivo) dos meios que os homens têm agora à sua disposição, o futuro está cada vez mais dependente do presente e das decisões que a geração actual é chamada a tomar hoje. Mais do que nunca, para o bem e para o mal, o homem tem na actualidade uma imensa capacidade para afectar o futuro. Basta pensar em realidades como a energia

---

[1345] No plano sociológico (e filosófico), também sobre a vivência do tempo, com especial ênfase na educação, BRUMLIK, *Gerechtigkeit*, *passim*.
[1346] SINGER, *Um só mundo*, p. 37, atribuindo este argumento a Marx, mas considerando-o como uma "meia verdade perigosa".
[1347] LUHMANN, *Sociología*, p. 170.
[1348] Sobre a origem medieval deste princípio da conservação, M.G. GARCIA, *Da justiça*, esp. p. 30.
[1349] Em torno da dicotomia "tempo longo / tempo curto", M.G. GARCIA, *O lugar*, esp. pp. 265, 289-291 e 379-380.
[1350] BIRNBACHER, *Responsibility*, pp. 34-35; e *Läßt sich die Diskontierung*, pp. 117 ss.; GETHMANN / KAMP, *Gradierung*, pp. 137 ss..

nuclear – em particular por causa dos perigos do armazenamento do lixo radioactivo –, como a nanotecnologia – devido sobretudo à possibilidade de libertação no ambiente de partículas nanométricas e aos problemas de interacção dos materiais criados ao nível atómico e subatómico –, ou como a manipulação genética – por causa do risco de lesões ou deformações genéticas decorrentes de operações de manipulação hoje realizadas –, para perceber que a dramática dependência do futuro relativamente ao presente acima referida não respeita apenas às duas ou três gerações seguintes. Refere-se sim a todos os futuros, por mais longínquos que possam parecer. Ilustrativamente, a história da humanidade apenas começou a ser registada há cerca de 10.000 anos, mas o plutónio produzido nas centrais nucleares nas últimas décadas tem um período médio de vida que ronda os 25.000 anos[1351].

Em suma, uma ética de responsabilidade dirigida ao futuro, que exija a incorporação do tempo longo no agir político e individual, defronta-se com um clima cultural e técnico-científico extremamente desfavorável: por um lado, uma sociedade que vive apenas no presente e está disposta a quase tudo para maximizar o seu bem-estar momentâneo; por outro lado, uma sociedade que dispõe de capacidade tecnológica para afectar negativamente, por vezes em termos irreversíveis, a vida dos homens das gerações futuras, por mais longínquo que seja o horizonte em que estas se encontrem. O desafio da tradução prática, no quotidiano dos processos decisórios das instituições públicas e dos agentes privados, da ética de responsabilidade para com o futuro assemelha-se à quadratura do círculo: como impor aos decisores públicos e privados a obediências a princípios de justiça intergeracional, numa sociedade que *pode* e *quer* continuar a viver à custa do futuro?

9.2.2. Perspectiva política

Este problema dos direitos das gerações futuras assume também, naturalmente, uma ressonância política crescente – entendendo-se aqui por gerações futuras todas aquelas que (mesmo que já existentes) ainda não participam politicamente, ou ainda não usufruem de certos direitos ou vantagens[1352]. Como se disse, não há praticamente domínio da governação que escape à sua influência e à sua análise crítica[1353].

I – O endividamento público é um dos domínios em que tradicionalmente as políticas públicas são escrutinadas à luz da posição ocupada pelas gerações futuras, com vista ao estabelecimento de parâmetros limitadores – *v.g.*, referentes ao *ratio* entre as receitas fiscais e as receitas creditícias, ou a relação entre o tipo de despesa e o tipo de receita que a suporta[1354]. A vulgarização acrítica de novos

[1351] TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, p. 187.
[1352] Incluindo, portanto, a geração presente mais jovem. Sobre as querelas em torno do conceito geração, E.P. FERREIRA, *Da dívida*, p. 80. Especificamente sobre a justiça entre as três gerações presentes, CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 81-83.
[1353] TREMMEL, *The "generational justice*, pp. 2-3; CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 83-91.
[1354] Veja-se, no plano constitucional, no artigo 115º da *Grundgesetz*, a relação entre receitas creditícias e despesas de investimento.

instrumentos de financiamento de projectos públicos de grande dimensão – à sombra do conhecido princípio *"pay-as-you-use"*, atribuído a Musgrave –, tem, todavia, agudizado o problema da transferência para as gerações futuras de pesados encargos financeiros, os quais se referem a decisões tomadas hoje, unicamente pela geração actual, em função das suas necessidades e aspirações presentes e dos modelos de desenvolvimento agora vigentes[1355]. Com um enquadramento não muito diferente, a inversão da pirâmide demográfica e a evolução preocupante do *ratio* entre trabalhadores activos e pessoas dependentes dos sistemas públicos de segurança social, suscitando uma dúvida fundada sobre a sustentabilidade financeira destes últimos, coloca o problema dos direitos de uma geração que, sendo fisicamente presente, só no futuro poderá reivindicar o gozo dos direitos que agora está a constituir progressivamente[1356].

Por outro lado, a persistência de taxas de desemprego dos jovens superiores à média geral dos trabalhadores pode ser vista como uma injustiça intergeracional carecida de correcção, seja mediante intervenções no domínio da educação e da formação profissional, seja mais directamente através de políticas de emprego e de juventude[1357]. Assim também a discrepância existente entre o número de jovens (entre os 20 e os 30 anos) que ocupam lugares públicos de decisão e a sua representatividade social pode ser encarada como um problema de justiça entre gerações (próximas)[1358] – problema esse que, não obstante apresentar algumas afinidades com as desigualdades de género, não têm desencadeado quaisquer medidas de correcção (ainda que controversas)[1359-1360]. Sendo evidente que, no respeitante à qualidade da decisão política, apenas as gerações mais velhas podem arrogar o argumento da experiência, certo é que os mais novos podem invocar em seu favor, precisamente, uma maior sensibilidade para os problemas das gerações futuras e para a necessidade de implementar políticas sustentáveis, quando não também uma preparação técnico-científica mais actualizada. De resto, análises semelhantes poderiam ser desenvolvidas a respeito das políticas de educação – ou seja, do investimento que a geração dirigente faz na preparação das gerações mais novas – e das políticas de cultura – estas sobretudo na perspectiva da preservação do património cultural, enquanto veículo de transmissão entre gerações de uma identidade e de uma herança comum.

O âmago do problema dos direitos das gerações vindouras reside, porém, na denominada "questão ambiental", que por sua vez se divide em vários subquestões: a da *poluição*, com a passagem para as gerações futuras de enormes passivos ambientais, cujos efeitos se podem fazer sentir por longuíssimos períodos temporais; a da *biodiversidade*, com o risco de privar irreversivelmente os

---

[1355] Sobre a "equidade intergeracional" numa perspectiva de finanças públicas: J.A. SANTOS, *Finanças*, pp. 170-172, e pp. 363 ss..; E.P. FERREIRA, *Da dívida*, pp. 92-93, e p. 100; SÜSSMUTH / WEIZSÄCKER, *Institutional determinants*, pp. 170 ss..

[1356] Para uma análise da sustentabilidade da segurança social portuguesa, M. CARREIRA, *As políticas*, pp. 81 ss..

[1357] Segundo o artigo 70º, os jovens beneficiam de protecção especial "no acesso ao primeiro emprego".

[1358] TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, pp. 210-212; e *The "generational justice*, pp. 5-6.

[1359] M.G. GARCIA, *Poder e Direito*, 189 ss.; V.C. RAPOSO, *O poder*, pp. 241 ss..

[1360] Significativamente, o artigo 70º, sobre direitos dos jovens e políticas de juventude, não tem uma palavra sobre participação política dos jovens. E o artigo 109º, sobre participação política, apenas se refere às desigualdades em função do sexo.

vindouros do contacto com inúmeras espécies animais e vegetais hoje existentes; o do aproveitamento dos *recursos naturais*, com a exploração desregrado de produtos biológicos e minerais não renováveis ou cujo ritmo temporal de renovação é muito superior à velocidade com que são e consumidos no presente; a da *energia*, com a utilização massiva de fontes de energia não renováveis e altamente poluentes; o *ordenamento do território*, com a construção excessiva e com a degradação do ambiente urbano e da paisagem natural.

Compreende-se bem esta especial conexão entre a questão ambiental e os direitos das gerações futuras. Primeiro, ao contrário do que sucede nas políticas financeiras e sociais acima referidas, em que o problema da justiça intergeracional se coloca entre gerações relativamente próximas, senão mesmo contemporâneas, no domínio do ambiente as gerações afectadas pela acção humana actual distanciam-se frequentemente no tempo, porventura mesmo milhares ou dezenas de milhares de anos. O tempo longo das gerações dá por vezes lugar ao *tempo longuíssimo* da história humana. Segundo, ao passo que os erros cometidos na generalidade das políticas públicas são passíveis de correcção, muitas das decisões erróneas no domínio ambiental caracterizam-se pela sua irreversibilidade, quando não também pelos seus efeitos devastadores. Terceiro, é no campo do ambiente que se torna mais flagrante a verificação do pressuposto básico do problema dos direitos das gerações futuras: a existência de interesses divergentes entre a geração que toma as decisões políticas e as gerações que sofrem as respectivas consequências[1361].

II – Apesar de a ideia de direitos das gerações futuras constituir, cada vez mais, um parâmetro de aferição do mérito e da legitimidade da acção política, é indesmentível que os sistemas de governo democráticos se têm revelado inadequadamente estruturados para assegurar o respeito por aquela mesma ideia. Pensados de raiz para implementar a convivência pacífica entre contemporâneos, e mais tarde redesenhados para impor princípios de justiça social, de novo entre coetâneos, não surpreende que os sistemas políticos democráticos actuais não se encontrem (ainda) adaptados às novas tarefas de concretização dos princípios da justiça entre gerações, já de si de árdua determinação. Essa inadaptação, que tem a sua origem última na grande discrepância existente entre o tempo da decisão política e o tempo em que se fazem sentir as suas consequências, independentemente de aquelas ocorrerem no plano social, económico, financeiro ou ambiental, revela-se em quatro momentos diferentes (mas entrelaçados): *participação política*; *responsabilização política*; aplicação da *regra da maioria*; *divisão de poderes*. Assim:

a) Considerando que as gerações futuras não participam de todo no processo de formação das decisões políticas que as virão a afectar – desde logo, não votaram (nem podiam ter votado) nas últimas eleições, precisamente aquelas em que foram sufragadas pelo eleitorado as opções

[1361] Sobre a questão da divergência ou convergência de interesses entre gerações, E.P. FERREIRA, *Da dívida*, pp. 71-78.

políticas a implementar na legislatura em curso –, a legitimidade das decisões tomadas pelos governantes actuais que sobre elas se repercutam negativamente não pode deixar de se considerar enfraquecida do ponto de vista democrático[1362]. O ideário demoliberal do autogoverno dos cidadãos sai inevitavelmente prejudicado, uma vez que a presente geração comanda também, através dos seus governantes, os destinos de muitas das gerações que lhe hão-de sobrevir. Tão-pouco pode laborar-se no pressuposto de que as gerações vindouras vão querer aquilo que, democraticamente, a geração presente decidiu ser o melhor para todas. Num mundo cada vez mais imprevisível, não há qualquer garantia de coincidência dos interesses das diferentes gerações, nem mesmo daquelas que entre si estão mais próximas. É quase inevitável que, sem a possibilidade de participação das gerações vindouras, os votantes e os governantes presentes tomem as suas opções à luz das actuais concepções sobre o interesse público, dos modelos de desenvolvimento em voga, das formas vigentes de balancear ambiente e progresso económico, enfim, das necessidades e aspirações de bem-estar actualmente sentidas.

b) Por regra, as gerações futuras não chegarão a tempo de efectivar a responsabilidade política dos governantes que tomaram as decisões lesivas dos seus interesses ou dos seus direitos[1363] – isto é, muitas delas estarão ainda longe de poder votar nas eleições seguintes ao momento em que essas decisões foram adoptadas, ou mesmo nos actos eleitorais subsequentes. Em virtude da enorme discrepância entre o tempo normal de permanência em funções dos governantes e o tempo em que actos por si praticados produzem os seus efeitos mais penalizadores, aqueles podem razoavelmente esperar furtar-se à censura eleitoral. A escala dos decisores políticos reparte-se em legislaturas de quatro ou cinco anos, enquanto a escala dos ciclos económicos estruturais e das mutações sociais e culturais profundas é bastante superior. E, em se tratando de processos biológicos e ambientais – *v.g.*, para efeitos de biodegradação de resíduos ou de renovação dos recursos naturais –, essa escala pode mesmo medir-se em centenas ou milhares de anos[1364].

c) É evidente que a regra da maioria – enquanto instrumento fundamental da decisão democrática, e independentemente de se aderir às suas fundamentações fracas (não há outra melhor) ou fortes (liberdade igual para todos ou aproximação máxima possível ao autogoverno dos cidadãos)[1365] –, foi concebida para funcionar sincronicamente, mas não

[1362] TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, pp. 188-189.

[1363] Sobre o princípio da responsabilidade política, J. MIRANDA, *Manual*, VII, p. 78, nota 3; referindo-se expressamente à responsabilidade para com as gerações futuras, G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 227; mais amplamente, sobre o alcance e limites da responsabilidade (também política) para com o futuro, BIRNBACHER, *Responsability*, pp. 25 ss..

[1364] TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, pp. 187-188.

[1365] J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 85 ss., esp. p. 88; M.L. AMARAL, *A forma*, pp. 210 ss.; BOBBIO, *Teoria*, pp. 428-440.

diacronicamente[1366]. Ela foi pensada para decidir questões de justiça social em sentido lado – que são determinadas fundamentalmente por princípios sincrónicos –, mas não para decidir questões de justiça entre gerações – que são determinadas por princípios diacrónicos (ou históricos)[1367] –, nem tão-pouco para resolver questões de distribuição equitativa entre nações[1368]. Ela foi configurada para permitir tomar opções políticas em que os interesses em confronto são contemporâneos e, portanto, em que a maioria prevalecente coexiste no mesmo lapso temporal (e no mesmo contexto espacial) com a minoria vencida. Contudo, o recurso à regra da maioria torna-se um *modus operandi* claudicante quando já não se trata, simplesmente, de fazer prevalecer a vontade da maioria sobre a da minoria, mas de fazer prevalecer a vontade da maioria presente também sobre maiorias futuras[1369]. Isto torna-se particularmente notório sempre que as decisões tomadas por essa minoria se repercutam em termos irreversíveis, ou dificilmente reversíveis, sobre gerações razoavelmente distantes e que são (ou serão) portadoras de interesses claramente discrepantes dos da geração decidente[1370]. Com a decisão maioritária tomada no presente, várias gerações futuras podem ver-se privadas de uma parcela da sua capacidade para se autodeterminarem democraticamente.

d) Por fim, é sabido que ao longo do caminho de aperfeiçoamento do Estado de Direito democrático têm sido aduzidas ao tradicional princípio da separação (horizontal) de poderes – entre legislativo, executivo e judicativo –, outras dimensões de divisão do poder político, mormente a separação vertical (traduzida no federalismo ou na descentralização política territorial), a separação funcional (operada pela descentralização administrativa), a separação pessoal (resultante da imposição de incompatibilidades e impedimentos) e, por fim, a separação temporal (consubstanciada na demarcação temporal dos mandatos e na fixação de limites à sua renovação)[1371]. Todas estas perspectivas de seccionamento do poder cooperam hoje na prossecução do mesmo desiderato de limitação do poder político, para contrariar a tendência natural do poder para o abuso, para *relativizar* a vontade das maiorias – por mais *absolutas* que estas possam parecer[1372] –, confinando o seu raio de acção a uma única função do Estado, ao acervo pré-definido de atribuições de uma pessoa colectiva pública, ao conjunto de competências de um órgão, a um período delimitado de tempo. Sucede que esta última ideia de divisão temporal do poder – que possui uma validade alargada, embora a sua

[1366] Apontando um largo conjunto de questões que seria impossível ou injusto decidir segundo a regra da maioria, bem como sobre o problema dos "não votantes" como uma das suas aporias, BOBBIO, *Teoria*, pp. 441 ss..
[1367] Esta distinção entre princípios de justiça sincrónicos *(current time-slice principles)* e diacrónicos *(historical principles)* remonta a NOZIK, *Anarchy*, pp. 153 ss..
[1368] Também por referência àquela dupla de princípios, SINGER, *Um só mundo*, pp. 57 ss..
[1369] J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 845.
[1370] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 99.
[1371] J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 82-83.
[1372] B. MACHADO, *Participação*, pp. 79-81.

> procedência seja particularmente notória em finais de mandato, quanto a legitimidade adquirida pelo voto (ou pelo acto de designação) se encontra já diminuída – sai necessariamente fragilizada sempre que um governante ou uma maioria dispõem da capacidade para, agindo ainda dentro dos respectivos mandatos, condicionar de forma deliberada e irreversível o mandato daqueles que lhe irão suceder no exercício das mesmas funções. Quem está constitucionalmente limitado por um mandato de quatro anos, não deveria dispor de um poder absolutamente irrestrito para determinar a acção governativa por um período de oito anos, nem muito menos para adoptar medidas cujos efeitos se irão impor à sociedade por dezenas ou centenas de anos. Afinal, se "nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis", impedindo a sua livre revisão – tal como se lia no artigo 28º da Constituição francesa do Ano I (1793) –, porquê permitir aos governantes em exercício que, independentemente da função estadual a que dão corpo, tomem livremente decisões políticas que, por definição, são irrevisíveis[1373]?

Estas fragilidades apontadas aos sistemas democráticos, no que respeita à salvaguarda das gerações futuras, não têm um remédio evidente. Nem tão-pouco podem conduzir à paralisia da acção política ou à condenação dos governantes presentes à gestão do quotidiano. Elas representam antes um repto tanto para a teoria política como para o direito constitucional, sobretudo considerando a vocação contramaioritária deste último, em especial daquele seu capítulo respeitante aos direitos fundamentais[1374] – que, por sinal, são aqueles direitos cujo núcleo se caracteriza precisamente pela sua intemporalidade (ou transtemporalidade). A questão está, no fundo, em saber como pode a Constituição (re)assumir-se como "contrato entre gerações", fazendo avultar a sua dimensão prospectiva de modo a moderar a "tendência glorificadora do presente" e a pôr cobro à "irresponsabilidade organizada" que domina sectores significativos da sociedade e da economia actuais[1375]. A questão é, mais concretamente, a de saber como pode a Constituição, enquanto instrumento simultaneamente limitador e propulsor da acção dos poderes políticos conjunturais, vincular estes à incorporação do tempo longo nos respectivos processos decisórios e, assim, à ponderação dos direitos (ou dos interesses) das gerações vindouras.

9.2.3. Perspectiva jurídico-constitucional

O percurso efectuado, apesar de longo, obedeceu a propósitos muito precisos: *primeiro*, evidenciar que as gerações futuras estão (ou serão) confrontadas com uma ameaça grave aos seus interesses vitais; *segundo*, testemunhar no sentido de que, seguindo os novos caminhos da ética, é hoje

---

[1373] Acentuando o problema da irreversibilidade das decisões: BIRNBACHER, *Responsability*, pp. 29-30; SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 32.

[1374] Sobre esta vocação contramaioritária, BOBBIO, *Teoria*, pp. 443-444.

[1375] A primeira ideia tem sido explorada por HÄBERLE, *La libertad*, p. 263, e *A contitutional law*, p. 215; a segunda é correntemente atribuída ao presidente alemão R. von Weizsäcker; a terceira corresponde à caracterização da sociedade actual feita por BECK, *La sociedad*, 2001, esp. p. 9, p. 50 e p. 87.

relativamente pacífica a vinculação dos membros da geração presente para com aqueles que lhe hão-de suceder; *terceiro*, demonstrar que, apesar da realidade daquela ameaça e da consistência deste liame ético, os sistemas políticos democráticos – e, por maioria de razão, todos os outros – não dispõem de instrumentos que permitam proteger capazmente as gerações futuras em face dos dramáticos perigos a que estão (ou estarão) sujeitas.

I – As considerações sobre a ética de responsabilidade para com o futuro e sobre as fragilidades dos sistemas democráticos nesse domínio confirmam assim que é sobre os ombros da Constituição e do Estado de Direito que, actualmente, reside a encargo de se assumirem como derradeira esperança das gerações futuras. Admitindo que, ao menos no domínio em apreço, o direito (constitucional) tem por obrigação corresponder a um *mínimo ético*[1376] – ideia que, não obstante, é em geral tão difundida quanto controversa[1377] –, a vinculação jurídica do Estado a um dever de actuação em favor das gerações futuras resulta da imperiosa necessidade de salvaguardar todos aqueles que se encontram ameaçados nas suas posições mais elementares e não têm, por razões óbvias, qualquer capacidade para se defender a si próprios. O mesmo é dizer, resulta do imperativo de conceder protecção aos que, em virtude da sua posição de fragilidade, se encontram na absoluta dependência da conduta de terceiros.

Liminarmente excluída fica, portanto, toda e qualquer orientação segundo a qual o Estado não se encontra juridicamente obrigado a actuar em protecção das gerações vindouras, uma vez que, algures no futuro, é provável que se venham a descobrir remédios eficazes contra os males que, aos olhos de hoje, as sociedades actuais projectam sobre as gerações de amanhã[1378]. E, da mesma sorte, são igualmente de excluir aqueloutras orientações que, reconhecendo embora a existência de vinculações genéricas (de natureza moral) em favor daqueles que hão-de suceder-nos – mas não direitos das gerações futuras[1379] –, sustentam ao mesmo tempo que a melhor forma de lhes dar cumprimento é cuidar dos vivos, promovendo os seus direitos hoje e, em particular, os direitos de participação política[1380].

Quando apesar de tudo se intenta desconsiderar o percurso feito até aqui, um exemplo de escola tem sido utilizado para demonstrar a improcedência destas argumentações simultaneamente optimistas e apologistas da passividade[1381]: "Alguém construiu um engenho explosivo capaz de ceifar inúmeras vidas

---

[1376] Para uma visão, porventura mais actual, do modelo (não hierárquico) de *complementaridade* e *diferenciação* entre regras jurídicas e regras morais, HABERMAS, *Facticidad*, pp. 169 ss, esp. p. 172.

[1377] Transportando para o campo dos direitos das gerações futuras o modelo de relacionamento entre moral e direito representado por duas circunferências secantes (e não concêntricas), TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, pp. 199-200.

[1378] Desmontando este argumento, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 211; também no sentido de que não se deve sobrevalorizar as capacidades técnicas e inovadoras das gerações futuras, CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, p. 101.

[1379] BECKERMAN / PASEK, *Justice*, pp. 15 ss..

[1380] BECKERMAN, *The impossibility*, p. 66-67; BECKERMAN / PASEK, *Justice*, pp. 114 ss.. Retorquindo directamente, TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, p. 200.

[1381] BIRNBACHER, *Responsability*, p. 26-29, contrapondo os paradigmas optimista e pessimista no que respeita à responsabilidade para com o futuro.

humanas, mas programa-o para explodir apenas daqui a 100 ou 150 anos. O Estado, através das suas forças policiais e da sua máquina judiciária, têm ou não um dever de acção imediata, desarmando a bomba e perseguindo penalmente o seu autor?"[1382]. Em face deste exemplo singelo, quem poderá razoavelmente defender que o desarmar da bomba é responsabilidade, não das autoridades públicas actuais – que, assim, poderiam simplesmente cruzar os braços –, mas das autoridades que estiverem em funções daqui a 100 ou 150 anos? E quem poderá sustentar que basta efectivar os direitos das pessoas actualmente vivas para que a vida humana esteja devidamente salvaguardada daqui a 100 ou 150 anos?

Nem se alvitre que, na hipótese dada, as autoridades têm o dever de desarmar a bomba porque sabem como fazê-lo, ao passo que, no actual estado da ciência e da técnica, desconhece-se o modo de resolução de muitos dos problemas que são deixados para as gerações seguintes – assim, *ultra posse nemo obligatur*. O argumento não procede porquanto, em rigor, o dever de agir das autoridades estaduais competentes – ainda que atendendo apenas à função geral de segurança do Estado – é bem mais complexo do que o simples desarmar do engenho já construído: ele começa logo na evitação do seu fabrico; passa pela sua localização, se esta for desconhecida; caso necessário, engloba também o desenvolvimento do saber necessário ao seu desarmamento; e só termina com o desactivar, em segurança, da dita bomba. Trata-se de um dever orientado para um resultado e cujo alcance, portanto, não se encontra delimitado pelos meios (necessários ou disponíveis) para o alcançar. Se a geração presente não tem os conhecimentos ou os meios técnicos para desarmar a dita bomba-relógio, nem por isso se torna ética e juridicamente legítimo relegar uma eventual solução do problema para as gerações vindouras. Muito pelo contrário, ela deve, antes de mais, procurar evitar o fabrico daquela e, se isso já não for possível, fica vinculada a uma obrigação de investigação e desenvolvimento, no sentido de contribuir para a resolução quanto antes do problema criado. Confiar numa hipotética solução futura para justificar a perpetuação de um problema presente seria, aliás, a antítese do princípio da precaução.

Isto posto, firmada a existência de um dever ético e jurídico de protecção das gerações futuras, resta saber se o objecto a que esse dever se refere é constituído, agora numa perspectiva dogmática, por verdadeiros direitos e, mais precisamente, por direitos fundamentais. Ou se, pelo contrário, o direito constitucional tem escolhido (ou pode escolher) outros caminhos para se desincumbir dessa sua missão de salvaguarda de um *mínimo da ética de responsabilidade* para com o futuro, afirmando os deveres para com as gerações vindouras pela via dos princípios gerais, das normas programáticas e de outras imposições ou tarefas constitucionais. Deveres por referência a direitos, ou simplesmente deveres?

II – A tendência recente para proceder à incorporação do tópico das gerações futuras nos textos constitucionais vigentes não representa de modo algum o arrastar de um corpo estranho para dentro do direito constitucional. A temática em causa integra-se com facilidade no campo mais vasto das relações

[1382] Lançando mão deste exemplo, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp 209, 212 e 215.

entre o direito constitucional positivo e o decurso do tempo, que é, como se sabe, quase tão antigo quanto a própria ideia de Constituição escrita[1383]. O problema das denominadas cláusulas pétreas em matéria de revisão constitucional é, apenas, uma das suas manifestações mais salientes[1384]. Mesmo excluindo o tópico mais óbvio da aplicação da lei constitucional no tempo, existem vários outros que revelam a natureza multifacetada daquele problema, como o do relevo do elemento histórico (e dos preâmbulos) na interpretação constitucional, o próprio papel da interpretação evolutiva, a medida da admissibilidade do costume constitucional, a atenção concedida à herança cultural do povo, a figura das garantias institucionais, as cláusulas (programáticas) de evolução e o cumprimento das tarefas e imposições (legislativas) constitucionais[1385]. Não é de estranhar, por isso, que as gerações futuras e a justiça intergeracional se achem representadas em muitos textos constitucionais actualmente em vigor.

Olhando apenas a alguns dos mais recentes, podem mencionar-se os seguintes:

a) Desde 1997, a alínea *d)* do nº a do artigo 66º da Constituição portuguesa incumbe o Estado, em ordem a assegurar o direito ao ambiente, de "promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardar a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações"[1386];

b) O artigo 20a da Lei Fundamental de Bona prescreve, desde que foi introduzido em 1994 (e alterado em 2002), que, "tendo em conta a responsabilidade para com as gerações futuras, o Estado protege as bases naturais da vida (e os animais) no quadro da ordem constitucional, através dos poderes legislativo e, em conformidade com a lei, executivo e jurisdicional"[1387];

c) Seguindo uma linha original, a Constituição francesa (1958) foi acrescentada, em 2004, de uma "Carta do Ambiente", a qual consagra simbolicamente a terceira geração de direitos fundamentais dos franceses – somando-se aos direitos da primeira geração, plasmados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e aos direitos da segunda geração, recolhidos o preâmbulo da Constituição da IV República (1946) –, por entre os quais foram igualmente consignados os princípios da precaução (artigo 5º) e do desenvolvimento durável (artigo 6º)[1388];

d) No preâmbulo da Constituição de 1999, o povo e os cantões suíços inscreveram "o adquirido comum e o dever de assumir as suas responsabilidades para com as gerações futuras" entre os fundamentos primeiros do novo texto constitucional;

[1383] Mais amplamente, sobre a dimensão temporal do direito, CASPAR, *Generetionen-Gerechtigkeit*, pp. 73 ss..
[1384] Por todos, J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 209 ss..
[1385] Para uma visão compreensiva, HÄBERLE, *Zeit*, pp. 1 ss..
[1386] Para uma primeira densificação jurídica deste princípio, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 849-850; embora desvalorizando o alcance da referência constitucional, C.A. GOMES, *Risco*, pp. 155-166.
[1387] CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 104 ss., esp. pp. 118-121; HÖFLING, *Intergenerationelle Verantwortung*, pp. 107 ss.; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 62 ss..
[1388] BOURG, *The french constitutional Charter*, pp. 230 ss..

e) Por sua vez, na Constituição polaca de 1997 – no que, aliás, é acompanhada por vários outros textos constitucionais da Europa de leste[1389] –, depois de no seu preâmbulo reconhecer a "obrigação de deixar como herança às gerações futuras tudo o que é valioso para a actual", vem prescrever no artigo 74º que "as autoridades públicas devem prosseguir políticas que garantam a segurança ecológica para a geração presente e para as gerações futuras";

f) Noutra latitude completamente diferente, a Constituição brasileira estabelece, no seu artigo 225º, integrado no título VIII sobre "ordem social", que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à colectividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações";

g) Também a Constituição da África do Sul de 1996 prescreve, no seu artigo 24º, que "todos têm o direito" (…) "a um ambiente que não seja ameaçador da saúde e do bem estar", bem como "a ter de um ambiente protegido, em benefício das gerações presentes e futuras";

h) Noutros países ainda, como a Hungria ou Israel, optou-se pela criação de um órgão – respectivamente, um *ombudsman* e uma comissão parlamentar – cuja função é precisamente a de representar as gerações futuras e de salvaguardar os seus interesses[1390];

i) No plano supra-estadual, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia declara, no seu preâmbulo, que o gozo dos direitos nela consagrados "implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras".

De um modo ou de outro, todos estes exemplos se inscrevem na narrativa constitucional de afirmação do "Estado de Direito ambiental"[1391]. Além disso, a leitura dos excertos apresentados sugere que, do ponto de vista substantivo, se oscila entre visões mais compreensivas do problema das gerações futuras, a começar por aqueles textos que o chamam para o preâmbulo, e outras que o tratam como um epifenómeno de outros institutos ou direitos constitucionais – como sucede com a Constituição portuguesa, em que o tópico das gerações futuras apenas surge como parâmetro aferidor do aproveitamento racional dos recursos naturais. Por outro lado, não obstante a amostra ser curta, ela é suficiente para dar conta de uma grande heterogeneidade de fórmulas de intercepção entre o Estado (constitucional) de Direito e a necessidade de nele dar guarida à posição das gerações futuras, especialmente no domínio ambiental[1392]. Com efeito, é possível encontrar soluções normativas e soluções institucionais, e dentro das soluções normativas é possível distinguir entre as fracas – como é o caso das

[1389] HÄBERLE, *A constitutional law*, p. 217.
[1390] JÁVOR, *Institutional protection*, pp. 282 ss.; SHOHAM / LAMAY, *Comission*, pp. 244 ss..
[1391] Desenvolvidamente, CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 30 ss.; também HÄBERLE, *A constitutional law*, p. 223.
[1392] Mais exemplos podem ser colhidos em TREMMEL, *Establishing intergenerational justice*, pp. 192-198; assim como em HÄBERLE, *A constitutional law*, pp. 215-221.

referências preambulares, sem prejuízo da sua grande força simbólica – e as fortes –, como sucede com os preceitos constitucionais propriamente ditos. Por último, é de sublinhar que a generalidade das soluções normativas fortes, apesar de surgirem no contexto dos direitos fundamentais, não são formuladas textualmente como tal, mas antes como princípios, como tarefas estaduais (e sociais) ou como fins ou programas públicos[1393].

III – O facto de os textos constitucionais mencionados não recorrerem à expressão *direitos das gerações futuras* parece denunciar a primazia concedida ao lado passivo da relação entre a geração actual e as gerações vindouras, em desprimor de um eventual lado activo. Tal primazia afigura-se, aliás, estar de harmonia com a unilateralidade passiva que, na ética de responsabilidade para com o futuro, caracteriza assumidamente o relacionamento entre o presente e a posteridade[1394]. Mas quererá isso dizer que, embora existam deveres jurídico-constitucionais para com as gerações seguintes, não é possível falar, ao menos numa perspectiva *de juri constituto*, de direitos fundamentais das gerações futuras?

i) Não parece que assim seja. A análise literal das Constituições que foi efectuada é insuficiente, deixando na sombra um sentido mais profundo do constitucionalismo e, em particular, dos direitos fundamentais. Um sentido que permite afirmar, com segurança, que de todo não pode aceitar-se que os direitos consagrados nos textos constitucionais em vigor sejam entendidos apenas como direitos das gerações presentes. Tão-somente como direitos daquelas pessoas que, por estarem hoje vivas, podem assumir subjectivamente a titularidade das correspondentes posições activas. O mesmo é dizer que, a pretexto da impossibilidade de erigir os "direitos (ainda) sem sujeito" numa categoria jurídica genérica, não pode admitir-se que se confinem os direitos fundamentais àquelas que são as suas dimensões subjectivas – traduzidas em pretensões de defesa e na reivindicação de prestações –, esquecendo as diversas dimensões objectivas que são parte integrante da sua complexidade estrutural e funcional e que, com resultados apreciáveis, a doutrina e a jurisprudência têm vindo progressivamente a identificar[1395].

Muito em especial, semelhante visão redutora olvidaria que, à luz da própria genealogia dos direitos fundamentais, logo na sua raiz natural e pré-constitucional, estes se caracterizam medularmente pela capacidade de continuamente atravessarem o tempo, incólumes na sua essência à passagem das gerações. Tais entendimentos ignorariam que os direitos fundamentais se encontram originariamente marcados pela sua própria *intemporalidade*, que deflui da presença da dignidade da pessoa humana no seu

[1393] Considerando as diferentes alternativas de positivação, SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 93 ss..
[1394] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 27.
[1395] BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte*, pp. 1 ss.; ALEXY, *Grundrechte*, pp. 49 ss.; BERKEMANN, *Zur logischen Struktur*, pp. 451 ss.; MÜLLER, *Zur sog. subjektiv- und objektiv Bedeuntung*, pp. 33 ss.; CHERZBERG, *"Objektiver" Grundrechtsschutz*, pp. 1128 ss.; DREIER, *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*, pp. 505 ss.;

núcleo irredutível e no centro do próprio sistema jusfundamental[1396]. Na verdade, do que se tem cuidado desde as revoluções liberais até hoje não é apenas dos direitos de todos os homens e em todos os lugares, mas também dos direitos dos homens em todos os tempos[1397]. Por isso, eles são garantidos pelos textos constitucionais sem um horizonte temporal específico *(zeit-unspezifisch)*[1398].

Afinal, logo nos adventos do movimento constitucional, na Declaração de Direitos da Virgínia, o perfil dos direitos inatos é definido, justamente, pela circunstância de o homem não poder, quando entra no estado de sociedade, "por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade". A própria Constituição dos Estados Unidos foi decretada, entre outras razões, para "assegurar os benefícios da liberdade a nós e aos nossos descendentes". Afinal também, a palavra "doravante" acha-se no centro do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, para que daí em diante os cidadãos viessem a poder fundar as suas reclamações em princípios simples e incontestáveis. E logo no artigo 2º deste texto fundador, os direitos aí consagrados são apelidados de "imprescritíveis". Pode assim dizer-se que, se há nota marcante dos alvores do constitucionalismo, e das primeiras consagrações formais dos direitos do homem, ela é exactamente um sentido muito apurado de futuro e, com ele, uma grande determinação em legar às gerações vindouras um conjunto de instituições políticas e jurídicas de que as gerações passadas e a geração então presente não tinham beneficiado[1399]. E, entre essas instituições definitivamente legadas a todas as gerações vindouras, destacavam-se, como é óbvio, os direitos do homem.

ii) Os direitos fundamentais hoje consagrados nas Constituições – como herdeiros directos dos direitos do homem então reconhecidos e positivados – estão, pois, também eles, irremediavelmente imbuídos desse sentido apurado de futuro, compreendendo uma verdadeira *dimensão intergeracional*[1400]. Evidentemente, aquilo que está em causa no (re)tomar desta dimensão jusfundamental não é o reconhecimento a cada um dos membros de todas as gerações futuras de pretensões subjectivas actuais e accionáveis sobre aqueles que são os concretos titulares presentes de direitos fundamentais ou contra os poderes públicos. Os direitos das gerações futuras existem sem necessidade de instituir artificialmente um novo sujeito constitucional denominado "geração", porventura para lhe nomear um representante legal específico, para além dos órgãos competentes do Estado[1401]. Eles são por si merecedores de protecção

[1396] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 288-289; SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 23-24.
[1397] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 15 ss..
[1398] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 63.
[1399] Para uma análise, nesta perspectiva, das clássicas declarações de direitos, HOFMANN, *Rechtsfragen*, pp. 266-270.
[1400] A paternidade desta designação parece ser atribuível a HÄBERLE: *La libertad*, p. 261 e p. 263, em nota; *A constitutional law*, pp. 223-225.
[1401] Não obstante, sobre o problema da representação das gerações futuras, PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 8-13.

constitucional enquanto realidades inscritas na dimensão jurídico-objectiva dos direitos fundamentais[1402] – somam-se assim às funções institucionais, irradiantes, valorativas e estruturantes da ordem constitucional –, interagindo nessa qualidade com a vertente jusfundamental subjectiva reservada às gerações presentes e, por consequência, também com a posição jurídica actual do próprio Estado. A ideia de direitos das gerações futuras não constitui, desta forma, uma alegoria dissolvente da noção histórica e dogmaticamente estabelecida de direitos fundamentais – ao contrário que sucede, porventura, com outras ideias, como os direitos dos animais, os direitos da natureza, ou o direito dos povos ao desenvolvimento e aos recursos naturais[1403].

Subjectivamente, os direitos fundamentais fluem de forma contínua entre gerações, sem rupturas nem descontinuidades, mas numa perspectiva objectiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, cerceando-os no seu alcance material ou nas suas possibilidade de exercício, e vinculando as entidades públicas à sua salvaguarda. Trata-se assim, acima de tudo, de uma dimensão jusfundamental que compromete os seus titulares presentes para com os seus titulares supervenientes e que – como certamente já se vem pressentindo – depende da efectiva assumpção pelo Estado das suas responsabilidades (éticas e) jurídicas para com o futuro[1404]. Os titulares presentes dos direitos fundamentais têm que agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes hão-de suceder[1405]. Tal como, lapidarmente, se escreve no preâmbulo da recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o gozo dos direitos nela consagrados "implica deveres e responsabilidades", não apenas para com "as outras pessoas individualmente consideradas" e "a comunidade humana", mas também para com "as gerações futuras".

A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras não é, assim, apenas um artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já hoje produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos actualmente titulados pela geração presente. Desde logo – adaptando uma ideia recorrente no que toca ao relacionamento entre direitos de sujeitos contemporâneos –, os direitos das gerações presentes terminam aí onde o seu exercício irrestrito (ou abusivo) ponha em causa a subsistência dos direitos das gerações futuras, considerando sobretudo a dependência destes em face dos pressupostos naturais da vida humana na terra. Os direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanentes), senão mesmo como restrições, a responsabilidade dos seus actuais titulares para com todos aqueles que lhes hão-de suceder nessa posição. Para que essa eficácia delimitadora se produza em termos efectivos – assim se fechando o círculo –, os direitos das gerações futuras carecem apenas do cumprimento por parte do Estado, com um alcance

[1402] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 126; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 207; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 290; ROBBERS, *Sicherheit*, p. 217; HOFMANN, *Rechtsfragen*, p. 260; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 120; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 48 ss.; STEINBERG, *Verfassungsrechtlicher Umwelschutz*, pp. 1987 ss..
[1403] Concretamente sobre os direitos dos animais, F. ARAÚJO, *A hora*, esp. pp. 181 ss., e pp. 283 ss..
[1404] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 124-128.
[1405] HÄBERLE, *La libertad*, p. 264.

temporalmente alargado, dos seus deveres de protecção de direitos fundamentais. Por outras palavras, entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais – que permite falar com propriedade jurídica de direitos das gerações futuras – e a teoria dos deveres estaduais de protecção existe uma ligação umbilical, uma vez que é esta que fornece o caminho dogmático que permite dar tradução prática àquela dimensão e àqueles direitos.

iii) Será pois indiferente que as Constituições acima citadas se não refiram expressamente a direitos das gerações futuras. Não tinham nem têm que o fazer. Por definição, os direitos fundamentais que todas elas consagram *são* também direitos das gerações futuras, embora numa perspectiva diferente daquela em que são direitos da geração presente[1406]. Tão-pouco pode cavar-se um fosso entre a protecção constitucional concedida a uns e a outros. Muito pelo contrário, a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais implica a continuidade substancial da sua protecção constitucional, sem nenhum corte geracional, sem separar o presente do futuro[1407]. Todas as Constituições, sobretudo enquanto sede dos direitos fundamentais, incluem o futuro no seu programa normativo. É evidente que elas não são eternas, podendo ser revistas e passar por inúmeras outras vicissitudes que interrompem a sua vigência[1408]. Não é contudo menos evidente que – descontados alguns exemplos históricos de textos destinados a vigorar transitoriamente[1409] – a generalidade das Constituições comunga de uma forte vocação de permanência, concebendo-se como projectos de estabilização das relações políticas e sociais por períodos temporais alargados. O tempo das Constituições é um tempo logo – não um tempo curto, nem menos ainda um tempo limitado à actualidade –, o que lhes permite afirmarem-se também como pactos entre gerações[1410]. Acresce que, de entre todos os capítulos constitucionais, é precisamente no terreno dos direitos fundamentais que a referida vocação de permanência e de continuidade mais se acentua. O que explica, por exemplo, a presença relativamente frequente dos direitos fundamentais entre as cláusulas de limites materiais de revisão constitucional – como sucede com a alínea *d)* do artigo 288º da Constituição portuguesa[1411-1412].

Em suma, não se vislumbra nenhum obstáculo dogmático inultrapassável à inclusão dos direitos das gerações futuras na teoria dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Não são argumentos procedentes contra essa inclusão, nem a impossibilidade de configurar uma relação jusfundamental intersubjectiva triangular em que tomem parte as gerações vindouras – pelas razões

---

[1406] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 211; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 46-47.
[1407] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 76-78.
[1408] Sinopticamente, sobre as diversas vicissitudes constitucionais, J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 159 ss..
[1409] No entanto, considerando irrelevante, para o efeito em questão, a provisoriedade (original) da Lei Fundamental alemã, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 126-127.
[1410] HÄBERLE, *La libertad*, p. 263.
[1411] J. MIRANDA, *Manual*, II, pp. 233 ss.; e, pp. 241-242, qualificando os "direitos, liberdades e garantias", que figuram nesta alínea *d)*, como *limites transcendentes* ao poder de revisão, "visto que, a partir do reconhecimento de alguns destes direitos (…), obtém protecção a dignidade da pessoa humana".
[1412] Também o nº 3 do artigo 79º da Lei Fundamental alemã, ou o artigo 60º, § 4º, da Constituição brasileira.

apontadas noutros lugares –, nem a circunstância de, numa perspectiva subjectiva, ser inviável a criação de uma categoria geral de "direitos fundamentais à espera de um titular", nem tão-pouco o facto de não fazer sentido colocar, relativamente aos direitos das gerações futuras, o conhecido problema da transmutação subjectiva (ou ressubjectivação) dos deveres estaduais (objectivos) de protecção – como a seu tempo melhor se verá[1413-1414]. Bem ao invés, numa perspectiva de construção progressiva de um *Estado de direitos fundamentais* e de um *Estado de Direito ambiental*, a partir dos seus alicerces constitucionais, é através do *dever de protecção dos direitos fundamentais das gerações futuras* que o Estado pode cumprir aquele mínimo ético de responsabilidade para com a posteridade a que está vinculado[1415].

9.2.4. Questões dogmáticas

Uma vez sufragada a tese que, partindo da dimensão intergeracional imanente aos direitos fundamentais, reconhece a natureza jusfundamental da posição das gerações futuras, outras questões ficam ainda por responder relativas à configuração do correspondente dever estadual de protecção. São elas:

a) Quais são exactamente os direitos abrangidos por esse dever?

b) A que gerações futuras pertencem esses direitos que importa proteger?

c) Como se procede à respectiva ponderação com os direitos das gerações presentes?

d) A que instrumentos jurídicos é possível recorrer para tutelar esses direitos[1416]?

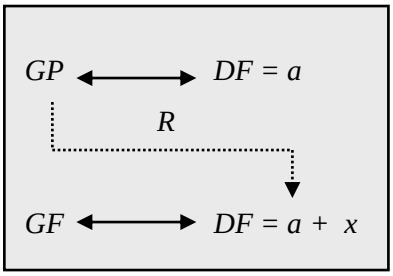
I – No que toca à primeira questão, importa sublinhar que não cabe à geração presente antecipar qual será exactamente o elenco concreto de direitos fundamentais que vigorará no futuro[1417]. É bem verdade que, desde finais do século XVIII até à actualidade, se tem registado uma tendência constante para o progressivo alargamento dos catálogos de direitos fundamentais, tanto pela abertura a direitos novos, quanto pelo desenvolvimento e densificação de direitos antigos. E que, portanto, é natural que as gerações futuras venham a considerar como evidente o carácter fundamental de outros direitos. Não é menos certo, porém, que só as próprias gerações futuras têm legitimidade (e capacidade) para decidir quais os direitos que devem ainda ser dotados dessa fundamentalidade, avaliando a cada passo os perigos sociais e tecnológicos emergentes e as exigências decorrentes da dignidade da pessoa humana[1418]. Interiorizando como premissa básica a permanência da Constituição, à geração presente apenas pode

[1413] Entretanto, neste sentido, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 289.
[1414] Infra, epílogo, ponto 16.
[1415] CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 114 ss.; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 48 ss..
[1416] Num elenco de questões parcialmente convergente, BIRNBACHER, *Responsability*, p. 29.
[1417] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 32.
[1418] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 37.

competir a protecção no futuro dos direitos fundamentais daquela constantes e com o alcance material com que hoje eles aí se encontram oficialmente consignados. Estando uma Constituição em vigor, não poderia hoje ir-se além do que nela se encontra estipulado.

Em contrapartida, também não pode ficar-se aquém, valendo a este respeito a "regra de ouro" segundo a qual não deve negar-se aos outros aquilo que para nós próprios desejamos ou exigimos. O Estado de Direito deve ser capaz de impedir que se faça às gerações futuras algo que, relativamente aos titulares vivos de direitos fundamentais, não seria constitucionalmente aceitável[1419]. Portanto, se a Lei Fundamental não permite que alguns cidadãos actuais privem outros concidadãos de direitos fundamentais que fazem parte do respectivo elenco e que, à luz do princípio da universalidade, lhes assistem, de modo algum poderia permitir semelhante privação relativamente aos futuros cidadãos.

Em termos esquemáticos, não obstante a geração presente ser titular de um acervo de direitos pré-determinado constitucionalmente [$GP \leftrightarrow (DF = a)$] e de, em circunstâncias normais, as gerações vindouras virem a beneficiar de um acervo acrescido [$GF \leftrightarrow (DF = a + x)$], a responsabilidade da geração presente para com os direitos das gerações futuras *(R)* apenas pode abarcar aquele conjunto mais restrito de posições jusfundamentais positivadas na Constituição hoje vigente *(a)*, desconsiderando todos os eventuais e imprevisíveis alargamentos supervenientes *(x)*[1420].



Além disso, uma segunda restrição é inevitável quando se procura delimitar a vinculação da geração presente aos direitos fundamentais das gerações futuras – em termos práticos, até mais relevante que a acabada de formular. Com efeito, apesar de a dimensão intergeracional acima referida respeitar basicamente a todos os direitos fundamentais – no sentido em que cada um deles, dada a atemporalidade da sua raiz primeira, assume nuclearmente uma vocação perene, transmitindo-se de geração em geração –, ela reparte-se entre eles em termos desiguais, sendo bem mais acentuada nuns do que noutros. Sobretudo, os direitos das gerações futuras não são afectados com idêntica acutilância pelas acções abusivas ou imprevidentes da geração presente. É óbvio que esta pode colocar em grave risco direitos das gerações

[1419] Acentuando a importância desta "regra de ouro": SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 30-32; HOFMANN, *Rechtsfragen*, p. 273.
[1420] Também no sentido de que para o futuro vale exactamente o que vale no presente: MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 211; BUBNOFF, *Der Schutz*, p. 66.

futuras como a vida, a integridade física, a saúde, ou os direitos ao ambiente e ao ordenamento do território, o direito à segurança social, e que, em certa medida, pode até reduzir sensivelmente o alcance dos direitos de participação política – mormente, através da tomada de decisões políticas irreversíveis. Mas certamente não possui, pela própria natureza dos direitos em jogo, capacidade para prejudicar de forma directa o exercício pelos membros daquelas gerações dos respectivos direitos de defesa em matéria penal, ou das liberdades religiosa, de associação, de expressão, de manifestação e de circulação, nem tão-pouco do direito à greve ou do direito à educação. A afectação destes direitos fundamentais só pode dar-se reflexamente, se pela sua actuação absolutamente irresponsável a geração actual condenar as suas sucessoras à extinção ou a viver na insalubridade, na pobreza, na insegurança, e consequentemente na violência e na guerra. Em última análise, se a vida humana na terra se extinguir, não haverá também liberdade de expressão, mas seria estultícia lamentar a perda desta última.

Quando hoje se trata dos direitos das gerações futuras, há que distinguir claramente entre a questão da delimitação do respectivo acervo – aliás, em termos puramente objectivos – da questão da vinculação da geração presente aos direitos aí compreendidos e, por consequência, do alcance do dever de protecção do Estado. Assim é, porque aquela vinculação e este dever apenas respeitam àqueles direitos fundamentais que, sendo hoje reconhecidos como direitos das gerações futuras, podem também ser directamente afectados a partir do presente, pela conduta activa ou omissiva da geração actual[1421]. Esses direitos fundamentais correspondem, no essencial, aos pressupostos físicos da vida e da autonomia humana no futuro, de uma vida humana sobre a terra tal como a conhecemos, com dignidade e com direitos. Se o que está em causa é, no fundo, garantir a possibilidade de as gerações posteriores beneficiarem de oportunidades de vida e de liberdade idênticas às da geração presente, podendo autodeterminar-se nos planos político, social, económico e cultural, é para os direitos fundamentais que estão na base dessas oportunidades que o dever estadual de protecção tem que se direccionar[1422]. Neste sentido, aliás, considerando o carácter continuado de muitos dos perigos jusfundamentais, os deveres do Estado de protecção dos direitos das gerações futuras à vida, à integridade física, à saúde e ao ambiente não passam de um prolongamento no tempo do mesmo imperativo decretado pela Constituição relativamente aos mesmos direitos da geração presente.

II – A segunda interrogação acima suscitada, relativa à construção dogmática do dever de protecção dos direitos das gerações futuras, prende-se com o horizonte temporal do mesmo. Sabendo-se que certas tecnologias hoje utilizadas podem produzir externalidades negativas daqui a centenas ou

[1421] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 81 e p. 100.
[1422] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 23-24, e pp. 30 e 36.

milhares de anos, ou produzi-las continuamente por períodos temporais muitíssimo longos, com quantas gerações futuras tem o Estado que se preocupar hoje[1423]?

A interrogação formulada, sem prejuízo do seu carácter algo capcioso – ainda que ninguém saiba como será o mundo daqui a 1000 anos, não custa imaginar que Constituição de 1976 e os direitos fundamentais nela previstos já não estarão em vigor –, não deixa de revelar uma das maiores debilidades da protecção das gerações futuras: a do grau de fiabilidade das prognoses que é possível fazer hoje, quer quanto à evolução a médio e longo prazo da realidade em si mesma, quer quanto aos efeitos que a acção (ou a inacção) humana pode ter sobre essa mesma realidade[1424]. Não obstante, não existe outra forma de orientar a acção do Estado relativamente à protecção dos direitos das gerações vindouras senão a de aceitar como correctas as prognoses feitas de acordo com aquele que é estádio mais recente do conhecimento científico, matizando-as, de acordo com o princípio da precaução, por uma significativa margem de erro – e, porventura, concedendo prevalência às prognoses pessimistas sobre as optimistas, sempre que estiver em causa a própria sobrevivência da espécie humana[1425]. Antes de mais, a medida da responsabilidade da geração presente é a medida do saber humano actual e, concretamente, a capacidade que o homem tem para deslindar complexas cadeias causais e prever a sua evolução futura em termos cientificamente plausíveis. Sempre que esta se expande, expande-se também aquela[1426]. Por outro lado, além de ser limitada pela finitude do conhecimento científico, a responsabilidade para com as gerações futuras – e o correspondente dever de protecção do Estado – está ainda limitada pela capacidade técnico-científica que o homem tem para influenciar o curso dos acontecimentos, para interromper ou inverter processos causais potencialmente lesivos de direitos de seres humanos vindouros.

Por conseguinte, não importa tanto determinar quando viverão os titulares futuros dos direitos fundamentais – se num futuro mais próximo, se num futuro mais remoto –, mas saber se hoje é possível antever ameaças concretas para a vida, a integridade física, a saúde ou o ambiente de pessoas que viverão algures num tempo posterior. E, em caso afirmativo, se a geração presente pode fazer algo para evitar a consumação dessas ameaças. Em termos sinópticos, a geração presente, sendo embora guardiã dos direitos das gerações futuras, não pode ser responsável por ameaças jusfundamentais que desconhece, nem por aquelas que não tem capacidade para evitar.

III – A terceira questão formulada parte, obviamente, do pressuposto de que os direitos fundamentais das gerações futuras, à imagem do que sucede com todos os demais, não são direitos

[1423] Sobre os limites temporais da responsabilidade Estadual no domínio atómico, LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 191 ss..
[1424] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 207-208; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 25 ss..
[1425] Recorde-se o fundamento desta preferência em JONAS, *El principio*, pp. 71 ss..
[1426] BIRNBACHER, *Responsability*, pp. 23-24; PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 7-8. Noutro contexto, mas também limitando a responsabilidade ao actual "estado dos conhecimentos", E. PARDO, *Técnica*, pp. 209 ss..

absolutos, antes carecendo de ponderação com os titulados pela geração presente[1427] – ponderação que, aliás, exprime também a difícil relação entre a justiça intergeracional e intrageracional[1428]. Em particular, os direitos das gerações vindouras terão sempre de ser cuidadosamente balanceados com alguns direitos da geração presente cujo exercício pode comprometer as condições de possibilidade daqueles, como sucede por certo com o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa económica, a liberdade de investigação científica e, embora marginalmente, com algumas faculdades compreendidas em direitos como a liberdade de deslocação e fixação, a liberdade de escolha de profissão, o direito à habitação e, de resto, a própria liberdade geral de acção. Os direitos das gerações futuras terão sempre que ser ponderados nas decisões públicas destinadas a promover o bem-estar económico e a qualidade de vida dos cidadãos actuais, mormente quando impliquem o consumo de recursos naturais escassos ou a projecção de efeitos nocivos.

Recusa-se, portanto, o argumento segundo o qual é logicamente impossível fazer o confronto entre direitos de pessoas que não sejam contemporâneas, em termos que atribuam posições activas a umas e passivas a outras[1429] – à semelhança, aliás, do argumento segundo o qual é inviável confrontar os direitos de pessoas que não se encontrem inseridas no mesmo espaço político[1430]. Estes argumentos inserem-se, no fundo, nas orientação que negam a possibilidade de definir e aplicar princípios de *justiça intergeracional* e de *justiça entre povos* ou Estados, que pudessem acrescentar-se e articular-se com os tradicionais princípios de *justiça social* em sentido amplo (justiça comutativa e distributiva) – ou seja, aos princípios que regem as relações entre pessoas que vivem num dado tempo e num dado espaço político[1431]. Ora, uma coisa é a dificuldade em delinear princípios de justiça aplicáveis às relações intergeracionais, outra a sua impossibilidade lógica[1432]. Além do já tão difundido princípio da precaução, outros ilustram bem que não é impensável definir princípios substantivos e adjectivos de justiça entre gerações. Nomeadamente:

a) Princípio da *equivalência* – cada geração só está autorizada a usar uma quantidade de recursos renováveis equivalente à que pode ser reposta no período de uso, e de recursos não renováveis para os quais possa providenciar um sucedâneo[1433];

[1427] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 102-104. Avançando orientações para essa ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 70 ss..

[1428] CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 98-100.

[1429] Analisando criticamente este "time-spam argument", PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 6-8. Considerando, porém, mais claras as vinculações entre as gerações mais próximas (isto é, entre as três gerações vivas), CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, p. 98.

[1430] Diferente é a posição daqueles que usam a (necessidade de corrigir a) presente injustiça entre nações como pretexto para negar a justiça intergeracional, afirmando que esta agravaria necessariamente aquela: BECKERMAN / PASEK, *Justice*, p. 105, e, mais desenvolvidamente, pp. 167 ss., e pp. 193 ss..

[1431] Curiosamente, RAWLS, que em *Uma teoria da justiça* se preocupa fundamentalmente com a questão da justiça social – sem prejuízo da passagem já referida sobre justiça intergeracional (pp. 227-236) –, vem mais tarde a ocupar-se dos princípios da justiça entre povos, em *A lei dos povos*, esp. pp. 43 ss, e pp. 124 ss.. Também sobre os princípios de justiça entre países, e a necessidade da sua tradução numa só lei, SINGER, *Um só mundo*, esp. pp. 155 ss..

[1432] WALLACK, *Justice*, p. 86.

[1433] LUMER, *Principles*, p. 39; CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 103-104.

b) Princípio do *"ratio" positivo de poupança* – cada geração deve deixar à seguinte tantos bens (capital, tecnologia, recursos naturais, educação, conhecimento) quantos os necessários para que esta possa elevar o seu nível de bem-estar acima da precedente[1434];

c) Princípio do *mínimo dano irreversível* – todas as actividades de que resultem danos irreversíveis devem ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável[1435];

d) Ou ainda o princípio (processual) da *imparcialidade intergeracional* – as decisões cujas consequências se estendam por várias gerações devem ser tomadas com abstracção da geração a que o decisor pertence, devendo ser defensáveis na perspectiva de todas as que são afectadas[1436].

Estes princípios não são meras conjecturas abstractas, sem qualquer operatividade. Eles são susceptíveis de reunir à sua volta algum consenso teórico e, em alguns casos, podem traduzir-se em directrizes juridicamente relevantes na ponderação recíproca dos direitos das gerações presentes e futuras[1437]. Nem tão-pouco se pode dizer que a controvérsia que geram seja superior à que sempre existiu em torno dos princípios da dita justiça social, sobretudo quando se discute a justiça distributiva.

Entre os que aceitam a possibilidade e a necessidade de ponderação dos direitos das gerações presentes e dos direitos das gerações futuras existem, no entanto, opiniões divergentes sobre o peso relativo que deve der atribuído a uns e a outros. Ao passo que alguns são particularmente rigorosos na valoração das ameaças incidentes sobre os direitos das gerações futuras, originadas pelo exercício de direitos de pessoas pertencentes à actual geração, outros entendem que a Constituição não permite conferir aos perigos jusfundamentais que se projectam sobre a posteridade um peso comparativamente superior ao que seria atribuído a idênticos perigos se imediatamente reflectidos no presente[1438]. Baseiam-se os primeiros no facto de, colocadas perante certas alternativas decisórias, as pessoas actuais admitirem correr certos riscos jusfundamentais na expectativa de retirar daí alguns benefícios, mas semelhante raciocínio não valer em relação às pessoas futuras, porque quando a estas não existe uma compensação correspondente ao risco a que ficam submetidas[1439]. É o que sucede, tipicamente, com a produção de energia nuclear, assim como em todos os casos em que o risco de certas actividades se projecta à distância

---

[1434] LUMER, *Principles*, pp. 45-46. Menos exigente, mas mais realista, será o princípio da igualdade de *chances* de desenvolvimento (gleichen Entwiklungschancen), CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, p. 103. Ainda menos exigente será o princípio da garantia de um mínimo ecológico de existência, referido por BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 60-62.

[1435] WALLACK, *Justice*, pp. 97.

[1436] Sob inspiração de Rawls, WALLACK, *Justice*, p. 103; contra BECKERMAN, *The impossibility*, p. 64; sobre as limitações dos princípios processuais neste domínio, DIERKSMEIER, *John Rawls*, pp. 72 ss..

[1437] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 386-388, sobre a diferente origem e a diferente natureza dos princípios da justiça intergeracional, no confronto com os princípios jurídicos tradicionais. Também sobre os princípios no domínio ambiental, BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 31 ss..

[1438] A primeira posição é tendencialmente defendida por HOFMANN, *Rechtsfragen*, pp. 280-281. A segunda é sustentada por MURSWIEK, *Die staatlich Verantwortung*, pp. 212-213. Defendendo uma "preferência limitada pelo presente", e qualificando uma orientação semelhante à primeira como "ditadura ecológica", CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 100. Sobre o mesmo problema, BENDA, *Technische Risiken*, p. 7.

[1439] GARDINER, *Protecting future generations*, pp. 153-154.

ou decorre de processos de acumulação[1440]. A energia produzida pelas centrais nucleares é consumida hoje, enquanto o lixo radioactivo daí resultante permanecerá um perigo para as gerações futuras. E, ainda que estas mantenham a opção atómica que herdaram, ficarão sempre sujeitas a um nível de risco superior àquele de que tiram proveito – uma parte vinda do passado e outra parte originada no presente. Os segundos, por seu turno, invocam em seu favor a ausência de um princípio constitucional de *equivalência entre custos e benefícios* ou de identidade entre as vantagens de certa actividade – não individuais, mas geracionais – e as desvantagens daí decorrentes – também geracionais e não individuais[1441].

É sem dúvida importante integrar a posição das gerações futuras nas análises custos/benefícios destinadas a avaliar certas decisões públicas, ainda que referentes a interesses ou projectos privados, contrariando alguma superficialidade que por vezes as tem caracterizado – *v.g.*, a tendência para o curto termo e para negligenciar aspectos culturais, ambientais e estéticos[1442]. Não obstante, nem aquelas análises constituem um critério de decisão imposto pela Constituição, nem tão-pouco elas esgotam os elementos (quantitativos e qualitativos) necessários a uma ponderação constitucionalmente adequada dos direitos das diferentes gerações. Conforme se verificou noutro ocasião, os riscos jusfundamentais devem acima de tudo ser avaliados de forma meticulosa, levando em conta a sua intensidade, por um lado, e o seu potencial lesivo, por outro. E, com se apontou na mesma altura, a dimensão temporal do risco – compreendendo a extensão máxima do intervalo de tempo em que este se produz e a sua distribuição mais ou menos linear ao longo desse intervalo –, representa também uma componente indissociável de uma avaliação correcta e global dos próprios riscos. Designadamente, não é possível avaliar a intensidade de um risco sem definir primeiro uma escala temporal, seja ela curta ou longa. Assim, a riscos que se prolongam no tempo por 100, 1000 ou 10.000 anos tem normalmente que corresponder, no momento de ponderar os direitos das gerações presentes e das gerações vindouras, um peso muito superior aos riscos cujos efeitos se esgotam em lapsos temporais mais curtos, compreendidos na vida daqueles que são responsáveis pela sua produção[1443]. Este maior peso constitui, portanto, uma especificidade resultante da medição e valoração dos riscos de longo prazo *(Langzeitrisikos)*, que depois se projecta no resultado das operações de ponderação e numa maior dificuldade em justificar jusfundamentalmente actividade privadas e decisões públicas causadoras de riscos com semelhante tipo de efeitos[1444].

Em suma, inexistindo um princípio constitucional de equivalência entre custos e benefícios, a compressão de direitos fundamentais pertencentes à comunidade actual, com vista à protecção de direitos futuros, obedece aos padrões comuns constitucionalmente definidos em matéria de limitações e restrições,

---

[1440] Sobre a avaliação dos riscos das instalações nucleares e das instalações químicas, respectivamente: OSSENBÜHL, *Die Bewertung*, pp. 45 ss.; MARBURGER, *Die Bewertung*, pp. 27 ss..

[1441] MURSWIEK, *Die staatlich Verantwortung*, pp. 213-214.

[1442] GARDINER, *Protecting future generations*, pp. 157-158.

[1443] MURSWIEK, *Die staatlich Verantwortung*, pp. 215-216.

[1444] Sobre os riscos (a as responsabilidades estaduais) de longo prazo, HOFMANN, *Rechtsfragen*, pp. 258 ss.; WAGNER / ZIEGLER / CLOSS, *Risikoaspeckte*, pp. 146 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 123-124; LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 174 ss.; GETHMANN / KAMP, *Gradierung*, pp. 137 ss.; BUBNOFF, *Der Schutz*, pp. 107 ss..

valendo para a oneração da esfera jusfundamental dos homens futuros os mesmos princípios e regras que valem para a oneração dos homens presentes: proporcionalidade, reserva de lei, salvaguarda do conteúdo essencial, determinabilidade, entre outros. Ainda que fosse possível isolar entre si as sucessivas gerações, apartando o respeito pelos direitos da geração presente e a protecção dos direitos das gerações futuras, é inegável que, à luz da Constituição, as gerações posteriores não exigem meios ou esforços mais exigentes do que as gerações actuais[1445].

IV – A encerrar estas disquisições sobre o tema dos direitos das gerações futuras, impõe-se – em resposta à última questão colocada – uma breve nota sobre o problema dos instrumentos institucionais, processuais ou procedimentais disponíveis para a sua protecção.

Na realidade, à semelhança do que sucede com a generalidade das ordens constitucionais, não existem em Portugal instrumentos especialmente vocacionados para a salvaguarda dos direitos das gerações futuras. Algumas ordens jurídicas, no entanto, seguiram outro caminho e nomearam-lhes um representante formal, encarregando-o de defender hoje as pretensões jurídicas que elas não podem ainda fazer valer por si, seja uma comissão parlamentar, seja um *ombudsman*, seja um órgão administrativo, de natureza consultiva ou técnica[1446-1447]. Alguns vêem nestas soluções a única forma capaz de ultrapassar o argumento daqueles que negam os direitos das gerações futuras com base na impossibilidade prática de estas os invocarem pela sua própria boca e de os fazerem valer pelas suas próprias mãos[1448]. Outros, porém, mantêm-se profundamente descrentes nas possibilidades de operacionalização dos direitos das gerações futuras e, nessa consonância, consideram preferível negar a sua existência[1449]. Outros ainda adoptam uma atitude mais positiva, sem que isso os impeça de reconhecer uma certa intranquilidade quanto à adequação dos instrumentos actualmente utilizados pelo Estado de Direito para enfrentar os desafios que a ética de responsabilidade para com o futuro lhe coloca[1450].

Sem embargo da utilidade que poderia ter uma solução institucional ancilar dos direitos das gerações futuras – sobretudo no que respeita à sensibilização dos decisores públicos e à promoção da corresponsabilidade dos cidadãos no desenvolvimento de uma tarefa que repousa, primacialmente, sobre os ombros do Estado[1451] –, três verdades parecem seguras.

Primeiro, não se distinguindo substantivamente a natureza dos direitos das gerações futuras dos demais direitos fundamentais, nada mais natural do que o prolongamento dessa identidade para o plano

---

[1445] MURSWIEK, *Die staatlich Verantwortung*, p. 215.
[1446] SHOHAM / LAMAY, *Comission*, pp. 244 ss.; JÁVOR, *Institutional protection*, pp. 282 ss.; OPSTAL / TIMMERHUIS, *The role*, pp. 299 ss..
[1447] Defendendo a institucionalização de um representante constitucional das gerações futuras, CASPAR, *Generationen-Gerechtigkeit*, pp. 90-91.
[1448] PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 8-11.
[1449] C.A. GOMES, *Risco*, p. 162.
[1450] M.G. GARCIA, *O lugar*, esp. p. 290; SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 107 ss..
[1451] Acentuando o aspecto da corresponsabilidade dos cidadãos, SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 124 ss..

adjectivo. Assim como os direitos das gerações futuras não se impõem aos direitos das gerações presentes através de nenhum aparelho conceptual específico, mas por meio dos conceitos correntes da teoria do cerceamento e ponderação de direitos fundamentais, nada mais natural do que impor o respeito pela dimensão intergeracional destes através das ferramentas institucionais, processuais e procedimentais comuns da tutela jusfundamental e, mais concretamente, através das vias que permitem exigir o cumprimento dos deveres de protecção a cargo do Estado.

Segundo, não se pode sequer dizer que os instrumentos institucionais, processuais e procedimentais de tutela de direitos fundamentais actualmente previstos na Constituição e na lei sejam impermeáveis à protecção dos direitos das gerações futuras. Pelo contrário, apesar de estas não poderem valer-se directamente do direito de acesso a tribunal (artigo 20º), a maioria dos meios de tutela jusfundamental permite de alguma forma acomodar a defesa das suas pretensões. É o que sucede com o Provedor de Justiça (artigo 23º), o direito de petição (nº 1 do artigo 52º), o direito de acção popular (nº 3 do artigo 52º), o dever de defesa da legalidade democrática do Ministério Público (nº 1 do artigo 219º) e o direito de participação procedimental (de associações representativas de certos interesses) (nº 5 do artigo 268º). Sobretudo o Provedor de Justiça – isto é, o provedor único, sem necessidade de qualquer desdobramento[1452] – pode desenvolver neste quadro uma acção inestimável, uma vez que nada na Constituição limita os seus poderes à defesa dos direitos fundamentais da geração actual e a própria lei ordinária admite também a sua intervenção nas relações jusfundamentais entre privados[1453]. Em última instância, impende sempre sobre a Jurisdição Constitucional, tanto pelas vias concretas como pelas abstractas, a responsabilidade de decretar a invalidade das normas que ponham em causa os direitos fundamentais das gerações futuras em termos não admissíveis constitucionalmente[1454].

Terceiro, as eventuais insuficiências do sistema de tutela jusfundamental relativamente aos direitos das gerações futuras são próprias da novidade dos problemas que a ordem constitucional tem de enfrentar, estando no entanto longe de constituir um argumento sólido contra o reconhecimento daqueles e à integração na teoria dos direitos fundamentais de uma nova dimensão: a dimensão intergeracional. De resto, o próprio legislador ordinário, em face de riscos que afectem as gerações vindouras em termos particularmente agudos, deve nesses casos ser convocado para lhe conferir operatividade normativa, estabelecendo a obrigatoriedade de instrumentos de avaliação das decisões públicas, como os denominados "exames de sustentabilidade geracional"[1455] – um pouco à imagem do que sucede hoje com os estudos de impacte ambiental.

[1452] J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 23º*, p. 496; também *A unicidade*, pp. 223. Em termos mais matizados, M.L. AMARAL, *O Provedor*, pp. 66 ss..

[1453] Artigo 2º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei nº 9/91, de 9 de Abril; Lei nº 30/96, de 14 de Agosto; Lei nº 52-A/2005, de 10 de Outubro).

[1454] Em moldes paradigmáticos, no Acórdão nº 188/2009, o Tribunal Constitucional invocou expressamente o *princípio da solidariedades intergeracional* como fundamento legitimador da restrição do direito à segurança social das gerações presentes.

[1455] SALADIN / ZENGER, *Rechte*, pp. 115-116.

9.3. Disponibilidade dos direitos fundamentais afectados

A questão da disponibilidade dos direitos fundamentais ocupa uma posição de relevo na teoria dos deveres estaduais de protecção. Tal fica a dever-se às condutas, porventura cada vez mais frequentes, em que os indivíduos colocam os seus direitos em risco, atentam contra eles directamente, consentem na sua violação ou, em vista de um qualquer fim imediato, pretendem mesmo prescindir deles. Com efeito, só uma definição clara acerca da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos em causa permite tomar uma opção sobre a viabilidade dogmática ou sobre o alcance da denominada *protecção forçada contra o titular de direitos básicos* que adopta condutas de semelhante jaez. Lapidarmente: *quid juris* se o titular do direito não está interessado ou rejeita mesmo a protecção que o Estado lhe pode e quer oferecer? Será possível, nessas condições, sustentar-se a vinculação do Estado a *deveres de protecção forçada*?

Já anteriormente se deixou claro que a questão acabada de colocar pressupõe, antes de mais, que os respectivos titulares detenham em concreto as condições necessárias para conformar a sua vontade de uma forma *livre e esclarecida*[1456]. Como se garante que certa conduta ou certa decisão do titular do direito têm efectivamente atrás de si uma vontade adequadamente formada – e não, por exemplo, uma vontade deturpada por gritantes desigualdades fácticas existentes entre os sujeitos jusfundamentais justapostos[1457] – é outro problema que aqui não pode ser versado e para o qual, aliás, debalde se procurará uma resposta incisiva nos textos constitucionais ou mesmo na doutrina constitucionalista[1458]. Além disso – excepção feita aos casos particulares em que certas pessoas têm legalmente outras à sua guarda ou podem legitimamente tomar certas decisões em representação de outras, por estas se encontrarem inconscientes ou incapacitadas para o fazer[1459] –, esta mesma questão da disponibilidade dos direitos básicos só tem verdadeira autonomia no pressuposto, mais do que evidente, de que *só é admissível a disposição de direitos próprios*[1460-1461]. Por isso, sempre que certa conduta do titular do direito interfere negativamente com direitos de terceiros, a dúvida sobre a natureza disponível ou indisponível dos direitos do próprio

---

[1456] Supra, §2º, ponto 7.4.2.

[1457] Numa breve análise sob a perspectiva da liberdade contratual, SINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 1133 ss.; também sobre as desigualdades nas posições negociais, FEINBERG, *Harm*, pp. 229 ss, esp. pp. 249 ss..

[1458] Com interesse, as considerações de J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 304-307. Sob influência especial dos padrões penalistas, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 82 ss. FEINBERG, *Harm*, pp. 113 ss., apontando algumas regras de apuramento da *voluntariedade* das condutas e, pp. 189 ss., numa análise exaustiva das diferentes *falhas do consentimento*. No âmbito da CEDH, sobre o que significa uma vontade (renunciante) não viciada e esclarecida, FRUMER, *La renonciation*, pp. 549 ss..

[1459] P.G. MARQUES, *Anotação ao artigo 25º*, p. 564; C. ANDRADE, *Anotação ao artigo 156º*, pp. 382-385; nos casos se eutanásia, F. DIAS, A *ajuda à morte*, pp. 209-211. Apresentando um caso típico, em que um cônjuge recusou a realização de uma transfusão sanguínea no outro cônjuge que se encontrava inconsciente, em virtude da crença religiosa de ambos, HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 91-95.

[1460] ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 222-223; AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 58-60, versando os casos particulares do segredo das comunicações, em que há mais do que um sujeito comunicante (emissor-receptor), e da inviolabilidade do domicílio, que muitas vezes é habitado por várias pessoas.

[1461] Referindo-se a *mixed paternalistic laws* para designar as leis que protegem alguém contra si mesmo, mas em que a verdadeira razão da protecção são os direitos de terceiros (ou interesses colectivos), FEINBERG, *Harm*, p. 16.

passa inapelavelmente para segundo plano, perdendo quase na totalidade a sua relevância prática. A interrogação apenas pode persistir, portanto, em relação às condutas ou decisões de disposição de direitos próprios, sem externalidades jusfundamentais relevantes, e em que estejam garantidas ao titular do direito as condições indispensáveis à formação livre e esclarecida da sua vontade.

Nesta discussão é também comum o afastamento da possibilidade de certa pessoa dispor, em bloco, de todos os seus direitos fundamentais – o que redundaria na perda da sua própria humanidade, como no exemplo clássico do contrato de escravatura[1462] –, assim como da possibilidade de dispor, em termos definitivos, de um dos seus direitos fundamentais tomado como um todo[1463] – isto é, compreendendo todas as faculdades integrantes do seu conteúdo e em todas as suas dimensões. Mesmo aquele que, de uma forma tão livre e consciente quanto é possível representar, atenta contra a sua própria vida não abdica por essa forma do seu direito fundamental à vida na relação com o Estado (*v.g.*, não autoriza a sua execução), nem tão-pouco na relação com os seus concidadãos (*v.g.*, não consente num eventual homicídio)[1464]. E, se se entender que existe um imperativo constitucional de preservação da vida contra a vontade consciente e autónoma de quem contra ela actua, nem mesmo a realização da conduta suicida faz cessar o direito à vida, que subsiste na sua dimensão (prestacional) de protecção, impondo às instâncias públicas competentes um dever de salvamento enquanto isso ainda for possível. Só mesmo com a morte é que se apagam todas as dimensões do direito à vida[1465]. Neste sentido, portanto, os actos de disposição jusfundamental cuja legitimidade constitucional se discute são sempre *parciais*.

A este propósito, é de salientar ainda a pertinência da ideia segundo a qual o que está em causa na generalidade das condutas autoprejudiciais e renunciativas são essencialmente questões de *exercício* de direitos fundamentais e não tanto questões de titularidade[1466] – ainda que se consinta no carácter algo capcioso da distinção entre capacidade jurídica e capacidade de exercício no que aos direitos fundamentais de refere[1467]. Com efeito, a titularidade dos direitos fundamentais é fixada, sob a batuta do princípio da universalidade, pelas normas constitucionais que consagram cada um dos direitos em especial – ou por estas normas constitucionais em articulação com as respectivas normas legais densificadoras, quando aquelas não sejam auto-suficientes –, ficando aberto aos indivíduos um amplo leque de alternativas de exercício (não abusivo) das diferentes faculdades que integram o conteúdo desses direitos, as quais são obviamente influenciadas pela natureza do bem jurídico protegido[1468]. Mormente: exercício

---

[1462] Sobre os limites da soberania pessoal, em torno deste contrato, FEINBERG, *Harm*, pp. 71 ss..

[1463] No sentido que esta expressão assume em ALEXY, *Teoria*, pp. 240-247; no mesmo sentido J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 270.

[1464] HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 82.

[1465] Sobre os efeitos do momento terminal, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 526 ss..

[1466] HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 135; PIETZCKER, *Die Rechtsfigur*, pp. 537-538.

[1467] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 260-261; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 424-425; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 331-332.

[1468] Por exemplo, distinguindo bens jurídicos que correspondem a características dos titulares do direito, bens jurídicos que correspondem a liberdades de actuação (exterior), e bens jurídicos que se traduzem em competências

passivo; exercício activo; exercício negativo; não exercício; exercício mediante autocolocação em perigo ou autolesão; exercício renunciativo; não exercício das faculdades de protecção jurisdicional[1469]. O que interessa averiguar é, precisamente, se algumas destas modalidades de exercício, pelo seu carácter inopinado ou anómalo, desmerecem a protecção constitucional que de modo inequívoco compete às demais[1470].

Por outra banda, não é demais sublinhar a ideia de que não interessa aqui tomar em consideração as condutas autoprejudiciais ou, sobretudo, renunciativas do titular do direito fundamental na sua relação imediata com o Estado ou relativamente às quais este possa, de alguma maneira, tirar proveito. Em particular, no que toca às diferentes formas de renúncia a direitos fundamentais, estão excluídos da discussão aqueles actos de disposição em que o Estado surge como beneficiário[1471]. Nem tão-pouco se afigura coerente a ideia segundo a qual, exceptuada a problemática da reserva de lei, os parâmetros que regem a renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações entre o Estado os cidadãos são essencialmente os mesmos que são aplicáveis às relações jurídicas privadas[1472]. As duas questões situam-se em capítulos bem distintos dentro da teoria dos direitos fundamentais, pois, enquanto uma respeita à vinculação das entidades públicas, na perspectiva dos direitos de defesa, a outra refere-se à vinculação das entidades privadas, sob a óptica da eficácia horizontal e dos deveres estaduais de protecção que estão presentes nesse plano. Aliás, o axioma *"volenti non fit injuria"* surge no contexto de relações horizontais que se estabelecem entre os indivíduos em sociedade – regidas pela lei civil ou pelo direito penal[1473] – e não no contexto das relações de poder, sendo por isso que a negociabilidade de posições com relevância jusfundamental ou o consentimento quanto à sua lesão, que podem admitir-se entre privados, não fazem sentido nas relações entre o Estado e os cidadãos[1474].

Um *Estado de direitos fundamentais* deve promover a efectividade dos direitos fundamentais e não expandir os seus espaços de actuação livre à custa do não exercício, do exercício autoprejudicial ou do exercício renunciativo desses mesmos direitos por parte dos cidadãos[1475]. Contudo, mais do que esta dualidade irredutível de regimes, o que convém agora sublinhar é – à imagem do que ficou dito a propósito dos perigos jusfundamentais causados por entes públicos através de interposta pessoa – o

---

para produzir efeitos jurídicos, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 70. Noutra formulação, distinguindo direitos "tácitos", direitos referidos a "acções" e direitos referentes a "situações", ALEXY, *Teoria*, pp. 354-358.

[1469] Apontando algumas destas modalidades: STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, p. 903; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 3-4.

[1470] Sustentando o princípio de que todas as condutas pelas quais se expressa a liberdade individual merecem tutela constitucional, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 104-105.

[1471] Em que o Estado seja "*Verzichtsgegner"*, segundo afirma SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 27. Em sentido próximo, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 17-18.

[1472] Ideia expressa por J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 266.

[1473] Numa tentativa de transposição para o direito administrativo, mas considerando a analogia duvidosa, SACHS, *Volenti*, pp. 398 ss.; revelando também uma constante preocupação com a transposição da teoria penalista para o direito público, AMELUNG, *Die Einwilligung*, *passim*, esp. 116-119.

[1474] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 429.

[1475] Recusando a utilização da fórmula "Estado de direitos fundamentais" em termos simplesmente retóricos: J.P. SILVA, *Cidadania*, pp. 185; também R. MEDEIROS, *O Estado*, pp. 23 ss..

contrassenso que seria o Estado estar vinculado a deveres de protecção quando é ele que está na origem das condutas daqueles que menorizam os seus próprios direitos fundamentais ou quando, de algum jeito, daquelas pretende retirar benefícios. Ora, uma vez mais, nunca o Estado poderá razoavelmente estar vinculado a deveres de protecção contra si mesmo.

9.3.1. Debate teórico sobre o problema da (in)disponibilidade

Embora nem sempre partindo de todas as premissas apontadas – isto é: a vontade do titular do direito tem de ser livre e esclarecida; em causa estão apenas direitos fundamentais próprios; mas nem assim todos esses direitos em conjunto ou cada um deles visto como um todo; em análise estão somente problemas relativos ao exercício de direitos; sob exame não estão as condutas em que o Estado surge como contra-interessado –, são duas as principais orientações que têm vindo a ser seguidas quanto à questão da disponibilidade dos direitos fundamentais[1476].

I – Mais precisamente:

a) Uma primeira orientação considera que *os direitos fundamentais são por natureza posições jurídicas indisponíveis* nas relações dos respectivos titulares consigo mesmos e nas múltiplas relações horizontais ou verticais estabelecidas com outros sujeitos privados (à imagem do que sucede também na relação vertical estabelecida com o Estado), embora possam admitir-se pontualmente algumas excepções bem delimitadas. Nesta tese acha-se um amplíssimo campo de intervenção estadual dirigida à protecção de bens jusfundamentais contra condutas do titular do direito de natureza auto-referente ou renunciante;

b) Na orientação diametralmente oposta, tanto no plano das condutas auto-referentes, quando no plano das relações sociais entre sujeitos particulares (e, aliás, à semelhança do que acontece no plano das relações de poder), *os direitos fundamentais encontram-se por princípio na inteira disponibilidade dos respectivos titulares*. Na ausência de uma vontade contrária do titular do direito, real ou presumida, são os próprios conceitos de restrição (estadual) ou de agressão (privada) que se tornam uma impossibilidade lógica[1477]. Com esta posição de base, só razões constitucionais muito particulares podem justificar medidas estaduais de protecção de bens jusfundamentais que contrariem actuações responsáveis em que titulares de direitos fundamentais disponham dos mesmos.

[1476] STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, pp.894-901; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 56-75; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 45 ss.

[1477] LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, p. 229. Dando conta da polémica relativa à vontade do titular do direito como elemento descaracterizador do conceito de restrição ou como fundamento justificativo das restrições: J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 288-289, e pp. 314 ss.; PIETZCKER, *Die Rechtsfigur*, pp. 534-537.

Entre estas duas posições mais extremadas, muitos outros entendimentos intermédios são naturalmente possíveis:

a) Alicerçados em diferenciações acerca da natureza dos direitos fundamentais em especial – *maxime*, na sua relação com a dignidade da pessoa humana;

b) Baseados no desmembramento das múltiplas faculdades que integram o conteúdo dos direitos – distinguindo as faculdades nucleares e as faculdades periféricas ou acidentais;

c) Fundados na conexão mais ou menos estreita que os diferentes direitos apresentam com certos princípios constitucionais estruturantes – como o princípio do Estado de Direito, com o princípio democrático, ou com o princípio do Estado Social;

d) Ou assentes sobre a ideia de multifuncionalidade dos direitos em causa – designadamente, separando o problema da disposição em face do Estado (dimensão de defesa) do problema da disposição em face dos demais sujeitos privados (dimensões de eficácia horizontal e de protecção)[1478].

Não interessa aqui glosar cada uma destas posições doutrinais compromissórias. Todas convergem, por uma via ou por outra, na recusa de uma soberania absoluta dos cidadãos relativamente aos direitos fundamentais subjectivados na sua esfera jurídica. Divergindo na ponderação dos dados constitucionais a favor e contra o carácter (in)disponível dos direitos fundamentais, divergem também na medida dessa recusa e nas razões em que a sustentam. No fundo, acabam por dissentir naquilo que verdadeiramente interessa a uma análise sobre deveres do Estado de protecção forçada de direitos fundamentais.

II – Deixando de lado, relembre-se novamente, as situações algo anómalas, num Estado de Direito, em que o máximo ente público procura expandir as suas margens de actuação para além do que lhe é constitucionalmente indispensável – quer dizer, em que procura agir, em detrimento dos direitos basilares dos seus cidadãos, sem que estejam reunidos todos os pressupostos formais e materiais que poderiam legitimar uma restrição, nos termos gerais dos nºs. 2 e 3 do artigo 18º –, afigura-se que a alternativa acima apresentada quanto ao problema de fundo deve resolver-se pela afirmação clara de um *princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais.* Este princípio começa por encontrar ancoradouro no *direito ao desenvolvimento da personalidade* (nº 1 do artigo 26º) – mais precisamente

[1478] Saliente-se, em particular, a concepção intermédia de PIETZCKER, *Die Rechtsfigur*, pp. 542 ss.. Segundo ISENSEE, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 896, é neste grupo que se integram HILLGRUBER, *Der Scutz*, SACHS, *Volenti*, e AMELUNG, *Die Einwilligung.* E o mesmo poderia ser dito de FISCHER, *Die Zulässigkeit*, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, e KOCH, *Ein Beitrag*.

naquela sua vertente que assegura a todos os indivíduos uma *liberdade geral de acção* –, que é depois corroborado por vários outros marcos normativos constitucionais de alcance mais reduzido[1479].

A posição inversa foi algo inesperadamente sobraçada por Rawls. Em termos paradigmáticos, afirma este autor que "dizer que as liberdades básicas são inalienáveis é o mesmo que dizer que qualquer acordo entre os cidadãos que prescinda de uma liberdade básica ou a viole, mesmo que esse acordo possa ser racional e voluntário, é nulo *ab initio*; isto é, não tem qualquer força legal nem afecta as liberdades básicas de qualquer cidadão"[1480]. O carácter inalienável das liberdades básicas é assim explicado, seguindo de perto Montesquieu, pela ideia de que "as liberdades de cada cidadão são uma parte da liberdade pública"[1481] – "logo, num Estado democrático, são parte da sua soberania. A Constituição especifica um procedimento político justo, sendo a soberania exercida de acordo com ele e sujeita a limites que garantem a integridade das liberdades básicas de cada cidadão. Deste modo, quaisquer acordos que alienem estas liberdades não podem ser ratificados e promovidos por lei, a qual consiste apenas numa manifestação da soberania"[1482]. Por consequência, "os objectivos e o comportamento dos cidadãos na sociedade estão, então, *subordinados* à prioridade dessas liberdades básicas"[1483].

Se bem se entende este pensamento, não deve reconhecer-se aos cidadãos a faculdade de definir com inteira liberdade os seus objectivos, as suas prioridades, as suas condutas, porque essa definição está *a priori* subordinada a uma concepção dos cidadãos como pessoas livre e iguais e ao ideal de criação e preservação de uma sociedade bem ordenada e justa. Contudo, esta linha de rumo é inaceitável e nunca poderia ser abraçada em relação à totalidade dos direitos fundamentais, em especial no que respeita aos direitos civis e aos direitos de liberdade. Se é de admitir algum grau de funcionalização comunitária de direitos fundamentais – isto é, se se aceita condicionar a morfologia e o exercício de certos direitos fundamentais, predispondo-os de modo a favorecer a concretização de uma sociedade bem ordenada –, essa só é possível relativamente aos direitos políticos[1484]. Não por outra razão, na Constituição portuguesa como noutras, o direito de sufrágio é um direito-dever. Mas essa funcionalização limitada, que é válida para alguns dos direitos políticos, não o pode ser para os restantes direitos fundamentais. De resto, não deixa de causar alguma perplexidade a conclusão do autor, com o seu quê de platonismo, segundo a qual "o ponto essencial a reter é que a concepção dos cidadãos como pessoas livre e iguais não é requerida (…)

[1479] Sobre o princípio geral de disponibilidade dos bens jusfundamentais individuais, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 306 ss.; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 134-142; STERN, (§ 86) *Der Grunsrechtsverzicht*, pp. 895-896; SPIEβ, *Der Grundrechtsversicht*, pp. 63-67 ss., esp. p. 90; AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 26 ss., esp. p. 29; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 228-230.
[1480] *Liberalismo*, p. 340.
[1481] *O espírito das leis*, livro 15, cap. II, p. 254.
[1482] *Liberalismo*, pp. 340-341.
[1483] *Liberalismo*, p. 341 (o itálico não consta do original).
[1484] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 294; V. ANDRADE, *Os direitos*, 1º ed., pp. 63 ss.; C. NABAIS, *O dever*, pp. 28-53, esp. nota 43; HÄBERLE, *La garantía*, pp. 20-23.

como ideal pessoal (…) ou moral (…). Antes, é uma concepção política afirmada em ordem ao estabelecimento de uma efectiva concepção pública de justiça"[1485].

No domínio em apreço, não parece que a inspiração de Montesquieu tenha sido a mais propícia. Pelo que não se vislumbram razões para alterar a posição de princípio já assumida, fazendo apoiar a disponibilidade das posições jusfundamentais no livre desenvolvimento da personalidade. Não se ignoram as objecções contra a transposição acrítica do adquirido constitucional germânico acerca do artigo 2º, §1º, da *Grundgesetz* para a realidade portuguesa e, em concreto, para a interpretação do segmento normativo do nº 1 do artigo 26º apenas introduzido no texto da Constituição com a revisão de 1997. O amplíssimo alcance do preceito constitucional alemão – onde se lê que "cada um tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade" –, a que correspondem, aliás, restrições correspondentemente amplas – "na medida em que não lese os direitos de outrem e não viole a ordem constitucional e a lei moral" –, não se compagina bem com a sistemática nacional dos direitos fundamentais e, em particular, com as soluções não apenas permitidas mas exigidas pelas cláusulas de abertura e extensão dos artigos 16º e 17º[1486-1487]. Por essa razão, os demais direitos de liberdade especificados no texto constitucional não podem ser vistos como meras normas especiais relativamente ao direito ao desenvolvimento da personalidade – e, menos ainda, como simples concretizações normativas dedutíveis a partir de um direito original (e de aplicação subsidiária) evocativo de uma liberdade pré-jurídica, própria do estado natureza. Nem aquele direito pode inversamente ser qualificado como uma espécie de pré-aglomerado de todos os direitos de liberdade que se lhe seguem no articulado constitucional. Não obstante, a verdade é que o direito precipitado no segundo segmento do nº 1 do artigo 26º não poderá deixar nunca de representar "um direito fundamental independente que garante a liberdade geral de acção humana"[1488].

Ainda no enlace que lhe é conatural como pressuposto e emanação da dignidade da pessoa, o dito direito do nº 1 do artigo 26º não pode deixar de consagrar aquela liberdade jurídica negativa que consiste no não impedimento, através de imposição externa, das possibilidades de escolha entre alternativas de decisão, entre agir e omitir, em tudo o que seja relevante para a condução da vida de cada um[1489]. No mesmo sentido, "esta liberdade geral de acção implica ainda uma resistência à juridificação e especialmente à penalização de comportamentos" : de acordo com o princípio que lhe está subjacente, "o ónus de fundamentar está do lado do poder legislativo" e do poder público em geral; "é o poder que terá

[1485] *Liberalismo*, pp. 341-342.

[1486] É o que amplamente demonstra J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 492-526. Em sentidos nem sempre coincidentes: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 463-465; R. MEDEIROS / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 26º*, pp. 611-614; J. NOVAIS, *As restrições*, p. 413 e pp. 590-593; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 149 ss., esp. pp. 198 ss.; J.B. GOUVEIA, *Os direitos*, pp. 206-218.

[1487] Embora com diferentes formulações, o desenvolvimento da personalidade assume também posição de grande destaque nas Constituições espanhola (nº 1 do artigo 10º) e italiana (artigo 2º), sendo naquela erigido em fundamento da respectiva ordem política e jurídica.

[1488] Na expressão do Tribunal Constitucional Federal na conhecida decisão *Elfes*: BVerfGE, 6, 32. Mais recentemente, sobre um regulamento que vedava a possibilidade de cavalgar nos bosques fora dos caminhos estabelecidos, BVerfGE, 80, 152 (*Reinten im Walde*).

[1489] ALEXY, *Teoria*, pp. 331 ss., esp. p. 346.

de justificar a coação e não as pessoas a liberdade"[1490]. Noutra óptica, tal equivale a dizer que "a liberdade em um estado de Direito é, em princípio, ilimitada e a intervenção estatal nessa liberdade, em princípio, limitada"[1491]. Do que aqui se cura, portanto, é de uma outra liberdade, que o legislador reconstituinte de 1997 entendeu por bem explicitar e autonomizar relativamente à já antes consignada no nº 1 do artigo 27º e que "significa direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar"[1492]. Ambas, conjuntamente, exprimem o "momento absolutamente decisivo e essencial – para não dizer, o próprio e constitutivo modo de ser – da pessoa humana"[1493].

III – A afirmação de um princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais – ou, se se preferir, dos bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais – encontra assim o seu primeiríssimo ponto de sustentação no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, mais concretamente, na liberdade inominada e atípica designada *liberdade geral de acção*. Esta, por sua vez, constitui, a par com o tão controvertido direito geral de personalidade, uma das expressões principais daquele direito consagrado no nº 1 do artigo 26º. Conforme afirmou o Tribunal Constitucional, o direito ao desenvolvimento da personalidade – entenda-se, nesta sua vertente material – abarca necessariamente "a autonomia individual e a autodeterminação", "assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida" e a possibilidade de tomar as opções necessárias a manter esse mesmo projecto de vida[1494]. Trata-se, pois, de um direito de cada pessoa "como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória" e que garante a "protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias", a "escolha do «modo de vida»", a "«auto-afirmação» em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou dos poderes públicos)", assim como a "«auto-exposição» na interacção com os outros"[1495]. Em síntese, a liberdade geral de acção "permite uma protecção sem lacunas da liberdade"[1496]. Mais ainda, a liberdade geral de acção é "garantida independentemente de características qualitativas ou valorativas", porquanto no seu domínio de protecção se incluem "actuações de qualquer espécie e valor" e, assim também, a "possibilidade de adopção de actividades perigosas ou arriscadas" e de condutas menos consentâneas com

[1490] R. MEDEIROS / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 26º*, p. 612.
[1491] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 412, sob invocação do *princípio da repartição* de Carl Schmitt.
[1492] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 478; em sentido concordante, Acórdão nº 471/2001. Sobre o segundo segmento do nº 1 do artigo 27º, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 99-110.
[1493] J.L. MOUTINHO, *Anotação ao artigo 27º*, p. 637.
[1494] Trata-se de uma afirmação constante do Acórdão nº 288/98, depois retomada no Acórdão nº 617/2006, ambos sobre interrupção voluntária da gravidez. No entanto, é muito duvidoso o acerto da precedência concedida ao livre desenvolvimento da personalidade, dado o peso que no caso assume a posição jurídica de terceiros e os inerentes deveres estaduais de protecção. Criticando aquela primeira decisão neste particular aspecto: R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 510-511.
[1495] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 463-464.
[1496] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 413 e p. 591.

os padrões axiológicos e de racionalidade socialmente considerados normais[1497] – como sucede, inequivocamente, com alguns dos comportamentos de autocolocação em perigo e de autolesão e com certas declarações ou actuações de renúncia a direitos fundamentais.

Nem se alvitre que, assim configurada, de forma a abarcar no seu âmbito de protecção um amplíssimo espectro de comportamentos humanos não unidos por uma qualquer referência semântica específica, a liberdade geral de acção (e o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade) não passam de uma forma vazia em que tudo cabe, incluindo o "«direito a consumir drogas», o «direito a fumar», o «direito a poluir o ambiente», o «direito à recusa de seguro obrigatório», o «direito à rejeição do cinto de segurança», o «direito à rejeição do capacete de protecção», o «direito a enterrar os mortos fora dos cemitérios»", entre outros de semelhante calibre[1498]. Pelo contrário, constitui um truísmo afirmar que, num Estado de Direito, não pode haver lugar para o reconhecimento do direito (definitivo) de cada um a fazer o que bem entender[1499]. O direito ao desenvolvimento da personalidade não é um direito desprovido de limites, ainda que na Constituição portuguesa falte a sua enunciação específica, ao invés do que sucede no artigo 2º, §1º, da *Grundgesetz*: os direitos dos outros; a ordem constitucional; a lei moral. Esse silêncio do legislador de revisão de 1997, apesar de algo embaraçoso, não pode isentar a liberdade geral de acção (e o direito à desenvolvimento da personalidade) de todas as restrições constitucionalmente possíveis e necessárias, ainda que não literalmente autorizadas no enunciado do nº 1 do artigo 26º[1500]. Por isso, não só o direito em causa não é um direito ilimitado ou irrestrito, como, inversamente, a crítica que muitas vezes é feita é a de que assim se cria um direito que, dada a extrema indeterminação do seu conteúdo, acaba por ser: primeiro, um direito fraco, insusceptível de competir com os direitos fortes e para cujo cerceamento não seria necessária uma justificação especial, mas apenas uma qualquer justificação (de interesse público)[1501]; segundo, um direito definido exclusivamente pelas restrições que lhe podem ser apostas e, por isso, cuja determinação material apenas é possível pela negativa[1502].

IV – Sem embargo de se reconhecer pertinência a estas duas críticas, é de convir que elas representam contas de outro rosário – porventura do domínio da filosofia política – a partir do momento em o legislador constitucional de 1997 tomou a decisão de gravar no texto da Constituição o direito ao desenvolvimento da personalidade, logo após o direito à vida e os direitos à integridade e identidade pessoais, e antes de todas as outras liberdades nominadas. Tendo em conta o princípio da máxima efectividade, pelo qual se devem pautar as operações de hermenêutica constitucional, o direito consignado

---

[1497] P.M. PINTO, *O direito*, p. 291 e, em nota, p. 292.
[1498] Os exemplos são apresentados por G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 465.
[1499] Afirmando a existência de tal direito *prima facie*, ALEXY, *Teoria*, p. 340 e p. 344; contra, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 412-413.
[1500] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 591-593.
[1501] DWORKIN, *Taking rights*, pp. 266 ss., esp. p. 269.
[1502] Resistindo a esta crítica, ALEXY, *Teoria*, pp. 338 ss..

no nº 1 do artigo 26º tornou-se assim um marco incontornável na resposta – positiva – à interrogação sobre a disponibilidade direitos fundamentais.

Incontornável mas não o único, porquanto outros direitos fundamentais, sobretudo direitos negativos de liberdade, podem e devem ser convocados, em função das circunstâncias concretas, para sufragar a legitimidade de condutas dos respectivos titulares em que estes atentam, por acção ou por omissão, contra a integridade de bens jurídicos próprios jusfundamentalmente protegidos[1503] – pouco importando se a vontade concretamente formada e que está subentendida nessas condutas se harmoniza ou não com os padrões comuns de racionalidade e razoabilidade[1504]. Assim, apenas a título ilustrativo:

a) Os *direitos à integridade moral e à identidade pessoal* podem ser trazidos à colação em abono de intervenções cirúrgicas destinadas à mudança de sexo (nº 1 do artigo 25º e nº 1 do artigo 26º);

b) O *direito à imagem* (ou à determinação da própria imagem) pode ser invocado em apoio de operações cirúrgicas de natureza estética e de determinados actos de automutilação corporal (a começar nos cada vez mais vulgarizados *piercings* e tatuagens) (nº 1 do artigo 26º);

c) A *liberdade expressão* pode ser usada como esteio jurídico legitimador da realização de uma greve de fome e para resistir a eventuais tentativas de alimentação forçada, bem como para dar arrimo a algumas condutas renunciantes referentes à reserva da intimidade da vida privada (artigo 37º);

d) A *liberdade religiosa* pode ser chamada para sustentar actos de recusa de tratamento médico, bem como certas formas de autoflagelação ou mutilação ritual, passando também pela privação de alimentos ou pela auto-imposição de outros sacrifícios físicos e psicológicos (*v.g.*, votos de silêncio, clausura ou obediência) (artigo 41º);

e) A *liberdade de criação artística* revela igualmente capacidade para justificar comportamentos de exposição da intimidade corporal ou até de algumas formas de consentimento em relação a atentados contra a integridade física (*v.g.*, representação de cenas de violência real, demonstrações de resistência à dor) (nº 1 do artigo 42º);

f) A *liberdade de investigação científica* pode fornecer algum sustento constitucional para os actos de renúncia à integridade física e à saúde que são pressuposto da experimentação científica em seres humanos vivos (nº 1 do artigo 42º);

g) A *liberdade de escolher a profissão* e o género de trabalho possui igualmente uma grande força legitimadora de condutas de autocolocação em risco e de natureza renunciativa,

[1503] Defendendo também uma relação de complementaridade entre a liberdade geral de acção e alguns direitos em especial, na fundamentação da livre disponibilidade dos direitos fundamentais, AMELUNG, *Die Einwilligung*, p. 31.
[1504] Fazendo a contraposição entre condutas autolesivas pragmáticas e irrazoáveis, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 91.

desde que praticadas com o objectivo de alcançar o sustento próprio (*v.g.*, escolha de profissões altamente arriscadas, prática profissional de alguns desportos também arriscados, vinculação contratual a guardar segredo sobre certas informações ou a não se pronunciar sobre certos assuntos, obrigação de fixar residência em certo local ou de não se afastar dele além de certa distância, submissão voluntária a exames destinados a controlar o uso de substâncias proibidas) (nº 1 do artigo 47º);

h) Por fim, é possível fazer assentar no *direito de propriedade* condutas autodestrutivas que se iniciam no plano patrimonial, designadamente as que vão implicadas na viciação em jogos de fortuna e azar (nº 1 do artigo 62º).

Este breve périplo por alguns dos direitos de liberdade – no qual, deliberadamente, não se incluiu o denominado *direito a dispor do próprio corpo*, uma vez que este não é um *prius* constitucional, mas sim o resultado de ponderações do direito à integridade física com outros direitos e princípios jurídicos[1505] – vem demonstrar que a liberdade geral de acção não está isolada na espinhosa empresa de fundamentação do princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais[1506]. Mesmo evitando a tentação de oferecer a cada pessoa um monopólio privativo de conformação do âmbito de protecção dos seus direitos – não é o artista que diz com absoluta liberdade o que é a arte, nem o crente que prescreve o que a sua liberdade religiosa comporta[1507] –, não raro a liberdade geral de acção surge fortemente escoltada na tarefa em apreço por algumas das mais antigas liberdades nominadas, em função das conjunturas jusfundamentais presentes nas diversas situações da vida. O desafio que se apresenta ao hermeneuta é o de encontrar aquelas razões de sinal contrário que, diante de cada uma das plúrimas condutas humanas autoprejudiciais e renunciativas, podem porventura justificar uma intervenção estadual proibitiva ou invalidante, ou outra de índole igualmente restritiva[1508]. Por outras palavras, decisivo é determinar que razões podem eventualmente ter a força necessária para alicerçar no plano constitucional – e apenas nesse – uma muito perplexizante revolta dos direitos fundamentais contra a vontade livre, esclarecida e responsável dos respectivos titulares.

V – As afirmações de inviolabilidade que é possível topar no texto constitucional português a respeito de alguns direitos fundamentais – mormente o direito à vida (nº 1 do artigo 24º), o direito à integridade pessoal (nº 1 do artigo 15º), os direitos à não intromissão no domicílio e ao sigilo da

[1505] Revelando algum cepticismo relativamente a este direito, em face do direito à integridade física, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 455-456. Principiologicamente, no sentido da indisponibilidade do próprio corpo, P. OTERO, *Disponibilidade*, pp. 107 ss.. Noutros termos, L. NETO, *O direito*, esp. pp. 523 ss.. Desenvolvidamente, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 65 ss..

[1506] Fazendo um percurso próximo do apresentado, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 30 ss..

[1507] Recusando o referido "monopólio privado", LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 136 ss., esp. p. 142.

[1508] Para uma análise sucessiva de algumas dessas razões, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 29-105.

correspondência (nº 1 do artigo 34º), e a liberdade de consciência e de religião (nº 1 do artigo 41º) – à semelhança, outrossim, do que sucede amiúde com outras Constituições e declarações de direitos[1509-1510] – não podem ser arroladas com sucesso contra o princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações aqui em apreço[1511]. Com efeito, esse carácter inviolável que por vezes é expressamente apensado ao enunciado linguístico de alguns dos direitos fundamentais explica-se à luz daquele que é o sistema largamente mais difundido de positivação jusfundamental: o dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra o Estado; ou como esferas de intimidade e de livre acção reservadas em face de potenciais intervenções agressivas dos poderes públicos. Mesmo em Constituições como a portuguesa e a alemã, em que é possível achar, entre as disposições gerais relativas aos direitos fundamentais ou por entre os respectivos catálogos, normas de abertura para outras dimensões jusfundamentais – de eficácia entre privados, de prestação e de protecção –, mesmo nesses casos, o elenco dos direitos fundamentais e o enunciado linguístico de cada um deles não deixam de permanecer muito marcados pela tradição constitucional pós-revolucionária e liberal. Essas disposições que servem de arrimo para a abertura às novas funções dos direitos fundamentais afloram aí como uma espécie de pequenas adendas a textos que, pelo lastro histórico que encerram, caminham claramente noutro sentido. Numa palavra, são um *obiter dictum*, cujo sentido contracorrente não foi ainda totalmente assimilado.

Não surpreende, portanto: que o direito à vida surja logo contraposto à pena de morte (nº 2 do artigo 24º); que o direito à integridade pessoal seja representado como a antítese da tortura e das penas cruéis e degradantes (nº 2 do artigo 25º); que a inviolabilidade do domicílio "contra a vontade" do seu titular tenha de ser "ordenada pela autoridade judicial competente" (nº 2 do artigo 34º); que seja proibida toda a ingerência das "autoridades públicas" na correspondência e outros meios de comunicação (nº 4 do artigo 34º); e, finalmente, que o liberdade de consciência e de religião seja imediatamente secundada pela proibição de perseguições e discriminações motivadas por crenças pessoais e religiosas (nº 2 do artigo 41º). Acima de tudo, foi com esta relação de afrontamento directo com o poder do Estado em mente que a inviolabilidade de alguns dos direitos fundamentais foi gravada nas Constituições e nas declarações de direitos. E, consequentemente, foi também nessa perspectiva defensiva que os direitos enunciados foram apodados de *invioláveis* ou até de *inalienáveis* – neste segundo caso, ainda como reminiscência do momento em que o homem deixou o estado de natureza e ingressou pelo contrato social no estado de sociedade, abdicando de uma parcela dos seus direitos inatos (como o direito a fazer todas as coisas ou tão-só o direito a fazer justiça pelas próprias mãos).

[1509] Na Lei Fundamental alemã, que parece ter influenciado neste aspecto a Constituição portuguesa, são qualificados como *unverletzlich*: a liberdade da pessoa (artigo 2º); as liberdades de crença, de consciência e de religião (artigo 4º); o segredo da correspondência e das comunicações (artigo 10º); e a não intromissão no domicílio (artigo 13º). Diferentemente, a dignidade humana é qualificada como *unantastbar*.

[1510] Sobre a "afirmação clássica da inalianabilidade dos direitos do homem" e sobre as suas aporias, FRUMER, *La renonciation*, pp. 423 ss., e pp. 434 ss..

[1511] Analisando a este respeito a letra, a sistemática e a história dos direitos fundamentais: LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 110 ss.; desvalorizando as referências à "inviolabilidade" dos direitos, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 24-25; em sentido próximo, J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 292.

Em vão se argumentará também que este princípio da disponibilidade dos bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais não é inteiramente confirmado pelas disposições ordinárias que regem a matéria, mormente no artigo 81º do Código Civil e no artigo 38º do Código Penal[1512]. Aquele começa logo por estatuir a nulidade de todas as limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade, se contrárias aos "princípios da ordem pública", ao passo que este prescreve que, além dos casos previstos na lei, o consentimento (apenas) exclui a ilicitude quando se referir a "interesses livremente disponíveis" e no pressuposto de "o facto não ofender os bons costumes". Em ambos os casos, parece perpassar a ideia de que é a disponibilidade dos bens jusfundamentais que deve de ser justificada para, respectivamente, evitar a nulidade da limitação e garantir a exclusão da ilicitude do facto – isto quando o princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais aconselharia porventura o percurso metódico inverso, de justificação exclusiva dos obstáculos apostos aos actos de disposição (com recurso às cláusulas gerais de ordem pública e bons costumes)[1513].

Em verdade, porém, tudo parece não passar de uma questão de técnica legislativa, tanto mais que nos mesmos ordenamentos civil e penal se recolhem impressões diferentes em outras disposições legais. O artigo 340º do Código Civil, embora num contexto bem mais amplo, começa por considerar lícito o acto lesivo dos direitos de outrem desde que este tenha consentido na lesão, sendo que esse consentimento só improcede quando o acto lesivo "for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes"[1514]. Por sua vez, o Código Penal não só rejeita a punição do suicídio em si mesmo como decreta categoricamente, no artigo 149º do Código Penal, que "para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível", indicando de seguida um conjunto de factores de ponderação para averiguar se "a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes"[1515]. Acresce que, acaso alguma das disposições do direito ordinário se encaminhasse precipuamente no sentido da indisponibilidade de bens protegidos por normas jusfundamentais, a grande plasticidade dos conceitos indeterminados empregues sempre permitiria a sua recondução a sentidos mais em conformidade com a Constituição. Aliás, não é demais enfatizar, que os conceitos civilistas e penalistas de *ordem pública* e de *bons costumes*, apesar de estranhos ao articulado constitucional, têm impreterivelmente de ser interpretados à luz da Constituição e

[1512] O problema pode colocar-se também relativamente aos "direitos de personalidade" previstos no Código do Trabalho (artigos 15º a 21º) e, sobretudo, a respeito do nº 1 do artigo 211º (declara o direito a férias irrenunciável) e do nº 3 do artigo 591º (qualifica o direito à greve como irrenunciável). Sobre a irrenunciabilidade deste último direito, Acórdão nº 306/2003.

[1513] Sobre o artigo 81º do Código Civil: M. CORDEIRO, *Tratado*, I, III, pp. 115-117; O. ASCENSÃO, *Direito Civil*, I, pp. 93-99; L.C. FERNANDES, *Teoria*, I, pp. 225-226; P.M. PINTO, *A limitação*, pp. 527 ss; em termos desenvolvidos, C. SOUSA, *O direito*, pp. 404-412. Em relação ao artigo 38º do Código Penal: F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 478 ss.; T. CARVALHO, *Direito Penal*, II, pp. 280-284; amplamente, C. ANDRADE, *Consentimento*, esp. pp. 521 ss..

[1514] Referindo-se a este artigo 340º do Código Civil: M. CORDEIRO, *Da boa fé*, pp. 1211-1212; A. COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 527-529; M. LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, pp. 294-295.

[1515] Acentuando que a autonomização do artigo em causa relativamente ao artigo 38º sublinha o carácter geral deste último, C. ANDRADE, *Anotação ao artigo 149º*, p. 276.

não ao abrigo de uma qualquer outra axiologia particular ou de ordens valorativas metajurídicas[1516-1517]. No limite, é bom não perder de vista que as disposições citadas, sem embargo do seu forte enraizamento nos respectivos ramos da enciclopédia jurídica, não podem considerar-se isentas de uma eventual censura de constitucionalidade[1518].

9.3.2. Limites: dignidade da pessoa, conteúdo essencial e princípios estruturantes

Como se julga sobejamente demonstrado, tal como o *não exercício* e o *exercício negativo* correspondem ambos a condutas compreendidas no âmbito de protecção dos respectivos direitos fundamentais, também a *autocolocação em perigo*, a *autolesão* e a *renúncia* representam ainda, em regra, formas constitucionalmente tuteladas de exercer os direitos em causa[1519]. Por isso, num contexto de clara primazia da autodeterminação e da responsabilidade pessoal, as principais dúvidas incidem – e não são poucas – sobre quais são os obstáculos substantivos que podem ser levantados contra a vontade livre e esclarecida daquele titular que, de alguma forma, atenta contra os seus próprios direitos fundamentais[1520]. Ora, no vasto conspecto de razões que têm sido (ou podem razoavelmente ser) avançadas pela doutrina e pela jurisprudência, destacam-se, sob diferentes formulações, as seguintes:

a) A dignidade da pessoa humana[1521];

b) Os direitos fundamentais em especial, quer por referência ao núcleo de dignidade da pessoa presente em cada um deles, quer se trate antes do respectivo conteúdo essencial ou das correspondentes dimensões objectivas e institucionais[1522];

[1516] Neste sentido, quanto ao conceito de "bons costumes": C. ANDRADE, *Anotação ao artigo 149º*, pp. 289-293; e *Consentimento*, pp. 537 ss; O. ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, pp. 274-275; M. CORDEIRO, *Da boa fé*, pp. 1208-1223 (sobre os bons costumes) e pp. 1223-1224 (sobre a ordem pública).

[1517] Sobre o conceito próximo de "lei moral", presente no artigo 2º, § 1º, da *Grundgesetz*, como fundamento para a protecção contra o titular do próprio direito: FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 256; sobretudo HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 165-174.

[1518] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 264.

[1519] J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 273-278, e p. 287.

[1520] Salientando a coincidência entre esses obstáculos e os limites da liberdade geral de acção que serve de fundamento ao princípio da disponibilidade: AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 46-79; noutros termos, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 145 ss.; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 106 ss.; SPIEβ, *Der Grundrechtsversicht*, pp. 91 ss.; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 111 ss..

[1521] É a posição defendida por: V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 311; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 464; J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, p. 321, e *Direitos fundamentais*, pp. 138 e 141; M.C. FRADA, *A própria vida*, p. 190; P. OTERO, *Disponibilidade*, pp. 128 ss.. Em moldes mais mitigados, J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 326-330. É esta também a orientação do Tribunal Constitucional que se adivinha do Acórdão nº 144/04, sobre o crime de lenocínio. Discutindo o problema: SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 106 ss.; AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 46-53; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 177 ss.; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 191-192; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 124 ss..

[1522] SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 113-116, pp. 118 ss., e pp. 158 ss.; AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 40-42, e pp. 53 ss.; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 150 ss., e pp. 205 ss.; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 179 ss.; de certa maneira também HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 126 ss.; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 56 ss. Referindo-se à dimensão objectiva e ao conteúdo essencial dos direitos, J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 296-297, e pp. 331-332.

c) Os princípios estruturantes do subsistema constitucional dos direitos fundamentais, mormente o princípio do Estado de Direito, tanto sob a forma de princípio democrático, como sob a forma de princípio do Estado Social[1523];

Acontece que, apesar do aparente peso deste arsenal argumentativo, as razões aludidas, quando vistas uma por uma, ou não são procedentes na sua intenção de fundar restrições à liberdade geral de acção que se expressa nas condutas autoprejudiciais em causa, ou a sua eventual procedência está confinada a relações jusfundamentais muito específicas, ou finalmente não têm a força suficiente para assacar ao Estado a responsabilidade por um verdadeiro dever de protecção de direitos fundamentais contra a vontade dos respectivos titulares – ainda que, porventura, possam ter força bastante para autorizar o legislador a intervir em termos restritivos contra esses mesmos titulares[1524].

I – Muito sumariamente, do que se trata na primeira das orientações apresentadas é de erigir a *dignidade da pessoa humana* como derradeiro limite à liberdade geral de acção e, assim também, à disponibilidade dos direitos fundamentais por parte dos respectivos titulares. Esta orientação, além de muito difundida na doutrina pátria, parece ser também a sufragada pelos juízes do Palácio Ratton, naquele que é o exemplo mais acabado da jurisprudência constitucional portuguesa sobre dignidade da pessoa humana, na linha da fórmula kantiana do objecto: "a ordem jurídica não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de acção, situações e actividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como um puro instrumento ou meio ao serviço de outrem"[1525].

i) Contudo, é difícil aceitar que a dignidade da pessoa humana possa combater ao mesmo tempo dos dois lados da barricada: por um lado, como fundamento intrínseco da liberdade geral de acção, do profundo respeito devido à vontade humana livre e autonomamente formada e do princípio da disponibilidade dos bens jusfundamentais; por outro lado, como barreira intransponível contra a qual se esmaga essa mesma liberdade e essa mesma vontade[1526]. Se o "princípio da afirmação e defesa da *autonomia pessoal* e do consequente *direito de autodeterminação* que cabe a cada pessoa como pessoa" é a "mais pura e directa decorrência da *eminente dignidade da pessoa humana*, cuja defesa irrestrita constitui o princípio axiológico fundamental da ordem jurídica de qualquer Estado democrático; e que por isso surge em todos os instrumentos internacionais e nacionais dos direitos humanos, nomeadamente no

[1523] SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 157; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 169-179, e pp. 192-193; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 257 ss.; AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 61 ss..

[1524] Distinguindo claramente a *autorização* constitucional para a protecção forçada da *vinculação* à protecção forçada, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 172-173.

[1525] Numa crítica certeira a este Acórdão nº 144/04, por o crime de lenocínio ser desprovido de vítima, apenas punido em virtude de uma visão moralmente muito marcada da dignidade humana, C.P. ALMEIDA, *O crime*, pp. 21 ss.. Sobre a jurisprudência referente à dignidade anterior a este aresto, J. NOVAIS, *Princípios*, pp. 64-68.

[1526] BOTHA, *Human dignity*, pp. 194 ss., sobre os casos de "dignidade contra dignidade".

artigo 1º – e também nos artigos 25º, 26º e 41º"[1527] – da Constituição; se assim é, de facto, não pode depois essa mesma dignidade ser invocada, qual argumento *passe-partout*, como esteio para intervenções estaduais agressivamente desrespeitadoras das mais insignes manifestações da dignidade da pessoa humana e profundamente contrárias àquele que é o seu princípio. Afinal de contas, perguntar-se-á sempre que respeito é esse pela dignidade humana que desrespeita por completo a vontade autónoma que através dela se exprime?[1528]. Afinal de contas também, não repousa a dignidade humana na natureza camaleónica do homem, capaz de cair e de se regenerar por exclusiva decisão do seu ânimo?[1529] De resto, o recurso à ideia matriz da dignidade humana dificilmente poderia ser capaz de desencadear o milagre da ubiquidade e de concluir, a partir de duas inclinações divergentes por si mesma geradas, uma operação de concordância prática.

Apesar de representar no discurso (e na retórica) jusfundamental um importante ponto de consenso, nas sociedades seculares e plurais da actualidade, a *dignitas humana* compartilha com outras ideias basilares o problema da inexistência de uma fórmula ética de reconhecimento universal[1530-1531]. Por isso, o entendimento da dignidade humana não pode constituir uma pura imposição do exterior ao sujeito, olvidando ou mesmo confrontando-se com a sua vontade e o seu próprio juízo[1532]. Como avisadamente se observou já na doutrina portuguesa, cada vez mais, nas sociedades abertas, também o conceito de dignidade tem que apresentar suficiente abertura para acomodar diferentes valorações filosóficas e éticas materiais, mas também para permitir um preenchimento liderado pela autonomia do próprio sujeito jusfundamental e pela correspondente faculdade que este tem de definir as linhas com as quais conduz a sua própria vida. Com efeito, "o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é um dado material objectivamente pré-determinável, sendo antes essencialmente conformado pelas concepções e mundividências do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade"[1533]. Mais ainda, em domínios sensíveis como os que estão em discussão, "uma concepção da dignidade deste tipo aceita mal que possam ser a sociedade, a autoridade pública, o intérprete oficial ou terceiros a impor ao titular do direito representações da dignidade da pessoa humana pretensamente objectivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende modular a sua vida"[1534].

[1527] F. DIAS, *A "ajuda à morte"*, p. 205.

[1528] Embora a propósito do direito à vida, F. ARAÚJO, *A procriação*, pp. 116 e 155.

[1529] PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade humana*, pp. 57-59, onde se encontra a ideia do homem "camaleão" e a seguinte exortação de Deus à sua criatura: "Não te fizemos celeste nem terreno (…), a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te enformasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo".

[1530] M.C. FRADA, *A própria vida*, p. 196, notando curiosamente que este reconhecimento é convergente entre Habermas e Ratzinger. HABERMAS, *Um ensaio*, pp. 27 ss.. Fazendo notar, precisamente, a fragilidade da argumentação com base na dignidade humana, KAUFMANN, *Filosofia*, p. 465.

[1531] Sobre a utilização da dignidade humana na jurisprudência, entre o *consenso* e o *minimum core*: MACCRUDDEN, *Human dignity*, pp. 675 ss..

[1532] M.C. FRADA, *O própria vida*, p. 198.

[1533] J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 328-329; em termos similares, P.M. PINTO, *A limitação*, pp. 547-549.

[1534] J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 329.

O perigo é, efectivamente, o da "tirania da dignidade, em nome de uma determinada concretização substancial desta", ou em nome da "preservação de uma dignidade humana integrante da ordem pública, numa qualquer *concepção substancial do viver de forma «virtuosa»*, justa e correcta"[1535].

ii) O sustento para intervenções estaduais que, de alguma forma, constranjam os cidadãos a pautar a sua conduta por padrões heteronomamente determinados, a existir, sempre terá que vir de fora da própria ideia de dignidade da pessoa humana, de outros direitos, interesses ou princípios[1536]. Caso contrário, a argumentação incorre nos vícios da circularidade e do paradoxo[1537]. Na verdade, quando se esgrime o argumento da dignidade da pessoa humana com a finalidade em apreço – além de se forçar a mão às funções constitucionais que lhe são comummente reconhecidas[1538] –, faz-se a apologia de um verdadeiro paradoxo, uma vez que se mobiliza aquele que é o mais cristalino fundamento da liberdade para compelir alguém a conformar o seu comportamento com determinações que lhe são alheias e, no limite, para *obrigar uma pessoa a viver uma vida digna* – embora não aos seus próprios olhos, mas aos olhos dos outros, porventura da maioria democrática, da maioria moral, ou simplesmente dos detentores do poder instituído. Ora, conjecturar a possibilidade de constranger alguém a comportar-se condignamente é algo que se reputa assaz perigoso e que, inevitavelmente, traz à memória aquele que, porventura, terá sido o principal erro de Rousseau: "quem quer que recuse obedecer à vontade geral a isso será coagido por todo o corpo; o que significa apenas que será forçado a ser livre"[1539]. Ou seja, a pretensão de que forçar um homem a ser livre (ou digno) é forçá-lo a comportar-se em conformidade com a razão (ou com a sua natureza autêntica) – com aquela forma de racionalidade que apenas a maioria das razões humanas individuais consegue exprimir através da vontade geral –, no pressuposto "ele ficará grato se alguma vez descobrir o seu próprio eu verdadeiro"[1540].

Seguindo este raciocínio até ao paroxismo, mesmo "quando submetemos seres humanos à nossa vontade, mesmo quando ordenamos inquisições, quando torturamos homens e os matamos, não estamos apenas a fazer algo que é bom para eles – embora isso seja já suficientemente dúbio –, estamos a fazer aquilo que verdadeiramente eles querem, mesmo que o neguem mil vezes". Este pensamento, que está no âmago da doutrina rousseauniana, "conduz à servidão genuína e, por esse caminho, a partir dessa ideia de deificação da liberdade absoluta, chegamos progressivamente à ideia de despotismos absoluto. Não há justificação para que aos seres humanos sejam oferecidas escolhas, alternativas, quando apenas uma é a correcta. É certo que têm de escolher (…), mas se não escolherem a alternativa correcta (…) é porque o

[1535] P.M. PINTO, *A limitação*, p. 547-549.
[1536] Tal como procede F. DIAS, *A "ajuda à morte"*, p. 206.
[1537] Chamando a atenção para o primeiro dos vícios, J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 327.
[1538] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 221 ss.; J. NOVAIS, *Os princípios*, pp. 51 ss.; J. ALEXANDRINO, *O discurso*, pp. 24 ss.; P. OTERO, *Instituições*, I, pp. 551 ss..
[1539] *Contrato social*, livro I, cap. VII; sobre a explicação do paradoxo livro IV, cap. II.
[1540] Para uma crítica severa do pensamento político do autor, centrada neste ponto, I. BERLIN, *Rousseau*, pp. 49 ss, esp. p. 71; também sobre a passagem citada, BLOOM, *Jean-Jacques Rousseau*, pp. 569 ss..

seu verdadeiro eu não está a actuar. Eles não sabem qual é o seu verdadeiro eu, enquanto nós, que somos sábios, que somos racionais, que somos o grande legislador benevolente, o conhecemos"[1541]. Eis, pois, no que pode desaguar a ideia de que é possível forçar um ser humano, capaz de liberdade, a viver uma vida digna aos olhos daqueles que têm o poder de decidir sobre o significado da própria dignidade.

Assim, uma vez que nem todos os homens estarão predispostos a compreender e a aceitar as asserções da dignidade da pessoa humana que outros asseguram, com total certeza e convicção, serem as verdadeiras, é inevitável reconhecer que nenhuma representação da *dignitas humana* se impõe por si mesma, como uma evidência universal, e que a única forma de a fazer prevalecer é através do recurso à força pública – a começar pela força do "legislador benevolente" e paternalista, ainda que nas sociedades democráticas este prometa efectivamente ser brando e compreensivo para com os cidadãos mais renitentes. Mas porque a história demonstra que nunca é tarde demais para incorrer, de novo, nos erros do passado, é fundamental assimilar a ideia de que, mesmo nas sociedades democráticas, a objectivação da dignidade da pessoa humana é um caminho muito estreito, cheio de escolhos, e que conduz, bastas vezes, à absolutização irrestrita da própria dignidade e ao seu aprisionamento em sistemas de valores particulares e sem o grau de abertura exigido pela Lei Fundamental. Por estas razões, afigura-se acertada a conclusão segundo a qual "não são admissíveis interferências estatais na determinação do conteúdo da dignidade da pessoa humana que não sejam estritamente derivadas da necessidade de garantir a reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos"[1542].

Nesta linha argumentativa milita igualmente a circunstância de os direitos fundamentais assumirem, de acordo com o seu código genético, uma função de defesa das minorias – são trunfos contra as maiorias, ainda que formadas democraticamente[1543] – e, por inerência, de defesa daquilo que na conduta humana é peculiar, diferente ou dissonante. A dignidade da pessoa humana partilha, naturalmente, dessa vocação contramaioritária dos direitos fundamentais, comungando da respectiva função de resistência contra a padronização das condutas e contra eventuais uniformizações despersonalizadoras do homem enquanto *ser em relação*, convivente e comunicante, mas profundamente irredutível e ideossincrático. Ainda que aqueles trunfos nem sempre levem a melhor – porque não são definitivos nem absolutos –, a dignidade da pessoa humana desempenha bem melhor o papel de último reduto dessa função jusfundamental contramaioritária do que propriamente o de estertor da dissemelhança e da irrepetibilidade do homem.

iii) Não quer isto dizer que o tópico da dignidade da pessoa humana deva ser removido, liminarmente, das discussões em torno dos limites ao princípio da livre disponibilidade dos direitos

[1541] I. BERLIN, *Rousseau*, pp. 71-72.
[1542] J. NOVAIS, *Princípios*, p. 58.
[1543] A ideia remonta a DWORKIN, *Taking rights*, p. xi, p. 194 (e, respondendo à crítica de RAZ, pp. 365 ss.). Na doutrina nacional: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 602 ss.; *Direitos fundamentais*, pp. 17 ss.; J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 389 e 451.

fundamentais por parte dos sujeitos que estão investidos na sua titularidade. Ele não pode é ser hipostasiado, convertido em dogma imutável e intransponível, ou utilizado como chave universal que permite resolver todos os problemas num simples passe de mágica.

A representação, aos olhos da comunidade, de que a conduta de um dos seus membros é atentatória da sua própria dignidade humana deve servir, isso sim, para justificar um maior nível de exigência – dir-se-ia mesmo, um extraordinário nível de exigência – na verificação daqueles que são os pressupostos de validade dos actos de disposição de bens jusfundamentais: a existência de uma vontade formada em absoluta liberdade, sem dependências ou constrangimentos, designadamente os decorrentes de desigualdades de poder económico, social ou cultural dos (eventuais) sujeitos jusfundamentais em confronto; a existência de uma vontade formada de um modo amplamente esclarecido, com acesso às necessárias fontes de informação, sem erros ou lacunas[1544]. Em tais casos, deve pois redobrar-se a atenção no momento de averiguar da genuinidade da vontade do titular do direito fundamental e autor (real ou potencial) da conduta autoprejudicial ou renunciativa, devendo recusar-se a aceitação de presunções de ciência ou de consentimento contrárias à intangibilidade da dignidade da pessoa humana, nas suas figurações mais comuns. Naturalmente, o grau de liberdade e esclarecimento a exigir (e a averiguar *in casu*) varia de acordo com a gravidade das consequências dos actos ou omissões do agente[1545]. Daí que, nos casos em apreço, a vontade deva ser revelada de forma expressa e concludente, sendo em princípio de rejeitar a invocação de comportamentos indiciadores, declarações implícitas, presumidas ou fictas. Nestes termos, a dignidade da pessoa humana não é mobilizada contra a vontade do seu próprio titular, para a desconsiderar, mas sim para garantir tanto quanto possível a sua autenticidade e para assegurar que ela é respeitada na íntegra.

Nesta senda de profundo respeito pela vontade livre e esclarecida do titular do direito fundamental – justamente porque aquela é expressão concreta da dignidade da pessoa humana –, esta última pode e deve ser convocada para exigir ampla tutela jurídica para a vontade manifestada supervenientemente. Quando o sujeito jusfundamental procura arrepiar caminho e voltar atrás, deve ser amparado nessa sua decisão – como sucede, de certa forma, com a não punição da tentativa de suicídio – e, se for caso disso, deve ter a possibilidade de revogar livremente as eventuais declarações de renúncia ou de consentimento que tenha produzido no passado. A ideia da livre revogabilidade das declarações renunciativas ou de anuência em face de riscos ou lesões jusfundamentais – ideia, aliás, bastante frequente na doutrina e com algumas projecções no direito positivo[1546-1547] – é, assim, de interpretar como uma

[1544] Para uma análise profunda das diferentes "falhas do consentimento", FEINBERG, *Harm*, pp. 189 ss..

[1545] FEINBERG, *Harm*, p. 79, e pp. 117 ss..

[1546] O nº 2 do artigo 81º do Código Civil estipula que a limitação voluntária de direitos de personalidade "quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte". Sobre este regime de revogabilidade: C. SOUSA, *O direito*, pp. 409-411; P.M. PINTO, *A limitação*, pp. 555-558.

[1547] Na doutrina constitucional, tomando posições diversas sobre o problema da revogabilidade: V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 309; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 465; STERN, *Grundrechtsverzicht*, pp. 915-916;

perpetuação no tempo do respeito devido à vontade individual e, portanto, como um corolário da dita dignidade da pessoa humana, na medida em que esta comporta a possibilidade de o homem rever as suas ideias, alterar as suas convicções, reavaliar as suas acções passadas e de reescrever os seus projectos de futuro. A ordem jurídica deve, por isso, ser pré-conformada de modo a propiciar a reponderação das vontades já formadas e o surgimento de vontades supervenientes, sobretudo quando estas vão ao encontro dos entendimentos socialmente dominantes acerca da dignidade da pessoa humana – *v.g.*, não sancionamento das condutas em questão, inexistência de obstáculos formais ou procedimentais, invalidade de eventuais cláusulas penais.

Finalmente, diante de comportamentos de autocolocação em perigo, de autolesão ou renunciativos susceptíveis de serem interpretados como lesivos da dignidade da pessoa, esta permite ainda fundar uma regra de prudência ou de precaução, especialmente quanto aqueles comportamentos tenham efeitos negativos graves ao ponto de *prejudicarem irreversivelmente o desenvolvimento futuro da liberdade geral de acção* e da autodeterminação pessoal do sujeito jusfundamental[1548]. Tal regra de precaução autoriza a que, em casos de dúvida insanável sobre a solidez jurídica da vontade do titular do direito fundamental – mas apenas nesses casos –, se assuma que não corresponde razoavelmente à sua vontade uma conduta que redunda num claro atentado contra aquela que é, segundo as concepções mais difundidas na comunidade, a sua própria dignidade humana[1549]. Eventuais medidas de protecção de direitos fundamentais que possam ser empreendidas em tais circunstâncias, ainda que ao arrepio de uma vontade contrária, mas não determinável, dos respectivos titulares, terão que considerar-se constitucionalmente legitimadas. Compreende-se que assim seja, porquanto uma vontade livre e esclarecida que se concebe a si mesma rectamente, em todo o seu significado, tende de forma natural para a sua própria preservação, evitando comprometer em termos irremediáveis as condições de possibilidade do seu ulterior desenvolvimento e aperfeiçoamento.

II – A ideia unificadora das diferentes orientações reunidas sob o mote dos *direitos fundamentais em especial* é a de que as normas constitucionais consagradoras de cada direito garantem um conteúdo (mínimo) que, vivendo à margem da subjectividade que àquele é emprestada pela posição central do respectivo titular concreto, se torna imune aos actos de vontade deste e, por isso, juridicamente indisponível. As diferenças revelam-se apenas na forma de recortar, dentro dos direitos fundamentais como um todo, esse conteúdo irredutível. Ao passo que, para uns, ele coincide com a *medida* de dignidade da pessoa humana presente no centro (ou na raiz teórica) de todos os direitos fundamentais, para outros, tal conteúdo tem de ser encontrado no núcleo essencial dos direitos que a Constituição põe a salvo de

FEINBERG, *Harm*, pp. 71 ss. Distinguindo *consentimento* e *renúncia* a partir da ideia de revogabilidade, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 19-20.

[1548] Neste sentido, J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 330, por referência ao pensamento de DÜRIG, *Der Grundrechtssatz*, pp. 152 ss.; também FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 100.

[1549] Sobre a justificação das presunções de não-voluntariedade, FEINBERG, *Harm*, pp. 124-127.

todas e quaisquer intervenções ablativas, num sentido amplo que tanto abrange restrições (públicas) como agressões (privadas). Para outros ainda, a nota de indisponibilidade que caracteriza os direitos fundamentais é-lhes emprestada pelas suas dimensões objectivas, sobretudo institucionais e valorativas, que por definição não devem estar inteiramente à mercê do titular da correspondente dimensão subjectiva.

As duas primeiras formulação apresentadas divergem apenas na aparência e, aparentemente também, pela circunstância de a primeira ser mais dependente do direito positivo germânico do que a segunda. Relembre-se que na *Grundgesetz*, após a declaração, no §1º do artigo 1º, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana e do dever de todos os poderes estaduais a respeitarem e protegerem, o §3º do mesmo preceito (segundo diversas visões doutrinárias) a liga indissoluvelmente aos "direitos fundamentais subsequentes"[1550]. Por sua vez, na determinação de qual seja o conteúdo essencial de um direito fundamental – operação analogamente exigida pelo §2º do artigo 19º da Constituição alemã e pela parte final do nº 3 do artigo 18º da Constituição portuguesa –, pelo menos a crer nas conclusões das denominadas *concepções absolutas*, o núcleo material irredutível de um direito fundamental acaba por se identificar na prática, de uma forma mais ou menos assumida, com a dignidade da pessoa humana[1551-1552]. Sobretudo, estão em causa duas formulações de uma única ideia que repetem o mesmo vício de dar como assente que, algures no epicentro de cada um dos direitos fundamentais considerados como um todo, há um conjunto restrito de faculdades (subjectivas) que são por natureza incomprimíveis e, por isso também, insusceptíveis de disposição pelo seu próprio titular, tanto nas relações verticais com o poder, como nas relações horizontais – *quod erat demonstrandum*.

i) Assim, quando mais inspiradas na dignidade da pessoa humana, estas ideias incorrem também nos riscos acima apontados de voltar esta última contra si própria – contra aquele que é o seu verdadeiro sentido, enquanto fundamento da liberdade e da autodeterminação pessoal –, abrindo caminho para que se possa constranger pessoas a viver uma vida digna. O facto de agora se falar apenas da parcela de dignidade presente em cada direito, e não da dignidade da pessoa humana *tout cour*, não altera os dados do problema.

ii) Por seu turno, quando apela ao conceito de conteúdo essencial dos direitos, a ideia que agora se questiona opera uma extrapolação (objectivista) que não se afigura líquida.

[1550] No que respeita à relação entre a dignidade da pessoa humana, constante do nº 1 do artigo 1º, e os "direitos fundamentais subsequentes", DÜRIG, *Der Grundrechtssatz*, pp. 118 ss.. Presentemente: ALEXY, *Teoria*, p. 439; STERN, *Die Würde*, pp. 74 ss., e pp. 96 ss.; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde*, pp. 95 ss.. Numa perspectiva de deveres de protecção, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 28-29; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 137 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 93 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 142 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 42-44..

[1551] Por todos, sobre as teorias absolutas e relativas, ALEXY, *Teoria*, pp. 286 ss.; numa concepção absoluta, mas peculiar, sobre o §2º do artigo 19º, como norma meramente declarativa, HÄBERLE, *La garantía*, pp. 219 ss..

[1552] Supra, §1º, ponto 4.6.

Como é sabido, a intangibilidade do conteúdo essencial é uma regra de direito constitucional positivo cujo raio de acção foi originariamente delimitado pelas relações verticais entre os poderes públicos e os titulares de direitos fundamentais. No seu âmago está não apenas o problema das leis restritivas, mas também o de outras intervenções estaduais de efeito equivalente[1553]. Por isso, que o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais constitua o derradeiro reduto contra condutas auto-referentes ou renunciativas individuais quando se trata de relações entre particulares e o Estado – condutas que, de algum lodo, tenham este por destinatário receptíceo ou de que este seja beneficiário, potencial ou efectivo – é algo que não custa a compreender. Afinal, as condutas em apreço representam uma espécie de sucedâneo para diferentes variantes de intervenções restrições públicas, dispensando o Estado de fazer uso do seu poder impositivo, mas não do respeito pelos parâmetros substantivos a que este sempre estaria sujeito[1554]. Relembre-se, aliás, que no ponto onde há renúncia ou consentimento a restrição se torna logicamente impossível.

Num segundo momento, a ideia de intangibilidade do conteúdo essencial perde a sua conotação negativa de última trincheira contra intervenções agressivas do Estado e volve-se progressivamente num conceito positivo, acompanhando o processo de diversificação funcional dos próprios direitos fundamentais. No âmbito da vinculação das entidades privadas, ele passa a valer nas relações que se estabelecem entre os particulares, onde por vezes é usado como um dos critérios possíveis para estabelecer o ponto de equilíbrio entre os ditames constitucionais e a autonomia privada. No quadro da função de protecção jusfundamental, ele vem a delimitar esferas de intimidade e de liberdade mínimas que compete ao Estado assegurar em quaisquer circunstâncias, em face de ameaças externas bem caracterizadas e que afectem directamente os respectivos titulares. Em qualquer dos casos, também se compreende que o conteúdo essencial se imponha ao próprio Estado e seja utilizado por este na sua tarefa de modelação normativa das relações entre sujeitos jusfundamentais.

Contudo, em nenhum destes dois passos, o Estado se arroga o poder de impor a indisponibilidade do conteúdo essencial de todos ou de cada um dos respectivos direitos fundamentais em face dos respectivos titulares. O conteúdo essencial corresponde ao núcleo mais sagrado e mais irredutível não apenas do direito fundamental enquanto norma objectiva, mas também como posição jurídica em que os cidadãos estão subjectivamente investidos[1555]. E seria por certo surpreendente vê-lo agora convertido, sem uma justificação de fundo, num pretexto para desconsiderar a vontade do sujeito jusfundamental, que pretende prescindir ou dispor de faculdades do núcleo de um direito em que está validamente investido (e sem que isso represente qualquer perturbação para terceiros). A prevalecer este entendimento, todos os

[1553] J. MIRANDA / J.P SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 350 ss..
[1554] Sobre se a vinculação ao princípio da reserva de lei também deve ser mantida, J. NOVAIS, *Renúncia*, pp. 310-320; SACHS, *Volenti*, pp. 412 ss.; AMELUNG, *Die Einwiligung*, pp. 63 ss..
[1555] Sobre o artificialismo da dicotomia entre teses objectivas e subjectivas do conteúdo essencial, J. MIRANDA / J.P SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 395-396.

direitos fundamentais se transformariam em direitos-deveres, por conterem no seu epicentro um conjunto de faculdades imunes à vontade livre e esclarecida dos seus próprios titulares.

iii) Finalmente, as teses que pretendem fundar nas dimensões objectivas (institucionais ou valorativas) a indisponibilidade dos direitos fundamentais – ou do núcleo duro de cada um deles – também não se afiguram particularmente convincentes[1556]. Já se afirmou acima que os direitos fundamentais, quando tomados como um todo – isto é, simultaneamente em todas as suas dimensões e com todas as faculdades que os compõem – são em princípio indisponíveis. Não é possível riscar pura e simplesmente um determinado direito fundamental da lista que a Constituição atribui, em concreto, a cada um dos cidadãos. E também não custa reconhecer que as dimensões objectivas de cada direito, pela sua própria natureza, não são em si mesmas disponíveis. Outra coisa bem diferente – e que já não é possível subscrever – é a invocação do carácter indissociável entre as dimensões objectivas e as dimensões subjectivas para apodar estas últimas de indisponíveis, subtraindo-as igualmente ao domínio do respectivo titular. Com efeito, semelhante concepção não só subestima a possibilidade teórica de, numa perspectiva analítica dos direitos fundamentais, separar as diversas dimensões jusfundamentais do mesmo direito, reconhecendo-lhes efeitos relativamente autónomos, como subverte aquela que é a relação natural entre as diferentes dimensões, nos termos da qual as vertentes subjectivas devem continuar a beneficiar da primazia que por razões históricas e teoréticas sempre detiveram desde o período liberal.

No essencial, as dimensões objectivas devem ser colocadas ao serviço das dimensões subjectivas e, muito em particular, da efectivação das possibilidades de exercício real das correspondentes faculdades, em vez de constituírem um pretexto para as comprimir – cerceando-as a partir de valorações que apenas pretensamente se impõem ao próprio intérprete[1557]. Devem contribuir para aumentar os níveis de protecção e de efectividade de cada direito, tomado no seu conjunto, e não o inverso[1558]. Por identidade de razão, não devem também as dimensões objectivas ser utilizadas para, sob a invocação da indisponibilidade dos valores ou das instituições pelos titulares dos direitos fundamentais, transferir sub-repticiamente do indivíduo para o Estado faculdades (ou competências) que lhe permitam decidir sobre a vida dos cidadãos e o modo peculiar como cada um a conduz[1559]. Numa palavra, as dimensões objectivas não podem transformar-se no gérmen da rebelião dos direitos fundamentais contra os seus próprios titulares.

[1556] Também em termos críticos, AMELUNG, *Die Einwilligung*, pp. 21-23.

[1557] Mais uma vez, sobre os diferentes esquemas possíveis de relacionamento entre as várias dimensões dos direitos fundamentais, LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 160-161. Sem surpresa, negando frontalmente a natureza ancilar das dimensões institucionais (objectivas), e concedendo-lhes uma primazia real (sob a capa de um condicionamento recíproco com a dimensão subjectiva), HÄBERLE, *La garantía*, pp. 73-75, pp. 97-104, e pp. 116-120 (assim como em *La libertad*, pp. 123-127, pp. 160-171, e pp. 189-196).

[1558] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, p. 229; J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 297; ALEXY, *Grundrechte*, pp. 60 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 230; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 107-110, e pp. 130-131.

[1559] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 229.

III – No sentido de legitimar intervenções estaduais contra a vontade livre e esclarecida de titulares de direitos fundamentais – ou, ocasionalmente, de deduzir aí deveres do Estado de protecção legislativa – têm também sido convocados alguns princípios constitucionais de grande ressonância no domínio jusfundamental, mormente o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio do Estado Social, surgindo este último por vezes ligado difusamente à ideia de uma função comunitária dos direitos fundamentais. Interessa sobretudo aqui analisar as razões que levam alguns autores a ver na caracterização social do Estado um esteio sério para que o poder público possa opor-se a determinadas condutas de autocolocação em perigo e autolesivas, assim como, embora em menor grau, a algumas condutas renunciantes[1560].

i) Quanto ao princípio do Estado de Direito, é evidente que ele se consolida com o exercício activo, por parte dos cidadãos, dos respectivos direitos constitucionais. Ele vive do profundo respeito por esses direitos e da sua progressiva efectivação em todos os âmbitos da vida em comunidade, tanto em contextos políticos quanto nos múltiplos contextos sociais. Um elevado grau de apreço dos cidadãos pelos seus direitos fundamentais, a sua defesa intransigente se necessário por via jurisdicional, assim como uma consciência clara quanto ao seu significado último, constituem o oxigénio que o Estado de Direito respira. Não obstante, tudo isto por junto não autoriza de maneira alguma a que se considerem menos dignas de tutela jurídica, ou mesmo como constitucionalmente proscritas, outras formas de exercício dos direitos básicos, como o não-exercício, o exercício mediante autocolocação em perigo ou autolesão, o exercício renunciante, ou a não actuação das faculdades de protecção jurisdicional[1561]. É verdade que certas modalidades menos típicas ou menos consensuais de fazer uso dos direitos fundamentais, quando generalizadas, podem conduzir à sua banalização e não são, por certo, proficientes na tarefa contínua de desenvolvimento dos ideais do Estado de Direito – ou do denominado *Estado de direitos fundamentais*. Mas esse facto não pode por si só postergar a liberdade essencial do titular do direito quanto à escolha dos modos de exercício que mais lhe convêm e mais se afeiçoam à sua personalidade e aos seus interesses pessoais. O exercício dos direitos fundamentais não pode ser padronizado, normalizado ou consignado à tarefa permanente de edificação do Estado de Direito.

ii) Este mesmo problema assume contornos um tanto diferentes no que respeita ao princípio democrático. Na realidade, o papel chave que as Constituições ocidentais conferem à democracia,

---

[1560] SCHWABE, *Der Schutz*, pp. 72-75; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 257-266; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, p. 157; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, p. 192-193; HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 162-165; AMELUNG, *Die Einwiligung*, pp. 75-79; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 228-230. Sobre a função social dos direitos fundamentais, HÄBERLE, *La garantía*, pp. 11-14.

[1561] Sustentando a tutela constitucional de algumas destas modalidades de exercício, STERN, *(§ 86) Der Grundrechtsverzicht*, p. 903; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 3-4.

sobretudo aquelas que foram promulgadas sobre as cinzas de regimes autoritários ou totalitários, tem justificado algumas especificidades no que concerne à concepção dos direitos políticos nelas positivados. E, entre essas especificidades, encontra-se seguramente a viabilidade constitucional de leituras em que o exercício desses mesmos direitos políticos surge pré-ordenado ao regular desenvolvimento do processo democrático e à preservação das instituições democráticas[1562]. A Constituição aponta programaticamente nesse caminho, ao estabelecer que "a participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático" (artigo 109º)[1563]. É o que se passa, em parte, com o direito a constituir partidos políticos – daí as auto-restrições constitucionais a que está desde logo sujeito no plano ideológico e no plano da sua organização interna (nº 4 do artigo 46º, e nºs 3, 4 e 5 do artigo 51º) –, mas é sobretudo o que ocorre com o direito de sufrágio, que a Constituição, aliás na esteira de outros textos próximos, acaba a qualificar enfaticamente como *dever cívico* (nº 2 do artigo 49º)[1564-1565]. Quanto a estes direitos, e em particular quando a este segundo, parece ter alguma razão Monstesquieu ao sustentar que a liberdade individual não deixa de constituir também uma parte das liberdades públicas e, nessa medida, se torna indisponível para o respectivo titular[1566].

O certo é que os direitos políticos, não estando absolutamente excluídos do campo ocupado pela teoria dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais – pense-se, por exemplo, no papel que o Estado tem de assumir como garante das liberdades básicas nas relações internas entre os membros dos partidos –, não constituem de modo algum o centro das preocupações daquela teoria, certamente mais focalizada nos direitos (negativos) de liberdade ou nos ditos direitos civis. Por isso, e porque as razões que aqui levam a admitir uma relativa funcionalização jusfundamental não são repetíveis em relação à generalidade dos outros direitos, e sem esquecer a própria qualificação constitucional explícita do sufrágio como um direito-dever (imperfeito), não se julga necessário aprofundar este problema.

iii) Abrangência bem superior é a assumida, neste contexto, pelo princípio do Estado Social e em parte também pelos direitos sociais que o preenchem. Na realidade, incumbindo constitucionalmente ao Estado, em ordem à construção de uma sociedade mais solidária, a efectivação de todos e de cada um dos direitos económicos, sociais e culturais – mormente a protecção dos cidadãos na doença, na invalidez e em todas as situações de falta de meios de subsistência ou de incapacidade para o trabalho (nº 3 do artigo

---

[1562] J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 103-104; J. NOVAIS, *Renúncia*, p. 294. Mais amplamente, sobre a teoria democrática dos direitos fundamentais, V. ANDRADE, Os direitos, 1ª ed., pp. 63-66, e 3ª ed., pp. 158-160; HÄBERLE, *La libertad*, 48-53.

[1563] J. MIRANDA, *Manual*, VII, p. 122.

[1564] A inspiração proveio, aliás, do artigo 38º da Constituição italiana.

[1565] Sobre o significado desta qualificação: J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 106-107; *Anotação ao artigo 49º*, pp. 995-996; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 671-672; *Fundamentos*, pp. 118-119; C. NABAIS, *O dever*, pp. 114-115, e pp. 171 ss..

[1566] *O espírito das leis*, livro 15, cap. II, p. 254. Recorde-se a posição concordante de RAWLS, *Liberalismo*, pp. 340-341. Advertindo, e bem, para o carácter ultrapassado das concepções liberais do voto como "função pública", J. MIRANDA, *Manual*, VII, p. 103. Frisando a consequência da indisponibilidade dos direitos como consequência da teoria democrática dos direitos fundamentais, V. ANDRADE, *Os direitos*, 1ª ed., p. 64.

63º), o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de medicina curativa e de reabilitação (alínea *a)* do nº 3 do artigo 64º), bem como o tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência (nº 2 do artigo 71º) –, fácil é perceber que muitas das condutas de autocolocação em perigo, autolesivas ou renunciantes não possam de modo algum considerar-se neutras sob o prisma do princípio do Estado Social e dos interesses da comunidade política imbricados na efectivação dos direitos sociais. Quem consome substâncias altamente nocivas para a saúde, quem pratica desportos ou actividades particularmente arriscadas, quem se sujeita a intervenções ou procedimentos desnecessários e perigosos, assim como quem atenta directamente contra a sua própria vida ou contra a sua integridade pessoal, acaba sempre, de uma forma ou de outra, por aumentar muito a probabilidade de vir a representar um encargo para o Estado, tanto do ponto de vista financeiro, quanto do ponto de vista da capacidade de resposta dos respectivos sistemas de protecção social. Dir-se-ia mesmo que, ao fim de décadas de vivência ao abrigo do chapéu assistencialista do Estado, é normal que as pessoas autoras de algumas das condutas em apreço ponderem, de uma forma mais ou menos consciente, a disponibilidade da rede pública de apoio social nas correspondentes avaliações de risco ou nas respectivas análises custo/benefício.

Porém, ainda que as referidas exterioridades financeiras constituam um problema real – que, aliás, dada a escassez dos recursos, acaba por se reflectir indirectamente nos padrões de satisfação dos direitos sociais dos demais utentes dos sistemas públicos de apoio social[1567] –, a solução dificilmente pode passar pela instituição de mecanismos de protecção forçada dos direitos fundamentais dos cidadãos contra a sua própria vontade livre e esclarecida. Caso contrário, os direitos sociais – depois de durante o século XX terem a pouco e pouco ultrapassado resistências teóricas e práticas e de, finalmente, terem sido aceites como iguais no Olimpo dos direitos com dignidade fundamental – ficariam agora, de novo, sujeitos às proverbiais críticas que contra eles foram esgrimidas no passado: a da perversidade e a da ameaça[1568]. Ou seja: os direitos sociais, em vez de serem um bem para os seus titulares, redundariam sempre, mais tarde ou mais cedo, em seu prejuízo; além disso, os direitos sociais representariam inevitavelmente o *cavalo de Troia* que, de uma forma mais ou menos velada, levaria à ruína dos direitos de liberdade e ao esboroar dos fundamentos liberais do Estado constitucional. Descontando o dramatismo que, em alguns momentos do século XX, foi concedido a estas duas acusações – recordem-se as confiantes reflexões de Friedman, Murray ou Glaser, no que toca à ideia de perversidade, e também de Hayek e Huntington, no que respeita à tese da ameaça[1569] –, é indesmentível que a convocação dos direitos sociais e do correspondente princípio aglutinador como argumentos legitimadores de compressões não despiciendas da liberdade geral de acção dos cidadãos, num domínio em que o exercício da mesma não teria consequências imediatas

[1567] Sem que, no entanto, se possa confundir esta realidade com a protecção devida aos *direitos dos outros*, porque esta expressão tem necessariamente uma conotação subjectiva: FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 201 ss..

[1568] Arrumando as críticas aos direitos sociais e ao Estado Social sob os termos "perversidade", "futilidade" e "ameaça", HIRSCHMAN, *A retórica*, pp. 30 ss., e pp. 94 ss..

[1569] FRIEDMAN / FRIEDMAN, *Liberdade*, pp. 131 ss., e pp. 179 ss.; MURRAY, *Losing ground*, pp. 56 ss., e pp. 196 ss.; GLAZER, *The limits*, esp. pp. 59 ss., e pp. 156 ss.; HAYEK, *O caminho*, cap. IX, e *The Constitution*, parte III; CROZIER / HUNTINGTON / WATANUKY, *The crisis*, pp. 65 ss..

sobre direitos concretos de terceiros, não deixa de marcar aqueles com um indesejável *efeito bumerangue*[1570].

Colocar o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais que o animam na posição de normalizadores das condutas individuais, de polícias dos estilos de vida dissonantes, de niveladores de comportamentos sociais é, de facto, atribuir-lhes um papel inadequado à função e à dignidade constitucional que justamente lhes assiste. As exigências do Estado Social e da efectivação dos direitos sociais não são invocáveis em termos que possam conduzir a uma padronização de condutas humanas que, *a priori*, beneficiariam de protecção jusfundamental ao abrigo da liberdade geral de acção e de outros direitos (negativos) de liberdade, como as liberdades de expressão, religiosa, de criação artística, de investigação, de escolha de profissão e do género de trabalho, ou como os direitos à integridade moral, à imagem e à identidade pessoal. Se "a garantia do Estado social visa tornar efectivos os direitos de liberdade", se "o Estado socialmente conformado serve a liberdade", e se o significado essencial dos direitos sociais é o de "assegurar ao indivíduo um mínimo de bens materiais sem os quais não poderia, na prática, tornar real a sua liberdade", percebe-se que não pode caber-lhes em simultâneo o papel de aprisionar essa mesma liberdade nas redes lançadas por pretensos deveres constitucionais: dever de viver uma vida saudável; dever de conduzir a vida de forma segura; dever de se comportar de forma razoável ou racional[1571-1572]. Ironizando, *"age de modo a que não venhas a representar um encargo para os sistemas públicos de protecção social"* poderia bem ser a máxima fundadora destes apócrifos deveres potencialmente aniquiladores da liberdade individual. Não é por acaso, aliás, que "os deveres fundamentais apenas valem como tal (…) se e na medida em que disponham de consagração (expressa ou implícita) na Constituição" – ora, de todo não é esse o caso – e que esta ideia, precisamente por "conferir primazia ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais (…), presta vassalagem ao princípio da liberdade"[1573].

É óbvio que há interesses comunitários em jogo, designadamente de natureza financeira e ligados à sobrecarga dos serviços públicos assistenciais[1574]. Mas esses problemas devem ser resolvidos no mesmo plano em que se colocam, isto é, no plano financeiro e de gestão eficiente dos recursos disponíveis, através dos correspondentes instrumentos. Concretamente: o sistema fiscal, com possibilidade de criação de impostos ou taxas especiais sobre certos produtos ou actividades (*v.g.*, impostos sobre o tabaco ou outras substâncias nocivas); a modulação do regime das taxas moderadoras e do acesso aos cuidados de saúde (*v.g.*, no caso de tratamentos destinados a corrigir consequências negativas resultantes de intervenções desnecessárias realizadas fora dos serviços públicos); a conformação dos regimes de acesso e

[1570] A designação é usada por DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 229; também SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 292-293. Referindo-se também à "inversão da direcção" do Estado Social, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 262. Recorrendo à mesma ideia no contexto dos denominados "direitos-deveres ecológicos", C. NABAIS, *O dever*, p. 53.
[1571] A citação é de HÄBERLE, *La garantía*, p. 19.
[1572] Alertando para o perigo de criar um "dever de agir de modo razoável", DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 229.
[1573] C. NABAIS, *O dever*, p. 63 e, em rejeição de uma "cláusula geral de deverosidade social", p. 38 e pp. 87 ss..
[1574] Acentuando precisamente os problemas financeiros das caixas públicas, SCHWABE, *Der Schutz*, pp. 72-75.

dos montantes das prestações a cargo da segurança social; a imposição de seguros obrigatórios para a prática de actividades particularmente perigosas; etc[1575].

Trata-se, no fundo, de alargar para o domínio das consequências a mesma regra de responsabilidade pessoal para a qual se exige respeito no momento de tomar a decisão, livre e esclarecida, de praticar ou não certos actos de autocolocação em perigo, autolesivos ou renunciativos. Naturalmente, porque nenhum cidadão tem o direito de sobrecarregar de forma deliberada sistemas de protecção que estão ao serviço de toda a comunidade, a auto-responsabilidade quanto às acções tem que valer também no momento de assumir as respectivas consequências. A relação de cada um dos membros da comunidade com os sistemas públicos de protecção social tem de ser justa e transparente. Desde que não se descriminem os cidadãos mais débeis economicamente no momento de lidar com as consequências das suas actuações, não há motivos válidos para manter rigidamente a uniformidade de esquemas de relacionamento que, em virtude de certos hábitos de vida ou comportamentos individuais, sejam manifestamente desequilibrados e nocivos para o interesse público[1576].

Quaisquer que sejam as medidas adoptadas nestes domínios financeiros e de gestão dos recursos públicos, certo é que elas serão sempre tendencialmente menos gravosas do que a protecção forçada de direitos fundamentais contra a vontade dos seus titulares. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, e sem qualquer desconsideração pela liberdade conformativa do legislador, não custa reconhecer que o impedimento ou a proscrição legal de condutas que primariamente beneficiam de cobertura jusfundamental e que são queridas pelos respectivos titulares, de forma espontânea e ponderada, apenas poderia ocorrer como *ultima ratio*, na ausência de outras medidas mais suaves, capazes de equilibrar os interesses públicos aqui em jogo. De resto, mesmo quando escasseiem as medidas menos agressivas da autonomia individual, não está excluído – bem pelo contrário – que os sistemas públicos de protecção social tenham que *pagar um preço* pela preservação da liberdade e de um ambiente propício ao seu desenvolvimento, com espaço para a diferença e para a prática de condutas e actividades menos consentâneas com os padrões comuns de racionalidade ou moralidade[1577].

iv) Não se ignora que, numa área particularmente relevante para a questão em análise, o nº 1 do artigo 64º determinada explicitamente que todos têm o *dever de defender a saúde e de a promover*. Nem se olvida tão-pouco que, inversamente ao que sucede com a generalidade dos outros deveres (ou direitos-deveres) plasmados na Lei Fundamental – relativos à educação dos filhos pelos pais (artigo 36º), à protecção do ambiente (artigo 66º), à frequência da escolaridade básica (artigo 74º), à preservação do

[1575] FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 259-260, avança com alguns destes exemplos.
[1576] Admitindo "soluções selectivas" no acesso aos cuidados de saúde, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 64º*, pp. 1312-1313. Contudo, denotando preocupação, nos domínios em causa, com possíveis discriminações dos mais fracos, HILLGRUBER, *Der Schutz*, pp. 161-162.
[1577] Qualificando as prestações sociais como preço a pagar pela liberdade, FISCHER, *Die Zulässigkeit*, p. 262; HILGRUBER, *Der Schutz*, p. 162 e p. 177.

património cultural (artigo 78º), ao pagamento de impostos (artigo 103º) e à defesa da Pátria (artigo 276º) –, se defendeu já que naquele preceito se consagra um dever que tem simultaneamente por *sujeito(s) activo(s)* a comunidade – em última análise, o Estado – e o titular do direito correspondente, apresentando-se portanto como um dever de natureza bifronte: dever para com a comunidade e, também, dever para consigo próprio[1578]. No entanto, não só os outros direitos sociais não acompanham neste campo o direito à saúde, porquanto só a este a Constituição justapõe um dever fundamental, como o seu significado não é exactamente aquele que à primeira vista aparenta ser.

Com efeito, atendendo às tipologias conhecidas dos deveres fundamentais, o dever de defender a saúde não constitui um verdadeiro direito-dever – nem, muito menos um dever-direito, em que o primeiro termo do binómio tem predominância sobre o segundo –, cujo conteúdo constitucional se traduza na exclusão da liberdade (negativa) ou do (não exercício do) direito em causa, impondo um comportamento activo que se integra total ou parcialmente no teor do direito correspondente. Trata-se antes como um *dever coligado a um direito*, figura caracterizada pela inexistência de identidade entre o conteúdo do dever e o conteúdo do direito[1579]. Não há assim qualquer espécie de simetria entre, por um lado, o dever de defender e promover a saúde e, por outro lado, o direito junto do qual se encontra situado no articulado constitucional, independentemente de se tomar o direito à saúde como direito de estrutura positiva – direito a prestações públicas na área dos cuidados de saúde, em harmonia com a sua localização sistemática –, quer na sua qualidade de direito estruturalmente negativo – como esfera reservada de não intervenção estadual ou de não agressão por parte de terceiros[1580]. Sem prejuízo das relações que entre uma realidade e outra possam vir a estabelecer-se, particularmente em matéria de restrições jusfundamentais, o dever de defesa e promoção da saúde tem de ser erigido autonomamente e o seu alcance determinado à margem do conteúdo que o direito à saúde encerra na sua dupla dimensão prestadora e garantística. Neste sentido – mesmo postergando possíveis nuances que poderiam extrair-se de uma dicotomia *defesa* (mais preceptiva) *vs. promoção* (mais programática) –, o dever de defesa e promoção da saúde pode idealmente desdobrar-se, no plano semântico, em múltiplos vectores:

a) Dever de contribuir (passiva ou activamente) para a preservação ou promoção da saúde pública;

b) Dever de não atentar (de forma directa ou indirecta, por acção ou por omissão,) contra a saúde alheia, isto é, contra a saúde dos demais membros da comunidade individualmente considerados;

[1578] C. NABAIS, *O dever*, pp. 105 e 115

[1579] C. NABAIS, *O dever*, pp. 113 e 116.

[1580] Sobre esta dupla natureza, positiva e negativa, do direito à saúde: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 825; R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 64º*, pp. 1310-1311; C.A. GOMES, *Defesa*, pp. 10-11; J. LOUREIRO, *O direito*, p. 674; J.P. SILVA, *Dever*, p. 40; É, aliás, essencialmente na vertente negativa que o direito é tratado na Alemanha, a par com a vida e a integridade física – HERMES, *Das Grundrecht*, esp. pp. 187 ss. –, mas não em Itália, em que se acentua a dualidade e a interpenetração dos dois planos: MORANA, *La salute*, pp. 36 ss.; COCCONI, *Il diritto*, esp. pp. 117 ss.. Na jurisprudência portuguesa, a dupla natureza está presente logo no Acórdão nº 39/84 e o Acórdão nº 92/85. Mais recentemente, o Acórdão nº 423/2008 subscreve a posição dominante.

c) Dever de preservação ou promoção da saúde própria perante a comunidade em geral (e perante as instituições estaduais que a representam);

d) Dever de preservação ou promoção da saúde própria em face de terceiros determinados, biológica ou socialmente dependentes da pessoa de cuja saúde se trata;

e) Dever de preservação ou promoção da saúde própria diante de si mesmo.

Perante este quadro (ultra-ambicioso), fácil é concluir que a primeira e a segunda vertentes apontadas têm lugar cativo, sem margem para dúvidas, no conteúdo do dever em apreço. É na primeira que se justifica, por exemplo, a vacinação obrigatória relativamente a certas doenças – aliás com resultados excelentes do ponto de vista da saúde pública, conduzindo à irradicação prática de várias enfermidades. Quanto à segunda, a única crítica que pode fazer-se é a de que ela não implica um verdadeiro dever fundamental, constituindo apenas no aspecto passivo do direito (negativo) à saúde quando aplicado nas relações horizontais[1581] – sendo o Estado, então, convocado para a protecção do direito (subjectivo) à saúde dos terceiros que interagem com o sujeito adstrito ao correspectivo dever. Inversamente, a última das vertentes elencadas, respeitante à salvaguarda da saúde própria diante de si mesmo, tem de ser retirada do campo de vinculação proclamado na segunda parte do nº 1 do artigo 64º, por lhe faltar aquele mínimo de alteridade exigível para a sua recondução ao fenómeno jurídico. Tratar-se-á, porventura, de um dever ético, mas não de um dever jurídico. Assim, excluindo, pelo seu particularismo, os casos de eventual protecção (forçada) da saúde de uma pessoa com base da relação de dependência que outros tenham para com ela – nascituros, filhos menores ou outras pessoas a cargo –, subsiste tão apenas a questão de saber qual a viabilidade ou o alcance do dever, perante a comunidade política, de defender e promover a saúde própria, quer evitando ou resistindo a eventuais agressões exteriores, provenientes do meio ou de terceiros, quer fazendo uso atempado dos cuidados de saúde preventivos e curativos disponíveis, quer ainda promovendo-a de uma forma activa, através da adopção de um estilo de vida saudável. Numa palavra: *dever de cuidar da saúde própria* ou, numa versão mais exigente, *dever de viver uma vida saudável*.

A doutrina tem contudo revelado grande relutância em aceitar um dever fundamental com semelhante conteúdo, mesmo na sua acepção mais moderada. Ora considera bastante "questionável a justificação do *dever jurídico-constitucional de cuidar da própria saúde*", ora afirma que o nº 1 do artigo 64º se configura basicamente como "norma habilitadora de normas proibitivas e de obrigações legais em vista da saúde pública", ora sublinha categoricamente que a mesma tem por objecto "a saúde pública, não a saúde privada: o Estado impõe ao cidadão a obrigação de, por força da sua inserção na comunidade, tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral, mas não lhe impõe a obrigação de se manter, a si próprio, de boa saúde". Por conseguinte, "só na medida em que o mau estado da saúde de alguém possa

[1581] Notando que as posições passivas correspondentes aos direitos fundamentais não são, em rigor, verdadeiros deveres fundamentais, C. NABAIS, *O dever*, pp. 78-80.

reflectir-se no estado sanitário comunitário é que o Estado pode intervir, impondo determinados comportamentos (ou a abstenção deles) ao cidadão doente"[1582-1583]. E o mesmo raciocínio há-de valer, por maioria de razão, quando em jogo estiver a saúde de outras pessoas individualizáveis.

O próprio Tribunal Constitucional pauta a sua jurisprudência pela mesma ideia, designadamente ao sustentar a tese de que o dever de defesa da saúde apenas credencia a realização de exames médicos obrigatórios quando estes sejam necessários e adequados para assegurar que um trabalhador não representa um risco para terceiros. Isto é, para minimizar o perigo de contágio ou de acidentes de trabalho que envolvam outros trabalhadores ou o público em geral. Tão-só a título declaradamente excepcional, aquele tribunal admite que o legislador possa obrigar os trabalhadores, contra a sua vontade, a realizar exames médicos para a defesa da própria saúde, aduzindo para tanto uma dupla justificação, além do direito dos trabalhadores à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (alínea *c)* do nº 1 do artigo 59º): a salvaguarda dos trabalhadores mais frágeis (mulheres grávidas ou após o parto e menores); a dúvida razoável que sempre existiria, em face da posição de supremacia do empregador, sobre o carácter verdadeiramente livre da decisão do trabalhador de renunciar a um direito que constitucionalmente lhe cabe. Ambas as razões, portanto, estão situadas na origem da imperatividade que consabidamente caracteriza a legislação laboral[1584].

A orientação genericamente assumida pela doutrina e pela jurisprudência afigura-se ajustada. Nem mesmo a excepção aberta pelo Tribunal Constitucional é digna de reparo, dados os termos em que é feita e tanto mais que, como *a latere* se escreve no aresto, a obrigatoriedade que está em causa "não se traduz na submissão fisicamente forçada à realização de testes ou exames médicos, o que poderia configurar um conflito com os direitos à liberdade e integridade física" – e, noutro passo, com a "liberdade geral de actuação"[1585]. Há que distinguir, apesar de tudo, entre aquela que é a relevância constitucional, ainda que limitada em termos cautelosos, do dever de cuidar (apenas) da saúde própria, na sua relação com a dimensão positiva do direito à saúde, e uma certa tibieza congénita desse mesmo dever no confronto com a dimensão negativa do direito à saúde. É que, simplificando, se de facto são admissíveis algumas modulações das dimensões prestacionais do direito à saúde em função do modo como cada um cuida ou não do seu próprio estado de saúde – por exemplo, não pode excluir-se o acesso diferenciado a alguns cuidados médicos por quem adopta uma conduta zelosa e por quem, de forma manifesta, revela pelas atitudes que toma desprezo pela sua saúde[1586] –, o mesmo já não sucede com

[1582] Respectivamente: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 826; R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 64º*, pp. 1320-1321; C.A. GOMES, *Defesa*, pp. 22-24.

[1583] Não há-de, assim, ter-se por líquida a afirmação constante do nº 1 da base V da Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto, alterada pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro), segundo a qual "os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e colectiva, tendo o dever de a defender e promover".

[1584] Acórdão nº 368/2002. Em moldes não dissonantes, Acórdão nº 306/2003 (Código do Trabalho).

[1585] Também citado no Acórdão em referência, embora pronunciando-se em termos gerais, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 297-298.

[1586] Para um elenco da jurisprudência constitucional sobre o acesso às prestações de saúde, L.M. VALE, *A jurisprudência*, pp. 18-33; ainda sobre o acesso às prestações, J. LOUREIRO, *O direito*, pp. 679 ss..

dimensão negativa do direito à saúde, em parte também devido à proximidade que esta apresenta relativamente ao direito à integridade física. Que o dever de cuidar (apenas) da saúde própria se apresenta claudicante da sua relação com a face negativa do direito à saúde prova-o, designadamente, o reconhecimento generalizado do *direito a recusar tratamentos médicos*, mesmo quando estritamente necessários à preservação da saúde e à conservação da vida[1587] – direito este, aliás, fundado "na liberdade e autodeterminação pessoal, um dos «nomes» da própria dignidade pessoal", e cuja violação se encontra tipificada nas "intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários", precisamente na qualidade de crime contra a liberdade (artigos 156º e 157º do Código Penal)[1588].

Em resumo, portanto – salvo em casos absolutamente excepcionais e com sujeição a apertadíssima vigilância argumentativa –, não se vislumbrando riscos de saúde para terceiros, não é igualmente possível forçar alguém a realizar exames médicos, a receber tratamentos médicos ou a submeter-se a intervenções cirúrgicas contra a sua vontade livre e esclarecida, ainda que dessa recusa obstinada decorra um risco elevado para a vida ou até a certeza de uma morte a breve trecho. Em face de tão robusto e abrangente direito a recusar cuidados médicos, que espaço poderia então restar para um dever fundamental de natureza individual, perante a comunidade política, de defender e promover a saúde própria? O direito a recusar tratamento médico, que certamente não desmerece mesmo a qualificação de direito de natureza análoga, é a antítese da ideia de que é possível buscar no dever de defesa e promoção da saúde sustento para a indisponibilidade do direito à saúde. Nem se acha motivo sério para que o direito (negativo) à saúde tivesse um tratamento diverso daquele que, consensualmente, é apontado pelo ordenamento penal para a integridade física (nº 1 do artigo 149º do Código Penal). Por conseguinte, nem mesmo no dever proclamado no nº 1 do artigo 64º o princípio do Estado Social se pode louvar para abrir uma brecha no princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais em geral e do direito à saúde em particular.

9.3.3. Disponibilidade da própria protecção estadual

Os argumentos acima carreados para a discussão não foram, salvo em casos particularíssimos, capazes de pôr em causa o princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações horizontais. Dificilmente outras *razões vindas de dentro dos direitos fundamentais* o poderão fazer com sucesso. Isto é: outras razões intrínsecas aos próprios direitos de cuja protecção se cuida (à semelhança do que sucede com a dignidade da pessoa e com as ideias segundo as quais os direitos possuem faculdades nucleares insuprimíveis); ou outras razões imanentes ao sistema dos direitos fundamentais no seu conjunto (à imagem do que ocorre com os princípios constitucionais analisados e, em especial, com o princípio do Estado Social).

[1587] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 542-543; noutra latitude, COCCONI, *Il diritto*, pp. 88-95.

[1588] Desenvolvidamente, C. ANDRADE, *Anotação ao artigo 156º*, pp. 377 ss., esp. p. 378.

I – Por maioria de razão, argumentos que, salvo em situações pontuais, não conseguem legitimar constitucionalmente a restrição da liberdade geral de acção daqueles que, de modo livre e esclarecido, praticam actos de disposição dos seus direitos fundamentais, são também argumentos que soçobram perante qualquer projecto que vise afirmar *deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais contra a vontade dos respectivos titulares*. Quando não se consegue o menos – ou seja, justificar constitucionalmente uma medida restritiva que retire ao titular de um direito a liberdade para dispor dele como lhe aprouver –, também não se pode almejar o mais – quer dizer, enraizar no texto constitucional um verdadeiro dever do Estado de proceder exactamente da mesma forma. Um dever de, restringindo aquela liberdade, proteger imperativamente o direito cujo exercício dispositivo se pretende evitar. Se não existem credenciais na Constituição que permitam certa restrição, também não pode a Constituição vincular o Estado a um dever de protecção que implique, para a sua concretização, a mesma restrição, ou outra equivalente. Não é sequer significativo, nesta equação constitucional, que o direito cuja protecção se poderia projectar e o direito que teria de ser restringido para o efeito – a liberdade geral de acção, eventualmente escoltada por outro direito de liberdade – pertençam ao mesmo titular. De igual sorte, mesmo quando, aqui ou além, os argumentos anteriormente analisados permitam legitimar intervenções restritivas da liberdade individual, em nome do respeito devido aos direitos em questão – como se viu acontecer, em parte, no caso de dúvida insanável sobre a correcta formação da vontade e no caso da obrigatoriedade de exames médicos a efectuar pelos trabalhadores –, ainda assim, fica-se muito aquém daquele *elevado índice de vinculação constitucional* que é indispensável para suprimir as normais margens de ponderação e de livre conformação do legislador, como vai implicado na dedução de verdadeiros deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais.

Ou seja porque as restrições jusfundamentais necessárias à protecção não são, de todo, constitucionalmente justificáveis, ou seja porque, sendo-o a título muito excepcional, o legislador conserva inevitavelmente uma margem de ponderação quanto ao *se* da intervenção restritiva que é incompatível com a figura dos deveres estaduais de protecção, pode pois afirmar-se que de um modo geral *não é possível configurar deveres públicos de protecção forçada de direitos fundamentais*. Deveres formados contra a vontade comprovadamente livre e esclarecida dos respectivos titulares – no pressuposto, repita-se, de que não há afectação de direitos de terceiros. O inverso é que seria de estranhar: que em nome da protecção de um direito fundamental se impusesse ao Estado, relativamente ao mesmo sujeito jusfundamental, o dever de cercear a sua liberdade geral de acção e outros direitos que com ela se encontrassem ocasionalmente coligados; que, sob invocação da protecção devida a um direito fundamental, se convolasse este no seu próprio contrário, num dever ou num direito-dever; que peças estruturantes do sistema constitucional de direitos fundamentais – como os princípios do Estado de Direito ou do Estado Social – pudessem ser usadas, num efeito bumerangue, contra os sujeitos que se

encontram no centro daquele sistema, promovendo a revolta dos direitos fundamentais contra os seus titulares.

II – Não se olvida que o nº 2 do artigo 18º permite ao legislador, em abstracto, restringir direitos, liberdades e garantias – e, portanto, a própria liberdade geral de acção daquele que, agindo contra si mesmo, revela desconsideração pelas suas posições jurídico-constitucionais – quando tal é necessário para salvaguardar (apenas) outros "interesses constitucionalmente protegidos". Apesar de toda a conduta humana autodeterminada, mesmo quando prejudicial para o respectivo agente, ser *a priori* expressão de uma liberdade garantida pela Constituição, não pode estar excluído que algumas medidas de protecção forçada possam também justificar-se constitucionalmente, como restrições jusfundamentais, sujeitando-se ao respectivo regime e, em especial, ao princípio específico de ponderação que flui da parte final do nº 2 do artigo 18º[1589]. Porém, nesse caso, muda-se completamente de perspectiva: deixa de se questionar pelo lado de dentro o princípio geral da disponibilidade dos direitos fundamentais, com base em razões intrínsecas ao conteúdo destes e ao respectivo sistema; e passa-se a procurar abrir brechas ocasionais nesse princípio de disponibilidade a partir de fora dos direitos fundamentais e do seu sistema, contrapondo-os directa e exclusivamente a interesses comunitários *proprio sensu*. É, por exemplo, o que sucede quando se confronta a liberdade de cada um em adoptar condutas de autocolocação em perigo, autolesivas ou renunciativas com imperativos constitucionais como a tutela da saúde pública (artigo 64º) ou como a protecção que a sociedade e o Estado devem às crianças e jovens com vista ao seu desenvolvimento integral (artigo 69º) e à efectivação dos seus direitos (artigo 70º). E o mesmo valerá para valores de enraizamento constitucional mais difuso, como a preservação da segurança e da paz públicas, ou o respeito devido à autoridade do Estado e dos órgãos democraticamente legitimados[1590].

Como já teve oportunidade de se sublinhar, é precisamente por aqui – por este segmento normativo final do nº 2 do artigo 18º, em que se autorizam restrição jusfundamentais não directamente destinadas à protecção de outros direitos fundamentais –, que melhor se revela a maior extensão do campo das *restrições legítimas* em relação ao campo das *restrições devidas ou impostas*, ao mesmo tempo como decorrência e como reverso de deveres estaduais de protecção legislativa. Regra geral, a *necessidade* a que se refere o preceito e que enuncia de forma elíptica o princípio da proporcionalidade, sendo medularmente um parâmetro cujo cumprimento tem de ser aferido em termos comparativos, não corresponde inevitavelmente a um imperativo normativo – a um *Müssen* –, nem tão-pouco a um dever de conveniência – um *Sollen* –, mas a uma simples permissão ou autorização – a um *Dürfen*[1591] –, que tem

[1589] HILLGRUBER, *Der Schutz*, p. 116; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 102-109.

[1590] Mencionando alguns destes interesses constitucionais comunitários: FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 114 ss., e p. 272; SPIEβ, *Der Grundrechtsverzicht*, pp. 214 ss.; LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 199 ss.; KOCH, *Ein Beitrag*, pp. 61-63, e pp. 75-77. Referindo-se também a "valores comunitários básicos", V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 312.

[1591] Sobre o sentido do subprincípio da necessidade (comparativa): J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 741 ss.; V. CANAS, *O princípio*, pp. 350 ss.; C.B. PULIDO, *El princípio*, pp. 734 ss..

de entrar em linha de conta com a liberdade conformativa do legislador democrático. Não se inverte, com isto, a pré-ordenação das restrições à necessidade de protecção jusfundamental, mas sublinha-se apenas que – ao sair do campo do confronto directo entre direitos fundamentais, colocando-os frente a interesses constitucionais objectivos – as margens de livre apreciação e conformação do legislador aumentam consideravelmente[1592].

A referida mudança de perspectiva, que vai implícita no apelo aos "interesses constitucionalmente protegidos" presentes no último segmento normativo do nº 2 do artigo 18º, comporta duas consequências insofismáveis. *Primo*: ao argumentar-se a partir de fora dos direitos fundamentais – da sua história e razão de ser, do seu conteúdo e natureza, da sua estrutura complexa e multidimensional, da teia tecida pelas suas relações recíprocas –, renuncia-se a questionar o princípio que afirma a sua primacial disponibilidade. Dado que uma fundamentação consistente de um (pretenso) princípio inverso teria que partir de dentro dos próprios direitos básicos ou, quanto muito, de dentro do respectivo sistema, tudo o que agora pode restar é a possibilidade de, caso a caso, abrir excepções pontuais, senão mesmo aparentes, a uma regra geral de disponibilidade das posições jusfundamentais. *Secundo*: quando se opera aquela mudança de perspectiva e se passa a argumentar com base em interesses comunitários em sentido próprio, sem considerar imediatamente as suas refracções jusfundamentais, deixa-se também o terreno dogmático dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Não que o Estado não possa estar vinculado por um qualquer imperativo político ou até jurídico de actuação – *v.g.*, o princípio da prossecução do interesse público –, mas o seu móbil deixa de ser a protecção da efectividade dos direitos fundamentais e da integridade dos respectivos bens jurídicos. A protecção de direitos fundamentais que dessa actuação estadual venha a resultar, eventualmente contra os titulares desses direitos, será sempre acidental e indirecta, uma mera refracção de acções governativas dirigidas a outros fins. Em verdade, não é mais de protecção de bens jusfundamentais que se trata, mas da salvaguarda de um *aliud* contra os direitos fundamentais.

Para concluir com um exemplo elucidativo, quando se prevê em lei a alimentação forçada de reclusos em greve de fome, ou quando essa previsão normativa é actualizada, o que está em causa verdadeiramente não é a afirmação da indisponibilidade dos bens jusfundamentais que os presos podem lesar com esse tipo de conduta[1593-1594]. A relação dos reclusos com a sua integridade física, a sua saúde ou a sua vida não difere substantivamente da de quaisquer outros cidadãos que, eventualmente, também queiram fazer greve de fome – e, diga-se, em relação aos quais ninguém ousará pensar em alimentar de forma compulsiva. Se, no que respeita aos reclusos, se coloca uma interrogação séria quanto à

[1592] Supra, §1º, ponto 4.7.1. Infra, §4º, ponto 12.3.2.

[1593] Artigo 35º do Código de Execução de Penas (Lei nº 115/2009, de 12 de Outubro), e artigos 65º e 66º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (Decreto-Lei nº 51/2011, de 11 de Abril). Na doutrina: R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 541-542; C. ANDRADE, *Comentário aos artigos 135º e 156º*, I, pp. 93 ss., e p. 392.

[1594] Por sua vez, sobre os tratamentos médicos compulsivos em detidos: J. RODRIGUES, *O consentimento*, pp 304 ss.; A. PEREIRA, *O consentimento*, pp. 581 ss..

legitimidade da sua alimentação pela força não é seguramente porque os seus bens jusfundamentais sejam menos disponíveis do que os dos outros cidadãos, nem tão-pouco porque se encontram insertos numa suposta relação especial de poder. A interrogação coloca-se, isso sim, porque estão em jogo interesses comunitários de relevo, cuja defesa é encarnada pelo Estado: a ordem e a segurança dentro dos estabelecimentos prisionais; o respeito pela autoridade do Estado de Direito e, em especial, das decisões dos tribunais. Interesses públicos que podem ter a pretensão de, a partir de fora dos direitos fundamentais, comprimir a liberdade geral de acção e a liberdade de expressão dos reclusos e assim, de forma reflexa, abrir uma ilusória excepção no princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais. Por conseguinte, na alimentação compulsiva de reclusos, do que se trata é, antes de qualquer outra coisa, de uma relação vertical entre o Estado e o grevista de fome, em que aquele restringe os direitos deste em nome de interesses constitucionais de relevo. Apenas uma concepção absolutizante da doutrina dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais poderia ainda pretender ver aí, no vergar da vontade esclarecida dos reclusos, a sombra da sua própria figura[1595].

10. Caracterização do bem jusfundamental e do respectivo titular

Uma vez delimitado, ainda que de forma impressionista, o universo de direitos fundamentais onde se situam os bens jurídicos que podem reclamar protecção estadual activa, e analisada a questão da disponibilidade daqueles mesmos direitos e da respectiva protecção, resta agora – a completar a análise do segundo pólo da relação triangular – chamar à liça algumas outras características dos bens jusfundamentais que são também importantes para a determinação dos imperativos constitucionais de tutela. Concretamente: além da índole negativa do bem fundamental em causa, seja ele presente ou futuro; da susceptibilidade de a armadura jurídico-normativa que o envolve produzir efeitos nas relações entre privados; e da inexistência de um acto (válido) do titular do direito correspondente, do qual se depreenda a rejeição de acções protectoras públicas; a conformação de deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais pressupõe que se considerem três aspectos adicionais referentes à fisionomia do bem jurídico constitucionalmente garantido e à situação do seu titular:

a) A *posição relativa* desse bem na ordem valorativa impregnada na Constituição;
b) A *natureza reversível ou irreversível* das lesões que eventualmente o venham a atingir;
c) E, por fim, as *possibilidades de defesa própria* que podem estar ou não acessíveis ao respectivo titular.

[1595] Sobre a greve de fome: LITTWIN, *Grundrechtsschutz*, pp. 55-60; FISCHER, *Die Zulässigkeit*, pp. 36-39.

A par de outros factores, respeitantes aos outros pólos das relações jusfundamentais – mormente a natureza e intensidade do perigo (primeiro pólo), a disponibilidade e custo dos instrumentos de protecção, incluindo o próprio peso dos direitos e interesses contrapostos (terceiro pólo)[1596] –, os três aspectos acima mencionados, concernentes à morfologia dos bens jurídicos em si mesmos e à sua relação com os sujeitos que os encabeçam, constituem peças de singular importância para o funcionamento dos maquinismos de justificação e de configuração concreta dos deveres de protecção. Ou seja, quer para a determinação do *se* desses deveres, quer para a posterior definição do seu *como*, aqui se incluindo a escolha do arsenal de medidas de salvaguarda, a graduação da sua força, e a decisão sobre os recursos (jurídicos e materiais) a alocar. Aliás, no pressuposto indisputado de que a determinação de deveres estaduais de protecção exige sempre um processo ponderativo particularmente exigente, com apelo a uma metodologia gradualista – rigor apenas mitigado nos casos, apesar de tudo raros, em que aqueles deveres encontram uma expressão literal no texto da Constituição[1597] –, é também razoavelmente pacífico que esse itinerário metodológico há-de fazer jus à ideia segundo a qual "quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça (…), e quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente autoprotecção (…), tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção"[1598].

Quer isto dizer, no fundo, que a dedução e a configuração de deveres estaduais de protecção jusfundamental se cifra numa complexa operação de *recolha e cruzamento de dados* jurídicos (e materiais) com diferentes proveniências, sendo que, do ponto de vista teórico, é possível discernir nela duas fases distintas – embora essa destrinça não seja rígida, nem tenha inevitavelmente tradução cronológica: uma primeira fase de (recolecção e) *ponderação interna*, que ocorre essencialmente dentro de cada um dos três pólos da relação jurídica de direitos fundamentais; e uma segunda fase de *ponderação externa*, que visa congregar e processar conjuntamente os resultados provisórios e parcelares alcançados no decurso da primeira fase, aquando da análise isolada de cada um daqueles pólos. Ora, no que toca ao processo de ponderação interna que transcorre no seio do pólo presentemente em análise, o comando das operações preparatórias de descoberta e delineamento dos deveres de protecção é, sem surpresa, assumido pela ideia de proporcionalidade, nas suas diversas vertentes. De onde se seguem as seguintes equações:

[1596] Enfatizando a importância do relacionamento entre as diferentes componentes da relação triangular, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 109 ss..

[1597] UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 26-28; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 28 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 78; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 30 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 142 ss..

[1598] CANARIS, *Direitos*, p. 114. Na doutrina portuguesa: D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, p. 258; R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, p. 511; P.M. PINTO, *O direito*, p. 192; J.P. SILVA, *Dever*, p. 46. Para outras referências: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 111-116; KRINGS, *Grund*, pp. 221 ss., pp. 269 ss, e pp. 282 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 240 ss.; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 190 e 220; HOLLENBACH, *Grunrechtsschutz*, pp. 88-90; em parte também MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 165 ss..

a) Quanto mais elevada é, na escala de valores constitucional, a posição do bem jurídico sob ameaça, maior será a exigência de protecção dirigida ao Estado (necessidade), e mais enérgicos e agressivos poderão e deverão ser os meios a utilizar (justa medida);

b) Quanto mais difícil a reversão ou a reparação das eventuais lesões a que o bem jusfundamental se encontra exposto, maior importância terá de assumir a protecção estadual (necessidade), e mais relevância deverá ser conferida às intervenções protectoras de carácter preventivo (adequação);

c) Quanto menor for a capacidade do titular do direito para se colocar a salvo das ameaças que o afectam, ou para proceder autonomamente à sua defesa, mais importante será o papel da protecção a conceder pelo Estado (necessidade), e maior deverá ser o investimento em meios destinados a reforçar a capacidade de defesa própria daquele (adequação), ou mais intensos poderão e deverão ser os instrumentos a empregar (justa medida).

Naturalmente, estas equações são insusceptíveis de produzir por si, *more geometrico*, uma solução jurídica consistente para o problema que se encontra em cima da mesa, nem, menos ainda, para a problemática global da descoberta e configuração dos deveres estaduais de protecção. Além das fragilidades que é possível entrever em cada uma delas, sobretudo no plano da sua aplicação prática, elas não almejam representar mais do que uma pequena parcela de um intrincado "sistema móvel" em que uma infinidade de combinações é à partida possível[1599]. Resultados preliminares claramente indiciadores da vinculação do Estado a certos imperativos de tutela podem, com facilidade, ser anulados pela consideração de elementos recolhidos noutra sede, dentro ou fora do mesmo *topos* da relação jusfundamental. E, vice-versa, resultados parcelares tendentes à desoneração do Estado de quaisquer deveres de protecção podem, depois, ser compensados ou invertidos com dados provindos de outros quadrantes. Com essa consciência, resta apenas completar o percurso de recolha interna dos elementos de ponderação respeitantes ao bem jurídico protegido e ao titular respectivo. A seu tempo se tratará do resto.

10.1. Posição na ordem de valores constitucional

A ideia segundo a qual, quanto mais elevada for a posição de um bem jusfundamental na ordem de valores definida constitucionalmente, maiores serão também as exigências dirigidas ao Estado no sentido de garantir a sua protecção efectiva, é uma ideia tão disseminada quanto controvertida. Por um lado, filiando-se directamente no princípio da proporcionalidade – à semelhança, aliás, da denominada

[1599] CANARIS, *Direitos*, p. 114, invocando a inspiração de Wilburg.

"lei da ponderação"[1600] –, este *imperativo de congruência* parece corresponder ao mais elementar sentido jurídico e afigura-se, até numa perspectiva intuitiva, como verdadeiramente irrecusável. Pense-se, desde logo, no direito à vida, assim como noutros direitos que a Constituição proclama solenemente como *invioláveis* ou, até, como *valores sociais eminentes*. Em contrapartida, a mesma ideia tem sido alvo de ataques violentos, os quais procuram, sintomaticamente, recuperar as célebres críticas da *tirania dos valores* e da *subversão dos equilíbrios de poder* e, por essa via, destruir de forma cirúrgica o seu mais elementar alicerce dogmático: o próprio tópico da ordem axiológica constitucional.

I – Importa realçar, antes de mais, que esta ideia de harmonização necessária entre a posição ocupada por um bem no sistema axiológico da Lei Fundamental e a protecção que lhe é constitucionalmente devida é muito cara à jurisprudência[1601]. Ela tem tido forte eco na actividade judicativa do Tribunal Constitucional, em concreto quando este se pronuncia sobre a legitimidade do recurso àquela que, por certo, constitui a forma mais veemente e agressiva de protecção de bens jusfundamentais: a protecção penal. Assim sucede, nomeadamente, sempre que aquele Tribunal, sob o directo influxo da doutrina criminalista, afirma um "princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal"[1602]. Em idêntico sentido, o mesmo ocorre quando sustenta que as medidas penais "só serão exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de *primeira importância* e essa protecção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo"[1603] – ou seja, através de sanções administrativas, de disposições de direito disciplinar, da intervenção de meios civis, ou até através de instrumentos sem qualquer carga sancionatória, como sejam as medidas de política social. Tanto o denominado princípio da *dignidade penal* – uma vez que esta não pode ser aferida de outro modo senão com apelo à própria dignidade dos bens constitucionais, em regra extraídos do teor dos direitos fundamentais através de uma operação de destacamento das suas dimensões objectivas (e de acantonamento das dimensões subjectivas)[1604] –, quanto o seu princípio congénere da *necessidade penal*, ambos com forte presença na jurisprudência do constitucional, convergem, pois, no sentido do reconhecimento de um imperativo de sintonia entre a (maior ou menor) ressonância valorativa dos bens

[1600] Dado que esta também se estrutura segundo um esquema "quanto mais… mais" – ALEXY, *Teoria*, p. 161: "quanto maior é o grau de não satisfação ou de afectação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro". Para uma análise crítica desta lei, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 692-693, e pp. 702-703.

[1601] No caso germânico: BVerfGE, 39, 1 (*Schwangerschaftabruch I*); BVerfGE, 46, 160 (*Schleyer*); BVerfGE, 49, 24 (*Kontaktsperre*).

[1602] Citando Figueiredo Dias, Acórdão nº 83/95, a propósito do direito à vida e à segurança das pessoas que circulam nas estradas. Entre outros: Acórdão nº 527/95; Acórdão nº 958/96; Acórdão nº 108/99; Acórdão nº 337/2002. A mesma doutrina surge ainda referida no voto de vencido de Cardoso da Costa, no Acórdão nº 288/98.

[1603] Acórdão nº 99/2002 (itálico acrescentado), a respeito das disposições penais do regime legal do jogo. Mais recentemente, Acórdão nº 494/2003 e Acórdão nº 214/2009.

[1604] Sobre esta operação dedutiva: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 55-57; KRINGS, *Grund*, p. 165; ALEXY, *Teoria*, pp. 507-510; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 147.

jusfundamentais e a (maior ou menor) protecção que lhes é devida, aqui, por parte do legislador criminal[1605].

A jurisprudência não se basta, portanto, com a simples pressuposição de uma ordem de valores constitucional, porventura liderada pelo direito à vida – já que "é difícil conceber que possa haver qualquer direito que, em colisão com o direito à vida, possa configurar o sacrifício deste"[1606] –, ou pela dignidade da pessoa humana – uma vez que, em conformidade com o primeiro artigo da Constituição, uma ordem jurídica assente sobre a dignidade da pessoa humana "não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de acção, situações e actividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa (…) possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outra"[1607]. Nem tão-pouco se limita a invocar, sem grande desenvolvimento, a existência de uma ordem axiológica assente na Constituição, para, através dela, matizar o conteúdo ou o alcance deste ou daquele direito fundamental, seja o direito à segurança no emprego, o direito de propriedade ou o direito à objecção de consciência[1608-1609-1610]. Sem prejuízo da atribuição ao legislador democrático de significativas margens avaliação e conformação, em se tratando de normas incriminadoras, o Tribunal exige dos órgãos legiferantes uma harmonização entre, por uma banda, a grandeza ou a importância do bem jusfundamental (ou do interesse constitucional) a proteger e, por outra banda, o tipo e a espessura dos instrumentos mobilizados para a sua tutela. No mínimo, numa formulação negativa, proíbe desarmonias evidentes entre a valia dos bens jusfundamentais a salvaguardar e os instrumentos convocados para esse efeito.

Cumpre sublinhar, entretanto, que não se afigura legítimo extrair desta jurisprudência a conclusão de que o legislador penal incriminador monopoliza a vinculação ao referido imperativo de congruência – ou, sequer, de que é esse o entendimento dos juízes do Palácio Ratton. Pelo contrário, ostentando no seu código genético a marca do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, semelhante prescrição encontra-se inevitavelmente vocacionada para uma maior abrangência, estendendo as suas aspirações de validade a todos aqueles outros domínios da ordem jurídica em que, *a priori*, a protecção dos direitos fundamentais segue caminhos mais brandos, menos restritivos, designadamente através da emanação (e implementação) de preceitos sobre organização, processo e procedimento, de regras de segurança, de disposições reguladoras da actividade informativa das entidades públicas ou, ainda, de normas que se

---

[1605] Lapidarmente, sobre estes dois princípios: T. CARVALHO, *Anotação ao artigo 29º*, p. 671. Quanto à correspondência entre bens constitucionais e bens penais: HASSEMER, *¿Puede haber delitos*, pp. 95 ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Bien juridico*, pp. 105 ss.; BÖSE, *Derechos*, pp. 137 ss.; ROXIN, *¿Es la protección*, pp. 443 ss.. Desenvolvidamente, LAGODNY, *Strafrecht*, esp. pp. 138 ss..

[1606] Acórdão nº 85/85, referindo-se todavia apenas à vida já nascida.

[1607] Acórdão nº 144/2004, numa alusão clara à denominada *"fórmula de Dürig"*.

[1608] Quanto ao direito à segurança no emprego: Acórdão nº 581/95; Acórdão nº 306/2003; Acórdão nº 155/2004; Acórdão nº 267/2004; e Acórdão nº 160/2005. No que toca ao direito de propriedade: Acórdão nº 391/2002; e Acórdão nº 159/2007. Sobre objecção de consciência: Acórdão nº 65/91; Acórdão nº 712/95.

[1609] Invocando a necessidade de conformidade com a "nova ordem de valores constitucional" introduzida pela Constituição de 1976, a respeito das regras sobre aplicação no tempo: Acórdão nº 261/86; Acórdão nº 415/2002; Acórdão nº 474/2005.

[1610] Reconhecendo a dificuldade de estabelecer, em abstracto, uma ordem de valores constitucionalmente protegidos, Acórdão nº 292/2008 (direito ao bom nome de pessoas colectivas).

limitem, em geral, a promover a coordenação das esferas de liberdade dos cidadãos. O facto de tal imperativo de congruência ter aflorado na jurisprudência apenas a respeito da legislação incriminadora, não sendo certamente acidental, fica a dever-se tão-só ao facto de serem aí mais chocantes as eventuais subversões da ordem axiológica constitucional e de, por razões de adequação funcional, os guardiães da Constituição estarem obrigados a um controlo mais apertado de todas as soluções legislativas que afectam directa e gravemente a liberdade dos indivíduos[1611].

Pode dizer-se, aliás, que esta ideia de sincronia entre, por um lado, a posição relativa que os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais ocupam na ordem axiológica da Constituição e, por outro lado, a necessidade e intensidade dos meios de protecção que os poderes públicos devem colocar ao seu serviço, enquanto prescrição de carácter geral, não é inteiramente estranha à doutrina constitucionalista portuguesa, ainda que porventura não sejam dela retiradas todas as consequências no que respeita à definição dos deveres de protecção estadual[1612]. Ou melhor, ainda que, em contextos marcados por uma maior discricionariedade do legislador, seja inevitável o reconhecimento de dificuldades operativas, não apenas no que respeita ao primeiro termo da relação – isto é, à capacidade para determinar o lugar reservado a cada um dos bens jurídicos em concreto no contexto do sistema valorativo dos direitos fundamentais –, mas também no momento de efectuar a sincronização desses bens com os muitos e heterogéneos instrumentos de tutela à disposição do legislador.

II – Em compensação, é também sabido que são frequentes as vozes que se declaram contrárias ou muito cépticas relativamente à possibilidade de estabelecer uma correspondência entre a posição de um bem na ordem axiológica constitucional e a dedução e configuração de concretos deveres de protecção a cargo do Estado[1613]. Para obter o efeito pretendido, essas mesmas vozes apostam então em indicações retirados da análise das características e da intensidade dos perigos, do potencial lesivo das agressões, dos direitos contrapostos, entre outros factores. Em termos ilustrativos, bem mais importante do que saber se certa ameaça se dirige contra a vida ou contra a saúde de outrem seria, na perspectiva dos deveres de protecção, averiguar se a probabilidade da lesão é elevada ou se é apenas remota. Assim como seria também mais relevante conhecer eventuais estimativas sobre o número dos potenciais afectados – na sua vida, na sua saúde, ou nestes dois bens cumulativamente –, com vista a determinar se estes se confinam a um círculo restrito de pessoas ou se, pelo contrário, podem abranger extensas faixas da população.

[1611] Sobre os níveis de *densidade do controlo* do juiz constitucional, sob inspiração da jurisprudência germânica (designadamente, BVerfGE, 50, 290 – *Mitbestimmung*): V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 219; ALEXY, *Teoria*, p. 453; HESSE, *Grundzüge*, pp.242-244.

[1612] J. MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2006*, pp. 470-471; D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, p. 258; R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 510-511; P.M. PINTO, *O direito*, p. 192; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 108; J.P. SILVA, *Dever*, p. 46. Questões diferentes são as suscitadas pela incongruência da lei consigo própria (ou com os seus fins), G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1317-1321.

[1613] Tipicamente, DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 86-87; maior confiança demonstra, apesar de tudo, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 165 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, p. 88.

Contudo, não sendo os diferentes critérios de ponderação excludentes entre si, aquelas posições negativistas fundam-se, na generalidade dos casos, em razões que são importadas directamente do séquito argumentativo que acompanha as teses críticas da própria ideia de ordem de valores constitucional[1614]:

a) Quer seja porque, pura e simplesmente, negam a sua existência – defendendo antes que todos os bens jusfundamentais ocupam, primariamente, posições valorativas equiordenadas;

b) Quer seja porque, tão-somente, em sociedades que se afirmam abertas e plurais, são inviáveis todos os projectos que, recorrendo à via hermenêutica, aspiram a extrair dos preceitos constitucionais essa mesma ordem valorativa em termos abstractos, razoavelmente objectivos, e comprováveis intersubjectivamente;

c) Quer seja ainda porque, finalmente, admitindo a existência dessa ordem axiológica, declaram a sua inoperacionalidade – consideram impossível retirar dela, de forma automática, consequências práticas para a resolução dos problemas concretos de colisão de direitos que afligem o legislador e os aplicadores do direito[1615].

Não é este o lugar para retomar a discussão sobre as virtudes e os deméritos da *função de valor dos direitos fundamentais* – traduzida de forma mais ou menos directa na dita ordem valorativa constitucional –, nem enquanto chave dogmática para a compreensão de cada um dos direitos e das relações que estabelecem entre si dentro do respectivo sistema, nem enquanto função-quadro a partir da qual se desenvolvem diversos conteúdos (ou dimensões jusfundamentais específicas) de natureza objectiva[1616]. Até porque, como foi já mencionado, também as posições mais permeáveis à ideia de ordem de valores constitucional são muito díspares entre si, variando entre as *versões mais fortes* e radicais, que acreditam na existência de um ordem global e hierarquicamente escalonada (ordem cardinal), e as *versões mais mitigadas*: ora porque defendem apenas a possibilidade de estabelecer ordens axiológicas parcelares, meramente ordinais, ou ordens não hierarquizadas, abertas e flexíveis; ora porque sublinham que os valores não se encontram suspensos num firmamento abstracto, por cima da Constituição e do ordenamento jurídico, nem têm uma pretensão apriorística de validade para todos os tempos e lugares[1617]. Em última análise, algumas das orientações mais matizadas em que a ideia de ordem de valores constitucional se declina – como as que propugnam uma "ordenação conjunta unitarizante" ou um

[1614] Sobre estas teses, na doutrina portuguesa: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 639 ss, e esp. pp. 678 ss.. Na doutrina germânica: ALEXY, *Teoria*, pp. 148 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 65-67, e pp. 117 ss, esp. pp. 130 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 50-56; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 80-81, e esp. pp. 123-132; KRINGS, *Grund*, pp. 164-169; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 146 ss., e p. 351: HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 251 ss..

[1615] Distinguindo objecções filosóficas, metodológicas e dogmáticas à ordem de valores constitucional, ALEXY, *Teoria*, pp. 1498 ss..

[1616] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp.155 ss..

[1617] Em termos paradigmáticos: HÄBERLE, *La garantía*, pp. 7-11 (mas também pp. 33 ss.); ALEXY, *Teoria*, pp. 152-157. Efectuando uma resenha da doutrina nacional, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 397 ss..

"equilíbrio e ordenação conjunta" dos bens constitucionais sujeitos a ponderação[1618] – acabam, porventura, por estar mais próximas das teses negativistas do que daquelas que defendem a existência de uma estrita ordenação hierárquica.

Nada garante entretanto que o problema da ordem de valores constitucional não seja mais radical, anterior mesmo às divergências que separam os defensores de umas e outras teses, residindo antes na própria opção metodológica – abraçada primeiramente pelo Tribunal Constitucional germânico, mas seguida por amplos sectores da doutrina – de conversão dos direitos fundamentais em valores. Com efeito, esta suposta transformação conceptual dos direitos fundamentais em valores pode bem traduzir-se num mascaramento teleológico dos direitos, ignorando que, em matéria de fundamentação das decisões, as *normas* (assim como os princípios jurídicos[1619]) e os *valores* desempenham papéis muito distintos no que toca à própria lógica da argumentação. Assim: "quando se procura esgotar a Constituição numa ordem concreta de valores, desconhece-se o seu específico sentido jurídico; pois, como normas jurídicas, os direitos fundamentais (…) estão formulados conformemente a um modelo de normas obrigatórias de acção, e não em conformidade com um modelo de bens desejáveis"; bens esses que têm de competir entre si por uma posição de primazia, só alcançável "na medida em que consigam reconhecimento intersubjectivo dentro de uma cultura e de uma forma de vida"[1620]. Aliás, ao aceitar uma reinterpretação dos direitos fundamentais que os converte de princípios deontológicos – que aspiram a uma *obrigatoriedade geral* – em bens jurídicos teleológicos – que almejam apenas a uma *preferibilidade particular* –, mas que ainda assim são constitutivos de uma ordem objectiva de valores vinculadora de todos os poderes públicos a uma "eticidade substancial de uma determinada forma de vida", é a própria legitimidade do Tribunal Constitucional que é posta em causa: "ao deixar-se guiar por uma ideia de realização de valores materiais previamente dados no direito constitucional", "o Tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária"[1621]. Efectivamente, "aquilo que em cada caso é o melhor para nós [numa perspectiva valorativa] não coincide *eo ipso* com o que é bom para todos por igual [numa perspectiva normativa]"[1622].

Seja como for, o que de momento importa é reconhecer que, a ser verdadeira a falta do *pressuposto* – quer dizer, a confirmar-se a ilegitimidade, a inexistência, a inacessibilidade ou a inoperacionalidade de uma ordem objectiva de valores, ínsita nas normas sobre direitos fundamentais –, hão-de falhar também os respectivos *corolários*. Antes de mais, num cenário de primacial igualdade de todos os bens e direitos constitucionais, ou de neutralidade axiológica da própria Constituição

[1618] HÄBERLE, *La garantía*, pp. 39 e 40, respectivamente por referência a Hesse e a Krüger.
[1619] Conquanto também estes possam ser postos a funcionar como valores, como sucederia com as propostas de Böckenförde e Alexy: HABERMAS, *Facticidad*, p. 327. Contudo, ALEXY, *Teoria*, pp. 138 ss., sublinhando que, apesar de tudo, "os princípios dizem o que *prima facie* deve ser, e os valores o que *prima facie* é bom" (esp. p. 147).
[1620] HABERMAS, *Facticidad*, pp. 328-330. Sublinhe-se, porém, a expressão inicial "quando se pretende esgotar".
[1621] Com inegável contundência: HABERMAS, *Facticidad*, pp. 331-332. Também por referência ao problema metodológico: MÜLLER, *Discours*, pp. 88-90; HESSE, *Grundzüge*, pp. 135-136.
[1622] HABERMAS, *Facticidad*, p. 334.

relativamente aos direitos fundamentais que consigna, esvai-se a possibilidade de guiar as operações de ponderação, indispensáveis à resolução das situações de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo – tanto para estabelecer *relações de prevalência* de uns sobre os outros, como para estabelecer os termos da sua *concordância prática*[1623] –, por uma tabela dos diferentes bens jurídicos presentes nesses confrontos e devidamente organizada em função do seu respectivo peso ou valia constitucional. E, pelos mesmos motivos, há-de falhar também a possibilidade de conduzir as operações de reconhecimento e de graduação da intensidade dos deveres estaduais de protecção por uma pauta de bens jusfundamentais valorativamente ordenada, na medida em que, afinal, ou ela não existe de todo, ou não está acessível em moldes objectivos, ou não é manuseável para o efeito pretendido. Ainda que, em si mesmo, o imperativo de congruência em análise não seja muito exigente quanto à natureza da ordem de valores de que necessita para ser operativo – ele bastar-se-á, em princípio, com uma simples indicação não comparativa acerca da posição (elevada, intermédia ou baixa) do bem em causa dentro do sistema de direitos fundamentais –, importa não esquecer, a este propósito, que o cumprimento dos deveres de protecção implica, identicamente, numa fase mais avançada, o recurso a operações de ponderação bem mais melindrosas, em que as posições jusfundamentais ameaçados são confrontados com diferentes direitos de sinal contrário, associadas a terceiros ou aos sujeitos que são fonte dos próprios perigos[1624] – operações de que resulta, com muita frequência, a necessidade de estabelecer restrições legislativas bastante pesadas.

Contas feitas, as interrogações que rodeiam o imperativo de congruência ora em análise, pondo em dúvida a sua adequação constitucional em termos mais ou menos acutilantes, não correspondem todavia a um problema específico ou originado no seio da teoria dos deveres estaduais de protecção[1625]. Em causa está antes um problema geral da teoria dos direitos fundamentais, que tem as suas raízes no tratamento das diferentes situações de colisão de direitos em sentido lato, uma vez que é também neste domínio que se faz sentir, de uma forma mais pungente, a necessidade de directrizes materiais capazes de conferir às operações intelectuais de ponderação de bens jusfundamentais maior objectividade, mais segurança nos resultados, e maior controlabilidade jurisdicional. Ou seja, porquanto é nesse centro nevrálgico da dogmática jusfundamental que começa por se evidenciar a necessidade de pontos de referência que permitam escapar ao estigma que impende sobre toda a metódica da ponderação de direitos fundamentais – segundo o qual a denominada *física dos constitucionalistas* sucumbe invariavelmente ao subjectivismo do decisor e redunda num puro casuísmo[1626]. Caso não seja possível ultrapassar esse estigma no centro – de preferência com apelo a critérios substantivos, embora sem descurar o apoio que pode ser prestado por parâmetros formais –, ele produzirá inevitavelmente sequelas na periferia, nomeadamente em todos os outros departamentos da teoria dos direitos fundamentais que sejam

[1623] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 685-688, e p. 693, sobre a (pretensa) autonomia do método da *concordância prática* dentro do universo mais vasto das *operações de ponderação*.
[1624] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 120 ss..
[1625] KRINGS, *Grund*, pp. 166-167.
[1626] J. NOVAIS, *As restrições*, pp.681 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 152 ss.; LARENZ, *Metodologia*, pp. 490 ss..

dependentes do recurso ao método da ponderação, tal como inequivocamente ocorre com a doutrina dos deveres estaduais de protecção.

Sublinhe-se ainda, a terminar, que não seria dramática, do ponto de vista da teoria dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, uma conclusão que alinhasse com as orientações contrárias ao tópico da ordem de valores constitucional. A consequente perda do *imperativo de congruência* entre a posição ocupada por um bem jusfundamental nessa axiologia, por uma banda, e a necessidade e intensidade dos instrumentos necessários à sua protecção, por outra, poderia produzir algum abalo nas estruturas do edifício dos deveres de protecção, mas de forma alguma importaria no seu desmoronamento. Desde logo pela circunstância de a figura dogmática em apreço, tanto no tocante à sua dedução concreta, como no referente à graduação da panóplia de instrumentos usados, se encontrar solidamente construída (também) sobre outros pilares, (igualmente) consistentes e, por certo, menos controversos do ponto de vista doutrinal. Cedo, aliás, se rejeitou a fundamentação global e o enquadramento sistemático dos imperativos de tutela jusfundamental através daquela ordem axiológica, desdobrada ou não em diversas dimensões objectivas[1627].

III – Não obstante, à luz da Constituição portuguesa, não parece que se imponha uma qualquer conclusão negativista quanto ao problema da ordem de valores constitucional[1628]. Nem é de crer, consequentemente, que seja necessário prescindir, em matéria de deveres estaduais de protecção, dos contributos proporcionados pelo referido imperativo de congruência – até porque, como se disse, do ponto de vista da sua operacionalidade, este não formula por si mesmo grandes exigências quanto à índole da dita ordem axiológica.

É evidente que nenhum método hermenêutico permite extrair da Constituição uma ordem de valores global, abarcando todos os bens protegidos por normas de direitos fundamentais, e que se encontre hierárquica e rigidamente escalonada de 1 a 25 ou de 1 a 50 (ordens cardinais). Mesmo que fosse possível chegar a um consenso quanto ao bem que deveria ser colocado na primeira posição – já que as opiniões balançam entre a vida e a dignidade da pessoa humana[1629] –, jamais seria viável, em abstracto, alcançar um qualquer acordo sobre se a liberdade religiosa devia ter o nº 6 e a liberdade de expressão o nº 7, ou vice-versa, ou se as posições ocupadas por estes dois direitos deviam ser antes a nº 6 e a nº 8, com a liberdade de associação pelo meio, ocupando o nº 7. Aliás, semelhante formulação da ordem de valores – versão extraforte – não só não é possível como seria de todo desnecessária, uma vez que as situações de

[1627] Supra, §1º, ponto 4.5.
[1628] Neste sentido, ainda que com posições não inteiramente coincidentes: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 175 ss., e pp. 238-239; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 100 ss.; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 253 ss.; J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 419 ss.. No sentido oposto, G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 416, em nota, e pp. 1268 ss.; assim como J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 698 ss..
[1629] J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 403-404.

confronto entre direitos fundamentais nunca abrangem a totalidade dos bens jurídicos objecto de protecção constitucional.

Por mais complexas que sejam as relações jusfundamentais, elas não compreendem em regra colisões reais entre mais do que três ou quatro direitos consagrados constitucionalmente, nem tão-pouco essas colisões dizem respeito à totalidade das dimensões funcionais desempenhadas por esses mesmos direitos ou a todas as faculdades que integram o respectivo conteúdo material[1630]. Mesmo situações muito delicadas e controversas, como a suscitada pela interrupção voluntária da gravidez, não envolvem senão um número reduzido de direitos básicos – o direito à vida, o livre desenvolvimento da personalidade e, porventura também, os direitos à maternidade e paternidade. E, ainda assim, não os envolvem como um todo, mas apenas em moldes segmentados – a protecção (objectiva) da vida não nascida em face de certos terceiros (e não do Estado), bem como a faculdade individual de definir livremente projectos de vida no plano familiar. Acresce que uma formulação de tal estirpe da ordem de valores constitucional redundaria na aniquilação do próprio método da ponderação de bens jusfundamentais: o confronto entre eles e a avaliação do seu peso relativo tornar-se-iam operações dispensáveis, na medida em que tudo estaria já perfeitamente definido *a priori*[1631]. Bastaria, pois, aplicar mecanicamente a cada caso concreto as indicações fixadas na dita bitola de valores jusfundamentais da Constituição. Ora, o objectivo que interessa prosseguir não é propriamente o de erradicar a ponderação – até porque esta metodologia se apresenta, em larga medida, como incontornável[1632] –, mas sim o de encontrar parâmetros pelos quais o intérprete se possa orientar na solução dos casos de conflitos de direitos, permitindo, ao mesmo tempo, melhorar a objectividade e a controlabilidade dos resultados alcançados.

IV – Neste linha, uma análise da Constituição de 1976, ainda que epidérmica, permite reconhecer nela traços de uma *hierarquia formal* dos direitos fundamentais consignados no respectivo catálogo – no que, aliás, se lhe há-de reconhecer alguma originalidade no confronto com as suas homólogas mais próximas –, que por sua vez toma por base diferentes traços do regime daqueles[1633]. Nomeadamente:

a) No confronto com os direitos económicos, sociais e culturais, os direitos, liberdades e garantias beneficiam globalmente de um regime próprio (artigo 17º) e que se prefigura como mais exigente do ponto de vista da sua força normativa, tanto no que respeita à sua aplicabilidade – que é tendencialmente directa –, quanto no tocante ao grau de vinculação dos sujeitos públicos e privados (nº 1 do artigo 18º);

[1630] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 700 ss..
[1631] ALEXY, *Teoria*, pp. 154-155; LARENZ, *Metodologia*, p. 491.
[1632] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 693 ss., esp. p. 719.
[1633] Distinguindo, muito claramente, hierarquias formais e hierarquias materiais, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, pp. 398 ss., e pp. 414 ss..

b) A violação de direitos, liberdades e garantias beneficia, igualmente, de um regime especial em matéria de responsabilidade civil dos poderes públicos (artigo 22º);

c) Quando não for possível apelar às autoridades públicas, a ofensa a direitos, liberdades e garantias confere ao respectivo titular a possibilidade de recorrer à autotutela, sob a forma do direito de resistência (artigo 21º);

d) Os direitos, liberdades e garantias integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da Repúblicas (alínea *c)* do nº 1 do artigo 165º);

e) Os direitos, liberdades e garantias constituem limites materiais de revisão constitucional (artigo 288º, alínea *d)*);

f) Na perspectiva do regime das restrições, é possível divisar três categorias moderadamente distintas de direitos, liberdades e garantias: aqueles em que existe auto-restrição constitucional; aqueles em que a Constituição autoriza expressamente a sua restrição; e aqueles em que a restrição não se encontra autorizada de forma expressa no texto constitucional (nº 2 do artigo 18º);

g) Os direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal são dotados, nos termos da lei, de um regime agravado de protecção jurisdicional, com vista à sua tutela efectiva tanto preventiva como sucessiva (nº 5 do artigo 20º);

h) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais deve ser assegurado, frente aos meios de comunicação social (públicos e privados), por uma entidade administrativa independente (artigo 39º, nº 1, alínea *d)*);

i) Os direitos à vida (artigo 24º), à integridade pessoal (artigo 25º), à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania (artigo 26º), e à não retroactividade da lei criminal (nº 1 do artigo 29º), assim como o direito de defesa dos arguidos (nº 1 do artigo 32º), e a liberdade de consciência e de religião (artigo 41º), em caso algum podem ser afectados (suspensos) pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (nº 6 do artigo 19º);

j) Os direitos dos trabalhadores consagrados na Constituição, ainda que não revistam a natureza de direitos, liberdades e garantias, constituem também limite material de revisão (artigo 288º, alínea *e)*);

k) Os direitos fundamentais que também possuem consagração expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem beneficiam, em relação aos que a não têm, de uma preeminência interpretativa relativamente aos restantes (nº 2 do artigo 16º)[1634].

[1634] É patente a inspiração em J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 175 ss. (hierarquia de regime) e pp. 238-239 (hierarquia valorativa).

Estes traços de uma hierarquia formal – ou, melhor dizendo, estas *hierarquias formais* parcelares e de eficácia restrita a determinados aspectos do regime material e orgânico dos direitos fundamentais – não podem, evidentemente, ser objecto de uma transposição directa e acrítica para o plano axiológico, de modo a fundar aqui uma hierarquia – ou um conjunto de pequenas pré-hierarquias materiais – em que os bens jusfundamentais correspondentes sejam colocados em relações recíprocas de rígida supra e infra-ordenação. Em todo o caso, não há como fugir à conclusão de que as ditas hierarquias formais são também insusceptíveis de se justificar por si mesmas, havendo antes de ser consequência de alguma razão de fundo que lhes subjaz, porventura até de alguma causa substantiva ligada ao próprio momento genético da Constituição.

Designadamente, o legislador constituinte não teria manifestado uma preocupação tão marcante com o regime de efectivação e protecção dos direitos, liberdades e garantias – em contraponto com os direitos económicos, sociais e culturais – se, em termos comparativos, e sem prejuízo da ductilidade da distinção, não valorasse de forma mais intensa os bens jurídicos tipicamente protegidos por aqueles do que os bens normalmente tutelados por esta última categoria de direitos. De igual maneira, também não parece que possa ser considerado fruto do acaso – e, por isso, negligenciável do ponto de vista axiológico – o facto de, por duas vezes, a Lei Fundamental destacar, do conjunto dos direitos, liberdades e garantias, aqueles que têm natureza eminentemente pessoal, com o propósito declarado de promover a intangibilidade dos respectivos bens jurídicos. E, de resto, tão-pouco parece que se possa julgar irrelevante a eleição efectuada pelo poder constituinte, dentro do extenso catálogo dos direitos fundamentais, da irretroactividade da lei penal, das garantias de defesa dos arguidos e das liberdades de consciência e de religião, para as irmanar, no nº 6 do artigo 19º, com os direitos pessoais (ou pessoalíssimos) que aí se encontram enumerados.

V – Daqui que possa preconizar-se a utilização destas hierarquias formais como *indícios*, certamente ilidíveis, de uma valoração constitucional díspar de diferentes categorias jusfundamentais e, dentro destas, de alguns dos direitos que as compõem[1635]. Basicamente, as referidas hierarquias de natureza formal põem em cheque, em termos peremptórios, todas as orientações niveladoras segundo as quais os bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais se encontram, aos olhos da própria Constituição, numa posição valorativa idêntica e devem obter, *prima facie*, o mesmo tipo de consideração e tratamento[1636]. Acresce que os ditos indícios de origem formal podem e devem ser complementados e combinados em termos críticos com outros elementos, agora de recorte material, que também denunciam a existência de uma ordem de valores constitucional – por certo, uma *axiologia aberta, flexível e*

[1635] Admitindo a possibilidade de argumentar através de *indícios*, apesar de uma posição de fundo contrária a quaisquer ordens hierárquicas, J. NOVAIS, *As restrições*, p. 705.
[1636] Também rejeitando a ideia de *nivelação*, em benefício de uma *diferenciação* não hierárquica, J. ALEXANDRINO, *A estruturação*, p. 423.

composta por valores não absolutos –, elementos esses que podem ser deduzidos por via hermenêutica de diferentes lugares da Lei Fundamental. Justamente, sem qualquer pretensão de originalidade ou exaustividade:

a) A precedência do direito à vida sobre os restantes direitos fundamentais é evidenciada, antes de mais, pela facto de o nº 1 do artigo 24º encabeçar sistematicamente a catálogo constitucional dos direitos fundamentais, bem como pela proscrição total da pena de morte (nº 2), e pela proibição de extradição, ou de entrega a qualquer título, por crimes a que no Estado requisitante corresponda semelhante pena (nº 3 do artigo 33º)[1637];

b) A primazia da dignidade da pessoa humana – assim como, por inerência, das faculdades e dimensões jusfundamentais que maior proximidade apresentam em relação a essa mesma ideia regulativa[1638] –, é manifestada logo através da sua colocação no pórtico da Constituição, como pilar de sustentação e legitimação da República (artigo 1º), e deve-se ao facto de ser ela o cânon normativo que confere *unidade de sentido* ao conjunto dos direitos fundamentais, integrando ao mesmo tempo o conteúdo nuclear de grande parte deles – por vezes com afloramentos literais explícitos (nºs 2 e 3 do artigo 26º; alínea *b)* do nº 2 do artigo 59º; alínea *e)* do nº 2 do artigo 67º) – ou, ao menos, produzindo um efeito irradiante sobre aqueles direitos fundamentais que o não são apenas em termos formais[1639-1640-1641].

Muito brevemente, a precedência do direito à vida resulta assim, em primeiro lugar, da circunstância de esta representar em termos jurídicos o *pressuposto fundante* de todos os demais direitos consagrados na Constituição (ou fora dela). Não apenas enquanto antecedente lógico ou até biológico dos demais direitos – é evidente que os mortos não podem expressar livremente a sua opinião, nem têm especial interesse em aceder a cargos públicos em condições de igualdade! –, mas enquanto ponto a partir do qual (e até ao qual) esses direitos alcançam o seu próprio significado, na sua qualidade de peças integrantes de uma *cadeia de valor* e de um sistema jurídico que se justifica, precisamente, em nome da possibilidade concedida ao homem para desenvolver projectos de vida com sentido, com dignidade e em liberdade. Em segundo lugar, a posição cimeira do direito à vida deriva do facto de este ostentar uma inegável *vocação de absoluto*, dado que, pela natureza das coisas – isto é, dada a especificidade do seu

---

[1637] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 446-447; R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, pp. 501-503; P. OTERO, *Direito*, pp. 82-83, e *Personalidade*, pp. 37 ss.. Em sentido diferente, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 715 ss..

[1638] Sobre os sentidos da intangibilidade da dignidade humana e sobre o seu carácter regulativo das relações jusfundamentais, GEDERT-STEINACHER, *Menschenwürde*, pp. 79 ss. e pp. 145 ss..

[1639] Especialmente, apresentando uma ampla sequência de corolários da primazia da dignidade humana, como princípio e como núcleo fundante de muitos dos direitos fundamentais: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 221 ss.. Assim como: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 96 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 198-200; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 254-255, e pp. 563-564; e *Personalidade*, pp. 43 ss..

[1640] Em particular, sobre o critério da proximidade à dignidade da pessoa: STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 128-129; IPSEN, *Staatsrecht*, II, pp. 64-65; na jurisprudência, BVerfGE, 35, 202 (*Lebach*), onde se declara a "estreita relação" entre o livre desenvolvimento da personalidade e o "mais elevado valor da Constituição".

[1641] Supra, §1º, ponto 4.6.

objecto –, a sua lesão é sempre total e irreversível. Não possuindo "zonas ou camadas de relevância jurídica diferenciada, já que qualquer restrição desse direito, mínima ou máxima, central ou marginal, envolve necessariamente a perda da vida humana", o direito em questão revela-se deste modo particularmente avesso a quaisquer operações de concordância prática com outros direitos[1642] – no fundo, apresenta-se como um direito de tudo ou nada[1643-1644].

Por sua vez, quanto à primazia da dignidade da pessoa humana – sem esconder o exército de dificuldades que as argumentações nela fundadas sempre suscitam em situações dilemáticas do ponto de vista ético[1645] –, não pode excluir-se de antemão a operacionalidade de um *critério de proximidade* dos bens jusfundamentais colidentes relativamente a essa mesma ideia. A prová-lo está, aliás, um certo activismo judicial benigno, que, designadamente, tem permitido ao Tribunal Constitucional tomar o princípio da dignidade da pessoa humana como *ratio decidendi* de alguns dos seus arestos mais emblemáticos, cobrindo inclusive domínios materiais muito díspares[1646]. Activismo esse que, com o tempo, poderá permitir uma categorização aproximativa de diversas relações jusfundamentais e, em simultâneo, uma *standardização* dos procedimentos e dos padrões materiais de controlo usados ao abrigo do dito princípio[1647].

Não deixa de ser significativa, a este respeito, a tendência que se vem registando na jurisprudência para concretizar a dignidade da pessoa humana através da denominada *fórmula do objecto* – ou *fórmula de Dürig*[1648-1649] –, que garante já alguma segurança decisória em casos extremos, caracterizados pela colocação de um dos sujeitos jusfundamentais em confronto numa situação profundamente degradante, de mero instrumento em relação a fins alheios, ou de absoluta penúria material[1650]. Além disso, ainda em benefício do referido critério da proximidade relativamente à dignidade da pessoa humana, é importante notar que a generalidade das situações que cabe aos juízes constitucionais resolver não são dramáticas do ponto de vista ético, ao contrário do que sucede com o aborto, com a

---

[1642] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 716, em nota, embora num contexto de relativização do direito à vida.

[1643] R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, p. 502; MÜLLER, *Die Einheit*, p. 129.

[1644] Apesar de esta "vocação" não se confundir nem com o valor absoluto da vida, nem com o valor absoluto da vida no confronto com outras vidas, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 715 ss..

[1645] Relembre-se, KAUFMANN, *Filosofia*, p. 479; também KREUZBAUER, *Argumentationsanalytische Betrachtung*, pp. 45 ss. Em interessantes perspectivas interdisciplinares: WEINBERGER, *Einheit*, pp. 77 ss., FISCHER, *Der Mensch*, pp. 277 ss..

[1646] No domínio das políticas sociais, Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção); no domínio penal, Acórdão nº 144/2004 (crime de lenocínio). Sobre o fim da (excessiva) prudência do Tribunal Constitucional em matéria de argumentação com base na dignidade da pessoa humana, M.L. AMARAL, *O princípio, passim*. Para uma apreciação geral da jurisprudência germânica, BLECKMANN, *Staatsrecht*, II, pp. 552-557; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde*, pp. 31 ss.. Quanto ao caso austríaco, BURGER, *Das Verfassungsprinzip*, pp. 65 ss..

[1647] J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 668 ss., e p. 725.

[1648] Logo em 1956, DÜRIG, *Der Grundrechtssatz*, pp. 117 ss..

[1649] Na tradução rigorosa da passagem kantiana, segundo A. Cortês: "Age de tal modo que trates a humanidade, na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre simultaneamente como um fim e não apenas como um meio"

[1650] Em Portugal, destaca-se o Acórdão nº 144/2004 (crime de lenocínio), já que o importante Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção) não faz uso da fórmula do objecto. Na Alemanha, merecem designadamente referência: BVerfGE, 6, 32 (*Elfes*); BVerfGE, 30, 1 (*Abhörurteil*); BVerfGE, 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*); BVerfGE, 64, 274 (*Peep-Show*); BVerfGE, 87, 2009 (*Tanz der Teufel*).

experimentação com embriões, ou com a eutanásia. Por isso, é pouco provável que uma situação de conflito entre o direito à greve e o direito à saúde suscite no espírito daqueles juízes, à luz da ideia de dignidade humana, as mesmas dúvidas excruciantes que aqueles temas clássicos sempre desencadeiam[1651]. Ora, sendo assim, não faz sentido prescindir de um critério argumentativo apenas pelas dificuldades que o mesmo experimenta em situações particularmente melindrosas, de consenso impossível, para mais quando nenhum outro critério mais judicioso se perfila no horizonte.

VI – Tal como foi dito, as relações entre sujeitos de direitos fundamentais não envolvem cada uma das respectivas posições jurídicas como um todo indiferenciado – *v.g.*, direito à greve *versus* direito à saúde –, mas apenas determinada faculdades materiais e dimensões funcionais que integram o conteúdo complexo dos direitos em questão – *v.g.*, o direito dos médicos, em face do respectivo empregador, a absterem-se na íntegra da sua prestação laboral, e o direito positivo dos pacientes, carecidos de cuidados de saúde imediatos, a receber atempadamente os tratamentos de que necessitam. Por consequência, o critério da proximidade à dignidade da pessoa humana não pode também ser aplicado a cada um dos direitos envolvidos como se estes fossem blocos de mármore, insusceptíveis de qualquer tipo de cisão ou desmembramento. Ora, é justamente essa perspectiva analítica do conteúdo material e funcional dos direitos fundamentais que permite pôr em evidência o diferente alcance, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, das múltiplas faculdades e dimensões em que cada direito fundamental se desdobra. Sem com isto tomar os direitos fundamentais como meras concretizações ou declinações da dignidade da pessoa humana – evitando, portanto, privar cada um deles da sua mais-valia autónoma[1652] –, afigura-se não só que as várias faculdades e dimensões que compõem aqueles direitos assumem diferente ressonância, quanto vistas sob o prisma daquela ideia rectora, como essa ressonância se intensifica em regra à medida que, partindo das zonas de acesso ao âmbito de protecção definido pelas normas jusfundamentais, se caminha em direcção às zonas mais profundas do direito[1653]. À medida que se caminha da periferia para o *núcleo essencial dos direitos* –deixando para trás as faculdades e vertentes instrumentais, acidentais, laterais ou acessórias dos direitos fundamentais –, maior será por norma a proximidade com a dignidade da pessoa humana e mais se sobe na escala de valor constitucionalmente definida[1654].

[1651] Acórdão nº 289/92 (serviços mínimos).

[1652] Recordem-se, a este respeito, as tentativas (não suficientemente fundamentadas) de alargar a todos os "direitos fundamentais subsequentes" o dever de protecção da dignidade da pessoa humana, por conta do núcleo de dignidade neles presente (artigo 1º da Lei Fundamental): KRINGS, *Grund*, pp. 142-146; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 66-67; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 81-82; JAECKEL, *Schutzplichten*, pp. 47-47.

[1653] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 721, sem prejuízo de uma posição de fundo contrária.

[1654] Quanto à (controversa) questão da identificação entre o conteúdo essencial e a dignidade humana: GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde*, pp. 179 ss.; BURGER, *Das Verfassungsprinzip*, pp. 91 ss.. Para um quadro sinóptico das diferentes teorias (relativas, absolutas e declarativas), BLECKMANN, *Staatsrecht*, II, pp. 460 ss.. Como primeiro defensor da tese da identificação, naturalmente, DÜRIG, *Der Grundsatz*, pp. 117 ss..

À semelhança do que sucede com o método da ponderação, também uma passagem por este critério da proximidade com a dignidade da pessoa se apresenta como uma inevitabilidade sempre que é necessário proceder ao balanceamento de bens jusfundamentais, achando a sua posição na axiologia constitucional. É claro que nada do que foi dito resolve todos os problemas, nem sequer problemas aparentemente tão comuns como o da posição relativa, na dita ordem de valores constitucional, da liberdade de expressão e da liberdade de associação. Mas, ao contrário do que por vezes é sugerido – e para usar uma metáfora recorrente –, o *punctum saliens* não reside aqui na impossibilidade de comparar laranjas com maçãs[1655]. Uma vez mais, semelhante tipo de comparações, quando feito em termos globais, é tão difícil de fazer quanto desnecessário, na medida em que os direitos fundamentais nunca se defrontam entre si como grandes conglomerados jurídicos. Defrontam-se tão-só por segmentos de menor dimensão e complexidade, mais susceptíveis portanto de serem apreendidos e avaliados segundo um determinado critério. Não perdendo de vista a metáfora, se uma comparação razoavelmente completa entre laranjas e maçãs é na prática uma tarefa demasiado árdua e fútil, tal a infinidade de aspectos que seria necessário considerar, certamente que será muito mais fácil efectuar uma comparação bem sucedida entre os dois objectos se se restringirem os termos do confronto a aspectos mais elementares: por exemplo a *cor*, para determinar em concreto o posicionamento respectivo de ambos segundo um critério de *intensidade*. Da mesma forma, se em vez de se pretender posicionar valorativamente a liberdade de expressão e a liberdade de associação, como direitos tomados em abstracto, olhando apenas para o texto da Constituição, se cingir a análise, segundo o dito critério da proximidade em relação à dignidade da pessoa humana, ao cotejo entre uma faculdade absolutamente central da liberdade de expressão e uma faculdade lateral ou acessória da liberdade de associação, a balança penderá muito provavelmente a favor da primeira da liberdades colidentes.

De resto, não tendo o dito parâmetro de proximidade qualquer pretensão de exclusividade, não está sequer excluído que se convoquem em seu auxílio outros critérios ordenadores com uma vocação menos abrangente – como sucede, por exemplo, com o critério do carácter constitutivo (do exercício activo) do direito para a promoção da convivência democrática[1656] –, até porque também estes serão, nos respectivos âmbitos materiais de aplicação, reveladores de que a Constituição, longe de se caracterizar por uma (por vezes tão apregoada) neutralidade axiológica, apresenta ordens de valores bastante bem definidas.

[1655] Convocando a mesma metáfora, J. NOVAIS, *As restrições*, p. 682.

[1656] LARENZ, *Metodologia*, p. 500; HESSE, *Grundzüge*, pp. 59 ss.; entre outras decisões, BVerfGE, 12, 113 (*Schmid-Spiegel*); em Portugal, fazendo a ponte entre a dignidade da pessoa e a liberdade de expressão, J. MACHADO, *Liberdade*, pp. 357 ss..

10.2. Reversibilidade das lesões do bem jurídico protegido

Tendo em conta a eminente vocação preventiva da figura constitucional em apreço – primariamente orientada para a evitação de potenciais lesões futuras, mesmo que já verificado o respectivo evento desencadeante, ou da repetição de lesões pretéritas –, o modo como concretamente se comportam os bens jurídicos protegidos quando afectados por uma intervenção lesiva é, como vem dito, um importante vector a sopesar no momento de proceder à dedução e conformação de deveres estaduais de protecção.

Com se compreende, o princípio do primado da prevenção assume bem maior acutilância onde os danos causados nos bens jusfundamentais se revelem absolutamente irreversíveis ou irreparáveis, bem como onde só muito modesta e imperfeitamente possam ser revertidos ou reparados[1657]. Todos os institutos que a ordem jurídica possa colocar à disposição daqueles cujos bens jurídicos fundamentais foram realmente ofendidos, em rigor já não representam instrumentos primários de preenchimento de imperativos constitucionais de protecção. Correspondem antes a *deveres estaduais secundários*, dirigidos à remoção ou apagamento das consequências da prévia violação (censurável ou não) do dever de protecção ou, como será mais frequente, ao simples fracasso (objectivo) dos meios mobilizados para o efeito[1658]. Com a efectiva consumação das ameaças que impendem sobre os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais, portanto, o dever de protecção do Estado convola-se num dever de remoção, de reparação ou de compensação das consequências da lesão jusfundamental[1659] – bem como, eventualmente, de sancionamento das correspondentes condutas lesivas[1660].

Sucede que o modo como os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais reagem – recompondo-se ou não – no caso da sua violação efectiva constitui um reflexo da sua própria natureza e configuração intrínsecas. Daí a afirmação de que "o âmbito do dever de protecção se alarga com a sensibilidade dos bem jurídicos"[1661]. Será por estes assumirem determinada índole que as lesões perpetradas por terceiros se revelam mais ou menos reversíveis e mais ou menos permeáveis às medidas de recomposição – fáctica ou jurídica – propostas pelo ordenamento positivo. Por isso, um pouco à semelhança do tópico abordado anteriormente – cujo tratamento integral exigiria, segundo alguns, a construção de uma ordem de valores constitucional –, também o tema ora em análise reclamaria uma categorização exaustiva dos bens jurídicos que constituem o objecto de tutela dos diferentes direitos fundamentais. Ou seja, exigiria a identificação e classificação dos inúmeros bens jurídicos protegidos

[1657] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 263.
[1658] HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 91 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 139-140; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 264.
[1659] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 264.
[1660] Infra, §4º, ponto 12.4.
[1661] ISENSEE, (*§111) Das Grundrecht*, p. 220.

pelas normas de direitos fundamentais – no que se pressupõe já o apartamento entre estes e outros bens constitucionais não individuais, mas antes colectivos ou estaduais[1662].

Sendo manifesta a impossibilidade em realizar tal tarefa, averiguar-se-á apenas se – como por vezes se alvitra[1663] – a classificação dos bens jurídicos em *pessoais* e *patrimoniais* tem alguma relevância no domínio em questão. Já a classificação dos bens jusfundamentais em *corpóreos* e *não corpóreos*, ou em *materiais* e *juridicamente constituídos* (imateriais), arrancando de pressupostos inconsistentes – como se viu logo a abrir este capítulo[1664] –, não parece poder desempenhar qualquer papel neste momento do processo hermenêutico de dedução e conformação dos deveres estaduais de protecção.

I – Além dos penalistas, também os civilistas têm contribuído para a discussão sobre o conceito de bem jurídico, quer a propósito da noção de direito subjectivo – recordem-se as paradigmáticas definições desta categoria como "afectação jurídica de um *bem* à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas " ou, mais tarde, como "permissão normativa específica de aproveitamento de um *bem*"[1665] –, quer sobretudo a respeito do instituto da responsabilidade civil e das dicotomias, por um lado, entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais (496º do Código Civil) e, por outro lado, entre a reconstituição natural e a indemnização em dinheiro (566º do Código Civil) – que são, evidentemente, uma decorrência directa da diferente índole dos bens jurídicos afectados pela conduta danosa.

Para o efeito agora pretendido, a perspectiva civilista afigurar-se mais promissora do que a penal, uma vez que esta última se preocupa essencialmente com a sanção e não, ao contrário daquela, com a reparação da lesão do bem jurídico ou com a reconstituição do *status quo ante* da conduta lesiva. Ademais, a distinção entre bens (e danos) patrimoniais e bens (e danos) não patrimoniais ou pessoais – isto é, entre aqueles bens que têm um conteúdo económico e podem, por isso, ser objecto de uma avaliação em dinheiro e aqueles outros que não têm semelhante conteúdo e, assim, não concitam *a priori* uma equivalência monetária[1666] – tem (também) clara projecção constitucional e poderia, portanto, assumir um papel de relevo nas operações de dedução e graduação dos deveres estaduais de protecção.

De facto, sob a designação "direitos, liberdades e garantias pessoais", a Constituição agrupa no essencial um conjunto de direitos fundamentais cujos bens jurídicos se caracterizam pelo carácter eminentemente pessoal do respectivo objecto de protecção, sendo porventura possível divisar mesmo dois níveis distintos de pessoalidade: um primeiro, mais exigente, respeitante à vida, à integridade pessoal e aos "outros direitos pessoais" consignados no artigo 26º, e que corresponde *grosso modo* aos

[1662] Sobre a tripartição dos bens constitucionais em pessoais, colectivos e estaduais: AMELUNG, *El concepto*, p. 231; especificamente sobre bens colectivos, ALEXY, *El concepto*, pp. 179 ss.. Salientando a *referência colectiva* dos bens individuais e a *referência individual* dos bens colectivos: A. DIAS, *"Delicta*, p. 669; algo diferentemente, F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 148 ss..
[1663] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 172 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 119.
[1664] Supra, §3º, ponto 9.1.1.
[1665] M.G. SILVA, *O dever*, p. 85; M. CORDEIRO, *Tratado*, I, pp. 123 ss. (itálicos acrescentados).
[1666] M. CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 103.

tradicionalmente denominados bens da personalidade (bens jusfundamentais pessoais em sentido estrito); um segundo, menos exigente, no essencial concernente às diversas liberdades de agir e não agir em que se declinam as ideias de autonomia individual e de desenvolvimento da personalidade – as liberdades ambulatória, de pensamento e expressão, de consciência e religião, de criação cultural, de reunião, manifestação e associação, de escolha de profissão (bens pessoais em sentido amplo).

Isto não quer dizer, obviamente, que outros bens pessoais – ou mesmo outros bens da personalidade – não recebam protecção directa ou indirectamente através de normas de direitos fundamentais com diferente localização sistemática. A saúde é apenas o exemplo mais gritante disso mesmo. Mas não pode negar-se o enfâse concedido pela Lei Fundamental à categoria dos "direitos pessoais", por referência à matriz dos respectivos bens protegidos, nem sequer o facto de o legislador de revisão constitucional de 1997 ter revelado uma especial preocupação com a tutela (preventiva) desses mesmos direitos, impondo ao legislador ordinário a obrigação de assegurar aos cidadãos "procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade", de modo a garantir uma "tutela efectiva e em tempo útil contra as ameaças ou violações desses direitos" (nº 5 do artigo 20º)[1667].

Do outro lado da barricada, encontram-se naturalmente os bens jusfundamentais de natureza patrimonial. Estes, se por um lado não podem ser definidos por exclusão de partes – seria despropositado forçar a integração dos direitos de participação política na dicotomia bens pessoais *versus* bens patrimoniais, ainda que o próprio direito de voto seja, por expressa determinação constitucional, um direito de exercício pessoal –, por outro lado também não se esgotam nos seus exemplos mais paradigmáticos: a propriedade e a iniciativa económica privada. Muitos são os direitos fundamentais que, nalguma das suas dimensões, visam a salvaguarda de bens jurídicos que têm uma tradução económica (ou até pecuniária) mais ou menos imediata e, portanto, que possuem natureza assumidamente patrimonial. Pense-se, entre outros casos, em alguns dos direitos dos trabalhadores – segurança no emprego, retribuição, valorização profissional, reparação de danos –, em certos direitos dos consumidores, em determinadas vertentes (negativas e positivas) dos direitos à segurança social e à habitação, ou no direito a um ambiente sadio e equilibrado. E pense-se ainda em algumas posições jurídicas associadas a direitos pessoais, sobretudo a liberdades: os direitos de autor, a liberdade de escolha de profissão e de acesso à função pública, ou as liberdades de deslocação, fixação e emigração.

II – Assim apresentada em termos impressionistas a distinção – que não chega sequer a ser uma verdadeira classificação dos direitos e dos bens jusfundamentais, já que lhe falta uma vocação globalizante –, verifica-se, no entanto, que a mesma não permite por si só, ao menos em moldes genéricos, privilegiar os bens jurídicos eminentemente pessoais e desvalorizar os bens de cariz marcadamente patrimonial quando se trata de deduzir e graduar os deveres estaduais de protecção

[1667] R. MEDEIROS / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 26º*, pp. 606-607.

jusfundamental. É certo que "a consciência jurídica actual exige para as pessoas um tratamento diferente do reservado para as coisas"[1668] – quer dizer, um tratamento de favor – e que, "quando estejam em causa valores morais – portanto: atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom nome –, a própria responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo ofensas"[1669]. Não obstante, a generalidade das ordens jurídicas, entre as quais a portuguesa, admitem correntemente a possibilidade de avaliação em dinheiro de todas as situações jurídicas, incluindo aquelas cuja natureza pessoal – ou até pessoalíssima – ninguém discute[1670].

Isso é inevitável quando que se trata de fixação de indemnizações, ainda que se sublinhe quase sempre que, no caso dos bens eminentemente pessoais, a atribuição de uma indemnização pecuniária tem uma mera função compensatória[1671] – e não reparadora[1672]. Tanto é indemnizável em dinheiro o dano de morte, como uma agressão contra a saúde ou integridade física de outrem, como a privação da liberdade, como o atentado à honra e ao bom nome, como naturalmente todos os danos causados na propriedade alheia. Juridicamente, não pode pois dizer-se que as coisas verdadeiramente valiosas são aquelas que não têm preço. E daí a inevitável perda de nitidez da distinção, senão mesmo a necessidade de reconhecer que a patrimonialidade e a não patrimonialidade não são intrínsecas aos direitos nem aos bens a que aqueles concernem[1673]. Mesmo quem não partilhe a opinião segundo a qual uma e outra não passam de um "estereotipo normativo", que mimetiza um "estereotipo social", há-de reconhecer que, no mesmo direito e a respeito do mesmo bem, poderão com facilidade divisar-se dimensões patrimoniais e dimensões não patrimoniais[1674] – o que redunda inevitavelmente na ambivalência dos correspectivos actos lesantes.

É a própria possibilidade de manter a tradicional dicotomia entre bens (e danos) patrimoniais e bens (e danos) não patrimoniais que parece estar definitivamente comprometida. A doutrina civilista tem aliás sido varrida, a esse respeito, por uma acesa discussão cujo epicentro se situa na qualificação do *dano corporal*[1675]. Este dano peculiar – situado na zona de confluência entre os bens jurídicos integridade pessoal (física e moral) e saúde (fisiológica e psíquica) e que, no domínio dos deveres estaduais de protecção, assume consequentemente um papel de enorme relevo, só ultrapassado pela posição

---

[1668] S. MONTEIRO, *Reparação*, p. 11.
[1669] M. CORDEIRO, *Da responsabilidade*, pp. 482-483.
[1670] M. CORDEIRO, *Tratado*, I/I, p. 103; referindo-se a uma infiltração da venalidade nas situações jurídicas não patrimoniais, R. PEREIRA, *A responsabilidade*, p. 173.
[1671] Ainda que, a coberto da ideia de compensação, se possa atribuir à indemnização uma pluralidade de finalidades, sobretudo fins preventivos e sancionatórios: M. VELOSO, *Danos*, pp. 554 ss.; R. PEREIRA, *A responsabilidade*, pp. 216 ss..
[1672] M. VELOSO, *Danos*, pp. 497 ss..
[1673] R. PEREIRA, *A responsabilidade*, p. 174.
[1674] MARELLA, *La riparazione*, pp. 255-256.
[1675] J. DIAS, *Dano*, pp. 122 ss.; R. PEREIRA, *A responsabilidade*, pp. 172 ss.; M. VELOSO, *Danos*, pp. 512 ss.; A. BRAGA, *A reparação*, *passim*. Na doutrina italiana, sobre o estatuto do denominado "dano biológico": ALPA, *Il danno*, pp. 3 ss.; CASTRONOVO, *Danno*, *passim*; MATTEIS, *Danno*, pp. 1071 ss.; PASQUINELLI, *Normazione*, pp. 1093 ss.; NEGRO, *Quantificazione*, pp. 1213 ss..

superlativa do bem vida[1676] – não se integra convenientemente em nenhum dos termos da dicotomia que tradicionalmente separa os bens (e danos) patrimoniais e os bens (e danos) não patrimoniais[1677]. Assim, enquanto uns pugnam pela qualificação do dano corporal como um *tertium genus* – por se tratar de um dano (ou de um complexo de consequências danosas em bens diversos) susceptível de valoração económica (pecuniária) com recurso a critérios objectivos[1678] –, para outros não deve confundir-se a possibilidade de avaliação objectiva do dano, segundo bitolas médico-legais, com o valor pecuniário do próprio bem. Ou seja, "o dano corporal não é susceptível de avaliação pecuniária, mas sim de uma avaliação objectiva que orienta o julgador de uma forma mais precisa do que nos restantes danos não patrimoniais"[1679-1680]. Seja como for, é um facto que a própria jurisprudência procede à compensação do dano corporal "no quadro do dano patrimonial"[1681].

Independentemente de quem deva levar a melhor nesta contenda, sempre terá de reconhecer-se que esta (aparente) dicotomia entre patrimonial e não patrimonial não respeita, em bom rigor, à resiliência dos bens jurídicos em face das agressões de que são alvo. Ela respeita sim à caracterização intrínseca e à avaliação axiológica dos bens jusfundamentais em causa, pelo que, a ter relevância no contexto dos deveres estaduais de protecção, ela não haveria de ser conferida nesta sede – neste ponto do *iter* de dedução e conformação desse deveres –, mas antes no momento de determinar a posição relativa do bem jurídico afectado na supra-referida ordem de valores constitucional aberta e flexível.

III – Afastada a possibilidade de recorrer autonomamente, como elemento de amparo nas operações de conformação dos imperativos constitucionais de protecção, à categorização dos bens jurídicos em pessoais ou patrimoniais, será na destrinça entre *bens (e lesões) susceptíveis e insusceptíveis de reconstituição natural* que reside a esperança de encontrar um critério que – em conjugação com outros, recolhidos noutros momentos – permite deduzir e graduar os deveres do Estado de tutela dos bens jusfundamentais. Quer dizer, um critério que permita operar as fórmulas *"quanto menos … mais"* e *"quanto mais … menos"*:

[1676] Há mesmo quem qualifique a "perda da vida" como hipótese extrema de dano corporal: A. BRAGA, *A reparação*, pp 173 ss., e p. 278; POSITANO / POSITANO, *La tutela*, pp. 119 ss.: ALPA, *Il danno*, pp. 97-99.

[1677] Mesmo deixando de lado a questão dos *danos patrimoniais indirectos* ou dos *danos patrimoniais consequência da lesão de bens pessoais*: D'ADDA, *Il resarcimento*, pp. 229-230.

[1678] J. DIAS, *Dano*, p. 123-124; A. BRAGA, *A reparação*, pp. 20-21 e pp. 37 ss.. Em Itália, a decisão da Corte Costituzionale nº 184/1986, teve importância decisiva na separação entre o *dano evento* – em que se traduz o dano corporal, seja físico ou psíquico – e o *dano consequência*, onde se integram os danos patrimoniais e os danos morais daquele decorrentes. Em comentário à mais recente Sentenza nº 233/2003: CENDON / ZIVIZ, *La sentenza*, pp. 563 ss.; BONA, *Luci ed hombre*, pp. 583 ss..

[1679] M. VELOSO, *Danos*, p. 515.

[1680] Em Espanha, sobre a não inconstitucionalidade do sistema tabelar de indemnização do dano corporal, Acórdão do Tribunal Constitucional nº 181/2000, de 29 de Junho.

[1681] M. VELOSO, *Danos*, p. 516.

a) Quanto *menores* forem as possibilidades de proceder à reconstituição natural de um certo bem jusfundamental lesado, tanto *maiores* serão as exigências dirigidas ao Estado no sentido de tutelar preventivamente esse mesmo bem ou, porventura, de reforçar a tutela já existente;

b) Quanto *mais* elevada for a possibilidade de reconstituir, em forma específica, um bem jurídico lesado – ou quanto mais fácil e perfeita for essa mesma reconstituição –, assim tanto *menos* se justifica vincular o Estado a específicos deveres de protecção ou, no mínimo, a deveres de protecção severos ou que importem a mobilização de instrumentos agressivos.

Não é seguramente por acaso que o direito delitual é hoje dominado pelo princípio da *restitutio in integrum*, no tocante ao montante da indemnização, e pelo princípio da *restitutio in natura*, no que concerne ao modo de efectuar a reparação dos danos. O nº 1 do artigo 566º do Código Civil, ao prescrever que *"a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor"*, assim como o nº 1 do artigo 3º da Lei da Responsabilidade do Estado, quando estabelece que *"quem esteja obrigado a reparar um dano (...) deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação"*, constituem, pois, afloramentos de um princípio jurídico mais vasto, onde em última análise ressoa a própria ideia de justiça[1682]. Só a reconstituição natural pode verdadeiramente fazer justiça a quem sofre a lesão de um dos seus bens jurídicos[1683]. Só ela salvaguarda devidamente o interesse na integridade do bem jurídico ofendido e só ela garante – à semelhança, aliás, dos remédios típicos da tutela real (e possessória) – uma tutela reintegrativa tão extensa quanto possível dos direitos violados por factos danosos[1684-1685]. Por isso, apesar da simplicidade e das vantagens práticas da indemnização em dinheiro – conducentes ao seu domínio esmagador no plano estatístico –, as ordens jurídicas continuam a afirmar claramente a precedência (ou a prevalência) valorativa da reconstituição natural, como sucede nomeadamente com o artigo 2058º do *Codice Civile*, com os §§249º e 251º do *BGB*, e com o §1323º do austríaco *ABGB*[1686-1687]. Não obstante as vozes que advogam tratar-se apenas de uma forma diversa de

[1682] Sobre a origem jusnaturalista (nas obras de Grócio e Pufendorf) deste instituto: D'ADDA, *Il risarcimento*, pp. 81 ss.; MARELLA, *La riparazione*, pp. 44 ss., esp. 99 ss..

[1683] Já na vigência do Código de Seabra: V. SERRA, *Obrigação*, pp. 131 ss.; C. GONÇALVES, *Tratado*, XII, pp. 522 ss..

[1684] D'ADDA, *Il risarcimento*, pp. 285 ss.; MARELLA, *La riparazione*, pp. 9 ss., e pp. 40 ss.; CECCHERINI, *Risarcimento*, *passim*.

[1685] Quando à distinção interesse-valor e interesse-integridade: SCHIEMANN, *Staudinger BGB*, pp. 174 ss.; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, pp. 260-261; ROTH, *Das Integritätsinteresse*, pp. 1091 ss..

[1686] Reza o artigo 2058º que "o lesado pode exigir a reintegração sob forma específica quando ela seja no todo ou em parte possível". Por sua vez, dispõem os §§ 249º e 251º: "Quem está obrigado à indemnização do prejuízo tem de reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento que obriga à reparação. Quando a indemnização a prestar respeitar à lesão de uma pessoa ou à destruição de uma coisa, pode o credor exigir, em vez da reconstituição, o montante necessário para esse efeito"; "Quando a reconstituição não for possível ou não for suficiente para indemnizar o credor, deve o obrigado indemnizar o credor em dinheiro". Mais peremptoriamente ainda, dispõe o §1323º: "Para indemnizar um dano, tudo tem de ser recolocado no estado anterior ou, quando isso não for realizável, pago o respectivo valor patrimonial".

[1687] No sentido da primazia da reconstituição natural: A. VARELA, *Das obrigações*, I, pp. 903 ss.; M. LEITÃO, *Direito*, I, p. 376; LARENZ, *Lehrbuch*, I, pp. 431 ss.; MEDICUS, *Naturalrestitution*, p. 450; SCHIEMANN,

quantificar os danos indemnizáveis – distinta daquela proporcionada pela *Differenztheorie*[1688] –, a restauração natural continua a ser comummente tida como *"la prima e più doverosa maniera di resarcire il danno"*[1689].

Deve sublinhar-se, entretanto, que o princípio da reconstituição natural não se circunscreve aos âmbitos tradicionais da responsabilidade civil, assumindo posição destacada em domínios de crescente relevo para a tutela de bens jusfundamentais, como sucede com o ambiente e o urbanismo[1690]. É assim, por exemplo, que, segundo o artigo 48º da Lei de Bases do Ambiente, os autores de infracções ambientais tem a obrigação de "repor a situação anterior" à infracção, e que, de acordo com o artigo 5º da Lei de Bases do Ordenamento do Território, um dos princípios gerais que rege a política nacional neste sector é, precisamente, "o dever de reposição (e compensação) dos danos" urbanísticos[1691-1692].

É ainda o dito princípio da reconstituição natural que assoma no regime de execução das sentenças de anulação de actos administrativos, com o artigo 173º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos a estabelecer que a Administração fica vinculada ao *"dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido (…), por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter actuado"* – aliás, com a particularidade de, aqui, a reconstituição sob forma específica implicar (também) a prática de actos jurídicos, que podem eventualmente ser dotados de eficácia retroactiva para melhor se alcançar a denominada "situação actual hipotética"[1693-1694]. Em sentido próximo, o Direito do Trabalho continua a manter como efeito regra da declaração da ilicitude do despedimento a reintegração do trabalhador, que deve ocorrer "no mesmo estabelecimento da empresa" e "sem prejuízo da sua categoria e antiguidade"[1695]. E, finalmente, embora numa latitude diversa, a impossibilidade de reconstituição natural terá sido determinante para o legislador penal autonomizar o crime de "ofensa à integridade física grave", reunindo na sua previsão um conjunto de atentados contra o

---

Staudinger BGB, p. 163; OETKER, *Münchener Kommentar*, n.m. 308; CECCHERINI, *Risarcimento*, *passim*. Em sentido divergente, DE CUPIS, *Il danno*, pp. 328 ss..

[1688] MARELLA, *La riparazione*, pp. 243 ss..

[1689] Mais problematicamente, porém, D'ADDA, *Il ressarcimento*, pp. 92 ss..

[1690] MARELLA, *La riparazione*, pp. 16 ss..

[1691] Respectivamente: Lei nº 11/87, de 7 de Abril, alterada pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro; e Lei nº 48/98, de 11 de Agosto, revista pela Lei nº 54/2007, de 31 de Agosto. O princípio da restauração natural em matéria ambiental foi densificado pelo Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho (com várias alterações). E em matéria urbanística foi concretizado pelo Regime da Edificação e da Urbanização, constante do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro (com diversas alterações), que regula a demolição das obras ilegais e a "reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data do início das obras ou trabalhos" (artigo 106º).

[1692] Sobre a restauração natural do dano ambiental, M. CORDEIRO: *Tratado*, II/III, pp. 703 ss.; J. SENDIM, *Responsabilidade*, pp. 150 ss..

[1693] Transpondo este conceito civilista para o campo da execução das sentenças administrativas: D.F. AMARAL, *A execução*, pp. 41 ss.; actualmente, M.A. ALMEIDA, *Anulação*, pp. 417 ss, e pp, 519 ss.; M.R. SOUSA / A.S. MATOS, *Direito*, III, pp. 464 ss..

[1694] Não deve, porém, olvidar-se a distinção teórica (mas também a possibilidade de sobreposição) entre a "reintegração do direito lesado" – que pressupõe ilicitude – e a "reparação *in natura*" – que pressupõe dano: MARELLA, *La riparazione*, pp. 72 ss..

[1695] Artigo 389º do Código do Trabalho.

corpo e a saúde caracterizados pela sua irreversibilidade: privação de órgão ou membro, desfiguração permanente, doença permanente, anomalia psíquica incurável[1696]. No fundo, a irreversibilidade das lesões do bem jurídico protegido é tomada como fundamento para a agravação pelo resultado do crime de ofensas corporais.

IV – Com amplo respaldo no direito positivo, não há portanto razão para que o *princípio da (preferência da) restauração natural* não se aplique inteiramente à reparação das lesões que atingem *qua tale* os bens protegidos por normas de direitos fundamentais. Se bem que tal princípio não tenha de cristalizar-se com o conteúdo e alcance actuais, não deve também excluir-se a possibilidade de decorrerem, da própria Constituição, limitações à liberdade de conformação do legislador ordinário no delinear dos efeitos da responsabilidade civil, na medida em que este instituto se constitui como um instrumento essencial de tutela secundária de bens jusfundamentais[1697-1698] – sem esquecer, também, a importância das funções preventiva e sancionatória que pode desempenhar[1699].

Sem prejuízo da sua superioridade do ponto de vista axiológico, não haja porém ilusões quanto às possibilidades reais de proceder à reconstituição natural das lesões efectivas de bens jusfundamentais e, sobretudo, de alcançar aí uma reconstituição integral ou perfeita. Na realidade, porque *quod factum est infectum fieri nequit*, a restauração sob forma específica nunca tem a capacidade para – numa perspectiva material – eliminar os danos ocorridos da realidade histórica. Ela pode, para o futuro, criar uma situação materialmente correspondente à que existiria na ausência do dano, mas nunca lhe é possível apagar o passado[1700]. Ainda que a vítima de uma agressão física venha a recuperar plenamente da sua lesão, ninguém lhe retirará as dores e os padecimentos que sofreu entretanto. E, da mesma forma, alguém privado arbitrariamente da sua liberdade ambulatória pode ser libertado, mas nada lhe poderá devolver os dias de sofrimento e de angústia em que esteve aprisionado. Por isso, excepto quando se trata de reintegração jurídica – em que pode haver retroactividade (*v.g.*, anulação de negócios ou actos jurídicos, com reconstituição de situações jurídicas anteriores)[1701] – o que significa, desde logo, que se lida aqui com uma noção amplíssima de restauração natural, que assume inclusive a sobreposição prática existente entre

---

[1696] P.R. FARIA, *Anotação ao artigo 144º*, pp. 227 e 231.

[1697] Veja-se o elenco de bens jurídicos (jusfundamentais) constante do §823 do BGB (e não explicitados no artigo 483º do Código Civil): vida, corpo, saúde, liberdade e propriedade. E recordem-se as decisões do Tribunal Constitucional italiano, que obrigaram ao alargamento da responsabilidade por danos não patrimoniais (relativos a bens constitucionais, como a saúde) (artigo 2049º do *Codice Civile*): Sentenza nº 184/1986; Sentenza nº 233/2003.

[1698] Pugnando por uma *"dimensão constitucional"* da responsabilidade civil, CANARIS, *Verstöße*, pp. 995 ss.; ROLFS, *Neues zur Delikthaftung*, pp. 239 ss..

[1699] Amplamente, sobre a função sancionatória, H. ANTUNES, *Da inclusão*, esp. pp. 413 ss.., e sobre a "prevenção do dano", pp. 513 ss..

[1700] DE CUPIS, *Il danno*, p. 305.

[1701] DE CUPIS, *Il danno*, p. 310.

reintegração do direito violado e reparação de danos[1702] –, é inegável que a reconstituição natural só vale para o futuro, produzindo apenas efeitos *ex nunc*. Para o passado – ou melhor, em relação aos danos *medio tempore*[1703] – é viável tão apenas a indemnização em dinheiro[1704].

Em contrapartida, ao invés do que por vezes se sugere, a reconstituição natural não está condicionada pela patrimonialidade (ou pela pretensa patrimonialidade intrínseca) dos bens jurídicos afectados pela lesão[1705]. Nem sequer se pode dizer que a viabilidade de restaurar *in natura* lesões de bens eminentemente não patrimoniais é puramente excepcional, limitada ao exemplo de escola da retratação ou (da publicação) do desmentido, no caso de ofensa à honra ou ao bom nome de outrem[1706]. Não há coincidência entre a natureza patrimonial do bem jurídico ofendido e o recurso à reconstituição natural, nem entre a natureza fundamentalmente pessoal do bem jurídico lesado e a impossibilidade de proceder à reintegração natural. Como é evidente, além de ser impossível reconstituir sob forma específica bens patrimoniais infungíveis – *maxime* devido ao seu valor artístico ou cultural (*v.g.*, obras de arte, objectos antigos) –, também outros bens jurídicos, como a capacidade funcional para o trabalho, não são muitas vezes passíveis de ser recuperados, apesar de a sua tradução pecuniária ser indiscutível.

Por sua vez, as liberdades cujo exercício é impedido jurídica ou facticamente (por acção ou omissão ilícita de sujeitos públicos ou privados) podem em regra vir a ser retomadas no futuro: uma manifestação que não pôde realizar-se em certa data pode vir a ocorrer noutro dia; uma notícia cuja publicação foi bloqueada pode ainda ver a luz do dia; ou uma associação que não pôde constituir-se num certo momento pode sê-lo mais tarde. Felizmente muitas das lesões do bem jurídico saúde podem ser curadas por meio da aplicação de terapêutica médica adequada, assim como muitas lesões da integridade física podem ser completamente ultrapassadas através de procedimentos médico-cirúrgicos (*v.g.*, operações reconstrutivas, estéticas, fisioterapia). De resto, mesmo em relação a (outros) bens da personalidade, a reconstituição natural pode fazer-se (ou pode ser parcialmente tentada) através da recolha e destruição de todos os suportes materiais que estejam na origem ou consubstanciem atentados aos direitos à imagem, à palavra ou à reserva da vida privada. E, retomando o exemplo clássico do direito ao bom nome, a reconstituição *in natura* por fazer-se, não apenas pela retratação – que, inevitavelmente, fica sempre dependente da consciência do agressor –, mas também pela publicação com o destaque devido da sentença condenatória do ofensor, quando não até pelo exercício do direito de resposta[1707].

[1702] Noção que inclui – além da restituição da coisa ilicitamente subtraída, da prestação de coisa igual à destruída, da destruição do que foi ilicitamente feito, e do refazimento do que foi ilicitamente destruído – a própria cessação da conduta ilícita continuada: D'ADDA, *Il resarcimento*, p. 25; MARELLA, *La riparazione*, pp. 72 ss..

[1703] DE CUPIS, *Il danno*, p. 329.

[1704] C. GONÇALVES, *Tratado*, XII, p. 522; CHARTIER, *La réparation*, p. 473 e p. 502.

[1705] M. CORDEIRO, *Tratado*, II/III, p. 725; A. BRAGA, *A reparação*, p. 51.

[1706] A. COSTA, *Direito*, p. 714; A. VARELA, *Das obrigações*, I, p. 903, em nota; P. LIMA / A. VARELA, *Código*, I, p. 577.

[1707] C. GONÇALVES, *Tratado*, XII, p. 523; CHARTIER, *La réparation*, p. 474 e pp. 505 ss.; DE CUPIS, *Il danno*, p. 338. Afastando a natureza indemnizatória do direito de resposta, mas reconhecendo que ele pode minorar o prejuízo causado, V. MOREIRA, *O direito*, pp. 31-32.

Não existe, pois, qualquer antagonismo entre bens tidos normalmente por não patrimoniais e a figura da reconstituição natural[1708]. O que se verifica normalmente é que nesses casos a restauração natural não é de todo perfeita. Nem poderia sê-lo: não cobre a totalidade dos prejuízos; não é imediata ou instantânea; nem é capaz de repor o *status quo ante* nos seus precisos termos. Por várias razões:

a) Primeiro, ficam necessariamente de fora os prejuízos (morais ou pecuniários) ocorridos entre o evento danoso e o momento do restabelecimento (jurisdicional) da juridicidade, assim como eventuais prejuízos ulteriores ainda decorrentes do facto gerador de responsabilidade. A relação entre restauração natural e indemnização em dinheiro é, em todo o caso, uma relação de subsidiariedade – e não de exclusividade –, devendo a segunda modalidade ser utilizada como complemento da primeira. A indemnização pecuniária deve ser concedida *na medida em que* a restauração sob forma específica não cubra a integralidade dos danos, e não apenas quando esta última seja de todo impraticável[1709].

b) Segundo, regra geral a reconstituição sob forma específica não é instantânea – por vezes é até muito demorada –, podendo resultar de vários factores: da acção do próprio obrigado; da acção de terceiros a expensas do obrigado; da intervenção judicial ou das autoridades públicas; ou muito frequentemente também da concatenação da acção humana com a própria capacidade regenerativa da natureza (*v.g.*, lesões da saúde, da integridade física ou de bens ambientais). Ela implica por isso um processo, no qual, sobretudo no último caso referido, o tempo desempenha um papel importante no restabelecer da situação actual hipotética.

c) Terceiro, a situação nova criada pela reconstituição natural constitui apenas uma aproximação à que existia antes da ocorrência da lesão, nunca sendo exactamente igual[1710]. Nada garante, por exemplo, que um desmentido ou a publicação de uma sentença condenatória chegue precisamente aos mesmos destinatários que leram a notícia atentatória do bom nome de uma pessoa. Mas o facto de estes procedimentos visarem tão-só aproximar a situação presente do *status quo ante* não lhes retira a qualificação como instrumentos de reconstituição natural. Caso contrário só existiria reconstituição natural no caso de entrega de coisa fungível, já que mesmo nos casos de reparação de coisa danificada o credor não fica colocado precisamente na mesma situação – uma coisa reparada não é igual a uma coisa nova[1711].

[1708] OETKER, *Münchener Kommentar*, n.m. 309 e n.m. 323 ss.; DE CUPIS, *Il danno*, pp. 338-339; D'ADDA, *Il risarcimento*, pp. 224 ss., esp. p. 251; CHARTIER, *La réparation*, pp. 502 ss..

[1709] P. LIMA / A. VARELA, *Código*, I, p. 581; M. LEITÃO, *Direito*, I, p. 376; A. BRAGA, *A reparação*, p. 227; SCHIEMANN, *Staudinger BGB*, p. 175.

[1710] Distinguindo *igualdade no tipo* e *igualdade no valor*, OETKER, *Münchener Kommentar*, n.m. 313 ss..

[1711] Em defesa de um sentido amplo de reconstituição natural, abrangendo todas as formas de *reparação* que não sejam *ressarcimento*, DE CUPIS, *Il danno*, pp. 322-323.

Assim – retomando o conceito de lesão que acima foi avançado[1712] –, para que haja reconstituição natural é apenas necessário que a *relação de afectação e disponibilidade* que existia entre o objecto da protecção jusfundamental e o titular do direito correspondente possa, de algum modo ou em alguma medida, ser reposta para o futuro. No fundo, a reconstituição natural comporta graus, não devendo ser encarada numa perspectiva de tudo ou nada, na qual a impossibilidade de atingir, *in totum*, a situação materialmente correspondente à que existiria na ausência da lesão desague de imediato numa indemnização em dinheiro.

V – Concluindo, no tocante ao relevo a atribuir à reversibilidade ou irreversibilidade das lesões jusfundamentais no processo hermenêutico de dedução e graduação dos deveres estaduais de protecção, não parece possível ensaiar senão o seguinte quadro aproximativo:

Vida → Integridade física e saúde → Zona de apreciação casuística ← Bens patrimoniais

Uma vez mais, compreende-se a posição absolutamente impar que o bem jurídico vida detém no *iter* dedutivo e conformativo dos deveres de protecção. Sendo a vida o único bem jurídico cuja lesão efectiva é insusceptível de reconstituição natural, independentemente das circunstâncias, todas as situações que possam causar a morte de alguém importam para o Estado um dever de protecção, que será tão mais veemente quanto maior ou mais intenso for o perigo ou o risco em causa. A sua localização (no extremo esquerdo) do quadro apresentado não se afigura, pois, passível de especial contestação.

Numa segunda linha, surgem aqueles bens jurídicos cuja lesão pode ou não, consoante os circunstancialismos do caso, ser de todo irreversível ou, ao menos, deixar sequelas adjectiváveis como irreversíveis. Fala-se, naturalmente, daquelas lesões da integridade física e daquelas lesões da saúde em relação às quais a medicina não tem (ainda) capacidade para corrigir ou para curar. Entre as primeiras, encontram-se eventos como a perda de membros, a perda de um dos sentidos, as deformações corporais ou alguns danos estéticos notórios. Entre as segundas, estão por exemplo as doenças incuráveis, as doenças crónicas, as doenças degenerativas, assim como as doenças permanentes do foro psíquico[1713]. O facto de também existirem muitas lesões da integridade física e da saúde que são, felizmente e cada vez mais, superáveis na íntegra não põe em causa a posição atribuída aos bens jurídicos em referência. Por um lado, é impossível traçar neste campo fronteiras rígidas – havendo muitas lesões graves que importa

[1712] Supra, §2º, ponto 6.3.
[1713] Aliás, algumas das teorias dos deveres estaduais de protecção centram-se, apenas, nestes bens jurídicos: HERMES, *Das Grundrecht*, esp. pp. 190 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 42 ss..

evitar, apesar de não serem em rigor irrecuperáveis. Por outro lado, a reversibilidade ou irreversibilidade das lesões incidentes sobre estes bens depende de inúmeros factores não inteiramente controláveis – ligados à condição do lesado e ao modo concreto como é perpetrada a lesão –, sendo que a (im)possibilidade de reverter as lesões reais é amiúde fruto do acaso[1714].

Daqui em diante, o quadro torna-se bem menos claro, sendo difícil formular com precisão uma escala em que se insiram de forma ordenada os bens jusfundamentais do ponto de vista da praticabilidade da reconstituição natural. Designadamente:

a) Os (restantes) bens jurídicos da personalidade, como a identidade pessoal, a honra e a reputação, o nome, a imagem e a palavra, a reserva de intimidade da vida privada, a autodeterminação sexual, ou até os denominados direitos morais de autor;

b) As diversas liberdades (pessoais) de acção e omissão, compreendendo a liberdade ambulatória (como liberdade física de movimentos, de deslocação e circulação) e as liberdades de expressão, de consciência e religião, de criação cultural, de reunião, manifestação e associação;

c) E, de resto, os próprios bens jurídicos ambientais, como sejam o ambiente de vida sadio e equilibrado, a integridade dos habitats naturais ou a biodiversidade.

Em boa verdade, dada a esmagadora heterogeneidade dos bens jusfundamentais aqui presentes, é muito difícil fugir de uma apreciação casuística, tanto mais que a viabilidade ou não de reconstituição sob forma específica do bem lesado vem a depender, em larga medida, do modo concreto como ocorre a lesão dos bens jurídicos em apreço. Seja como for, deve ter-se em consideração que raramente a reconstituição natural poderá nestes domínios atingir elevados graus de completude ou perfeição. Se, por uma banda, como se disse, ela nunca tem a faculdade de eliminar os danos *medio tempore* – que podem ser muito significativos. Por outra banda, ainda quando se afigura possível, a sua execução pode ser demorada e traduzir-se simplesmente num remédio paliativo para o mal sofrido pelo titular do bem jusfundamental. Sobretudo, é muito frequente registarem-se sequelas mais ou menos prolongadas, no plano moral ou até psíquico, deixadas pela ocorrência de lesões de bens jurídicos como os apontados. Há, portanto, que retirar consequências do facto de algumas das marcas deixadas pela lesão efectiva de alguns destes bens fundamentais – *v.g.*, autodeterminação sexual, liberdade ambulatória, bom nome e reputação, liberdade de consciência e religiosa – à semelhança, saliente-se, do que sucede com as lesões não irreversíveis da saúde e da integridade física – serem em si mesmas bastantes graves, podendo arrastar-se muito no tempo ou inclusive atingir o ponto de não retorno. E mesmo no tocante aos denominados bens ambientais, a irreversibilidade de algumas das potenciais lesões – *v.g.*, o desaparecimento de uma espécie ou a

[1714] Sobre a tese (dominante na Alemanha) segundo a qual o *pagamento*, pelo lesante, dos tratamentos médicos necessários à cura do lesado é ainda uma forma de reconstituição natural, D'ADDA, *Il resarcimento*, pp. 58 ss., e pp. 228 ss..

destruição de um habitat único – deve ser altamente valorada no prisma dos deveres estaduais de protecção.

Desta grande zona cinzenta podem, porventura, ser autonomizados os bens jusfundamentais a que por regra é atribuído um conteúdo eminentemente patrimonial – apesar da imprecisão que é apanágio da correspondente categorização dos bens jurídicos, tal como acima se apontou. Não que se parta da premissa de que em relação aos bens ditos patrimoniais a reconstituição natural é sempre uma alternativa – isso não corresponde sequer à realidade –, mas antes porque, no que concerne a estes bens, a restauração *in natura* não reveste a importância que assume em relação aos bens jusfundamentais supra-referidos. A indemnização em dinheiro repara mais satisfatoriamente as lesões de bens patrimoniais do que a lesão de bens ditos pessoais. A atribuição de um montante pecuniário tem quanto a estes, consabidamente, uma mera função compensatória (e não reparadora). Tal significa, do ponto de vista da relação entre devedor e credor, que a concessão ao lesado de uma indemnização pecuniária é uma forma bastante mais aceitável de repor justiça na relação entre o agressor e a vítima da lesão quando os bens jurídicos afectados já possuem, *a priori*, um imediato significado económico. Não por acaso, a respeito da expropriação e da requisição, a Constituição (e a lei) não vinculam a entidades expropriante ou requisitante a uma obrigação de ressarcir o privado sob forma específica, saltando logo para o "pagamento de justa indemnização" (nº 2 do artigo 62º). A exigência de protecção destes bens jusfundamentais, pelo menos da sua protecção *ex ante*, afigura-se assim menos premente.

10.3. Possibilidade de defesa própria

Alguma literatura tem salientado que, não por simples coincidência, os casos em que historicamente a jurisprudência tem sido chamada a tomar posição sobre deveres de protecção correspondem, todos eles, a situações em que os titulares dos direitos fundamentais não têm a possibilidade de se defenderem das ameaças que afectam os seus direitos[1715]. Estando, portanto, numa posição passiva de especial vulnerabilidade, os sujeitos jusfundamentais encontram-se inteiramente dependentes da protecção que lhes possa ser prestada pelo poder público.

Exemplo sintomático do que acaba de se dizer acha-se nas decisões jurisdicionais sobre a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que o feto, pela sua própria natureza, nada pode fazer para evitar o abortamento[1716]. Perante a opção da mãe em interromper a gravidez, o feto está colocado numa posição de absoluta indefesa, repousando na acção do Estado a única esperança de evitar o desfecho fatídico do fim da sua própria vida. Embora por razões diferentes, o mesmo vale para a protecção das

[1715] ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 181 ss..

[1716] De novo: BVerfGE 39, 1 *(Scwangerschaftsabbruch I)*, e BVerfGE 88, 203 *(Scwangerschaftsabbruch II)*. Na jurisprudência portuguesa, além das decisões sobre o aborto – mormente o Acórdão nº 288/98 (Aborto III) e o Acórdão nº 617/2006 (Aborto IV) –, o problema coloca-se também nos mesmos termos na decisão sobre a procriação medicamente assistida: Acórdão nº 101/2009.

pessoas em face dos perigos decorrentes da exploração da energia nuclear[1717]. De facto, os cidadãos nada podem fazer para evitar a sua exposição ao perigo em causa, de pouco adiantando afastarem-se das centrais nucleares e mudarem a sua residência para outro ponto do território. Exceptuado um ou outro ponto remoto do globo, em caso de acidente nuclear, não há lugares seguros, já que rapidamente a radiação atómica alcança as pessoas onde quer que elas estejam. De igual modo, os cidadãos individualmente considerados também pouco ou nada podem fazer para evitar serem vítimas de uma acção terrorista (*v.g.*, um atentado à bomba, um sequestro, o desvio de um avião)[1718]. Apenas o Estado, através das suas forças de segurança e dos seus serviços de inteligência, está em condições de prevenir a ocorrência de actividades terroristas e de assim providenciar alguma segurança aos seus cidadãos[1719].

Merecedor de registo, neste contexto, é ainda o facto de a mais recente *vexata quaestio* relativa aos deveres estaduais de protecção ter surgido a respeito de uma situação em que os *titulares* dos direitos fundamentais ameaçados não têm também capacidade para se defender a si mesmos. Tal como se viu, quando se abordou a questão dos direitos das gerações futuras, um dos principais problemas com que os arautos da necessidade de tutelar estes direitos se debatem é, justamente, o de aquelas não estarem ainda presentes para se defender e de não haver verdadeiramente ninguém com a responsabilidade de patrocinar a respectiva causa[1720]. Numa palavra, a dificuldade – e, simultaneamente, a razão de ser do recurso à teoria dos deveres de protecção – reside na circunstância de as ditas gerações estarem em absoluto dependentes de outrem para a defesa dos seus direitos. É impressionante, aliás, a semelhança com o caso do aborto: enquanto a vida do feto está na total dependência da conduta materna, os direitos das gerações futuras estão inteiramente à mercê do comportamento das gerações precedentes.

À luz destes exemplos, compreende-se a tentação de afirmar que "a protecção constitucionalmente exigida termina aí onde o afectado está em posição de evitar as lesões com os seus próprios meios e, designadamente, a subtrair-se à sua influência"[1721]. Da mesma forma, entendem-se igualmente as tentativas de formulação doutrinária de um "princípio de subsidiariedade da protecção estadual e de prevalência da defesa própria"[1722]. Aliás, a possibilidade de autodefesa pelo titular do bem jurídico corresponde "ao mais suave dos meios na perspectiva do princípio da proporcionalidade"[1723]. Segundo parece, "a necessidade de protecção resulta apenas para o Estado na medida em que os cidadãos não cuidem da sua própria segurança e não lhes possa ser exigido que defendam autonomamente os seus direitos ou, no caso de ser preciso, que recorram a tribunal. A iniciativa própria tem prioridade sobre a

---

[1717] BVerfGE 49.89 *(Kalkar I)*, BVerfGE 53, 30 *(Mülheim-Kärlich)*; BVerfGE 81, 310 *(Kalkar II)*.
[1718] BVerfGE 46.160 *(Schleyer)*.
[1719] Noutros casos históricos, os dados são porém diferentes: BVerfGE 56, 54 *(Fluglärm)*; BVerfGE 79, 174 *(Straßenverkerhslärm)*. O mesmo se diga, em Portugal, da decisão sobre o fumo do tabaco: Acórdão nº 423/2008.
[1720] PARTRIDGE, *On the rights*, pp. 8-11.
[1721] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 245: HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 29 ss..
[1722] KRINGS, *Grund*, p. 278; EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 167-168. Salientando a inexistência de apoio jurisprudencial neste sentido, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 213-214.
[1723] HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 22 ss..

intervenção estatal"[1724]. Por fim, aceitando-se que este "princípio da subsidiariedade vale por força da lógica imanente dos deves de protecção, que se fundam na garantia da liberdade dos titulares dos direitos fundamentais", pode inclusivamente tentar-se a subida de mais dois degraus na argumentação: um, para concluir que "a intensidade da protecção devida aumenta com o decréscimo da possibilidade de defesa própria" e vice-versa[1725]: outro, para colocar tal possibilidade "no centro dos critérios de escolha" das medidas públicas de protecção de direitos fundamentais[1726-1727].

Neste momento do percurso, em que se procura encerrar a busca dos critérios de dedução e de graduação dos deveres estatais de protecção, questionar a relevância (negativa) da possibilidade (ou da capacidade) de o titular do direito fundamental proceder, ele mesmo, à defesa dos respectivos bens jurídicos, em face dos riscos ou perigos que os ameaçam, soa mesmo ao (re)colocar de uma questão que deveria encontrar-se respondida de antemão. Ou bem que o titular do direito não pode proteger-se a si mesmo – e, então, a ideia de vincular o Estado a uma obrigação de protecção tem inteiro cabimento –, ou bem que o titular do direito dispõe por si dessa capacidade – caso em que será descabido convocar a figura dos deveres estaduais de protecção. Aliás, aparenta ser do mais elementar bom senso que, onde a acção estadual de protecção de direitos fundamentais não é necessária, ela não deveria ser sequer constitucionalmente permitida, quando mais um imperativo constitucional. O próprio princípio da proporcionalidade não permitiria outra saída, atendendo designadamente à não neutralidade das medidas de protecção estadual no tocante aos direitos fundamentais dos potenciais agressores (e de terceiros).

Sem prejuízo da sua aparente linearidade, não pode, porém, aderir-se tão rapidamente a esta linha de raciocínio. Primeiro, num quadro global de proibição de justiça privada, como é o do Estado de Direito, não é claro o que deva entender-se por possibilidade de defesa própria. Segundo, tomando por base esse mesmo quadro, também não se vislumbra bem como pode formular-se um princípio de subsidiariedade da protecção estadual em face da capacidade dos cidadãos para se defenderem *motu proprio* das ameaças – provindas sobretudo de terceiros privados – que impendem sobre os seus bens jusfundamentais.

10.3.1. Heterotutela pública *versus* defesa própria

Um dos mais apelativos tópicos invocados na fundamentação teórica da figura dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais é, justamente, o monopólio público do uso da força[1728]. Os

[1724] ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 220.
[1725] HERMES, *Das Grundrecht*. 246; retomando a mesma afirmação, KRINGS, *Grund*, p. 278.
[1726] KRINGS, *Grund*, p. 278.
[1727] Diferentemente, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 182 ss., e pp. 250 ss., sustentando: primeiro, precedência da evitação do perigo em face da defesa perante o mesmo (através da informação); segundo, precedência da defesa perante o perigo (através da informação) em face auto-defesa pelo sujeito jusfundamental ameaçado.
[1728] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 43-44; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 102 ss.; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 56-60; HERZOG, *Ziele*, p. 97; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 22-25, e pp. 161 ss.; GUSY, *Rechtgüterschutz*, pp. 575-577; ENDERS, *Die Privatisierung*, pp. 351 ss..

cidadãos, quando decidem entrar no estado de sociedade – na perspectiva dos que abraçam premissas contratualistas –, renunciam necessariamente à defesa *manu propria* dos seus direitos. Em contrapartida, o Estado, único detentor do uso legítimo da força, assegura a todos os cidadãos um sistema de justiça pública, que lhes permite promover a tutela eficaz dos seus direitos em face de terceiros e que, de certa forma, os compensa assim pela proibição (só muito excepcionalmente derrogada) da justiça privada. A par disso, o Estado tem a seu cargo também a garantia de um ambiente geral de paz pública, de respeito recíproco entre os cidadãos, que lhes consinta não viver no permanente receio da violação dos seus direitos, em particular daqueles que são sentidos como mais preciosos: a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a propriedade[1729]. A figura dos deveres de protecção dos direitos fundamentais integra-se, pois, neste ponto da liturgia do Estado: na tarefa indeclinável de criação de um clima de segurança pública e de respeito generalizado pelos direitos dos cidadãos – em obediência, aliás, ao princípio geral de *neminem laedere*[1730] –, de modo a evitar a violação sistemática daqueles e a necessidade de os lesados recorrerem permanentemente às instâncias jurisdicionais. Numa palavra, "o dever de fidelidade dos cidadãos e o dever de protecção do Estado condicionam-se reciprocamente"[1731].

Esta fundamentação da figura dos deveres estaduais de protecção está longe de recolher aplauso unânime, sendo-lhe apontadas muitas das críticas pertencentes ao argumentário anticontratualista (e antiliberal)[1732]. Muito em especial, existe o receio de que uma leitura (enviesada) dos termos desta relação contratual possa desembocar na denominada "teoria da convergência estatista", com a corresponsabilização do próprio Estado por todas as violações de direitos fundamentais perpetradas por privados, embora não atempada ou eficazmente evitadas pelas autoridades públicas[1733]. Também não é de todo seguro que esta linha de fundamentação possa ser válida fora do âmbito da teoria política e, em particular, que seja relevante do ponto de vista do direito constitucional positivo[1734]. Nem será descabido sustentar-se que o dever de protecção estadual não tem inevitavelmente que se basear num "argumento de compensação" ou numa perspectiva simplista de reciprocidade contratual – *do ut des* –, podendo antes ser alicerçado numa certa ideia de protecção da confiança e na assumpção pelo Estado, sob determinadas circunstâncias, de uma posição de garante relativamente aos direitos dos indivíduos[1735].

Todavia, se bem que no plano dogmático possa duvidar-se da existência de uma ligação umbilical entre o papel do Estado como encarregado da protecção específica dos direitos fundamentais e o monopólio estadual do uso legítimo da força – por se entender que essa linha argumentativa não é

[1729] Já neste sentido, HUMBOLDT, *Os limites*, p. 97, afirmando que a segurança se identifica com "a certeza da liberdade concedida pela lei"; GUSY, *Rechtgüterschutz*, p. 577.
[1730] ISENSE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 197 e 217.
[1731] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 102.
[1732] KRINGS, *Grund*, pp. 31 ss., e pp. 100 ss..
[1733] CANARIS, *Direitos*, pp. 62 e 69.
[1734] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 103; GUSY, *Rechtgüterschutz*, pp. 577 ss..
[1735] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 44 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 104-106; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 161 ss..

necessária ou não é inteiramente satisfatória[1736] –, ninguém pode negar que o princípio em causa, além de ser considerado de forma unânime como característica medular do Estado – e, em particular, da estadualidade de direito –, tem um peso enorme no plano dos factos. Ele faz parte da realidade diária de todos os Estados de Direito contemporâneos – e, inclusive, até de alguns Estados a que o qualificativo "de Direito" se ajusta menos bem –, apresentando-se como o último reduto contra o caos e contra a própria dissolução do aparelho do poder público[1737]. O princípio da heterotutela pública dos direitos individuais é uma realidade incontornável, que está profundamente impregnada na vida quotidiana dos cidadãos.

I – Nestes moldes, a ideia de tomar em ampla consideração as possibilidades de defesa própria, como parâmetro de dedução e graduação dos deveres estaduais de protecção – parâmetro principal ou secundário, tanto faz –, deixa de se afigurar como uma evidência, não carecida de demonstração. Bem ao invés, ela aparenta ser agora inconciliável com o sentido jurídico (e político) mais profundo que dimana do binómio *"monopólio público do uso legítimo da força ↔ proibição de justiça privada"*. Toda e qualquer interrogação sobre a relevância das possibilidades de defesa própria ao dispor dos titulares de direitos fundamentais ameaçados volver-se-ia, por consequência, numa pergunta meramente retórica. Não havendo autoprotecção senão em situações excepcionais – legítima defesa, estado de necessidade e acção directa –, a alternativa passaria a ser a seguinte: ou há (dever de) protecção estadual dos direitos individuais, ou, fora dos casos pontuais em que a autotutela é permitida, não haverá lugar a protecção alguma prévia à violação dos direitos.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Não obstante o carácter tendencialmente antagónico entre a consideração das possibilidades de defesa própria e o significado do monopólio estadual do uso legítimo da força e da concomitante proibição de justiça privada, é possível encontrar um espaço – ou melhor, pequenos espaços heterogéneos – em que, sem beliscar aqueles princípios jurídico-políticos basilares, pode eventualmente tomar-se em conta a posição, mais ou menos favorável, em que o titular dos bens jusfundamentais ameaçados se encontra para impedir ou para lidar com a ocorrência efectiva da violação dos seus direitos. São de referir, concretamente[1738]:

a) As situações em que o titular do direito tem a possibilidade de evitar o próprio perigo, abstendo-se de certas condutas, afastando-se fisicamente da sua origem, ou tomando por sua iniciativa precauções que lhe permitem subtrair-se no todo ou em parte aos seus efeitos[1739];

b) Os casos subsumíveis nos tipos legalmente admitidos de *autotutela dos direitos*;

[1736] Em particular, a extensa crítica de KRINGS, *Grund*, p. 39 e pp. 43 ss. Salientando que a função de segurança do Estado só derivaria do monopólio do uso da força se este fosse "fim" do Estado, e não apenas "meio", GUSY, *Rechtgüterschutz*, p. 576. Numa perspectiva de reconstrução dos fins do Estado, ENDERS, *Die Privatisierung*, pp. 362 ss..

[1737] HERZOG, *Ziele*, pp. 97-103; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 56-57; e *(§111), Das Grundrecht*, pp. 196-199.

[1738] Para um conceito de *"Selbstschutzmöglichkeit"*, HASSEMER, *Scutzdedürftigkeit*, pp. 29 ss..

[1739] Por referência à protecção do consumidor, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 245. Mais amplamente, sobre o *princípio da evitação do perigo*, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 250 ss..

c) As situações em que o titular do direito fundamental ameaçado pode recorrer, com razoável grau de eficácia, a mecanismos de heterotutela preventiva;

d) As hipóteses em que, uma vez ocorrida a lesão efectiva de bens jusfundamentais, o recurso aos mecanismos de heterotutela sucessiva é ainda capaz de garantir ao lesado satisfação adequada para o seu direito (mormente, através da reconstituição do *status quo ante*)[1740].

II – Será assim, por referência a estes quatro grupos de casos profundamente heterogéneos – entendidos como *defesa própria* num sentido muito amplo, e excedendo em muito as típicas situações de autotutela admitidas num Estado de Direito –, que verificará em que medida podem eles condicionar o nascimento ou o desenvolvimento de deveres de protecção de direitos fundamentais.

i) Em primeiríssimo lugar, importa ter em consideração que o titular dos direitos fundamentais nem sempre se encontra nas mesmas circunstâncias factuais frente aos perigos e riscos que o ameaçam. Há perigos que são claramente inevitáveis, em relação aos quais as pessoas individualmente consideradas pouco ou nada podem fazer, restando-lhes aprender a conviver com eles. Por exemplo, a possibilidade de ocorrência de acidentes inerente ao uso da energia nuclear, assim como alguns dos riscos para a saúde resultantes da poluição atmosférica, do solo e das águas. Em compensação – mesmo deixando agora de lado as condutas deliberadas de autocolocação em perigo, já versadas anteriormente[1741] –, há muitos outros perigos e riscos que são inerentes a actividades ou comportamentos que podem ser evitados, por não corresponderem a necessidades impreteríveis na vida das pessoas (*v.g.*, andar de mota, frequentar certo tipo de estabelecimentos de diversão, consumir certo tipo de alimentos ou produtos). Da mesma forma que, em muitas circunstâncias, é possível aos cidadãos tomar a iniciativa de se afastarem geograficamente da causa de perturbação dos seus direitos, como sucede tipicamente com as fontes poluentes localizadas (*v.g.*, instalações ruidosas, vias de comunicação, indústrias perigosas, emissores de radiação electromagnética). E, de igual modo, são também comuns as situações da vida em que está ao alcance do titular dos direitos fundamentais em jogo tomar individualmente providências que anulam os minimizam os perigos a que se encontram expostos, tal como acontece com o recurso (espontâneo) a sistemas protecção (*v.g.*, filtros antipoluição, apetrechos de segurança, sistemas de insonorização) ou a adopção de regras de prudência no manuseamento de equipamentos (*v.g.*, máquinas ou electrodomésticos).

Este grupo diversificado de casos, seguramente não destituído de relevância prática, está unido pela *possibilidade* de os cidadãos evitarem ou neutralizarem os perigos que os afligem. Ele suscita contudo uma questão crucial: até onde devem os cidadãos ir, para se furtarem à lesão efectiva dos seus

[1740] Acentuando a importância dos meios de defesa processuais, KRINGS, *Grund*, pp. 279 ss..
[1741] Supra, §2º, ponto 7.4.

direitos? Terão eles que mudar de local de residência para evitar o ruído de uma estrada ou os fumos de uma fábrica? Terão de mudar de emprego para não trabalhar em contacto com substâncias nocivas para a sua saúde? De que actividades terão de abdicar para ter uma vida mais segura? Que grau de cuidado têm que pôr naquilo que fazem para não serem surpreendidos pela eclosão de certos perigos? Numa palavra, como adiante se verá, a questão decisiva aqui não é tanto a da possibilidade de evitar ou anular os perigos, mas sim a da *exigibilidade* das diferentes estratégias de fuga aos perigos e riscos por parte dos titulares dos direitos ameaçados[1742].

ii) Em segundo lugar – mais por uma questão de exaustividade de análise, do que por qualquer razão de ordem prática –, não deve excluir-se a hipótese de a faculdade (legal) e a capacidade (fáctica) do titular do direito lançar mão dos institutos tradicionais de autotutela influenciarem as operações intelectuais de dedução e conformação de concretos deveres estaduais de protecção. Não se pense, porém, que essa influência poderá alguma vez revelar-se determinante, no sentido do abaixamento dos níveis de exigência dirigidos às instâncias estaduais, nem, menos ainda, que ela possa encontrar um campo de aplicação vasto. Os institutos da acção directa (336º do Código Civil), da legítima defesa (337º do Código Civil e 32º do Código Penal) e do estado de necessidade (339º do Código Civil e 34º do Código Penal[1743]) – bem como o direito de resistência, do artigo 21º da Constituição, que, valendo também contra agressões dimanadas de sujeitos privados, releva no presente contexto na medida em que o seu conteúdo extrapole o daquelas figuras[1744-1745] –, assumem inequivocamente um cariz excepcional, que obriga à rigorosa verificação dos respectivos pressupostos – *maxime*, a "impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais", mormente à defesa pelas autoridades policiais[1746] – e, bem assim, ao escrupuloso respeito dos requisitos de proporcionalidade que lhes são apostos. É o que resulta com meridiana clareza do artigo 1º do Código de Processo Civil. E embora a perspectiva não seja exactamente coincidente nos âmbitos civil e penal, nenhum daqueles institutos confere ao agente um verdadeiro e próprio direito subjectivo, limitando-se a afastar a ilicitude ou a culpa inerentes à prática dos actos de autodefesa das posições jurídicas ameaçadas[1747]. Por essa razão, ainda quando seja juridicamente consentido o recurso a estes instrumentos de autoprotecção, nunca essa mera permissão pode convolar-se

[1742] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 245.
[1743] Noutra perspectiva, também o artigo 3º, nº 2, do Código do Procedimento Administrativo.
[1744] J. MIRANDA / J.L. MOUTINHO, *Anotação ao artigo 21º*, p. 462; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 421.
[1745] Sem esquecer a componente de autotutela presente, também, na objecção de consciência (nº 6 do artigo 41º) e no direito à greve (57º).
[1746] T. CARVALHO, *Direito*, II, pp. 197 ss..
[1747] No direito penal, apesar de ser frequente sobretudo o uso da expressão *direito de necessidade*, a matéria não deixa de ser enquadrada entre as causas de justificação e exculpação: F. DIAS, *Direito Penal*, p. 441; T. CARVALHO, *Direito*, II, pp. 221 ss..

num *dever* de autoprotecção, ou sequer no *ónus* de o sujeito jusfundamental providenciar a sua própria defesa[1748].

Dificilmente, portanto, o preenchimento dos pressupostos jurídicos das referidas figuras de autotutela, mesmo quando acompanhado da capacidade fáctica para o fazer, pode desembocar na retirada de campo dos deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais e, consequentemente, no abandono do titular do direito à sua sorte, à sua capacidade de reacção diante dos perigos que o rodeiam. Semelhante orientação comportaria, sem sombra de dúvida, um perigo inaceitável de resvalamento para a justiça privada.

iii) Em terceiro lugar, pode ainda integrar-se numa ideia amplíssima de defesa própria a possibilidade de o titular do direito fundamental ameaçado recorrer aos mecanismos comuns de heterotutela preventiva, desde que esses instrumentos se revelem em concreto adequados e razoavelmente eficazes na eliminação ou no afastamento do perigo para as posições jurídicas em jogo. Já se sabe que a Constituição, no nº 5 do artigo 20º, coloca particular ênfase na tutela em tempo útil contra ameaças aos direitos pessoais, através de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e pela prioridade. Assim como se sabe também que a lei ordinária prevê vários meios processuais (urgentes ou cautelares) dirigidos à prevenção de actos lesivos de direitos fundamentais, sejam eles apelidados de direitos de personalidade (nº 2 do artigo 79º do Código Civil e artigo 1474º do Código de Processo Civil) ou de direitos, liberdades e garantias (artigo 109º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Em qualquer destes casos, apesar da intervenção das instâncias públicas (heterotutela), a ideia de defesa própria está presente no facto de a protecção dos direitos ameaçados não ser prestada espontaneamente pelo Estado, exigindo-se uma mobilização do respectivo titular no sentido da defesa dos seus bens jurídicos fundamentais.

Ora, diante da possibilidade real de os titulares dos direitos promoverem a defesa da integridade dos seus próprios bens jusfundamentais, tomando a iniciativa de accionar meios jurisdicionais comuns – ainda para mais quando estes assumem uma função preventiva –, é natural que isso seja levado em linha de conta no momento de tomar posição sobre eventuais obrigações estaduais de protecção, isto é, sobre a dedução e configuração de *medidas activas* de salvaguarda de certos *direitos fundamentais específicos*. Sem prejuízo da diferença existente entre, por um lado, os instrumentos normais de tutela (preventiva ou sucessiva) dos direitos dos cidadãos em geral e, por outro lado, os meios específicos de protecção activa adoptados em nome de um direito fundamental em particular, entre uns e outros não deixa de existir uma

[1748] B. MACHADO, *Introdução*, pp. 130-132; O. ASCENSÃO, *O Direito*, pp. 92-96; S. JUSTO, *Introdução*, pp. 183-186; F. DIAS, *Direito Penal*, pp. 387 ss.; T. CARVALHO, *Direito*, II, pp. 143 ss., esp. pp. 197 ss.. Fazendo o confronto entre as características da autotutela (excepcional) dos privados e a autotutela (regular) administrativa, G. ENTERRÍA / T.R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 481 ss., e esp. pp. 499-502.

relação de complementaridade[1749]. Mais precisamente, os deveres de protecção a cargo do Estado representam sempre um *plus* – um *plus* necessário, mas ainda assim um *plus* – relativamente àquilo que, num Estado de Direito, são as vias correntes de tutela (jurisdicional e administrativa) dos direitos dos cidadãos.

De todo o modo, não bastará aqui a simples faculdade de o titular dos direitos recorrer a vias preexistentes de tutela preventiva, sendo antes de exigir uma particular relação de adequação entre certo instrumento e certo direito e um razoável índice de eficácia do mesmo, até em termos comparativos com o nível de eficácia que poderia ser atingido através de medidas específicas de protecção estadual activa[1750]. Caso contrário, a mera hipótese teórica de lançar mão de meios de tutela preventiva poderia literalmente pulverizar a figura dos deves estaduais de protecção, com grave prejuízo para a integridade dos bens jusfundamentais dos indivíduos. Aliás, sabendo-se que muitas das ameaças a direitos fundamentais atingem um número elevadíssimo de pessoas – nos domínios da poluição ambiental e da segurança alimentar, por exemplo –, a simples perspectiva de ser cada um dos titulares afectados, individualmente, através da apresentação de providências cautelares ou da propositura de acções, a prevenir a violação das suas próprias posições jurídicas, é demonstrativa do carácter incontornável da figura dos deveres estaduais de protecção e da enorme mais-valia que estes representam frente aos meios tradicionais de tutela jurisdicional dos direitos. Além do peso que sempre representa, para os cidadãos, o recurso às instâncias judiciais, e acrescendo aos malefícios decorrentes de possíveis avalanches de processos, o certo é que, em relação a situações de potencial violação em massa de direitos fundamentais, só o emprego espontâneo pelo Estado de instrumentos activos de protecção antecipatória pode permitir alcançar resultados aceitáveis.

iv) Em quarto e último lugar, pode ainda pretender-se o afrouxamento ou até o afastamento dos deveres estaduais de protecção naqueles casos em que se considera que a tutela pública sucessiva – que as autoridades jurisdicionais podem providenciar a requerimento do titular dos direitos violados – é suficiente para reparar em moldes ajustados as leões jusfundamentais eventualmente ocorridas. À imagem do grupo de casos acabado de tratar, a ideia de defesa própria apenas num sentido amplíssimo pode ser chamada à liça e, concretamente, na medida em que o Estado não fornece de antemão uma efectiva protecção dos direitos ameaçados. A segurança desses direitos não é disponibilizada como um produto acabado e pronto a ser consumido pelos cidadãos[1751].

O Estado conta efectivamente – e tem o direito de o fazer – com o interesse e com a diligência dos cidadãos para ampararem os seus próprios direitos, ainda que em muitos casos essa defesa só possa

[1749] KRINGS, *Grund*, pp. 278-279.
[1750] No Processo Civil, atente-se no confronto entre os artigos 381º e seguintes (procedimentos cautelares) e os artigos 1474º e 1475º (processo especial de tutela da personalidade).
[1751] KRINGS, *Grund*, pp. 279-280.

agora ser feita *a posteriori* e, portanto, procurando tanto quanto possível a reconstrução do *status quo ante* à violação efectiva dos direitos em causa. O *princípio dispositivo* que rege o processo civil, tem aliás por efeito manter o poder de decisão quanto à defesa (e ao modo de defesa) dos direitos lesados na esfera do respectivo titular, que em cada momento é livre de tomar as opções que melhor correspondem aos seus interesses, revelando-se portanto mais respeitador da autonomia privada do que eventuais medidas de protecção legislativa ou administrativa de carácter geral[1752]. O princípio dispositivo seria, neste contexto, o mais forte antídoto jurídico contra quaisquer veleidades paternalistas do Estado em matéria de protecção jusfundamental.

É contudo evidente que, nesta sua configuração particularíssima, as possibilidades de defesa própria terão forçosamente um alcance muito reduzido no processo de inferência e graduação dos deveres de protecção dos direitos elementares das pessoas. Por uma banda, trata-se de um argumento que claramente prova demais. Se levado até às suas últimas consequências, ele desembocaria no aniquilamento prático do instituto em análise, uma vez que é quase sempre possível responsabilizar em tribunal quem atentou contra os direitos de outrem. Por outra banda, o argumento pressupõe uma relativa indiferença da Lei Fundamental entre a tutela preventiva e a tutela sucessiva dos bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais – o que só em casos muito contados poderá aceitar-se (*v.g.*, nos direitos de índole patrimonial). Naturalmente que a ninguém lembrará isentar o Estado dos seus deveres de protecção da vida, da saúde ou da integridade física dos cidadãos com fundamento na possibilidade de os titulares desses bens (ou de alguém em seu nome) demandarem em juízo quem contra eles atentou, buscando aí reparação ou compensação para os danos sofridos. Afinal de contas – retomando um pouco da argumentação contratualista –, do monopólio público da força e da interdição da justiça privada não decorre apenas a faculdade de os cidadãos apelarem a um sistema de justiça pública – mormente aos tribunais. Deriva igualmente a necessidade de o Estado garantir uma atmosfera de respeito mútuo entre os cidadãos, de maneira a que estes não vivam em permanente sobressalto, temendo constantemente pela integridade dos valores jusfundamentais que mais prezam.

10.3.2. Pretensa subsidiariedade da protecção pública

Determinados os espaços (e, em parte, também já os termos) restritos onde eventualmente podem tomar-se em consideração as possibilidades de defesa própria, interessa saber se estão reunidas as condições para subordinar os deveres estaduais de protecção a um (específico) *princípio de subsidiariedade*[1753] – entenda-se, na vertente negativa que este princípio cada vez mais vem assumindo, apesar da ambivalência que originariamente o caracterizava[1754]. Ou seja, a um princípio que, tendo por

[1752] KRINGS, *Grund*, pp. 279.
[1753] Sustentando em termos expressos este princípio: KRINGS, *Grund*, pp. 278 ss.; também ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, pp. 220-221, embora reconheça que ele tem por limite o monopólio estadual da força.
[1754] M. SALEMA, *O princípio*, pp. 23 ss..

função presidir às operações dedutivas e conformativas dos deveres em causa, relegue a protecção jusfundamental directamente promovida pelo Estado para aqueles casos em que os cidadãos não podem (mais) ou não têm (mais) capacidade para assegurar a tutela da integridade dos seus próprios bens jurídicos.

Antes de ensaiar qualquer resposta, não deve confundir-se a questão ora versada – a possibilidade de defesa própria por parte do titular dos bens ameaçados – com um outro fenómeno, que se consubstancia no reenvio para sujeitos privados do encargo de zelar pela protecção de certos direitos fundamentais dos indivíduos[1755]. Enquanto no primeiro caso está em causa a atribuição aos próprios titulares dos bens jusfundamentais potencialmente ameaçados (da totalidade ou de parte) da responsabilidade pela protecção dos seus direitos – com redução, nessa medida, do papel do Estado –, do que se trata no segundo caso é de algo bastante diferente: a atribuição pelo Estado, a sujeitos privados, do poder-dever de promover a protecção dos direitos fundamentais de outros sujeitos privados, com os quais se relacionam no exercício da sua actividade[1756]. Estes sujeitos privados não são, portanto, os titulares dos direitos que se encontram em perigo. Longe disso, muito frequentemente serão mesmo aqueles que se encontram na origem da situação de perigo, tal como acontece com algumas categorias de empregadores, com produtores e distribuidores de certos bens de consumo, ou ainda com determinadas empresas poluentes ou que exploram actividades arriscadas[1757]. Outras vezes serão apenas agentes sociais que, ou pela sua especial relação de proximidade com as pessoas mais expostas aos perigos, ou pela sua particular qualificação para lidar com o tipo de riscos envolvidos em certa actividade, são chamados pelo Estado a cooperar na protecção dos direitos dos cidadãos.

Apesar de com ambas as estratégias se alcançar um resultado próximo, desonerando o Estado da tarefa (originariamente sua) de protecção dos direitos fundamentais, elas são opostas do ponto de vista jurídico e axiológico. Ao passo que, na primeira situação, se exige a quem está sob ameaça um esforço na defesa dos seus próprios direitos, na segunda situação, reclama-se essencialmente daqueles que actuam de modo a pôr os direitos dos outros em perigo – embora também de outros parceiros sociais – que promovam de forma activa, sob supervisão pública, o respeito e a protecção desses mesmos direitos. Por conseguinte, uma coisa é o apelo à consideração das possibilidades de defesa própria dos privados, outra bem diversa é a privatização das obrigações do Estado de tutela dos direitos fundamentais dos seus cidadãos[1758].

[1755] Amplamente, sobre a partilha entre Estado e a sociedade da responsabilidade pela segurança: STOLL, *Sicherheit*, esp. pp. 265 ss.; também, de certa forma, ENDERS, *Die Privatisierung*, pp. 351 ss..

[1756] Sobre o fenómeno da delegação nos privados (ou privatização) dos deveres estaduais de protecção: SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 165-169; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 457-458; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 101 ss.. Especificamente no que respeita à transmissão e divulgação da informação, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 86 ss..

[1757] Sobre a responsabilidade (própria) dos causadores do perigo na protecção dos bens jurídicos, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 180 ss..

[1758] Infra, §4º, ponto 15.3.

I – Assim, quanto ao problema em discussão, é sabido que algumas correntes de pensamento de inspiração liberal tendem sempre a enaltecer todo e qualquer recuo da acção estatal, em nome da iniciativa individual e do alívio da sobrecarga dos governos. Há contudo que evitar mal-entendidos: lançar sobre os cidadãos o encargo de zelar pela segurança dos seus bens jurídicos mais elementares, frente às potenciais agressões provindas de terceiros e da sociedade em geral, nunca fez propriamente parte do ideário liberal de valorização da capacidade e responsabilidade individuais. É bom lembrar que, no Estado mínimo de matriz liberal, ainda que do ponto de vista doutrinário as preocupações se voltassem para o controlo do exercício abusivo da autoridade pública, a defesa dos indivíduos e dos seus direitos contra os perigos sociais – isto é, contra os perigos então reconhecidos como tal – nunca deixou de estar presente, ao menos na veste de uma ordem exterior assegurada pela polícia e pelos tribunais[1759-1760]. Portanto, de acordo com tais perspectivas político-constitucionais, não haverá grande margem para uma eventual retracção do Estado no desempenho das tarefas em causa, em larga medida coincidentes com o núcleo irredutível da sua função de segurança interna[1761]. Nem tão-pouco parece que exista qualquer incompatibilidade entre tais modelos de Estado e a figura dos imperativos de protecção jusfundamental, tanto mais que estes devem integrar-se, ao abrigo das (novas) concepções que pugnam pela eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, no desenvolvimento pelas autoridades públicas de estratégias complexas de protecção de bens jurídicos que não deixam de demandar também a participação activa de sujeitos privados. Os deveres de protecção estadual não significam que a segurança dos cidadãos não possa também ser uma responsabilidade partilhada com a sociedade.

Não pode igualmente consentir-se na ideia de que a questão acima formulada está de antemão respondida pelo nº 2 do artigo 6º da Lei Fundamental, que consigna expressamente o princípio da subsidiariedade. Conquanto a referida disposição constitucional se refira, em termos literais, tão-somente à "organização e funcionamento" do Estado (unitário), julga-se que o argumento é pertinente, na medida em que "o princípio da subsidiariedade deve sempre ser entendido como princípio estrutural global. Sobretudo não deve ser reduzido à relação entre a federação e os Estados federados (…), tão-pouco permite uma limitação exclusiva à organização do Estado", acabando inevitavelmente por estender os

---

[1759] Não, certamente, na veste de uma ordem (interior) resultante da justiça social: BOURDEAU, *O liberalismo*, pp. 51-52 e pp. 149-151; para uma análise nos contextos americano, francês e germânico, KRINGS, *Grund*, pp. 85 ss.; e também ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 51 ss..

[1760] Neste sentido, é emblemática a recomendação de HUMBOLDT, *Os limites*, p. 42: "Que o Estado se abstenha totalmente de velar pelo bem-estar positivo dos cidadãos e se limite estritamente a velar pela sua segurança entre eles próprios e frente aos inimigos do exterior, não restringindo a sua liberdade com vista a nenhum outro fim último". E, na p. 98, afirmando que a segurança interna se vê perturbada tanto "por aqueles actos que, como tais, lesam os direitos alheios", como por aqueles "de cujas consequências se pode temer esse resultado", sendo que "o Estado deve proibir e esforçar-se por impedir ambas as classes desses actos".

[1761] Considerando esta função como uma evidência, não carecida de demonstração: HERZOG, *Ziele*, pp. 100 ss., esp. 109 ss.; GÖTZ, *Innere Sicherheit*, pp. 1008 ss.; também ERICHSEN, *Der Schutz*, pp. 172 ss.; KNEMEYER, *Der Schutz*, pp. 222 ss.;

seus efeitos também "aos domínios económico, cultural e a outros âmbitos sociais"[1762]. Aliás, uma vez aceite no plano constitucional a ideia de subsidiariedade, dificilmente ela se deixa aprisionar num dado segmento do agir estadual, acabando por irradiar para outros sectores da actividade pública, tanto no âmbito das múltiplas relações interadministrativas, quanto no âmbito das relações com os indivíduos e suas organizações[1763]. Não faltam sequer (outros) afloramentos textuais a confirmar esta vocação abrangente do princípio da subsidiariedade: além do nº 6 do artigo 7º, respeitante à inserção de Portugal na União Europeia, são vários os preceitos que, no quadro de uma democracia participativa, convocam os cidadãos, a sociedade e as suas instituições para a tarefa de promoção dos direitos económicos, sociais e culturais (*v.g.*, nº 5 do artigo 63º, alínea *d)* do nº 3 do artigo 64º, alínea *d)* do nº 2 do artigo 65º, nº 2 do artigo 75º). Nem poderia ser de outro modo, ou não fosse o princípio em apreço expressão eloquente do livre desenvolvimento da personalidade, do primado do indivíduo e da sociedade sobre o Estado, que se manifesta no momento de definir os critérios de agir deste último.

Contudo, sem prejuízo da pertinência do argumento, ele deixa de ser procedente sempre que se saem as portas do Estado Social, enquanto macro-sistema encarregado da prestação do bem-estar económico, social e cultural da população, e se reentra no âmago das funções basilares do Estado, de (asseguramento da defesa externa e de) garantia da segurança interna. Na verdade, apresentando-se *a priori* "a garantia dos direitos e liberdades fundamentais como uma tarefa pública obrigatória, necessária e irrenunciável, ao Estado caberá sempre, em matéria de segurança (…) uma responsabilidade na *própria execução da tarefa*, e não apenas uma responsabilidade na *garantia da sua execução*"[1764]. Pese embora não ter de corresponder ao monopólio do uso legítimo da força, da parte do Estado, a "exclusividade do preenchimento" da função de garantia da segurança pública, ou o "monopólio (…) da prossecução" desse interesse decisivo para a comunidade, a convocação do princípio da subsidiariedade torna-se agora demasiado problemática[1765-1766]. Considerando inclusive o carácter algo especioso desta última destrinça, o perigo de erosão progressiva de um dos alicerces do Estado desaconselha a que se force a entrada do pensamento da subsidiariedade – aliás, neste ponto, sem particular arrimo constitucional – em domínios (da organização social e política) que doutrinariamente nunca foram os seus[1767-1768]. Haja em vista, como

[1762] ZIPPELIUS, *Teoria*, p. 160.

[1763] Também afirmando a dificuldade em acantonar a subsidiariedade em domínios específicos, M. SALEMA, *O princípio*, esp. pp. 19-20.

[1764] Declaração de voto da Cons. Maria Lúcia Amaral, aposta ao Acórdão nº 304/2010 (segurança privada).

[1765] M. PINTO, *Sobre os direitos*, pp. 66-67; V. ANDRADE, *Supletividade*, pp. 113 ss.. Especificamente sobre os fortes limites (formais e materiais) à privatização no âmbito da segurança interna: GRAMM, *Privatisierung*, pp. 416 ss.; distinguindo entre "privatização da tarefa de segurança do Estado" e a "segurança privada de certos bens jurídicos", GUSY, *Rechtsgüterschutz*, p. 482.

[1766] Na jurisprudência constitucional, o já referido Acórdão nº 304/2010.

[1767] No plano jurídico: M. SALEMA, *O princípio*, esp. pp. 18 ss., e pp. 25 ss.; R. SARAIVA, *Sobre o princípio*, pp. 15 ss.; M.R. VILHENA, *O princípio*, pp. 25 ss.

[1768] Na doutrina social da Igreja: A.R. RODRIGUES, *Pessoa*, pp. 132 ss.; J.I. LANGLOIS, *Doutrina*, pp. 147-149. Em particular, recordem-se as palavras da *Quadragesimo Anno*, nº 79: "Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e trabalho, para o confiar à comunidade, do mesmo modo, passar

exemplo actual desse perigo, a preocupante explosão das actividades ditas de *segurança privada*, que certamente reflecte uma apreciação crescente do valor da segurança por parte dos cidadãos e das empresas – o que poderia ser positivo –, mas que ao mesmo tempo significa também um aumento do sentimento de insegurança e uma redução da confiança dos cidadãos no Estado para desempenhar adequadamente a tarefa em apreço – com o nefasto efeito deslegitimador que aí vem implicado[1769]. De resto, a subsidiariedade é (apenas) um princípio jurídico, cuja vocação global e cuja natureza principiológica não autorizam a sua metamorfose numa máxima sem balizas, quase totalitária, de aplicação indiscriminada e universal.

Em jeito de conclusão, poderá assim defender-se que "o dever do Estado de protecção dos cidadãos contra agressões de terceiros não está em antinomia com a concepção que o Estado liberal de Direito tem acerca dos direitos fundamentais, mas é antes pressuposto por esta"[1770]. Ao cumprir esse dever, o Estado não está a tratar os cidadãos como incapazes, submetendo-os a uma qualquer espécie de tutela, mas antes a desempenhar uma das suas mais importantes e indeclináveis tarefas – cujo cabal desempenho, aliás, mais contribui para a sua legitimação aos olhos dos cidadãos. Por esse mesmo motivo, o princípio da subsidiariedade, embora constitucionalmente consagrado de modo abrangente, não deve ser arremessado para o centro desta controvérsia sobre a relevância da disponibilidade, por parte dos cidadãos, de formas ou instrumentos de defesa própria. Ou melhor, qualquer aplicação razoável do princípio em apreço colocará a função de segurança do Estado – que não é apenas segurança policial em sentido estrito, mas também a promoção activa do tal clima de respeito recíproco dos direitos dos cidadãos – entre aquelas que só as autoridades públicas podem assumir capazmente. Ao contrário do que sucede noutros domínios – como os relativos à efectivação dos direitos sociais e à promoção do bem-estar colectivo, em que a subsidiariedade aconselha ou impõe a repartição de tarefas entre o Estado, as instituições da sociedade e os indivíduos –, no que à segurança respeita, o dito princípio convive bem como a existência de um monopólio público.

Uma derradeira nota se justifica, ainda, para denunciar uma certa confusão que, neste contexto, grassa entre subsidiariedade e proporcionalidade[1771]. Nomeadamente, a prioridade que em geral deve ser concedida às estratégias não coercivas de protecção de direitos fundamentais – em particular, aquelas que valorizam a responsabilidade dos titulares dos direitos pela sua própria protecção, em vez de imporem gravosas restrições a direitos alheios, inclusive sob a forma de sanções penais ou contraordenacionais – é

---

para uma sociedade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores poderiam realizar, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social".

[1769] Aventando, precisamente, este exemplo da segurança privada: KRINGS, *Grund*, p. 279, em nota. Mais amplamente, sobre a reprivatização da segurança, ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 56-57. Salientando, todavia, que a irrenunciabilidade de uma tarefa estadual não implica necessariamente uma proibição total do desempenho concorrente dessa tarefa por privados, GRAMM, *Privatisierung*, pp. 130-133 e p. 420. Sobre *parcerias de segurança*, BRAUSER-JUNG, *Kriminalprävention*, pp. 1636 ss., e sobre o *mercado da segurança*, GUSY, *Rechtsgüterschutz*, pp. 573-574.

[1770] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 106.

[1771] Para uma distinção entre os dois princípios (associados pelo Direito Europeu), M.R. VILHENA, *O princípio*, pp. 148 ss..

uma simples decorrência do princípio da proporcionalidade, na sua vertente de necessidade. Da mesma forma, quando se afirma uma preferência por medidas de esclarecimento e educação dos cidadãos, que lhes permitam lidar com certo tipo de perigos – evitando-os ou reduzindo-os, relativamente a medidas impositivas de proibições de determinadas actividades ou produtos –, do que se trata mais uma vez é de extrair um simples corolário do princípio da proporcionalidade[1772]. Com efeito, se a transmissão aos consumidores de um acervo informativo, completo e esclarecedor, for suficiente para os colocar numa posição em que podem evitar o perigo de lesão – ou, então, aceitá-lo conscientemente –, é óbvio que o imperativo de protecção estadual não pode ir muito além disso[1773]. Até poderá certamente falar-se de subsidiariedade da protecção sancionatória e penal em face de outras modalidades mais suaves de tutela de direitos fundamentais. Agora não parece que possa defender-se simplesmente a subsidiariedade da protecção pública no seu conjunto, a cargo do Estado, em relação à capacidade dos cidadãos para assegurar a defesa dos seus próprios direitos.

II – A inadequação de um princípio geral de subsidiariedade da protecção estadual para a resolução do problema em análise pode, ainda, ser confirmada pelos resultados que decorreriam da sua aplicação aos quatro tipos de casos acima mencionados.

i) Desde logo, no tocante ao primeiro grupo de casos, em que o titular do direito tem a possibilidade de evitar o perigo, a convocação do princípio da subsidiariedade acarretaria consigo um efeito perverso, de redução da liberdade pessoal e de padronização das condutas individuais. Com efeito, a exposição (indesejada) dos cidadãos a alguns dos perigos em causa está associada, ela própria, a comportamentos que se encontram protegidos por direitos fundamentais, envolvendo o seu exercício activo ou passivo. De forma mais próxima ou mais remota, podem estar em jogo direitos como a liberdade de deslocação e fixação no território, o direito à habitação, o direito de propriedade, a liberdade de escolha de profissão, o direito ao trabalho ou, em última instância, o livre desenvolvimento da personalidade. Sendo assim, colocar os titulares desses direitos perante a alternativa de se sujeitarem aos perigos em questão – tipicamente, perigos para a sua vida, integridade física e saúde – ou de alterar o seu local de residência, de mudar de emprego ou de renunciar a certas condutas ou actividades lícitas (e socialmente aceites), equivaleria a uma inversão valorativa intolerável[1774]. Seria o mesmo que dizer aos titulares dos direitos afectados, tal como no conhecido aforismo popular, "quem está mal muda-se", quando evidentemente "quem está mal" são aqueles sujeitos que, embora com diferentes graus de

[1772] Não obstante, KRINGS, *Grund*, pp. 280 ss..
[1773] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 245; referindo, como exemplo, o caso (da rotulagem) dos alimentos geneticamente modificados, J. LOUREIRO, *Da sociedade*, p. 888.
[1774] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 245.

censurabilidade, contribuem para gerar situações de perigo efectivo para a integridade de bens jusfundamentais alheios.

Neste campo, os cidadãos podem agir de muitas maneiras para evitar os perigos que ameaçam os seus direitos fundamentais, para se afastarem deles ou para se precaverem contra eles, mas tal só lhes pode ser exigido pelo Estado quando não envolva um prejuízo injusto para os seus interesses ou um encurtamento irrazoável de outros dos seus direitos. Se assim não for, o Estado tem a obrigação de intervir antes – muito antes, por vezes – de esgotadas todas as possibilidades práticas de autoprotecção ao dispor do titular dos direitos sob ameaça. Isto não significa, obviamente, passar um atestado de menoridade aos cidadãos, isentando-os da observância de todos e quaisquer padrões de diligência ou de um ónus geral de agir responsavelmente na preservação dos seus bens jurídicos. Significa tão-somente que, por regra, o exaurimento dos recursos, dos instrumentos e das estratégias de autoprotecção acessíveis aos próprios titulares dos direitos não lhes pode ser juridicamente exigível. A protecção estadualmente devida dos direitos fundamentais não pode, pois, ser vista como *ultima ratio*. Pelo contrário, alcançar-se-iam resultados insustentáveis se, à sombra de um princípio geral de subsidiariedade, o Estado só fosse obrigado a envolver-se activamente na protecção dos direitos fundamentais dos respectivos cidadãos no momento em que estes nada mais pudessem fazer pela segurança dos seus próprios bens jurídicos – ou, inclusive, no momento em que se confirmasse o esgotamento ou a ineficiência de eventuais formas de "auto-regulação social"[1775]. *Ad absurdum*, nunca seria necessário proibir o fumo do tabaco em recintos fechados, porque os não fumadores poderiam sempre proteger a sua saúde evitando esses espaços ou, simplesmente, saindo para a rua[1776-1777].

Por outro lado, a possibilidade de autoprotecção pressupõe, em geral, que o titular dos direitos fundamentais tenha capacidade para se aperceber do perigo em que se encontra e, além disso, que saiba também como deve reagir para evitar a ocorrência de uma lesão[1778]. Ora, se muitas vezes não é difícil ter uma representação aproximada do perigo, e os próprios modos de reacção adequados são razoavelmente intuitivos, outros casos existem – sobretudo quando se trata de riscos em sentido estrito – em que o comum dos indivíduos não dispõe dos conhecimentos técnicos e científicos necessários para antecipar a ocorrência da lesão, representando correctamente a existência e a configuração da ameaça jusfundamental, quanto mais para decidir sobre a melhor forma de actuar para prevenir ou minorar os seus efeitos negativos. Por isso, nesses casos, torna-se evidente que os deveres estaduais de protecção – sobretudo por meio da transmissão e divulgação da informação pertinente, mas também através do

[1775] Salientando, precisamente, o papel limitado que a *auto-regulação* pode ter neste contexto: FABER, *Gesundheitliche Gefahren*, pp. 746-747, e pp. 752 ss..

[1776] Só assim não seria quando os indivíduos, por dever de ofício ou por outras vinculações jurídicas, estiverem obrigados a permanecer no interior dos ditos espaços.

[1777] Não é essa, obviamente, a solução do direito positivo, aliás já largamente caucionada pela jurisprudência: Acórdão nº 423/2008; BVerfGE 95.173 *(Warnhinweise für Tabakerzeugnisse)*; BVerfGE 121.317 *(Rauchverbot in Gaststätten)*.

[1778] MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, p. 184.

estabelecimento de regras e procedimentos de segurança – precedem necessariamente quaisquer medidas ou estratégias de autoprotecção. Se um cidadão não tem acesso à informação, através do rótulo de um produto alimentar disponível no mercado, de que o mesmo resulta de um processo de modificação genética, como pode ele tomar uma decisão responsável quando à sua aquisição e consumo?

Tipicamente, os deveres informação – quer sejam cumpridos pela mão do próprio Estado (*v.g.*, advertências, recomendações) ou, como é mais frequente, por interposta pessoa (*v.g.*, rotulagem, instruções) – não se caracterizam apenas por visarem o reforço da *capacidade de autodeterminação* dos indivíduos potencialmente afectados, permitindo-lhes optar entre assumir certos perigos e riscos, inerentes a uma determinada conduta, ou abster-se dessa mesma conduta. Eles caracterizam-se também por visarem o reforço da própria *capacidade de autoprotecção* dos visados em face desses perigos e riscos – isto é, permitindo-lhes, sem renunciarem aos seus propósitos, uma antevisão das ameaças mais prováveis e explicando-lhes como podem evitar certos eventos danosos e como reagir no caso da sua ocorrência. Então em áreas como a dos direitos dos consumidores – em que o triângulo jusfundamental se apresenta como um verdadeiro *triângulo de circulação de informação*, entre o produtor-vendedor, os consumidores e o Estado[1779] –, torna-se evidente que não são os recursos ou os instrumentos de autoprotecção que devem ser esgotadas para que os deveres estaduais de protecção sejam chamados a entrar em campo, mas, inversamente, são estes últimos que devem ser cumpridos para que se desenvolvam todas as possíveis capacidades de defesa própria dos titulares dos direitos fundamentais.

ii) Por sua vez, no que concerne ao segundo tipo de casos acima enunciados, adiantou-se já que os institutos de autotutela legalmente previstos, além da sua índole marcadamente excepcional, correspondem a simples faculdades que são reconhecidas pela ordem jurídica aos titulares dos direitos que se encontram sob ameaça. Ao contrário do que sucede com a Administração, que beneficia simultaneamente de autotutela declarativa e de autotutela executiva – e que, em situação de normalidade, deve fazer uso desse privilégio, na eficiente prossecução do interesse público –, a autotutela dos particulares enquadra-se noutro paradigma completamente diferente. Mesmo quando verificados os respectivos pressupostos, os institutos da legítima defesa, da acção directa, do estado de necessidade ou do direito de resistência nunca correspondem a formas de actuação normal dos particulares e, sobretudo, nunca correspondem a poderes-deveres ou a prerrogativas de exercício obrigatório. É sempre legítimo aos particulares, em face da situação de perigo para os seus bens jurídicos, aguardar pelo resultado do recurso aos "meios coercivos normais" – até por considerarem, pragmaticamente, que não existem condições reais para uma autotutela eficaz –, sem que esse comportamento (passivo) seja qualificado como consentimento do lesado ou, por qualquer outra forma, valorado negativamente. Como é evidente, mesmo perante

[1779] Amplamente, sobre este triângulo informacional: MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 86 ss.; STOLL, *Sicherheit*, esp. pp. 284 ss.; num âmbito mais restrito, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss..

ameaças actuais e ilícitas, e na impossibilidade de recorrer aos meios normais de tutela, a ninguém pode ser exigível que recorra à figura da legítima defesa para proteger os seus direitos.

Por conseguinte, colocar os deveres estaduais de protecção numa posição subsidiária relativamente às possibilidades de defesa própria dos titulares dos direitos fundamentais, nesta modalidade particular de autotutela, não só alteraria – para não dizer inverteria ou subverteria – a natureza dos institutos em apreço tal como são de há muito consagrados pelo direito positivo, como poria em causa a estabilidade da estrutura jurídica em que assenta o Estado de Direito. Se o poder público, em vez de procurar evitar que os cidadãos sejam colocados perante situações em que têm que defender por si os seus direitos, relegar a sua actuação apenas para aqueles casos em que os indivíduos não podem mais ou não são capazes de se defender a si mesmos, então – ao menos no domínio da tutela preventiva dos direitos –, a autoprotecção torna-se na regra e a heteroprotecção volve-se na excepção. E, naturalmente, o potencial de abuso das figuras de autotutela é aqui imenso. De válvulas de segurança que contribuem para a estabilidade do edifício do Estado de Direito, baseado no princípio da heterotutela das posições jurídicas individuais, elas converter-se-iam em brechas capazes de o fazer desabar.

iii) Por último, no tocante ao terceiro e quarto tipos de casos antes referidos, a chave para uma melhor compreensão do problema está na distinção entre complementaridade recíproca e subsidiariedade. Como acima se antecipou, a heterotutela preventiva ou sucessiva, individualmente desencadeada pelos titulares dos direitos fundamentais afectados – e, nessa medida, ainda subsumível entre as formas de defesa própria em sentido latíssimo –, deve somar-se de forma articulada às medidas estaduais de protecção activa dos mesmos direitos, mas não deve ser considerada motivo válido para o afastamento de eventuais deveres estaduais de protecção. A eficácia e a adequação dos mecanismos processuais disponíveis podem e devem ser tidas em consideração no momento da conformação dos deveres estaduais de protecção, até porque uns e outros partilham o mesmo desiderato de garantia dos direitos fundamentais. Mas é claro que o prosseguem por vias diferentes. Por isso, sobretudo considerando a enorme força expansiva do princípio da tutela jurisdicional efectiva – que justificou, simbolicamente, a sua elevação, em 1997, à epígrafe do artigo 20º, bem como o empenho que doutrina e jurisprudência sempre têm posto na sua densificação[1780] –, a aplicação do princípio da subsidiariedade às relações entre a *protecção oficiosa e espontaneamente promovida pelo Estado* e a *protecção por este concedida individualmente (apenas) a instâncias dos cidadãos*, bem entendido, redundaria numa quase aniquilação da figura jurídico-constitucional em análise.

De resto, ao invés do que se verifica com a protecção de direitos fundamentais acessível através de vias jurisdicionais, que assume naturalmente carácter atomístico – exceptuados meios processuais

[1780] Como exemplo eloquente desse trabalho, com inúmeras referências jurisprudenciais, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 20º*, pp. 432 ss..

muito específicos, tutela-se um direito individual de cada vez –, os deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais têm um horizonte muito mais abrangente. Desde logo, estes deveres começam por vincular o Estado no plano legislativo – apesar de tudo, ainda dominado pela ideia de generalidade da lei –, sendo que também só pode haver protecção efectiva no plano processual quando existe previamente uma lei substantiva adequada. Medidas legislativas que são por vezes muito simples têm a capacidade para, de uma forma bastante eficaz e sem qualquer tipo de conflitualidade, contribuir para a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais de um larguíssimo espectro de pessoas. Haja em vista, a título ilustrativo, a lei que determina a redução do teor do sal no pão, com vista à protecção da saúde (cardiovascular) de todos os portugueses[1781]. Ora, dado que nunca seria possível obter através de caminhos jurisdicionais um efeito semelhante, a ideia de subsidiariedade fica inevitavelmente excluída, porquanto ela pressupõe que se possa substituir *A* por *B* – os deveres de protecção pelas vias jurisdicionais – com idênticos ou até com melhores resultados.

10.3.3. Situações pessoais de especial vulnerabilidade

A convocação de uma ideia de subsidiariedade dos deveres estaduais de protecção em face das possibilidades de defesa própria – quer no sentido mais restrito da expressão, quer no seu sentido mais amplo – parece assim explicar-se apenas por uma pré-compreensão ideológica acerca da dimensão do Estado. Pré-compreensão essa que, sendo tributária de um certo liberalismo militante – embora não necessariamente de um puro "liberalismo de supermercado", destituído dos impreteríveis valores comunitários[1782] –, não atribuem a devida importância à função de segurança do Estado, nem se apercebem da natureza qualitativamente diferenciada que ela tem, numa perspectiva de legitimidade, em relação às tarefas económico-sociais que o mesmo também desempenha[1783]. Em particular, no concernente às modalidades de defesa própria que implicam o recurso individual a instrumentos de heterotutela, ignora-se ainda a tremenda mais-valia que a figura dos deveres de protecção representa e que, inevitavelmente, se perderia se estes fossem colocados numa pura relação de subsidiariedade com os tradicionais meios de tutela jurisdicional. Preferível será, pois, amarrar bem o Estado à respectiva função de segurança, não vá o poder de sedução de certas ideias – qual *canto da sereia* – contribuir para a sua ruína.

Não obstante a orientação de fundo até ao momento seguida, importa reconhecer que a especial debilidade de alguns sujeitos jusfundamentais implica para o Estado uma clara intensificação dos seus deveres de protecção[1784]. O Estado "deve proteger mais quem se encontre numa situação de penúria que

[1781] Lei nº 75/2009, de 12 de Agosto.
[1782] A expressão, contundente, é usada por RAZ, *Ethics*, p. 175.
[1783] GUSY, *Rechtgüterschutz*, p. 582, fazendo depender a legitimidade do Estado, não tanto do *se* da sua actuação, mas sobretudo do respectivo *como*.
[1784] ISENSEE, *(§111), Das Grundrecht*, p. 215, sublinhando que os deveres de protecção não são contudo um "tema do Estado Social".

dificulte um exercício livre e autónomo dos direitos fundamentais, deve proteger especialmente quem se encontre numa posição de debilidade perante poderes privados demasiado fortes, deve atender às assimetrias das relações entre privados, deve vir em auxílio de quem, por si só, pelas suas próprias forças, pelo exercício das liberdades individuais, não disponha das condições para um livre desenvolvimento da personalidade e para a conformação autónoma dos próprios planos de vida"[1785]. Quer isto dizer, portanto, que a rejeição da *subsidiariedade negativa* – cujo desiderato essencial é fazer recuar o Estado para situações de perigosidade mais severa ou mais incontrolável – não envolve automaticamente que se descarte a *vertente positiva* do mesmo princípio, à luz da qual o Estado (e as instâncias públicas de nível superior) têm uma especial obrigação de intervenção sempre que os indivíduos (e as instâncias sociais inferiores) não tenham capacidade para resolver adequadamente os seus problemas[1786].

A tese de que a possibilidade e a capacidade de autoprotecção terá em regra uma escassa relevância (negativa) no momento de deduzir e conformar os deveres de protecção de direitos fundamentais é válida sobretudo quando no horizonte está o comum dos cidadãos, considerados em termos abstractos – ou seja, quando destinada a aplicar-se a pessoas detentoras de um índice de desenvolvimento e de robustez física e psíquica normais, de níveis de instrução e informação medianos e, porventura até, de uma posição socioeconómica e laboral corrente. Mas os dados do problema alteram-se muito significativamente sempre que, por alguma razão, de natureza conjuntural ou estrutural, os cidadãos se encontram claramente diminuídos no confronto com os padrões de normalidade em algum dos itens referidos, resultando daí o enfraquecimento ou até o desaparecimento da capacidade para se precaverem e para reagirem em termos adequados contra a violação dos seus direitos fundamentais[1787].

I – É o que pode verificar-se, designadamente, com as seguintes categorias de pessoas e situações:

a) As *crianças* e os *jovens*, os *cidadãos portadores de deficiência*, os *doentes*, os *idosos* e as *mulheres grávidas*, em virtude da situação de debilidade ou de fragilidade natural em que se encontram, transitória ou definitivamente, têm também uma maior dificuldade em garantir o respeito pela integridade dos seus bens jurídicos. Estas pessoas carecem, pois, de uma atenção especial por parte do Estado, que há-de desdobrar-se em duas vertentes: por um lado, na realização de prestações destinadas à efectivação de direitos sociais específicos – inclusive, com directo esteio no texto constitucional, no nº 3 do artigo 63º e nos artigos 68º a 72º –; por outro lado, no cumprimento de deveres de protecção propriamente ditos – também com explícito arrimo literal em expressões como "direito à protecção da sociedade e do

[1785] J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 95.
[1786] Sublinhando a vertente positiva do princípio da subsidiariedade, M. SALEMA, *O princípio*, pp. 25-27.
[1787] Mais em geral, sobre o problema da averiguação da possibilidade individual de (auto)protecção, HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 25-26.

Estado" (nº 1 do artigo 68º e nº 1 do artigo 69º), "direito a especial protecção durante a gravidez" (nº 3 do artigo 68º) e, em particular, "direito à protecção (…) contra o exercício abusivo da autoridade na família" (nº 1 do artigo 69º, *in fine*)[1788]. O conceito aqui subjacente não é, pois, muito diferente daquele que no direito penal conduz à qualificação de determinados tipos criminais, a começar pelo homicídio, quando o facto seja praticado contra "pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez"[1789]

b) Os *trabalhadores* e os *consumidores* constituem igualmente duas categorias de pessoas que, embora por razões diferentes, a Constituição considera merecedoras de especial protecção. Mercê da relação de desigualdade fáctica que existe, por uma banda, entre empregadores e trabalhadores – decorrente do maior peso socioeconómico dos primeiros e da posição de subordinação jurídica dos segundos –, e, por outra banda, entre produtores-distribuidores-prestadores e os respectivos consumidores – resultante agora não apenas da supremacia económica dos primeiros, mas também do défice de informação e de capacidade negocial dos segundos –, a Lei Fundamental estabelece um conjunto de imposições destinadas a reduzir ou a compensar esse desequilíbrio entre as correspondentes posições iniciais. E, entre essas imposições, existem certamente direitos a prestações de natureza económica e social, mas também se encontram afloramentos da presença de deveres de protecção em sentido rigoroso, inseridos numa lógica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados e orientados sobretudo para a salvaguarda da vida, da saúde e da integridade física dos trabalhadores e dos consumidores (artigo 69º, alíneas *c)* e *f)* do nº 1, e alínea *c)* do nº 2; artigo 60º, nº 1). Aliás, é por demais evidente que tanto os trabalhadores como os consumidores se encontram, nessa qualidade, frequentemente expostos a perigos muito sérios, sendo que quanto maior é o poder do sujeito privado com que se relacionam, maior é também a sua própria dependência e, por efeito desta, menor a capacidade de tutela efectiva dos seus direitos fundamentais[1790].

c) Na mira de especiais obrigações de protecção por parte do Estado devem estar ainda as pessoas que foram já *vítimas* da violação grave de alguns dos seus direitos fundamentais – integridade física e moral, autodeterminação sexual, saúde, livre desenvolvimento da personalidade. Assim será sobretudo quando se mantêm as circunstâncias em que essa violação ocorreu ou se desenvolve ainda de forma continuada ou repetida. Trata-se agora de

[1788] Neste preciso sentido: STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 166; embora apenas referindo-se às crianças, A. DIAS, *Dano*, pp. 57-59.
[1789] Artigo 132º, nº 2, alínea *d)*, Código Penal.
[1790] Em termos paradigmáticos: no contexto laboral, M. ROUXINOL, *A obrigação*, esp. pp. 54 ss., e pp. 89 ss..; e também BADURA, *Persönlichkeitrechtsliche Schutzpflichten*, pp. 1 ss..; quanto à protecção dos consumidores, KRINGS, *Grund*, esp. pp. 318 ss..

formas de violência em que, mesmo nos seus moldes típicos, não tem de existir *a priori* uma posição de superioridade objectiva dos agressores relativamente às vítimas. A situação de inferioridade destas é gerada de forma progressiva e deliberada pela actuação daqueles, com recurso a mecanismos físicos e psicológicos complexos, que passam pela intimidação e pela exploração de fragilidades alheias (*v.g.*, sentimentos, baixa auto-estima, deficiente integração no meio) e, até, de certos preconceitos socialmente enraizados. Será o que sucede, paradigmaticamente, nos fenómenos de *violência doméstica*, de *assédio moral (mobbing)* no local de trabalho e de *bullying*, em contexto escolar ou sob a forma mais recente de *cyberbullying*. Em qualquer destes casos, não obstante as suas especificidades, a conduta do agressor, sobretudo pelo seu carácter reiterado, tem repercussões de tal modo graves (e traumáticas) no plano dos direitos fundamentais das vítimas que não podem ser ignoradas pelo Estado. Daí as diversíssimas e interessantes reacções legislativas verificadas no tocante à violência doméstica, bem como a previsão legal (embora ainda incipiente) do assédio moral no trabalho[1791-1792]. E daí também, considerando o "direito" de cada criança "à protecção" "contra todas as formas de (…) discriminação e opressão" (nº 1 do artigo 69º), a eventual inconstitucionalidade por omissão respeitante ao fenómeno do *bullying*, que não foi ainda objecto de um tratamento global e coerente pelo direito positivo[1793-1794].

d) Vítimas preferenciais de determinadas formas de violação de direitos fundamentais – *maxime*, vítimas da prática de certos crimes – são ainda os *imigrantes* e os *indivíduos pertencentes a minorias étnicas*, tanto mais que muitas vezes estas duas qualidades se encontram reunidas na mesma pessoa[1795]. Se, quanto aos imigrantes em situação regular, eles podem em certa medida escudar-se no princípio da equiparação de direitos e deveres, já os imigrantes ilegais estão com frequência expostos a formas de exploração e opressão de vária ordem (*v.g.*, laboral, física, moral, sexual), absolutamente incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Daí a vinculação do Estado a deveres especiais de protecção em face dos respectivos agressores privados – quer sejam empregadores sem escrúpulos ou até organizações criminosas –, definindo mecanismos que, sem inviabilizar a prossecução de uma política pública de imigração, permitam ao mesmo tempo aos indivíduos em causa

[1791] Quanto à violência doméstica: Lei nº 61/91, de 13 de Agosto; Lei nº 104/2009, de 14 de Setembro; Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro; Decreto-Lei nº 201/2007, de 24 de Maio; Decreto Regulamentar nº 1/2006, de 25 de Janeiro.

[1792] Artigo 29º do Código do Trabalho. Na doutrina: M.G. REDINHA, *Assédio*, pp. 833 ss.; I.R. PARREIRA, *O assédio*, pp. 209 ss.. No domínio legislativo, de referir o Projecto de Lei nº 252/VII.

[1793] Os intrumentos que existem são todos de ordem geral: Lei nº 147/99, de 1 de Setembro (protecção de crianças e jovens em perigo); Lei nº 166/99, de 14 de Setembro (lei tutelar educativa); Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro (regime penal dos jovens); Lei nº 30/2002, de 30 de Dezembro (estatuto do aluno).

[1794] Informação, incluindo de natureza científica e jurídica, disponível em *www.bullyingescola.com* e em *www.portalbullying.com.pt*.

[1795] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 198-199, defendendo *deveres de protecção especiais* para refugiados, detidos, deportados, deslocados e mentores de minorias étnicas.

gozar, exercer e obter tutela para os seus direitos mais elementares[1796]. Quanto às minorias étnicas, incumbe ao Estado, por um lado, proteger os indivíduos em situações típicas de discriminação (*v.g.*, no domínio contratual e laboral em particular – artigo 26º, nº 1, *in fine,* e artigo 59º, nº 1) e, por outro lado, reconhecer a especificidade e a especial censurabilidade de determinadas condutas criminosas – artigo 132º, nº 2, alínea *e)* do Código Penal.

e) Finalmente, os bens fundamentais mais carecidos de protecção estadual são aqueles cujos titulares se encontram numa situação de absoluta dependência em face de terceiros – o que, no presente contexto, equivale a apontar os *embriões humanos*, os *nascituros* e as pessoas que integrarão as *gerações futuras*. São estes totalmente incapazes de se defenderem a si mesmos, porque não possuem ainda uma existência juridicamente consolidada, dada a falta de personalidade em sentido formal que os afecta. Pese embora o reconhecimento da relevância jusfundamental objectiva dos entes em apreço – inclusive no plano jurisprudencial[1797] –, estes não podem senão confiar que um profundo sentido ético e jurídico dos homens presentes os encaminhe, segundo a *regra de ouro*, a não fazer aos outros o que não desejamos para nós mesmos[1798].

II – Este elenco, apesar de não pretender ser exaustivo, torna bem mais fácil compreender a necessidade de um regime especial – embora não de excepção –, no qual o Estado fica investido numa obrigação de protecção, particularmente minuciosa e vigorosa, dos bens jurídicos fundamentais dos sujeitos envolvidos. Como demonstram de modo exemplar as estatísticas da criminalidade e da vitimização disponíveis, a situação de grande vulnerabilidade em que estão, ou são deliberadamente colocadas, muitas das pessoas integrantes dos referidos grupos sociais, deve ser tomada pelo Estado como indício sinalizador da necessidade de adoptar estratégias adequadas de protecção dos respectivos direitos fundamentais[1799]. Como se foi adiantando, essas estratégias passam, naturalmente, pela emanação de medidas imediatas no domínio legislativo e administrativo, destinadas ao controlo e repressão das diferentes formas de violência envolvidas, mas hão-de traduzir-se sobretudo em programas complexos e integrados de prevenção das respectivas causas e de alteração dos comportamentos, envolvendo o estudo científico dos problemas, a realização de prognoses sobre as formas de intervenção mais eficazes, a monitorização da evolução dos fenómenos e a avaliação dos resultados das medidas aplicadas. Por conseguinte, articulando sempre o conhecimento rigoroso da realidade com, por um lado, instrumentos de protecção jusfundamental e, por outro lado, medidas de carácter económico-social.

[1796] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 15º*, pp. 266 ss..

[1797] De forma impressiva, na jurisprudência portuguesa mais recente: Acórdão nº nº 75/2010 (aborto V); Acórdão nº nº 101/2009 (procriação medicamente assistida).

[1798] Recorde-se, SALADIN / ZENGER, *Rechte*, p. 30-32.

[1799] Informação estatística actualizada, embora nem sempre estruturada em função das vítimas, em *www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justiça* e em *www.apav.pt*.

Diante do quadro exposto, nem mesmo os mais estrénuos defensores da aplicação do princípio da subsidiariedade aos domínios ora versados ousarão recusar que o Estado tem, relativamente aos bens jusfundamentais titulados pelas pessoas acima elencadas, um papel muito peculiar a cumprir. Como no próprio período liberal se preconizou, "existe, de facto, uma classe de cidadãos para a qual só com certas reservas podem aplicar-se os princípios [de não intervenção] expostos anteriormente, que se referem sempre a homens no exercício normal das suas forças". Precisamente aqueles que "não alcançaram a maioridade e que se acham privados do exercício das suas forças humanas pela demência ou pela loucura. O Estado deve velar também pela segurança destes, cuja situação pode exigir com toda a certeza um tratamento especial"[1800]. Apenas não se pode assentir em que o elenco dos cidadãos em causa seja tão restrito quanto então se estimava.

[1800] HUMBOLDT, *Os limites*, p. 98 e, mais desenvolvidamente, pp. 141 ss..

§4º. O ESTADO: TERCEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

11. Destinatários do dever de protecção

Segundo reza o nº 1 do artigo 18º, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias – assim como, em larga medida, aos restantes direitos fundamentais – vinculam imediatamente todos os poderes públicos, sem excepção. Esta norma constitucional vale tanto para os direitos fundamentais na sua função de defesa quanto para os deveres de protecção, tal qual eles se desprendem dos mesmos direitos[1801]. Aliás, se há coisa que estes deveres tornam claro é que a garantia da segurança, como tarefa fundamental do Estado, exige uma "eficácia conjunta" de todos os poderes públicos[1802]. Da mesma assentada, aquele mesmo preceito determina ainda a vinculação aos mesmos direitos das entidades privadas, suscitando questões das mais intrincadas da dogmática jusfundamental. Além da dita eficácia conjunta de todos os poderes públicos, a função do Estado de segurança jusfundamental não dispensa a colaboração e o empenho da sociedade e dos seus diversos agentes. Por detrás de uma formulação literal aparentemente simples, esconde-se assim um amplo conjunto de segmentos normativos, que será imprescindível analisar em separado na perspectiva dos deveres de protecção.

I – Legislativo, executivo, judiciário e político *stricto sensu* estão, pois, constitucionalmente consorciados pela obrigação de assegurar a integridade dos bens jurídicos fundamentais de todas as pessoas. Imposição essa que, para ter sentido útil relativamente ao princípio da constitucionalidade do nº 3 do artigo 3º – segundo o qual a validade de todos os actos jurídico-públicos "depende da sua conformidade com a Constituição" e, portanto, também com as respectivas normas de direitos

[1801] JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 88.
[1802] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 128.

fundamentais –, não se pode verter apenas na proibição de atentar de forma directa contra os direitos em apreço, evitando a sua restrição fora dos casos e dos moldes autorizados constitucionalmente. Além desta óbvia vertente *negativa*, o imperativo decorrente do nº 1 do artigo 18º tem de se desdobrar (pelo menos) numa outra vertente, agora de índole *positiva*: a obrigação de promover activamente a segurança dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais – com os instrumentos próprios de cada função estadual – , garantindo a sua intangibilidade frente às múltiplas ameaças objectivas que sobre eles impendem, quer estas provenham de terceiros privados, quer de outras fontes internas ou externas, humanas ou naturais[1803].

Afiguram-se insuficientes, por conseguinte, todas as interpretações que pretendam ver no nº 1 do artigo 18º apenas uma clarificação, um reforço ou uma concretização do dever de absoluto respeito que todos os poderes públicos têm pela Constituição, à luz do princípio basilar da constitucionalidade[1804]. Na sua qualidade de *norma sobre normas*, no segmento que agora interessa, o nº 1 do artigo 18º toma os direitos, liberdades e garantias – assim como os demais direitos fundamentais que com aqueles guardem analogia estrutural – como um todo, na complexidade dos seus conteúdos, positivos e negativos, materiais e processuais, e na integralidade das suas dimensões, subjectivas e objectivas, de defesa e de protecção, institucionais e valorativas. Nenhum sentido faria que o legislador, as autoridades administrativas, os tribunais e os órgãos do poder político estivessem vinculados pelos direitos fundamentais apenas enquanto normas objectivas – mas já não enquanto posições jurídicas subjectivas –, ou tão-só enquanto direitos negativos de defesa – embora não na sua veste de deveres positivos de protecção –, ou unicamente nas suas dimensões organizatórias e procedimentais – excluindo por exemplo as respectivas vertentes valorativas.

Que as vertentes tradicionais, negativas e de defesa, são manifestamente escassas para fazer jus ao sentido normativo do nº 1 do artigo 18º é algo que, aliás, se confirma através do texto do próprio artigo 9º, onde a "garantia" dos direitos e liberdades fundamentais surge erigida em "tarefa" do poder público e contraposta ao simples "respeito" pelo princípio do Estado de Direito democrático (alínea *b)*), bem como à (ainda mais abrangente) "efectivação" dos direitos sociais (alínea *d)*). Se há coisa de que os constituintes portugueses não podem ser acusados é, certamente, de não terem tido consciência de quão exigentes podem ser, para os poderes públicos, os direitos fundamentais nas suas diferentes categorias, demandando daqueles uma postura muito dinâmica: ora de vigilante abstenção; ora de compressão comedida; ora de configuração do seu conteúdo; ora de intervenção protectora; ora ainda de preenchimento dos pressupostos da respectiva efectividade; ora finalmente da sua promoção activa no plano jurídico e fáctico[1805].

[1803] J.MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 342 ss; R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 172 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 38-39; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 205-206.
[1804] J.MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 325-327.
[1805] Para uma aproximação tipológica às leis sobre direitos fundamentais, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 207 ss..

Em todo o caso, quando a Constituição determina a vinculação de todas as entidades públicas aos deveres de protecção, é manifesto que ela tem de admitir diferenciações. A vinculação dos entes públicos respeita aos direitos fundamentais tomados como um todo. Mas não decorre daqui que o papel de cada um dos poderes públicos seja exactamente o mesmo e tenha idêntico alcance no que respeita a todas e cada uma das vertentes em que se declina aquele todo. Além das diferenças que são inerentes à índole própria da função do Estado que os diversos órgãos do poder exercem, há ainda nuances que decorrem de uma melhor adequação entre certo poder estadual e certa dimensão jusfundamental. Em termos ilustrativos: ninguém contestará que o papel do legislador ordinário é em geral mais relevante no que toca às dimensões (positivas) de protecção do que nas dimensões (negativas) de defesa; assim como ninguém negará a especial proximidade que existe entre a função administrativa e as dimensões prestacionais dos direitos fundamentais; do mesmo modo que não se faltará à verdade acentuando que a acção dos tribunais é por regra mais consequente em relação às vertentes subjectivas dos direitos fundamentais, por comparação com o que sucede nas vertentes puramente objectivas ou valorativas destes[1806]. São precisamente estas nuances, que traduzem relações preferenciais entre certo ramo do poder público e determinada função jusfundamental, que importa doravante tentar compreender melhor.

Note-se, por último, a respeito da vinculação dos entes públicos que muitas das considerações que entretanto serão efectuadas a respeito da função legislativa do Estado valerão também, *mutatis mutandis*, para a função política em sentido estrito[1807]. E, em particular, são igualmente válidas para a protecção diplomática, na medida em que esta extravase as fronteiras da função administrativa e implique o exercício do *treaty making power* ou o recurso a vias de responsabilização internacional de Estados terceiros[1808]. De qualquer forma, não se justificará retomar neste parágrafo tal problemática, já desenvolvida acima em dois momentos distintos[1809].

II – Como se disse, o nº 1 do artigo 18º afirma igualmente a vinculação das entidades privadas. No entanto, se a ligação que se estabelece entre os direitos fundamentais e os diferentes poderes públicos, no que concerne ao cumprimento dos deveres de protecção, comporta variações sensíveis em razão das funções estaduais que cada um deles exerce, por maioria de razão a subordinação dos sujeitos privados nas suas relações recíprocas há-de implicar especificidades bastante mais significativas: quer por comparação com o que se verifica no tocante às entidades públicas; quer decorrentes da própria dissemelhança existente dentro das relações horizontais (ou verticais) que se estabelecem entre privados; quer até por influência das características matriciais do ramo de direito que é chamado a reger essas

[1806] Apresentando sucessivamente os diferentes papéis de cada função estadual: DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 175 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 265 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 106-109; KRINGS, *Grund*, pp. 242 ss; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 150 ss.; também por ramos de direito, HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 67 ss..

[1807] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 324-325.

[1808] J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 14º*, pp. 242 ss..

[1809] Supra, §1º, ponto 4.7.2, e §2º, ponto 7.3.4.

relações intersubjectivas entre sujeitos privados (*v.g.*, direito civil, direito do consumidor, direito laboral, direito ambiental[1810]).

De fora da análise a empreender ficarão certamente muitas questões relativas ao tema da vinculação dos privados (ou de certos privados) a deveres de protecção de direitos fundamentais (ponto 15). Não se tratará adiante, por exemplo, da vinculação daqueles sujeitos que, apesar da sua natureza jurídica privada, se encontram munidos de *ius imperii* e se relacionam, nessa qualidade, com outros sujeitos privados[1811]. Nem tão-pouco interessará reabrir aí a problemática da corresponsabilidade estadual por perigos (e danos) jusfundamentais imediatamente gerados por particulares, embora tolerados, autorizados, possibilitados ou incentivados por instâncias públicas[1812]. Menos ainda se poderão reequacionar, nesse momento, as conclusões já alcançadas sobre a impossibilidade de explicar, dogmaticamente, a figura dos deveres de protecção através do instituto da sujeição das entidades privadas aos direitos fundamentais – ou vice-versa. Por isso, sem prejuízo da íntima relação que existe entre estas duas figuras, será necessário caminhar sobre as considerações anteriormente efectuadas quanto à orientação (mediata ou) imediata do princípio da vinculação dos sujeitos privados, bem como quanto à necessidade de desagregar o catálogo constitucional dos direitos fundamentais para o estabelecimento desse mesmo vínculo[1813].

As questões para as quais se procurará uma solução serão, pois, outras. A saber: sendo o dever de protecção tido comummente como um dever *do* Estado, que o liga (objectiva ou subjectivamente) aos seus cidadãos, podem os particulares – por força da parte final do nº 1 do artigo 18º ou de disposições constitucionais específicas – encontrar-se também na posição de destinatários passivos de deveres constitucionais de protecção para com os direitos dos seus semelhantes? E, em caso de resposta afirmativa, terão esses deveres privados de protecção de se apresentar como paralelos ou complementares dos deveres do Estado ou podem ter uma função substitutiva destes? Serão deveres originários dos sujeitos privados ou o resultado de uma simples operação de privatização efectuada pelo legislador?

III – Sobretudo a respeito da vinculação do conjunto das entidades públicas, é importante sublinhar que os deveres de protecção, sem prejuízo da sua relativa novidade – ou da sua recente redescoberta[1814] –, não podem ser vistos como um corpo estranho no seio da Constituição e, em especial, no contexto do subsistema constitucional dos direitos fundamentais. Não é suposto que eles subvertam ou sequer que alterem de forma significativa os equilíbrios estabelecidos constitucionalmente entre as

[1810] Na jurisprudência civil, HESSE / KAUFFMANN, *Die Schutzplicht*, pp. 219 ss.; no contexto juslaboral, BADURA, *Persönlichkeitsrechtliche*, pp. 1 ss.; HERMES, *Grundrechtsschutz*, pp. 1764 ss..
[1811] KRINGS, *Grund*, p. 268.
[1812] Supra, §2º, ponto 7.1.
[1813] Supra, §1º, ponto 4.4.
[1814] Sobre a tese da *Wiederentdeckung*, recorde-se: ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 27 e ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtung*, pp. 75 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 151 ss..

diferentes funções do Estado – em particular, entre o legislador democrático, a administração pública e os tribunais –, reforçando umas em detrimentos de outras[1815]. Assim como não é suposto que eles modifiquem as regras de repartição de competências dentro de cada uma das funções do Estado – incluindo as que decorrem de fenómenos de descentralização política e administrativa[1816] –, ou que sirvam de pretexto para contornar regras ou princípios delimitadores da actividade dos respectivos órgãos[1817]. Legislar sobre protecção da vida e integridade física de pessoas em situação de risco é, entes de mais, legislar sobre direitos, liberdades e garantias, nos termos da alínea *b)* do nº 1 do artigo 165º. E, na medida em que isso implique a compressão de direitos de terceiros, é o regime constitucional das restrições jusfundamentais, contido no nº 2 e 3 do artigo 18º, que se aplica necessariamente. Da mesma forma que, em condições normais, a aplicação concreta das leis de protecção cabe às diferentes administrações públicas, segundo as respectivas atribuições e de acordo com a competência dos seus órgãos – actuando em sujeição ao princípio da legalidade – e, bem assim, aos diferentes tribunais, sem que isso lhes confira novas prerrogativas ou lhes retire algumas das que comummente detêm.

É evidente que tomar a sério os deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais pode gerar, aqui ou além, alguns pontos de tensão. Não pode ter-se a pretensão de que a figura em causa é absolutamente neutra do ponto de vista da balança dos poderes e, inclusive, na perspectiva das regras e princípios que balizam a repartição de competências e o respectivo exercício por parte das instâncias administrativas e jurisdicionais. Designadamente, não é possível negar que o acentuar das vinculações constitucionais do legislador ordinário redunda sempre num acréscimo de poder das autoridades judiciárias de controlo, em particular do Tribunal Constitucional[1818]. Esse efeito não é, contudo, nem mais perturbador dos equilíbrios pré-estabelecidos, nem substancialmente mais perigoso do que o produzido por variadíssimos outros institutos da dogmática dos direitos fundamentais – como as restrições não expressamente autorizadas, a fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis violadoras desses direitos, a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, ou o própria máxima da vinculação das entidades privadas. A circunstância de os deveres de protecção não constituírem um *aliud* dentro do sistema jusfundamental – e muito menos um "cavalo de Tróia", capaz de tomar de assalto os direitos fundamentais e de os converter no seu próprio contrário –, não significa que eles sejam uma figura anódina, desprovida de interacções várias com os demais institutos, princípios e regras que aí marcam presença. Não sendo propriamente uma figura subversiva ou que pretenda sobrepor-se às demais que actuam no mesmo contexto, nem por isso deixa de entrar com o seu peso relativo nas operações hermenêuticas e de ponderação que caracterizam todo o campo dogmático dos direitos fundamentais.

[1815] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 275 ss..
[1816] KRINGS, *Grund*, pp. 251-254; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 163-165.
[1817] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 225.
[1818] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 281 ss..

É mister não esquecer, a este respeito, que os deveres de protecção não se vêm somar apenas aos tradicionais direitos negativos, simples instrumentos unifuncionais e unidireccionais de defesa contra restrições estaduais e, sobretudo, contra intervenções agressivas das instâncias executivas. Se os deveres de protecção se viessem juntar aos direitos fundamentais tal como eles eram concebidos no período liberal, então sim, o seu reconhecimento revolucionaria a dogmática constitucional e alteraria em muito o equilíbrio de poderes estabelecido. Sucede que não é de todo assim. Depois do período liberal, o Estado em si mesmo e nas suas relações com a sociedade e com os cidadãos já sofreu transformações profundíssimas: com o alargamento dos direitos políticos; com a introdução dos direitos sociais e ou do princípio do Estado Social – transformação que é acompanhada por uma profunda "socialização" de alguns dos direitos de liberdade[1819] –; com a aceitação da eficácia horizontal (e vertical) dos direitos fundamentais nas relações entre privados; com o surgimento de uma nova e muito heterogénea geração de direitos, encabeçada pelos direitos ambientais, mas em que pontuam direitos de outro jaez, mormente ligados à técnica e ao progresso científico[1820]. Não se pode sequer pensar nas transformações a que obriga o dever de protecção: como se não abundassem nas leis básicas normas não exequíveis e programáticas, fins do Estado e tarefas legislativas e administrativas; como se não tivessem já sido dissolvidas muitas das fronteiras entre o Estado e a sociedade ou entre o público e o privado; ou ainda como se a planificação e a regulação fossem realidades estranhas aos textos constitucionais[1821].

Na sua grande complexidade, o coevo Estado Social de Direito – ou o modelo de Estado dito pós-social, em contínua tentativa para ultrapassar a crise do Estado-providência – há largos anos que se apresenta também como um *Estado de direitos fundamentais*, cuja actividade se desenvolve em torno da garantia e efectivação dos mesmos, simultaneamente sob perspectivas subjectivas e objectivas, negativas e positivas, institucionais e valorativas[1822]. Pelo que nada de extraordinário se acrescenta agora senão uma melhor densificação das obrigações do poder público, numa sociedade marcada de modo paradoxal: por um lado, pela valorização da segurança individual e colectiva; por outro lado, pela explosão e globalização dos riscos – e, num contexto em que a *informação* teima em não se transformar em *conhecimento*, pela dificuldade em gerir a incerteza daí decorrente. Tal como sempre tem sucedido historicamente desde os primórdios do constitucionalismo, os direitos fundamentais actualizam a sua capacidade de resposta em função daqueles perigos que, incidindo sobre certos bens jurídicos, são em cada momento reconhecidos pela sociedade como mais pungentes. Se, num momento inicial, esses eram os que decorriam para a liberdade e para a propriedade do abuso do poder (executivo), noutro momento

[1819] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 56 ss..

[1820] Sobre as transformações impostas ao Estado pela protecção do ambiente e pelos direitos ambientais, M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 433 ss.; ainda sobre o caminho do Estado de Direito, em direcção ao novo Estado ambiental, CALLIESS, *Rechtstaat*, pp. 37 ss..

[1821] Mais em geral, sobre as transformações das Constituições nos séculos XX e XXI, J. MIRANDA, *Manual*, I, pp. 95 ss..

[1822] Recusando a esta designação um sentido meramente retórico: R. MEDEIROS, *O Estado*, pp. 23 ss.; J.P. SILVA, *Cidadania*, pp. 185 ss.: ligando a designação ao conteúdo objectivo-valorativo dos direitos fundamentais, DOLDERER, *Grundrechtsgehalte*, pp. 277, 295 e 301-305.

posterior seriam já os derivados de condições de vida indignas e da exploração da força de trabalho por parte do empresariado. No presente, são sobretudo os perigos e riscos resultantes da invasão técnico-científica de todos os domínios da vida aqueles a que importa dar resposta cabal – desde a alimentação à comunicação intersubjectiva, desde as relações laborais às relações de vizinhança, desde a produção de energia à circulação de pessoas e bens, desde a procriação assistida à presença de cada um no ciberespaço.

12. Função legislativa

12.1. Primado do legislador e liberdade de conformação

Não obstante o infindável número de controvérsias em que está imersa a figura dos deveres de protecção de direitos fundamentais, dois pontos existem em que reina um absoluto consenso doutrinal e jurisprudencial[1823]: primeiro, o *destinatário por excelência dos deveres em causa é o legislador*; segundo, o legislador goza no cumprimento desses deveres de uma *ampla margem de liberdade de conformação*. Esta unanimidade de pontos de partida começa a esboroar-se, contudo, logo que se procura averiguar o sentido exacto do princípio do primado do legislador – designadamente a respeito da imprescindibilidade de uma lei formal para que, no âmbito das funções administrativa e jurisdicional, seja possível proceder à tutela de bens jusfundamentais –, bem como quando se pretende saber qual o exacto alcance da dita liberdade de conformação do legislador, sinalizando os respectivos limites[1824].

I – Assim, o primado do legislador parece significar tão-apenas que – caso inexista no ordenamento positivo uma norma legal capaz de servir objectivamente a função de protecção requerida – tem de ser ele o *primeiro* a avançar no cumprimento das disposições constitucionais que determinam a vinculação dos poderes públicos, ora fazendo uma lei nova, ora modificando ou completando uma lei vigente. O legislador não é o único poder estadual a ter de cumprir, na medida em que os deveres de protecção se desdobram sucessivamente em deveres de legiferação e em deveres de execução[1825]. Na realidade, "sem efectivas medidas de controlo da sua aplicação e de repressão da sua violação", as normas legais de protecção ficariam "em larga medida «letra morta»"[1826]. Sendo o primeiro a ter de cumprir, é

[1823] Em termos paradigmáticos, Acórdão 75/2010 (Aborto V), esp. ponto 11.4.3..
[1824] Na doutrina mais recente, sobre a vinculação do legislador: LANGE, *Grundrechtsbindung*, pp. 218 ss. (e, sobre deveres de protecção, pp. 317 ss.); AULEHNER, *Grundrechte*, pp. 219 ss., e pp. 409 ss.; MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 182 ss.. Sobretudo na perspectiva das exigências de conformação legislativa: CORNILS, *Die Ausgestaltung*, pp. 494 ss., e pp. 621 ss.; JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 54 ss.. Subdividindo a "conformação normativa" de direitos fundamentais em "constituição", "contornação" e "concretização" – integrando os deveres de protecção nesta última – GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 90 ss., 177 ss., e 230 ss..
[1825] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 233.
[1826] Acórdão nº 269/2010 (revogação de contra-ordenação laboral).

necessariamente com ele que fica também a tarefa mais criativa e estruturante da relação jusfundamental de protecção.

Já não se pode dizer, contudo, que o legislador seja o *principal* obrigado pelos deveres em questão. Do ponto de vista qualitativo, com muita frequência a dificuldade em tutelar certo bem jusfundamental não reside na adopção de uma medida legislativa adequada, mas sim em garantir com um mínimo de eficácia a aplicação prática desta. Até do ponto de vista quantitativo, a actividade jurídico-pública requerida pela produção de uma lei de protecção é, por regra, infinitamente menor do que a necessária para que as instâncias de execução administrativa e jurisdicional a ponham em marcha, dada a panóplia de instituições e recursos humanos e materiais que a aplicação das leis sempre envolve.

As leis produzidas pelo legislador democrático desempenham, neste domínio, um *amplo conjunto de funções*, aliás nem sempre particularmente diferentes das asseguradas pela generalidade das outras leis[1827]: umas apontando directamente aos sujeitos envolvidos – o titular do bem jurídico protegido, por um lado, e o potencial agressor, por outro lado, bem como eventuais terceiros –; outras visando também as autoridades administrativas e os tribunais[1828]. Mormente:

a) No tocante ao *titular do direito* cuja protecção é devida, o legislador concretiza materialmente a sua posição jusfundamental, conferindo-lhe a segurança necessária à tutela efectiva da mesma[1829]. Eventualmente, o legislador pode inclusive densificar o conteúdo – em moldes a explicitar mais à frente[1830] – de um verdadeiro direito subjectivo a medidas concretas de protecção, que ele poderá em qualquer momento fazer valer (judicialmente) contra as próprias instâncias estaduais[1831];

b) No que concerne ao *sujeito privado que está na origem da ameaça* ao bem jurídico a proteger – assumindo que esse sujeito existe efectivamente e que é determinável –, o legislador procede à delimitação da sua esfera de actuação. Cabe-lhe precisar os termos da sua vinculação aos direitos fundamentais alheios – e, mais concretamente, ao direito que se encontra em perigo –, produzindo sempre que necessário disposições legais de natureza restritiva ou procedendo tão-só a operações de coordenação (não restritiva) de esferas jusfundamentais[1832];

c) Em casos especiais, pode ainda o legislador implicar (supostos) *terceiros* nas suas estratégias de protecção, caso em que estes poderão ver-se envolvidos de dois modos

---

[1827] S. CORREIA, *Legalidade*, pp. 188 ss., e pp. 288 ss.; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 91 ss., esp. pp. 121 ss.; L.C. MONCADA, *Lei*, pp. 159 ss., e pp. 869 ss..

[1828] ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 42-44.

[1829] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 326.

[1830] Infra, epílogo, ponto 16.

[1831] Quanto a normas legais, EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 108 ss.; quanto a normas regulamentares, WESTBOMKE, *Der Anspruch*, esp. pp. 30 ss., e pp. 68 ss.; em relação a intervenções policiais, ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 228 ss..

[1832] KRINGS, *Grund*, p. 243.

essenciais: ou são chamados a colaborar activamente com os poderes públicos – em particular com a Administração –, na prevenção e no combate aos perigos que atingem os direitos a tutelar; ou são afectados de forma mais ou menos remota por disposições restritivas (ou delimitadoras) dirigidas primariamente contra o agressor ou contra outra fonte objectiva do perigo que importa esconjurar;

d) Em relação à *Administração* – à luz dos princípios da precedência e da reserva de lei[1833] –, compete simultaneamente ao legislador desempenhar um papel habilitante e delimitador da actividade administrativa. Por um lado, cabe à lei fixar a competência e reparti-la pelas entidades e órgãos administrativos que têm a seu cargo as tarefas de protecção de direitos fundamentais. Quer se trate de entidades e órgãos especializados – *v.g.*, no âmbito da protecção civil, da emergência médica, da busca e salvamento marítimo ou da segurança rodoviária –, quer se trate instâncias administrativas comuns – *v.g.*, forças e serviços de segurança, serviços inspectivos, serviços diplomáticos –, a intervenção do legislador é sempre decisiva no momento de proceder à organização institucional vocacionada para a tutela da integridade dos bens jusfundamentais. Por outro lado, cabe igualmente à lei esboçar os procedimentos e indicar os instrumentos (regulamentos, actos ablativos ou prestacionais, recomendações ou advertências, planos, actuações materiais) a que os órgãos da Administração podem (e devem) recorrer para desempenhar as tarefas de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, muito em particular quando isso implica o recurso a intervenções restritivas[1834];

e) Por fim, relativamente aos *tribunais*, a lei parametriza e confere previsibilidade à sua actividade decisória de tutela de bens jurídicos fundamentais, tanto na resolução de litígios entre privados (*v.g.*, para protecção de direitos dos trabalhadores ou de direitos dos consumidores), ou entre privados e as autoridades administrativas (*v.g.*, a respeito do licenciamento de actividades poluentes ou perigosas), quanto no exercício da sua actividade sancionatória (*v.g.*, no julgamento dos crimes contra bens jusfundamentais). O legislador é responsável não apenas pela disponibilização de normas e vias processuais adequadas a garantir uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais – o que, como é sabido, não respeita especificamente à função estadual de protecção[1835] –, mas sobretudo, para o que agora interessa, pela conformação de soluções jurídicas substantivas facilmente accionáveis em benefício da preservação dos bens protegidos por

[1833] Na terminologia (e com o sentido tipicamente administrativista) adoptado, entre outros, por S. CORREIA, *Legalidade*, pp. 18 ss..
[1834] KRINGS, *Grund*, pp. 243-244; especificamente sobre a protecção restritiva, WAHL / MASING, *Schutz*, pp. 553 ss..
[1835] Embora também possa ser esse o caso: MÖSTL, *Probleme*, pp. 1029 ss., sobre a efectivação processual da "queixa constitucional contra omissões legislativas", por violação de deveres de protecção.

aqueles – de preferência em termos preventivos, embora possam constituir também critérios materiais de decisão em caso de lesão efectiva.

Não surpreende, portanto, a afirmação segundo a qual os deveres estaduais de protecção correspondem a uma dimensão dos direitos fundamentais que, por definição, se desenvolve de uma forma "legislativamente mediatizada"[1836]. Quer isto dizer duas coisas. Em primeiro lugar, que não pode dispensar-se levianamente a necessidade de *interpositio legislatoris* para levar a efeito operações de protecção jusfundamental. É controvertida a possibilidade, mesmo excepcional, de prosseguir quaisquer acções administrativas e jurisdicionais de protecção de direitos fundamentais sem lei prévia habilitante, encontrando largo acolhimento a tese segundo a qual a constitucionalidade dos imperativos de protecção não permite sequer aligeirar a subordinação dos tribunais à lei (artigo 203º), quanto mais a legalidade como parâmetro da actuação administrativa (artigo 266º)[1837]. Por maioria de razão, não será possível erigir os deveres constitucionais de protecção em título suficiente para implementar medidas restritivas de direitos fundamentais[1838]. Em segundo lugar, significa que só em casos raros as próprias leis de protecção se podem considerar como *self-executing*, dispensando a intervenção das máquinas administrativa e judiciária. Mesmo quando a simples vigência da lei desempenha por si mesma uma importante função desincentivadora da prática de condutas violadoras de bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais – *maxime*, como acontece com a função de prevenção atribuída às normas penais –, esse efeito positivo só se produz porque existe a convicção de que há instituições e procedimentos capazes de a fazer respeitar[1839].

Em todo o caso, convém não fazer da reserva de lei o rochedo de bronze da dogmática dos deveres de protecção. Sem embargo do papel que este instituto historicamente desempenhou e continua ainda a exercer no presente – sobretudo como decorrência do princípio democrático e como garantia da racionalidade e transparência dos processos em que são tomadas as decisões políticas de maior alcance[1840] –, o desejo de prevenção e combate a um sem fim de perigos tem conduzido paralelamente: a uma impregnação da legislação por conteúdos cada vez mais técnicos e pormenorizados; a uma rarefacção do tecido legislativo causada pelos espaços em branco aí deixados para posterior preenchimento à luz de padrões técnico-científicos (porventura fixados por organismos administrativos ou por comissões de especialistas)[1841-1842]. Naturalmente, estas duas tendências diferentes mas de sentido convergente, aliadas à

[1836] KRINGS, *Grund*, p. 244; ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 44; e também *(§111º) Das Grundrecht*, p. 226; criticando a expressão, HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 266-267.
[1837] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 109-110; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 42-43, e *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 230-231; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 89-91; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 80 ss..
[1838] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 109; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 42-43; JAECKEL, *Schutzpflichten*, p. 89; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 161.
[1839] KRINGS, *Grund*, pp. 248-249.
[1840] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 356-357; M.A. VAZ, *Lei*, esp. pp. 25 ss., e pp. 388 ss.; C. MONCADA, *Lei*, pp. 869 ss..
[1841] P. OTERO, *Legalidade*, pp. 293 ss., e pp. 764 ss.; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 436 ss..

profunda dependência do legislador relativamente aos peritos – muitas vezes chamados a participar em posição de destaque no procedimento legislativo –, não deixam marcas apenas na determinabilidade das leis concretamente respeitantes às temáticas em causa, acabando por afectar a própria ideia de reserva de lei como instituto de carácter geral[1843].

Por estas e outras razões, hoje, a reserva de lei perdeu grande parte da sua carga simbólica e constitui apenas um princípio jurídico-constitucional, a par de vários outros, que também têm uma palavra a dizer na relação entre o legislador e os órgãos dos poderes executivo e jurisdicional[1844]. Desde logo, o legislador não é o único ramo do poder público a ser tocado directamente pela força normativa da Constituição. Por isso, como adiante melhor se verificará, pode assumir-se o aforismo segundo o qual a *"função de protecção é legislativamente mediatizada"*, embora de forma alguma se possa aceitar a sua absolutização[1845].

II – Por seu turno, no tocante à liberdade de conformação do legislador, é importante realçar, antes de mais, que se trata de uma figura que o acompanha sempre, seja qual for o campo material em que ele actue. Seja no âmbito da organização do poder político, no domínio do desenvolvimento económico ou no campo dos direitos fundamentais, ela é conatural à actividade legislativa em si mesma. Segue-o para todo o lado, indiferentemente de este estar a criar uma agência governamental, a regular um determinado sector da economia ou a definir certos tipos criminais. A liberdade de conformação é como a sombra do próprio legislador, pelo que em caso algum este pode ser tratado como executor servil do texto constitucional ou como simples *boca que pormenoriza as palavras da Constituição.*

Nada mais enganador, portanto, do que apresentar a liberdade de conformação como se ela fosse algo de exclusivo – ou sequer de típico – de certos sectores de actividade legislativa, quer se trate do cumprimento dos deveres de protecção, da efectivação dos direitos sociais, da prossecução de tarefas e fins do Estado ou mesmo do conjunto das dimensões objectivas ou positivas dos direitos fundamentais. Acontece é que, à semelhança da sombra de uma pessoa, que varia de tamanho conforme a posição em que o corpo se encontra relativamente ao sol, também a liberdade de conformação do legislador pode ser maior ou menor, assumir diversos perfis, em razão da matéria versada e, sobretudo, consoante os parâmetros que a Constituição lhe fixa em cada caso – tanto sob a forma de regras precisas, quanto sob a forma de princípios jurídicos gerais ou especiais. Mais ainda, a liberdade de conformação do legislador, assumindo também ela a estrutura jurídica típica de um princípio constitucional, é uma *figura de alcance*

[1842] Aceitando a constitucionalidade de remissões (implícitas) para padrões técnicos em matéria de procriação medicamente assistida, Acórdão nº 101/2009.

[1843] Sobre a perda da determinabilidade da lei: P. OTERO, *Legalidade*, pp. 158-162; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 465 ss.. Já em relação aos reflexos na teoria da lei da tensão entre democracia e tecnologia (como instrumento alternativo de legitimação e de domínio): C. MONCADA, *Ensaio*, pp. 155 ss.. Na doutrina germânica: SCHWABENBAUER, *Legislative*, pp. 157 ss.; SCHNEIDER, *Unsicherheit*, pp. 177 ss..

[1844] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 864.

[1845] Claramente nesta linha, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 151 ss..

geral – ou não fosse ela corolário da legitimidade democrática que o legislador encarna como ninguém e, ao mesmo tempo, derivação de uma determinada concepção do princípio da separação de poderes[1846] –, mas que *comporta diferentes graus*. Por consequência, declarar que o legislador goza de liberdade de conformação, na feitura de uma certa lei, não passa de um mero truísmo, embora dizer que a respeito de certa matéria o legislador beneficia de uma *ampla* ou *muito ampla* margem de liberdade conformativa possa já significar alguma coisa de relevante: que na matéria versada, em virtude da escassez ou imprecisão dos limites constitucionais aplicáveis, o grau de liberdade permitido ao legislador é elevado ou muito elevado.

Dir-se-á, então, que os deveres de protecção se caracterizam, precisamente, pela *ampla margem de liberdade de conformação* de que o legislador dispõe a respeito do seu cumprimento. Esta é, por certo, uma afirmação muito comum, tanto na doutrina como na jurisprudência sobre os deveres em apreço[1847-1848]. Não obstante, não deixa de incorrer-se aqui num certo paradoxo, uma vez que se enfatiza a relevância da liberdade de conformação, que é concedida ao legislador, exactamente onde ela é mais estreita, devido à presença de imperativos constitucionais de actuação dirigidos aos próprios órgãos legislativos. Com efeito, onde a liberdade de conformação é verdadeiramente mais ampla é nos contextos em que o legislador pode ou não actuar, fazer ou não fazer de acordo com simples juízos de mérito e oportunidade política. Não naqueloutros em que a legislação, pelo menos quanto à sua existência, se pode afirmar como constitucionalmente imposta, por efeito da vinculação a deveres de protecção – ou a outros deveres de actuação legislativa, como os de conformação de direitos fundamentais ou de concretização de normas não exequíveis e programáticas[1849]. No tocante à protecção de direitos fundamentais em face dos perigos que os ameaçam – como, aliás, em todo o campo normativo ocupado por tais direitos –, a liberdade de conformação do legislador é uma realidade indesmentível, mas tem um alcance menor do que aquele que vigora em muitos outros domínios da vida social e económica, que os órgãos legislativos são impelidos a regular por razões essencialmente políticas.

Talvez a liberdade de conformação seja efectivamente mais extensa nos deveres de protecção – assim como nas demais dimensões positivas dos direitos fundamentais –, por comparação com o que se passa nas dimensões negativas de tipo clássico[1850]. Para dar cumprimento a uma imposição constitucional de actuação, o legislador dispõe sempre de diversos caminhos alternativos, podendo percorrer vários deles

---

[1846] O que se reflecte, sobretudo, na relação entre legislador e controlo jurisdicional: G. CANOTILHO, *A concretização*, pp. 347 ss.; também quanto à multifuncionalidade da reserva de lei, G. CANOTILHO, *Constituição*, pp. 377-379.

[1847] Designadamente, na doutrina portuguesa, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 139-140; G. CANOTILHO, *Omissões*, esp. pp. 116 ss..

[1848] Acórdão nº 75/2010 (Aborto V): "na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites (…) de sinal contrário" – a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

[1849] Para uma tipologia dos deveres de actuação do legislador: J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 326-327; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 29 ss..

[1850] ALEXY, *Teoria*, pp. 446-448; CANARIS, *Direitos*, pp. 65-66; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 226.

sem ser alvo de qualquer censura jurídica – nunca terá de os seguir a todos, cumulativamente[1851] –, ao passo que no momento de adoptar uma medida restritiva de um certo direito, apenas lhe é permitido escolher uma única: a menos gravosa, do ponto de vista material, pessoal, espacial e até temporal[1852]. A este resultado se chega em virtude de uma aplicação exigente do princípio da proporcionalidade, que reduz drasticamente as escolhas do legislador em matéria de medidas restritivas. Já em matéria de cumprimento de deveres de protecção, são seguramente raros os casos de "redução a zero" das escolhas do legislador[1853].

Todavia, mesmo admitindo a possibilidade de fazer tal medição comparativa, há o risco de confundir menor liberdade de conformação com menor necessidade de intervenção legislativa, uma vez que os direitos, liberdades e garantias – fruto de terem sido encarados pelos constituintes essencialmente como direitos negativos de defesa – constam em geral de normas exequíveis por si mesmas e são, de raiz, directamente aplicáveis pelas instâncias administrativas e jurisdicionais de execução. É normal, portanto, que, perante normas constitucionais mais densas e com um grau mais elevado de auto-suficiência, a liberdade de conformação acompanhe a tendência para o estreitamente da própria necessidade ou possibilidade de intervenção do legislador democrático. Onde porventura há menos que legislar, haverá também menos terreno para o legislador dar largas à sua autonomia criativa[1854].

Além disso, atendendo a que a protecção de certos direitos fundamentais se baseia frequentemente na restrição de outros direitos da mesma natureza, há pelo menos uma dúvida que ressalta: se restrição e protecção são, em muitos casos, as duas faces de uma única moeda, como é que o mesmo fenómeno jurídico pode conferir ao legislador um *quantum* diferente de liberdade conformativa consoante a perspectiva como ele é encarado? Se visto pelo lado da restrição, o legislador está espartilhado pela Lei Fundamental – e, em particular, pelo triplo teste do princípio da proporcionalidade. Se visto pelo lado da protecção, o legislador beneficia de uma ampla margem de actuação. Ora, o mínimo que se pode dizer é que parece haver aqui um equívoco, do qual apenas se sai pelo reconhecimento de que a liberdade de conformação do legislador há-de passar mais pelas restrições constitucionalmente *permitidas* do que propriamente pelas restrições comandadas por *imperativos* de protecção jusfundamental.

[1851] O que se acentua no Acórdão nº 75/2010 (Aborto V) e no Acórdão nº 269/2010 (revogação de contra-ordenações laborais).

[1852] Acentuando esta quádrupla perspectiva de avaliação da onerosidade das medidas: J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 375.

[1853] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 111-112; KRINGS, *Grund*, p. 272; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 232; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 167.

[1854] Para a caracterização dos direitos fundamentais (em sentido negativo) como realidades "fora da mão" do legislador (Art. 1º, Abs. 3, GG), sobretudo no que toca aos direitos juridicamente constituídos, HERZOG, *Grundrechte*, pp. 1415 ss.; NIERHAUS, *Grundrechte*, pp. 72 ss.. Mais amplamente, sobre as "fórmulas textuais" que exprimem as relações entre direitos fundamentais e lei parlamentar (com referências à Constituição portuguesa), HÄBERLE, *Grundrechte*, pp. 361 ss..

III – Por vezes recorre-se à ideia de *obrigação de resultado* – por contraposição à noção de obrigação de meios – para caracterizar as relações entre a liberdade de conformação do legislador e a figura dos deveres de protecção[1855]. Em termos paradigmáticos, o Estado está juridicamente vinculado a proteger a vida intra-uterina com um mínimo de eficácia – por causa do princípio da proibição de défice –, mas guarda uma grande liberdade de escolha no que toca aos respectivos meios de acção. Assumindo uma relativa equivalência de efectividade destes, o legislador pode optar pela protecção penal, por medidas de apoio económico-social ou por esquemas procedimentais, como o período de reflexão ou a consulta de aconselhamento[1856]. Em boa verdade, porém, esta distinção civilista entre obrigação de resultado e obrigação de meios – pelo menos na sua versão mais corrente[1857] – não é apropriada para explicar o papel cometido ao legislador em matéria de protecção de direitos fundamentais, fazendo dele uma descrição pobre, senão mesmo bastante enganadora.

Com efeito, uma vez deduzido certo dever concreto de protecção, pode o emprego pelo legislador de certos meios ser suficiente para lhe dar cumprimento e, todavia, não se alcançar o resultado almejado. Nada mais frequente e, até certo ponto, nada mais natural também. Da mesma forma que o médico não é obrigado a curar o doente, mas apenas a efectuar o diagnóstico e a prescrever a terapêutica correcta de acordo com o melhor do seu saber, também o legislador não pode estar obrigado a evitar a lesão dos direitos fundamentais, uma vez que a segurança absoluta é coisa que não existe[1858]. Nunca o legislador poderia estar obrigado ao impossível – *ultra posse nemo obligatur*[1859]. Assim, pode bem suceder que uma medida legislativa seja, em si mesma, adequada a produzir um certo resultado e este não vir a ocorrer, devido a uma multiplicidade de factores que o legislador não controla, como interferências externas, dificuldades no processo de execução ou desenvolvimentos sociais ou económicos inesperados. Nem por isso se pode considerar que ele não cumpriu, na altura devida, a imposição constitucional de protecção a que estava vinculado. Além do mais, nem sempre a obtenção de um determinado resultado pode ser vista como uma questão de tudo ou nada, porquanto ele pode ser alcançado em diferentes medidas ou em períodos temporais mais ou menos longos. A circunstância de o Estado ter um objectivo preciso – fixado pela Constituição, relativo à tutela da integridade de um bem jusfundamental – não significa que esteja constitucionalmente obrigado a atingir um determinado resultado. Ter um objectivo e estar comprometido com um resultado são coisas bem diferentes.

Por outra banda, sempre que se qualifica o dever de protecção como uma obrigação de resultado, acaba por se centrar a liberdade de conformação na escolha dos meios (instrumentos ou institutos) de

---

[1855] KRINGS, *Grund*, p. 273; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 261-263.

[1856] G. CANOTILHO, *Omissões*, p. 116, apontando ainda a possibilidade de "adopção de uma vasta campanha de informação sobre os perigos da interrupção voluntária da gravidez e sobre os benefícios fiscais da maternidade"

[1857] C. GONÇALVES, *Tratado*, XII, pp. 740 e 753; A. COSTA, *Direito*, pp. 641 e 971-971; M.G. SILVA, *O dever*, I, pp. 363 ss.; E. PINA, *Responsabilidade*, pp. 94-95, salientando que nem sempre a obrigação médica é uma simples obrigação de meios. Mais desenvolvidamente, sobre os critérios da distinção, R.L. RIBEIRO, *Obrigações*, pp. 53 ss..

[1858] Sobre a inexistência da "segurança absoluta", LUHMANN, *Sociología*, p. 74.

[1859] E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 108.

protecção, o que – além de deixar de forma desse conceito o *se* e o *quando* da intervenção legislativa – acaba por escamotear os marcos que, também nesse domínio, balizam a actividade legislativa. De facto, nem mesmo quando se reduz a liberdade de conformação à operação de escolha dos meios – por assim dizer, ao *como* da protecção – se pode afirmar que aquela liberdade é total ou, tão-pouco, que só está condicionada pela necessidade de atingir o fim com o nível de eficácia constitucionalmente prescrito. Além da vinculação teleológica, várias outras podem existir, quer provenientes de normas específicas de direitos fundamentais, quer de regras e princípios sectoriais ou gerais. Pense-se, designadamente, na enorme limitação que, para a tarefa de eleição dos meios a empregar, resulta do carácter de *ultima ratio* da protecção penal.

De resto, a dissociação entre os deveres de protecção e a categoria da obrigação de meios desconhece que, em rigor, esta última não se caracteriza necessariamente pela vinculação do devedor ao emprego de certos meios específicos, em vista da eventual obtenção de um objectivo – por exemplo, meios fixados pelas partes ou implícitos no tipo contratual em causa. Pelo contrário, a obrigação de meios é perfeitamente compatível com a liberdade do devedor para escolher os meios a empregar, bem como com a vinculação exclusiva deste à aplicação de meios não previamente especificados, definidos através de uma cláusula geral – muito em particular, através de uma cláusula (expressa ou implícita) de *melhores meios disponíveis*. Ora, neste ponto, é patente a similitude entre a posição do devedor de uma obrigação de meios e o legislador obrigado por um dever de protecção[1860]. No que respeita ao modo de cumprimento, ambos estão vinculados a empregar, de entre todos os meios disponíveis, aqueles que sejam reconhecidamente os melhores – mormente do ponto de vista técnico e científico[1861].

IV – O problema da caracterização da liberdade de conformativa do legislador apenas pode ser esclarecido cabalmente quando se discutir a tese da congruência (ou incongruência) entre os princípios da proibição de excesso e da proibição de defeito. Até lá – assumindo como evidente a impossibilidade de aproximar a posição do legislador da discricionariedade administrativa[1862] – aquela liberdade pode apesar de tudo compreender-se um pouco melhor a partir do reconhecimento da sua própria complexidade intrínseca, uma vez que nela se contêm (simultânea e sucessivamente) três vertentes:

a) Uma *liberdade de apreciação*;

b) Uma *liberdade de configuração* (ou de conformação em sentido estrito);

c) E, por último, uma *liberdade de avaliação*[1863].

[1860] Qualificando o direito fundamental à segurança (como concretização do dever de protecção), precisamente, como uma obrigação de meios do Estado, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 105-107.
[1861] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 428 ss.; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 451 ss.; E. PARDO, *Técnica*, pp. 92 ss.; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 78 ss..
[1862] G.CANOTILHO, *Constituição*, esp. pp. 215 ss..
[1863] KRINGS, *Grund*, pp. 269 ss.; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 231.

A primeira diz no essencial respeito ao *impulso legiferante*, a segunda ao processo de *feitura da lei* propriamente dito, e a terceira à *vigência da lei* – ou, melhor dizendo, à interacção permanente entre as leis em vigor e a realidade social carecida de regulação normativa ou que é objecto dessa mesma regulação. Por outras palavras, a liberdade de conformação do legislador pode, em tese, abranger três momentos diferenciados, abarcando respectivamente:

a) O *se* da actuação do legislador;

b) Depois o *como* dessa mesma intervenção;

c) E ainda o *quando* da feitura da lei ou da sua revisão (ou revogação)[1864].

Mais do que uma figura unitária, do que se trata antes é de reconhecer que a denominada liberdade de conformação do legislador se decanta afinal em três liberdades diferentes. Simplesmente, como se antolha evidente, não é possível estabelecer uma separação cortante entre esses três momentos lógicos da liberdade de conformação, nem sequer uma sequência rígida entre eles, seja ela de natureza lógica ou temporal. Desde logo, os impulsos legiferantes tanto podem respeitar a espaços em branco do ordenamento, como a zonas já ocupados por normas legais vigentes[1865] – caso em que o *se* da intervenção legislativa se apresenta então mais como um *quando* da alteração da legislação em vigor. Depois, sucede com frequência que a vinculação do legislador a uma actuação concreta depende, não tanto da premência da protecção jusfundamental em si, mas sobretudo da existência ou não de alternativas ajustadas a realizar essa mesma tarefa – ou, pelo menos, o *se* da lei depende em idêntica medida da necessidade de protecção e do modo como essa protecção pode ou não ser prestada e, em especial, dos sacrifícios jusfundamentais que ela implica (para os potenciais agressores e até para terceiros). A uma premente necessidade de protecção – para uma primeira resposta afirmativa à pergunta *se* – nem sempre corresponde uma disponibilidade imediata de meios adequados.

12.2. Limites à liberdade de conformação do legislador

Ensaiada uma caracterização positiva da liberdade de conformação do legislador – ainda que sem resultados surpreendentes –, parece razoável dirigir agora a investigação para aquilo que, em última análise, é verdadeiramente decisivo no desenvolvimento dessa mesma liberdade: as balizas que a delimitam[1866]. Na sua qualidade de princípio jurídico – com importantes pontos de apoio nos princípios democrático e da separação de poderes –, a liberdade de conformação do legislador defronta-se

[1864] J. SILVA, *Dever*, pp. 23-24; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 111-112; GLEIXNER, *Die Normerlaßklage*, p. 110; SEIWERTH, *Zur Zulässigkeit*, p. 41. Em sentido próximo, G. CANOTILHO, *Constituição*, pp. 304 e 316; JÜLICHER, *Die Verfassungsbeschwerde*, p. 35.

[1865] J. MIRANDA, *Manual*, V, pp. 249-252, sobre o conceito de "impulso legiferante".

[1866] Em geral, MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 259 ss.. Numa perspectiva comparada, LANGE, *Grundrechtsbindung*, esp. pp. 244 ss..

naturalmente com regras e princípios de sinal contrário. Não é suposto, portanto, que o legislador navegue à deriva no imenso mar da sua própria autonomia de conformação[1867]. Além de ter um destino final claro, fixado *a priori* pela Constituição, o seu rumo é definido com o auxílio de alguns pontos de referência e os oceanos em que navega são pontuados por várias ilhas: umas de dimensão bastante significativa; outras que só uma aproximação mais cuidada consegue desvendar. Assim acontece, precisamente, por estarem em causa domínios substantivos tão sensíveis como os direitos fundamentais e, em particular, como a sua salvaguarda em face dos inúmeros perigos e riscos que nas sociedades contemporâneas os atormentam a cada esquina.

De momento, interessa apenas relembrar que os parâmetros de sinal contrário com que o legislador se depara advêm, antes de mais, das próprias regras constitucionais. Da exegese das normas que consagram em especial cada um dos direitos fundamentais a proteger. Embora seja relativamente raro encontrar aí expressas obrigações de emanação de normas legais protectoras – que reduzam a zero a liberdade do legislador quanto ao *se* da sua actuação[1868] –, já será mais frequente detectar segmentos normativos que fornecem elementos de apoio ou directrizes sobre as finalidades específicas da protecção ou sobre aspectos relativos ao modo de as prosseguir. Se, como se disse logo de início, as normas constitucionais que consagram cada um dos direitos fundamentais representam o ponto de partida – em conjugação com a máxima da vinculação das entidades públicas e privadas, decorrente do nº 1 do artigo 18º[1869] – para a concreta dedução de deveres estaduais de protecção, então é natural que sejam também elas as primeiras a ser chamadas a fornecer subsídios positivos e negativos sobre o modo de cumprimento desses mesmos deveres.

Designadamente, o perfil e a intensidade (ou a agressividade) dos meios a utilizar resultará, em larga medida, das operações de ponderação efectuadas aquando do próprio percurso dedutivo dos imperativos de protecção, centrado nos preceitos constitucionais que colocam os titulares dos direitos nas posições que ocupam na relação jusfundamental triangular. Ou seja, o balanceamento realizado entre: os perigos e riscos em causa – a sua natureza, nível de probabilidade e potencial lesivo –; a índole dos bens jusfundamentais ameaçados – a sua ressonância valorativa e a sua resiliência –; e, evidentemente também, as posições jurídicas que será necessário afectar para pôr estes últimos a salvo daqueles. Tudo concorre à sua maneira para as operações hermenêuticas dos preceitos constitucionais que hão-de desaguar (simultânea e sucessivamente) na dedução e conformação de concretos deveres estaduais de protecção. No fundo, muitas dos problemas abordados no parágrafo segundo e no parágrafo terceiro, a respeito dos dois primeiros pólos da relação jusfundamental, não concernem apenas ao *se* da protecção legislativa – à

[1867] Numa imagem semelhante, LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 355.

[1868] Recorde-se, não obstante, o nº 2 do artigo 42º, que se refere expressamente à "protecção legal dos direitos de autor". O próprio nº 1 do artigo 26º consagra um direito à "protecção legal contra quaisquer formas de discriminação", o que – segundo V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 260 – implica o reconhecimento de um "dever especial de protecção". Por sua vez, o nº 2 do artigo 67º determina que a regulação da procriação assistida deve ser feita em termos que "salvaguardem a dignidade da pessoa humana".

[1869] Supra, §1º, ponto 4.7.1.

possibilidade de deduzir um concreto dever de protecção –, mas dizem igualmente respeito ao *como* e até ao *quando* dessa mesma protecção, na medida em que fornecem já elementos preciosos para a escolha e, inclusive, para a graduação dos meios de intervenção a que o legislador pode ou deve recorrer.

12.2.1. Princípios gerais, princípios específicos e princípios exclusivos

A liberdade de conformação do legislador, além de primariamente delimitada pelos preceitos constitucionais onde nascem e crescem os deveres estaduais de protecção, está igualmente sujeita ao influxo de inúmeros princípios constitucionais e das directrizes – quantas vezes de sinal contrário – que deles derivam. Entre esses princípios que balizam o cumprimento dos deveres estaduais de protecção encontram-se tanto (todos) os princípios constitucionais de natureza geral, quanto alguns princípios de vocação mais restrita – naturalmente com particular relevo nos domínios materiais em análise –, quanto ainda (um ou dois) princípios que respeitam unicamente ao problema dos imperativos constitucionais de tutela.

I – No tocante aos princípios de índole mais geral – como é o caso do princípios da igualdade, da proporcionalidade, da protecção da confiança, ou da reserva e determinabilidade da lei –, não há grandes especificidades a registar em matéria de protecção de direitos básicos. Concretizando:

a) Não obstante a problemática das denominadas omissões relativas e das decisões aditivas (de superação das mesmas) ser inevitavelmente convocada pelo tema do cumprimento legislativo e do controlo pelos tribunais dos deveres de protecção, o *princípio da igualdade*, tanto na sua dimensão directiva da acção do legislador – dever de reposição da igualdade violada[1870] –, como na sua qualidade de parâmetro de decisões jurisdicionais *a rime obligate*, não poderá ser aqui objecto de análise *ex professo*. Será de qualquer forma óbvio que, quando o legislador protege o direito de A, tem que proteger também o direito de B, se este se encontrar em idênticas circunstâncias, sob pena de inconstitucionalidade por omissão relativa.

b) De modo semelhante, embora não seja possível em regra proteger bens jusfundamentais de forma minimamente eficaz sem promover ao mesmo tempo a restrição ou limitação de outros bens de idêntica natureza, o *princípio da proporcionalidade* só poderá ser aqui versado a título incidental, na medida em que se torna evidente a conveniência de uma compreensão alargada do mesmo, abarcando duas vertentes: a tradicional proibição do excesso, por um lado; a nova proibição de defeito, por outro. Pelo que, no caso de o legislador proteger tanto o direito de A como o direito de B, tem de o fazer na mesma e justa

[1870] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 66 ss..

medida, se as respectivas posições forem equiparáveis, sob pena de diferenciação desproporcionada[1871].

c) Também o *princípio da protecção da confiança* – sem prejuízo das teorias que procuram fundamentar dogmaticamente os deveres de protecção no *clima de segurança* e na *posição de garante* que o Estado tem de manter na sua relação com os cidadãos, em razão do monopólio do uso legítimo da força –, terá de ficar afastado das considerações seguintes. Seguro é, em todo o caso, que uma vez implementadas certas medidas concretas de protecção dos bens jusfundamentais de determinados sujeitos – ou garantido legislativamente certo nível de protecção desses bens –, não pode o legislador, de forma absolutamente inesperada, injustificada ou excessivamente onerosa, frustrar as legítimas expectativas geradas pela sua própria conduta, retirando as medidas em vigor ou descendo de forma drástica o nível de eficácia antes assegurado[1872].

d) E o mesmo vale, por último, para o *princípio da reserva de lei*, apesar da enorme pressão que, sobretudo no que respeita à exigência de determinabilidade dos comandos normativos, é imposta ao legislador pela necessidade de tomar decisões – isto é, decisões de protecção de bens jusfundamentais – em cenários altamente instáveis e povoados por múltiplas incertezas de natureza técnica. Naturalmente, pelo menos em relação às normas de protecção que comprimam direitos fundamentais alheios, não sofre dúvida que os diplomas emanados pelo legislador, por um lado, têm que conter uma disciplina suficientemente densa e completa e, por outro lado, têm que fornecer aos seus destinatários um quadro preciso e compreensivo dos efeitos que deles resultarão para as respectivas esferas jurídicas – com as consequências daí advenientes quanto à admissibilidade de cláusulas gerais, de conceitos indeterminados, de margens de discricionariedade administrativa, ou de reenvios normativos (para normas técnicas ou de auto-regulação)[1873-1874].

II – Bastante mais relevantes, no balizamento da liberdade de conformação, são aqueles princípios (ou subprincípios) jurídicos que, apesar de em rigor também não serem exclusivos do instituto

---

[1871] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 76 ss..

[1872] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 389 ss.; J. NOVAIS, *Os princípios*, pp. 261 ss.; MAURER, *Kontinuitätsgewähr*, pp. 211 ss.. Na jurisprudência destaca-se o Acórdão nº 287/90 (direito de recurso); além deste, entre tantos outros, Acórdão nº 303/90, Acórdão nº 473/92, e Acórdão nº 329/99.

[1873] Quanto ao princípio da determinabilidade da lei, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 358. Em termos mais desenvolvidos: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 842 ss.; PAPIER / MÖLLER, *Das Bestimmtheitgebot*, pp. 178 ss. e, especialmente quanto às exigências para o próprio legislador, pp. 184 ss.. Na jurisprudência, Acórdão nº 285/92 (lei dos disponíveis) e Acórdão nº 155/2007 (análises de ADN).

[1874] Admitindo, no entanto, uma especial dificuldade em manter a determinabilidade da lei em âmbitos decisórios caracterizados pela incerteza e pela permanente mudança (e necessidade de actualização das soluções adoptadas): J. LOUREIRO, *Da sociedade*, pp. 852-253; C.A. GOMES, *Risco*, pp 465 ss.; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 293-298, pp. 764-768, e pp. 893 ss.; HOFMANN, *Rechtsfragen*, pp. 233 ss.; SCHWABENBAUER, *Legislative*, pp. 157 ss.; SCHNEIDER, *Unsicherheit*, pp. 177 ss..

dos deveres de protecção estadual, têm uma vocação mais sectorial que lhes garante uma presença assídua no momento do respectivo cumprimento por parte do legislador. Todos eles foram já mencionados anteriormente, a propósito de várias matérias, embora de forma mais ou menos acidental. São então os seguintes os princípios que revelam especial proximidade com os deveres de protecção:

a) O *princípio do primado da prevenção (sobre a repressão)*, que em larga medida está presente na própria raiz semântica dos deveres estaduais de protecção, revelando a preferência constitucional por medidas legislativas que procurem evitar a lesão dos bens jusfundamentais, por contraposição àquelas que se dirigem essencialmente ao sancionamento das condutas lesivas – normas penais e contraordenacionais, sem prejuízo da função preventiva que a simples vigência destas também desempenha – e às que visam a reconstituição do *status quo ante* ou a simples compensação dos prejuízos sofridos pelo titular do direito ofendido (responsabilidade civil)[1875];

b) O *princípio da subsidiariedade da protecção penal*, que, apresentando-se como uma concretização da máxima da proporcionalidade no domínio particularmente melindroso da lei criminal, implica a desconformidade constitucional de todas as normas incriminadoras que não se revelam estritamente necessárias para alcançar o fim visado de protecção de bens jusfundamentais-penais, podendo por isso ser substituídas com proveito por medidas de natureza menos gravosa[1876-1877];

c) O *princípio da precaução*, segundo o qual *in dubio pro securitate* – ou seja, no domínio da protecção do ambiente e dos riscos ecológicos, mas também em todos os demais domínios em que o contexto da decisão pública seja marcado por condições de grande incerteza –, devendo o legislador (e os outros poderes estaduais) agir sempre de modo a evitar que se produzam consequências negativas irreversíveis ou muito dificilmente reversíveis do ponto de vista dos bens jurídicos presentes e futuros protegidos pelos direitos fundamentais[1878];

d) O *princípio da vinculação aos melhores conhecimentos científicos e técnicos disponíveis*, que obriga os órgãos legislativos (e não só) a fundarem as suas decisões em análises que tenham em conta os conhecimentos mais recentes e que tenham obtido um amplo reconhecimento entre os especialistas, garantindo igualmente que as soluções (de protecção

---

[1875] STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 139-140; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 263-265; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 91 ss..

[1876] Na jurisprudência portuguesa, afirma-se peremptoriamente no Acórdão nº 75/2010 (Aborto V): "a utilização do direito penal só se legitima quando seja de lhe atribuir (como requisito mínimo) eficiência, e quando a eficiência que se lhe imputa, sendo incontroversamente superior à de qualquer outro meio alternativo, é também a única capaz de atingir o mínimo de protecção constitucionalmente imposto".

[1877] LAGODNY, *Strafrecht*, pp. 164 ss. e, esp., pp. 216 ss.; KAYSER, *Abtreibung*, pp. 78 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 85 ss..

[1878] Na doutrina portuguesa: M.G.GARCIA, *O lugar*, pp. 385 ss.; V.P. SILVA, *Verde*, pp. 65 ss.; M.E. GONÇALVES, *O princípio*, pp. 565 ss.; C.A. GOMES, *Risco*, pp. 252 ss.. Também CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 153 ss.; SCHEU, *In Dubio*, *passim*.

dos direitos fundamentais adoptadas) incorporam efectivamente o recurso às tecnologias e aos instrumentos científicos mais avançados[1879].

Também estes princípios e subprincípios – alguns deles ainda verdadeiramente *emergentes* – não poderão ser objecto de uma análise aprofundada. A favor deste abandono milita apenas a circunstância de o espaço normativo de cada um deles ser apesar de tudo bastante mais amplo do que o coberto pelos deveres de protecção de direitos fundamentais. Por outro lado, os critérios que presidem à sua operatividade – os *testes* respectivos, que poderiam dar rigor à sua aplicação prática – ainda não se encontram suficientemente consolidados, nem existe sequer uma casuística jurisprudencial que possa orientar esse trabalho. O mesmo se diria aliás, por maioria de razão, a respeito de outros princípios como o da *sustentabilidade* ou o da *transparência* das decisões públicas – incluindo das decisões legislativas de protecção jusfundamental –, os quais, pela funda axiologia que transportam, certamente ganharão uma grande projecção num futuro próximo, mas que, por agora, se encontram ainda numa fase muito incipiente de desenvolvimento[1880].

Mais dúvidas poderia suscitar, no entanto, a ausência no presente contexto de dois outros princípio que beneficiam em geral de um amplo tratamento doutrinal e jurisprudencial e que, apesar de não serem exclusivos do instituto dos deveres estaduais de protecção, se projectam nesse campo de forma particularmente intensa: o *princípio da reserva do possível*; e o *princípio da proibição de reconstituição de omissões inconstitucionais*, tradicionalmente (embora de forma imprópria) designado por princípio da proibição do retrocesso[1881-1882]. Algumas considerações complementares lhes serão, pois, dirigidas um pouco mais adiante.

III – Por fim, são dois os princípios (ou subprincípios) constitucionais que respeitam em exclusivo aos deveres constitucionais de protecção de direitos fundamentais e que, consequentemente, funcionam como limites privilegiados da discricionariedade do legislador quando actua em cumprimento daqueles – sem menosprezar a sua valência também em relação à actividade dos demais poderes estaduais. Trata-se, no fundo, de dois princípios cujo raio de acção se encontra delimitado pela própria figura dos imperativos constitucionais de tutela. São eles:

a) O *princípio da proibição de defeito*, que na sua essência se refere ao *como* da protecção constitucionalmente imposta – ou melhor, à relação de conformidade entre o tipo e a

[1879] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 447 ss.; FABIO, *Risikoentscheidungen*, esp. pp. 78 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 107; STOLL, *Sicherheit*, pp. 156 ss., e pp. 188 ss.; LAWRENCE, *Grundrechtsschutz*, pp. 44 ss.; E. PARDO, *Técnica*, pp. 92 ss..

[1880] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 440 ss..

[1881] Numa primeira análise crítica da teoria da reserva do possível: J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 89 ss.; L. SGARBOSSA, *Crítica*, I, esp. pp. 215 ss..

[1882] Quanto ao problema da reconstituição de omissões inconstitucionais: J.P. SILVA, *Dever*, pp. 247 ss.; de certa forma também T. FREITAS, *O princípio*, pp. 783 ss.. GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 402 ss., falando antes de "desconformação" legislativa e da resistência (passiva) do "direito existente".

intensidade dos meios nela envolvidos pelo legislador ordinário e o objectivo último fixado pela Lei Fundamental[1883];

b) O *princípio do carácter dinâmico da protecção*, que no essencial se refere ao *quando* da protecção, tanto no momento inicial da criação da (primeira) lei protectora de determinado direito em face de certo tipo de ameaças, quanto nos momentos subsequentes de acompanhamento das medidas legislativas adoptadas e da evolução do ordenamento jurídico em geral[1884] – pressupondo, portanto, que a conformidade constitucional de cada lei e do *status quo* legislativo em geral está sempre sujeita a uma cláusula implícita *rebus sic stantibus*[1885].

Objecto de análise autónoma será tão-só o *princípio da proibição de protecção insuficiente*, também designado princípio da proibição de défice ou da proibição de defeito. *Untermaβverbot,* na designação alemã, e nesse contexto contraposto à *Übermaβverbot* ou proibição do excesso. Não obstante o *princípio do carácter dinâmico da protecção jusfundamental*, tanto pela sua origem como pelo seu conteúdo, se achar totalmente imbricado com o instituto dos deveres estaduais de protecção, ele é regra geral tido como uma simples derivação, um corolário ou uma modalidade particular daquele instituto. Ou então uma síntese entre aquele instituto e os diferentes deveres do legislador de actuação em seguimento, correcção e melhoramento das leis vigentes (em matéria de direitos fundamentais e não só) ou *Nachbesserungspflicht*. Diferentemente, o princípio da proibição de protecção insuficiente tem outro grau de vida própria: se bem que aqui ou ali surja também identificado com a figura dos deveres de protecção – como vertente positiva e vertente negativa de uma mesma realidade –, é comummente considerado como um limite material *a se*, um critério de aferição ou um importante padrão de controlo jurisdicional do cumprimento daqueles.

Assim reunidos e sistematizados os parâmetros que balizam principiologicamente o desenvolvimento do "programa final" de protecção de direitos fundamentais inscrito na Constituição, compreende-se melhor o quão paradoxal é a tendência muitas vezes registada para enfatizar a liberdade de conformação do legislador neste preciso domínio da acção normativa, apenas porque se trata de uma dimensão positiva (e supostamente objectiva) dos direitos fundamentais[1886]. Como acima ficou dito, o legislador e a sua liberdade de conformação nunca se separam totalmente, mas parece que as regras e princípios acabados de elencar serão mais do que suficientes para demonstrar que a figura dos deveres

[1883] Para além das obras gerais: M. MAYER, *Untermaβ*, esp. pp. 50 ss.; STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, esp. pp. 123 ss..; MICHAEL, *Der drei Argumentationsstrukturen*, pp. 148 ss.; DIETLEIN, *Das Untermaβverbot*, pp 131 ss.; HEIN, *Das Untermaβverbot*, pp. 75 ss.; e *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss.; CANARIS, *Grundrechtswirkungen*, pp. 161 ss..

[1884] Também para lá das referências em obras gerais: C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht*, *passim*; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 481 ss.; STEINBERG, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle*, pp. 161 ss.; ROβNAGEL, *Nachbesserungspflichten*, pp. 714 ss.; LANGE, *Grundrechtsbindung*, pp. 337 ss..

[1885] ISENSEE, *(§111º), Das Grundrecht*, p. 227.

[1886] A expressão "programa final", como organização de meios ordenada a um fim, é nomeadamente utilizada por KRINGS, *Grund*, p. 263.

estaduais de protecção não é o campo por excelência para o legislador dar largas à sua imaginação criadora ou a eventuais tendências experimentalistas. É antes um campo em que se exige do legislador, primeiro que tudo, um rigorosíssimo esforço de avaliação da realidade subjacente à produção normativa e, depois, uma selecção muito criteriosa das soluções a adoptar. Por isso também deve evitar-se a associação simplista entre liberdade de conformação do legislador e ausência de controlo jurisdicional, uma vez que aquela significa tão-somente que esse controlo tem de se fazer através de pontos de vinculação e com respeito pelas opções e critérios políticos do legislador democrático. Isto é, como um controlo essencialmente exterior, que, em virtude da dissociação entre a *norma constitucional de acção* e a *norma constitucional de controlo*, não cobre em toda a sua extensão a materialidade das soluções legislativas adoptadas[1887].

12.2.2. Reserva do possível

Quanto ao princípio em epígrafe, tem-se sustentado que a ideia de reserva do possível tem um *sentido específico* que respeita essencialmente aos deveres de protecção de direitos fundamentais – aquele que de forma acutilante é sintetizado pela expressão "utopia da segurança absoluta"[1888] –, sentido que correria a par de outro que, esse sim, se apresenta como comum aos direitos sociais – ou seja, a reserva do financeiramente possível, decorrente da limitação dos recursos humanos e materiais indispensáveis à efectivação de todos os direitos que têm uma componente prestacional[1889-1890].

I – Com efeito, será sempre impossível ao Estado garantir segurança total a todas as pessoas que se encontram sob a sua jurisdição, independentemente dos recursos financeiros que disponha e esteja interessado em afectar a esse objectivo. Assim é, desde logo, por causa dos perigos resultantes de causas naturais, mas também devido aos perigos originados em Estados estrangeiros. E mesmo em relação aos perigos internos de origem humana, nem sequer num Estado absoluto e totalitário, muito presente em todos os domínios da vida social, se pode dizer que os poderes públicos dispõem do *domínio do facto* em relação a todos os fenómenos geradores de perigos e riscos para os bens jurídicos dos indivíduos. Muito em particular, nenhum Estado, por mais desenvolvido e organizado que seja, consegue eliminar a criminalidade – a começar pela criminalidade mais violenta e, portanto, mais atentatória de direitos que as

[1887] Infra, §3º, ponto 12.3.5..

[1888] LUHMAN, *Sociología*, p. 74., no sentido de que deve abandonar-se a esperança de que o conhecimento permitirá reduzir o risco e aumentar a segurança. De igual modo, ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 41-42, afirmando que o dever de protecção não é dirigido à "segurança total", porque "aqui na terra tudo é perigoso e todo o perigo é necessário". Ainda MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, p. 111.

[1889] Sobretudo HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 244-245.

[1890] Diferentemente, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 271 ss., sustentando que os deveres de protecção estão sujeitos a uma "reserva do politicamente adequado", enquanto os deveres de promoção estão sujeitos a uma "reserva do financeiramente possível".

pessoas consideram vitais para a sua segurança –, sendo necessário aceitar que há certos perigos que são indissociáveis da vida em sociedade e que, por isso, têm de ser tolerados pelos seus membros[1891]. O mesmo vale, aliás, para os riscos da técnica, por muito cauteloso que o Estado seja quanto à introdução e utilização de meios tecnológicos na economia e a na vida social[1892]. Numa palavra, esta impossibilidade de garantir aos cidadãos total segurança quanto à intangibilidade dos seus bens jurídicos resulta, em última análise, da natureza humana e da própria natureza das coisas.

Em contrapartida, a reserva do financeiramente possível teria a sua origem, não em factores tão incontornáveis e tão transcendentes relativamente ao próprio homem, mas nos modelos concretos de organização política e económica adoptados na generalidade das sociedades ocidentais, onde, apesar de os direitos sociais serem tomados a sério, o são com diferentes graus de empenho e seriedade[1893]. Todos os direitos têm custos financeiros que o Estado tem de suportar[1894]. Os direitos sociais não são aí um caso à parte. Pode mesmo dizer-se que, embora em diferentes graus, todos os direitos fundamentais são direitos caros, incluindo os direitos mais pessoais e as mais *puras* liberdades de escolha e de acção[1895-1896]. Ainda assim, num Estado rico e altamente comprometido com a realização dos direitos fundamentais, incluindo os de natureza económica, social e cultural – e há bons exemplos disso no norte e no centro da Europa –, é possível alcançar um nível muito elevado de efectivação prática dos direitos em questão, satisfazendo na íntegra os níveis de exigência constitucional (e legalmente) aplicáveis, sem que significativos constrangimentos de origem financeira impliquem uma suspensão (da efectividade) das normas constitucionais. Tudo se resume, por um lado, ao nível de desenvolvimento económico de cada país e, por outro lado, às opções políticas e ideológicas relativas à afectação dos recursos públicos e à gestão rigorosa desses mesmos meios.

A prova dos nove, demonstrativa da diferente natureza destas duas reservas do possível, residiria no facto de nem mesmo nesses Estados, onde as limitações financeiras não constituem argumento válido para se ficar aquém do constitucionalmente desejável, no que toca aos índices de realização dos direitos fundamentais, o poder público pode garantir aos seus cidadãos a tal *segurança absoluta* dos respectivos bens jusfundamentais.

[1891] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 244.

[1892] E. PARDO, *Técnica*, pp. 27 ss..

[1893] A decisão judicial que, na década de 70, está na origem do princípio – BVerfGE, 33, 303 *(numerus clausus I)* – revela, aliás, que em concreto a reserva do possível não tem nada de incontornável. Também: BVerfGE 35, 79 *(Hochschul-Urteil)* e BVerfGE, 43, 291 *(numerus clausus II)*. Na doutrina, L. SGARBOSSA, *Crítica*, I, pp. 127 ss..

[1894] HOLMES / SUNSTEIN, *The cost*, p. 35, afirmando que neste sentido "todos os direitos são positivos".

[1895] C. NABAIS, *Por uma liberdade*, pp. 175 ss.; J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 93 ss.. Na base das considerações de ambos, HOLMES / SUNSTEIN, *The cost*, esp. pp. 35 ss. e pp. 59 ss..

[1896] J. NOVAIS, *Direitos sociais*, pp. 100-101, alertando para o facto de os direitos sociais serem afectados pela escassez de recursos no plano jurídico (na sua estrutura jurídica), ao passo que os direitos de liberdade apenas o serem no plano fáctico (na sua efectividade prática).

II – Não parece, todavia, que esta tese das duas reservas do possível – uma ligada à *natureza intrínseca das comunidades humanas*, de todo inultrapassável, e outra mais ligada aos seus *modos concretos de organização política* e ao seu nível de desenvolvimento, apesar de tudo mais moldável – resista a um escrutínio rigoroso.

Por uma banda, a reserva do possível enquanto princípio jurídico delimitador da liberdade de actuação do legislador (e das próprias instâncias governativas e administrativas encarregadas de executar a lei) só tem sentido *aqui e agora*, como elemento de conexão entre o momento de elaboração do direito positivo e a realidade constitucional que lhe serve de suporte e a que ele se vai aplicar. O princípio da reserva do possível é um elo de ligação com o contexto concreto em que o decisor público se encontra e actua, considerando as suas circunstâncias particulares de tempo e lugar. Por isso, de um ponto de vista jurídico, ele não pode ser utilizado numa perspectiva de direito comparado ou de confronto entre sistemas político-constitucionais diferentes – visão que apenas poderia conduzir à sua relativização e ao enfraquecimento da sua capacidade para limitar o legislador através do seu contacto com a realidade. Não interessa, pois, que a medida do (financeiramente) possível varie no tempo e no espaço – não apenas em função do acaso, mas sobretudo da qualidade das decisões políticas tomadas ao longo dos anos.

Importa sim que, quando e onde o legislador decide, ele tem um dever de efectuar um diagnóstico rigoroso da realidade, que assim se torna para ele simultaneamente um dado de facto inalterável e um imperativo jurídico. Aliás, mais do que uma *causa de justificação* para incumprir determinadas prescrições constitucionais – um pouco à imagem do brocardo latino *ultra vires nemo tenetur* –, a reserva do possível deve antes ser encarada como uma exigência positiva de realismo, de verdade e de transparência nas relações entre o poder e os cidadãos. Do ponto de vista da Constituição, tanto deve ser valorada em termos negativos a não concretização legislativa daquilo que é manifestamente possível, como a densificação legal daquilo que é financeiramente inviável no imediato ou insustentável a prazo, já que a criação de um fosso entre a lei no papel e a realidade da sua (não) execução acaba por minar a legitimidade das instituições democráticas e a sua credibilidade perante os cidadãos eleitores. O princípio da reserva do possível exprime a obrigação do legislador democrático prescrever soluções normativas que verdadeiramente adiram à realidade.

Por outra banda, a ideia segundo a qual *a segurança absoluta é coisa que não existe* representa apenas uma espécie de mínimo denominador comum de uma equação cujas diferentes parcelas e cujos resultados são, apesar de tudo, bastante variáveis e, sobretudo, bastante influenciáveis pelo financeiramente possível – e, portanto, também pelos modelos de organização política e económica e, inclusive, pelas convicções ideológicas dominantes na comunidade estadual. Concretizando, a impossibilidade de atingir um nível absoluto de segurança dos bens jurídicos fundamentais não significa que o *grau de segurança* concretamente garantido num certo Estado não seja, em larguíssima medida, um reflexo do modo como ele se define politicamente e investe os seus recursos mais ou menos vastos. Entre

a insegurança anárquica que caracteriza os períodos de dissolução do Estado e a utopia da segurança total, o patamar de segurança jusfundamental que cada Estado providencia em cada momento aos seus cidadãos varia muito, tanto em função das opções tomadas quanto ao balanceamento teórico entre liberdade e segurança, quanto em função dos recursos financeiros e materiais disponíveis para prosseguir essas mesmas opções.

Um maior e mais persistente empenhamento público na função de segurança do Estado, traduzido tanto na adopção de políticas preventivas (*v.g.*, de promoção da inclusão social, de monitorização de perigos naturais, de controlo de riscos técnicos) quanto no reforço da eficiência das actuações de natureza fiscalizadora e repressiva (*v.g.*, protecção civil, operações policiais), acabará inevitavelmente por produzir a prazo resultados positivos do ponto de vista da salvaguarda dos bens jurídicos individuais. De resto, o próprio investimento do Estado nas políticas sociais em sentido estrito – mormente na educação e formação e nos programas de apoio aos mais desfavorecidos –, que são condicionadas de forma directa pela dita reserva do financeiramente possível, não deixam também de se repercutir nos níveis de segurança jusfundamental vigentes na sociedade. Mais coesão social significa igualmente mais segurança para os direitos dos cidadãos nas suas relações recíproca.

Por conseguinte, ainda que nenhum Estado possa garantir segurança absoluta aos seus cidadãos, a reserva do financeiramente possível, com as opções que envolve, não deixa de ser determinante do nível de segurança providenciado em concreto por cada Estado. Não há duas reservas do possível diversas em natureza, mas apenas uma, que todavia pode afectar em termos diferenciados os vários direitos fundamentais e as suas várias dimensões. Afinal, de uma forma ou de outra, mais ou menos intensamente, todos os direitos têm custos e todos eles dependem dos impostos[1897].

12.2.3. Não reconstituição de omissões inconstitucionais

Quanto ao segundo dos princípios sob consideração, diga-se antes de mais que inexiste uma máxima constitucional que, em termos autónomos, impeça o legislador de reduzir o desenvolvimento normativo antes concedido aos direitos fundamentais, designadamente a título de protecção dos respectivos bens jurídicos[1898]. O que existe, simplesmente, é um *princípio que proíbe o legislador de reconstituir situações de inconstitucionalidade por omissão*, sendo que a própria terminologia escolhida para o designar lhe destina só por si um campo de aplicação abrangente[1899].

[1897] Para usar a expressão célebre de HOLMES /SUNSTEIN, *The cost*, *passim*.

[1898] Pense-se, por exemplo, numa norma legal revogatória do regime sancionatório (criminal e contra-ordenacional) da condução sob o efeito do álcool.

[1899] Neste sentido, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 247 ss.. Regista-se também a aproximação de J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 485 ss., esp. 494, que após ampla análise comparativa de várias posições doutrinais, afasta a ideia de "retrocesso social" e sublinha a vinculação do legislador a não suprimir as normas de concretização "abrindo ou reabrindo uma

Campo esse que vai muito para além, não só dos direitos sociais – tal como sucedia nas formulações mais clássicas da proibição do retrocesso social[1900-1901] –, como dos próprios direitos fundamentais que têm frente ao Estado uma dimensão prestacional mais ou menos intensa, como sucede sobretudo com os deveres de protecção (sem prejuízo da sua dimensão de defesa em face dos particulares) e com os deveres de organização, procedimento e processo. Ou seja, o fundamento da proibição em causa centra-se tão-apenas na existência de um dever constitucional que vincula o legislador a actuar, definindo um certo regime, independentemente do domínio material em que esse dever emerge – seja no âmbito dos direitos fundamentais sociais ou de liberdade, seja no âmbito da Constituição económica ou da organização do poder político – e da própria natureza das normas constitucionais de onde ele se desprende – sejam elas exequíveis, não exequíveis ou programáticas, organizatórias ou materiais, densas ou porosas, com estrutura de regras ou de princípios[1902]. Sob o chapéu protector do princípio em análise ficam, destarte, tanto normas legais de protecção, como de organização e tutela jurisdicional, como de conformação, como ainda de concretização e efectivação[1903]. Ponto é que se possa dizer delas que são *constitucionalmente devidas*.

Mais ainda, o fundamento da interdição em apreço guarda também independência em relação a dois outros aspectos (que não deixam, aliás, de estar interligados). De um lado, os efeitos produzidos (ou não) nas esferas jurídicas individuais pelas normas legais já efectivamente emanadas em cumprimento dos deveres de legiferação, uma vez que a tutela de tais efeitos subjectivos – a existirem, sob a forma de direitos adquiridos, interesses legítimos ou meras expectativas jurídicas – é sobretudo tarefa do princípio da protecção da confiança[1904]. Com efeito, apesar de ser frequente a utilização da protecção da confiança como critério de aferição ou como fundamento teórico do princípio da proibição de retorno, tal ligação só será aceitável no pressuposto de que foram efectivamente constituídas ao abrigo da lei vigente posições jurídicas individuais merecedoras da tutela do direito[1905] – o que nem sempre é o caso[1906]. De outro lado, a proibição de refazer omissões inconstitucionais é independente da eficácia temporal da alteração legislativa que procede à *reformatio in pejus* do regime vigente, sendo indiferente que os efeitos da lei

---

omissão". De certa forma também, quebrando a ligação entre proibição do retrocesso e direitos sociais, T. FREITAS, *O princípio*, pp. 783 ss..

[1900] C. QUEIROZ, *O princípio*, pp. 60 ss.; I. SARLET, *Estado*, pp. 1 ss.; SCHLENKER, *Soziales Rückschtrittsverbot*, esp. pp. 51 ss., e pp.130 ss.; ABRAMOVICH / COURTIS, *Los derechos*, pp. 92 ss..

[1901] Formulação que surgiu no Acórdão nº 39/84 (Serviço Nacional de Saúde), mas que tem vindo a ser afastada pela jurisprudência: Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção); Acórdão nº 590/2004 (crédito bonificado à habitação); Acórdão nº 188/2009 (cálculo das pensões de reforma); Acórdão nº 3/2010 (revisão do estatuto da aposentação); Acórdãos nº 75/2010 e nº 222/2011 (saúde e segurança dos trabalhadores).

[1902] Tal como parece ser confirmado pelo Acórdão nº 254/2002 (conselho de opinião da RTP).

[1903] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 208 ss..

[1904] Separando expressamente protecção da confiança e proibição de retorno, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 267 ss.. Também para um confronto dos dois princípios: SCHLENKER, *Soziales Rückschtrittsverbot*, pp. 193 ss.; MAURER, *Kontinuitätsgewähr*, pp. 218 ss..

[1905] Fazendo essa ligação de forma pouco consistente: G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 339; Acórdão nº 101/92 (transmissão do direito do arrendatário).

[1906] Pense-se na situação decidida no Acórdão nº 39/84 (Serviço Nacional de Saúde), em que o regime revogado ainda não tinha saído do papel.

nova se projectem apenas para o futuro – aplicando-se tão-só aos factos novos – ou que afectem também situações jurídicas já constituídas no passado e ainda juridicamente activas[1907].

Por conseguinte, assim desenhada, a proibição em apreço é absoluta (e não meramente relativa), porque tem por objecto apenas o recuo para níveis de concretização, densificação ou protecção legal tão baixos que redundam em inconstitucionalidade por omissão. Ela corresponde somente à impossibilidade de gerar, por via de acção, uma situação de inconstitucionalidade omissiva. Não impede por si a reversibilidade que, sendo inerente à liberdade de conformação e adaptação própria do legislador democrático, pode ser justificada por novas estratégias de política legislativa, por limitações inerentes à escassez de recursos, por decisões quanto à reafectação dos dinheiros públicos, por mutações da própria realidade social ou até por diferentes opções ideológicas relativas à ordenação dos fins e funções do Estado. Quanto a essa reversibilidade de alcance mais restrito, vale a circunstância de a proibição de reconstituição de omissões inconstitucionais não viver isolada do mundo, fazendo-se acompanhar no exame das condutas do legislador por outros princípios, como a proporcionalidade, a igualdade, a protecção da confiança e a dignidade da pessoa humana, que a complementam nas respectivas zonas de influência[1908].

Não deve excluir-se, neste quadro, que a reversibilidade seja determinada pelo próprio *princípio do carácter dinâmico da protecção jusfundamental*, dado que a evolução da ordem jurídica e ou da realidade social pode tornar dispensáveis determinados meios de protecção ou, pelo contrário, torná-los demasiado gravosos. Há perigos e sobretudo riscos que simplesmente desaparecem com o tempo. Assim como surgem constantemente novas formas de contornar e controlar os perigos e riscos que subsistem, que tornam obsoletos os meios antes usados para o efeito. Seja como for, não assumindo as omissões inconstitucionais por violação de deveres de protecção uma natureza diferente das restantes inconstitucionalidades omissivas, seria puro artificialismo fazer aqui a autonomização de um princípio que especificamente interditasse a desprotecção de direitos fundamentais.

12.3. Princípio da proibição de protecção insuficiente

I – Este princípio não é propriamente um estranho para a jurisprudência constitucional portuguesa[1909]. Depois de uma fugaz aparição nos votos de vencido do Acórdão nº 288/98, ele vem a

[1907] O facto de a extinção do crédito bonificado à habitação se aplicar apenas para o futuro não impediu o Tribunal Constitucional de analisar o regime editado à luz do princípio do não retorno: Acórdão nº 590/2004.
[1908] No Acórdão nº 509/2002 (rendimento social de inserção), o Tribunal preferiu encaminhar o seu exame para a dignidade da pessoa humana (em vez do princípio da proibição do retrocesso). Também, V. ANDRADE, *O "direito ao mínimo*, pp. 21 ss..
[1909] O texto deste ponto foi parcialmente publicado, em J.P. SILVA, *Interdição*, pp. 185 ss..

conduzir a uma decisão de inconstitucionalidade no Acórdão nº 254/2002, tendo o Tribunal Constitucional afirmado aí, diante da eliminação pelo legislador de uma certa solução jurídica, que "os outros mecanismos de controlo" então "existentes na ordem jurídica portuguesa" eram "manifestamente insuficientes ou inadequados para dar pleno cumprimento à exigência constitucional do artigo 38º, nº 6"[1910]. De novo em voto de vencido – agora com maior fundamentação teórica –, o princípio volta à ribalta no Acórdão nº 357/2009, no qual se sustenta que "resulta num défice de protecção ao bem vida", violador do artigo 24º, a interpretação normativa que conduz à recusa de atribuição de um direito a indemnização por morte de um nascituro[1911].

De qualquer forma, é sem dúvida no Acórdão nº 75/2010, todo ele centrado na figura dos deveres de protecção do legislador, que o princípio em causa se assume como protagonista[1912]. Lembrou então o Tribunal que, na fixação das disciplinas jurídicas que tem a obrigação de editar, "goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso*, por afectação, para além do admissível, da posição da mulher grávida (…). Mas deve também, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (…) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a *proibição de insuficiência* (…) quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível". Por conseguinte, "é no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem de exercitar a sua competência de modelação" dos regimes jurídicos simultaneamente restritivos e protectores. "Podendo optar por consagrar uma protecção superior ao mínimo que lhe é constitucionalmente *imposto*, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (…). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições"[1913].

Depois desta importante decisão, surgiu uma outra, no Acórdão nº 166/2010, em que o Tribunal considera que "é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adopte medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um *dever de legislar* em ordem a essa protecção ou realização". Partindo desta premissa e louvando-se na metódica de averiguação dos défices de protecção desenvolvida no Acórdão nº 75/2010, o Tribunal conclui que "o legislador que conformou as normas [do processo de execução fiscal] não conferiu às posições jurídicas tuteladas [isto é, ao direito dos credores comuns à satisfação dos seus créditos] a protecção eficiente que poderia ter conferido; e fê-lo por razões de interesse público que, uma vez ponderadas, se mostram, na sua relação com os outros bens e

[1910] Votos de P. Mota Pinto e Messias Bento ao Acórdão Aborto III; e Acórdão sobre Conselho de Opinião da RTP.
[1911] Voto de J. Cura Mariano.
[1912] Acórdão Aborto V, especialmente nos pontos 11.4.3. e 11.4.4.
[1913] Para um comentário a esta decisão, J. MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2010*, pp. 154 ss..

valores constitucionalmente tutelados, claramente sobreavaliadas. Tanto basta (…) para que se considere (…) que se não cumpriu (…) o imperativo constitucional de *proibição de deficit* ou da *insuficiência*".

Mais recentemente ainda, o princípio subiu de novo ao palco, num conjunto de decisões sobre protecção da segurança e saúde dos trabalhadores, tendo o Tribunal concluído pela não inconstitucionalidade da supressão (acidental) de um dado regime sancionatório, na medida em que: por um lado, "só pode falar-se em *deficit* de protecção constitucionalmente censurável perante conteúdos de protecção constitucionalmente prescritos"; e, por outro lado, "só pode falar-se de «deficit» de protecção censurável pelo juiz constitucional perante a patente ou indiscutível insuficiência das medidas adoptadas" pelo legislador ordinário[1914].

II – As análises mais rigorosas deste princípio – sobretudo de origem germânica[1915] – têm revelado, contudo, que a sua autonomia enquanto parâmetro delimitador da liberdade conformativa do legislador está longe de ser uma evidência. E, mesmo quando se conclui por essa autonomia dogmática, não há consenso quanto ao modo de assegurar a sua operacionalidade prática, dada a inexistência de um sistema de testes seguro – à semelhança dos três testes do princípio da proporcionalidade – que seja capaz de aferir, com um mínimo de objectividade, se o legislador ficou efectivamente aquém das suas obrigações constitucionais.

Na verdade, a autonomia do princípio da proibição de insuficiência tem sido questionada por cinco vias diferentes:

a) Em primeiro lugar, é controversa a sua relação com a própria figura dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, argumentando-se que a proibição em causa é um simples correlato do dever de actuação. Se existe uma imposição de actuar – do legislador ou de outros poderes públicos –, tem que existir necessariamente uma proibição de não actuar. Trata-se assim, em ambos os casos, do mesmo comando jurídico, formulado ora pela positiva ora pela negativa[1916].

[1914] Acórdãos nº 75/2010, nº 269/2010, nº 270/2010 e nº 222/2011, sendo que no primeiro e no último se analisa o mesmo regime também à luz do princípio do não retorno da concretização.

[1915] Monograficamente: MAYER, *Untermaß*, *passim*; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, *passim*; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, *passim*. Além destas obras fundamentais: CANARIS, *Direitos*, pp. 119 ss.; e também *Grundrechtswirkungen*, pp. 161 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 297 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 270 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 93 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 277 ss.; SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 208 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 119-120, e pp. 151 ss.; LAGODNY, *Strafrecht*, pp. 244 ss.; MÖSTL, *Probleme*, pp. 1038-1039; MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen*, pp. 148 ss.; SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 132 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 342 ss.. Curioso também o debate: HAIN, *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss.; DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 131 ss.; HAIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 75 ss.. Por último: J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 77 ss., nota 103, e pp. 86 ss.; I. SARLET, *Constituição*, pp. 360 ss.; J. SAMPAIO, *O dever*, pp. 145 ss.; R. CASTRO, *As omissões*, pp. 220 ss.; C. PULIDO, *El principio*, pp. 798 ss..

[1916] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 13 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 38 ss.; CANARIS, *Direitos*, pp. 119 ss..

b) Em segundo lugar, existe uma importante corrente que, a respeito da relação do princípio com a máxima da proporcionalidade, defende que existe uma congruência entre proibição de defeito e proibição do excesso. Se a medida legislativa que protege o direito de A é a mesma que restringe o direito de B, e vice-versa, parece razoável pensar que pela proibição de protecção deficitária (do direito de A) se chega inevitavelmente ao mesmo resultado a que se chegaria pela aplicação (ao direito de B) dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[1917].

c) Em terceiro lugar, é também possível defender que a proibição de insuficiência corresponde a uma manifestação particular da ideia de intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Apesar de esta figura constitucional ser normalmente pensada como um limite negativo às medidas restritivas do legislador, nenhuma razão sólida parece existir para a aprisionar nesse domínio, em vez de a encarar em termos afirmativos, vendo nela uma exigência dirigida aos poderes públicos, no sentido de assegurarem a efectividade – a protecção efectiva – do núcleo essencial dos direitos fundamentais em todas as circunstâncias da vida em sociedade, tanto nas relações verticais, como nas relações horizontais. E, nesse caso, a proibição de défice constitui precisamente a garantia última desse conteúdo essencial[1918].

d) Em quarto lugar, para as orientações que acentuam a caracterização dos direitos fundamentais como princípios jurídicos, a interdição de protecção insuficiente parece ter pouco a acrescentar aos imperativos de optimização inerentes aos próprios direitos, que determinam a sua máxima realização possível, tendo em conta os condicionalismos jurídicos e fácticos de sinal contrário[1919].

e) Em quinto e último lugar, tem sido ainda defendida a tese segundo a qual, à luz dos limites funcionais do controlo da constitucionalidade efectuado pelos tribunais – limites que estão na origem da conhecida teoria das três densidades de controlo –, o princípio da proibição de protecção insuficiente corresponde tão-somente ao controlo de evidência do cumprimento, por parte do legislador, dos deveres de protecção jusfundamental que a Constituição lhe prescreve. Segundo esta orientação, pode declarar-se violada a proibição de défice tão-só quando o legislador incumpriu de forma evidente um dever de protecção a que estava vinculado[1920].

[1917] MAYER, *Untermaß*, pp. 141 ss.; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 74 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*,pp. 123 ss.; HAIN, *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss.; DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 131 ss.; HAIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 75 ss..

[1918] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 46 ss.; MAYER, *Untermaß*, pp. 104 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 161 ss.; SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 208 ss.. Na doutrina nacional, J. SAMPAIO, *O dever*, pp. 152 ss..

[1919] BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 119-120, e pp. 151 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 170 ss..

[1920] MAYER, *Untermaß*, pp. 91 ss., e pp. 118 ss.; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 65 ss.;

Ponto comum a todas estas convergências e divergências doutrinais é a permanente associação (implícita ou explícita) entre o princípio da proibição de défice e a actividade ou inactividade do legislador, em face dos deveres de protecção que o vinculam. Não deve esquecer-se, contudo, que o legislador não é único destinatário dos deveres constitucionais de protecção e que, portanto, também as autoridades administrativas e jurisdicionais podem estar sujeitas à obrigação de, no quadro das suas funções próprias, se conformarem com o princípio em apreço, decidindo os casos que têm em mãos de modo a não conceder aos direitos fundamentais sob ameaça menos tutela do que a constitucionalmente exigida[1921]. Como adiante se verá, uma das questões mais controversas no que respeita à vinculação da administração e dos tribunais aos deveres de protecção é, precisamente, a de saber se ou em que medida estão estas instâncias autorizadas a suprir os (mais gravosos) défices de protecção deixados pelo legislador[1922] – além de cumprirem o papel protector que lhes cabe no âmbito natural das suas próprias funções estaduais[1923].

12.3.1. Identidade própria

Assim, antes de mais, no que respeita à relação existente entre os deveres de protecção e a proibição de défice, duas interrogações podem suscitar-se: têm ambas as figuras o mesmo campo de aplicação? E, em caso afirmativo, são uma e a mesma coisa – vista apenas de perspectivas diferentes – ou são realidades dogmáticas distintas?

I – No tocante à primeira pergunta, é uma realidade indesmentível que podem existir défices legislativos em contextos muito díspares, bastando para tal que a Constituição, de uma forma ou de outra, exija dos órgãos com competência para fazer as leis uma actuação expressa, produzindo um determinado regime[1924]. Pode tratar-se de uma ordem directa para legislar, fazendo uma lei sobre esta ou aquela matéria, criando este ou aquele órgão, regulando esta ou aquela instituição. Pode também estar em causa a fixação de uma simples incumbência do Estado, que tem inevitavelmente de ser cumprida (pelas instâncias administrativas ou jurisdicionais) com base numa regulação prévia ditada pelo legislador. Bem pode ser o caso de um instituto jurídico garantido constitucionalmente, cujos contornos só o legislador ordinário está em condições de definir ou redefinir. Ademais, pode a Constituição mobilizar o legislador ordinário no sentido de dar a um certo direito fundamental o enquadramento organizativo, procedimental e processual suficiente para lhe assegurar um tutela efectiva (nas relações com os poderes públicos, ou no seio das instituições públicas). De resto, não seria sequer descabido falar de défice legislativo quando

[1921] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 87 ss..
[1922] Colocando a questão relativamente aos tribunais, CANARIS, *Direitos*, p. 124.
[1923] Sobre a *Untermaßverbot* no contexto da função estadual de segurança interna, GÖTZ, *Innere Sicherheit*, pp. 1025-1027.
[1924] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 41 ss..

certo regime legal editado é demasiado poroso, não apresentando densidade suficiente para cercear a discricionariedade da Administração ou a liberdade decisória do julgador – em contravenção com o exigido pelos princípios da reserva de lei e da determinabilidade (do sentido) da mesma[1925].

Em todos estas situações, assim como em muitas outras semelhantes, existe um específico dever de actuação legislativa[1926] – isto é, um dever qualitativamente diferente da simples conveniência política de produção legislativa, associada à ideia de prossecução do interesse público e à atribuição a certos órgãos de competência para fazer leis[1927]. Apesar de não ser fácil fazer uma taxonomia rígida e exaustiva dos deveres de legislar para além dos exemplos (teoricamente) mais óbvios – *maxime*, deveres de concretização, deveres de conformação, deveres de promoção, deveres de organização, procedimento e processo, etc[1928] –, os deveres estaduais de protecção legislativa de direitos fundamentais – como se supõe já sobejamente demonstrado – gozam de autonomia dogmática em relação a essas outras vinculações do Estado-legislador. Por consequência, é aí que reside também o fundamento para a afectação especial do princípio da proibição de défice – entenda-se *défice de protecção* – à figura constitucional que se vem analisando. Quer isto dizer, portanto, que, a não ser que se entre no conhecido jogo dos sentidos amplos e dos sentidos estritos (ou restritos) – com um sentido amplo aplicável ao conjunto de todos os deveres de legiferação, e um sentido estrito afecto só aos deveres de protecção[1929] –, a designação "princípio da proibição de défice" (de defeito ou de insuficiência) deve ter-se por sinónima da ideia de interdição de protecção insuficiente de direitos fundamentais em face das ameaças externas, sejam elas de origem humana ou natural.

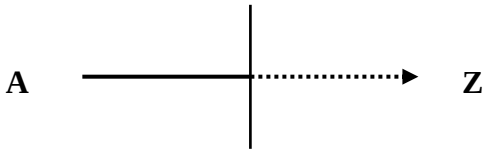
Deve referir-se, entretanto, que só esta tese da monopolização da *Untermaßverbot* pelos deveres de protecção jusfundamental é capaz de evitar sobreposições indesejáveis, mais ou menos extensas, com outras figuras constitucionais[1930]. De facto, a falta de um regime legal ou a sua fraca densidade podem também ser avaliadas como factores de enfraquecimento ou de esvaziamento de garantias institucionais, como colocando em causa a tutela jurisdicional efectiva de um certo direito fundamental, ou ainda como violações do princípio da reserva de lei, por assim se vedar aos cidadãos a possibilidade de terem uma antevisão precisa da respectiva situação jurídica. E, da mesma forma, a ausência ou a excessiva porosidade de uma disciplina legal, sobretudo se tiverem natureza superveniente, podem inclusivamente ser escrutinadas sob o prisma dos princípios constitucionais que representam garantias de estabilidade jurídica objectiva e subjectiva: segurança do direito e protecção da confiança, proibição de reconstituir omissões inconstitucionais, proibição de revogação de regulamentos de execução, entre outros.

[1925] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 356-359.
[1926] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 42-43.
[1927] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 158 ss.. Distinguindo os *deveres específicos de legislar* do *dever geral de produção legislativa*: J.P. SILVA, *Dever*, pp. 21 ss.; EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 148-152.
[1928] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 236-237; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 29 ss..
[1929] Embora fazendo a distinção noutros termos, TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 34, e pp. 168 ss..
[1930] Sobre a tese do monopólio, TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 163-164.

II – Assentando no pressuposto de que ambas as figuras vivem exactamente no mesmo espaço constitucional, numa relação umbilical recíproca, não serão elas, afinal, a mesma coisa? Ou melhor, recorrendo a uma metáfora que ficou célebre[1931]: se uma coisa é o "carro" e outra é a "roda", considerando que a roda não pode andar mais depressa que o próprio carro, nem andar por sítios diferentes deste, não será inevitável que ambas cheguem sempre ao mesmo sítio e ao mesmo tempo?

A resposta a esta pergunta é, porém, negativa. Não obviamente que as rodas se possam dissociar do automóvel em movimento, mas antes pela circunstância de a metáfora não ser propriamente feliz, considerando que o papel da proibição de défice de protecção tem pouco a ver com a função (motriz) que cabe às rodas do carro – como, aliás, tem também poucas afinidades com a função (limitadora) do "travão"[1932]. A insistir numa comparação automobilística – se o condutor representar o legislador, e o automóvel as próprias medidas legislativas que por ele podem ser adoptadas –, o dever de protecção terá quanto muito um papel próximo das placas indicativas dos diferentes destinos (e das respectivas distâncias), ao passo que a proibição de défice andará porventura mais perto da função das placas que assinalam a entrada nas localidades pretendidas. A viagem pode até prosseguir, dentro da própria localidade, ou inclusivamente para outras paragens, embora no essencial a jornada esteja cumprida quando se cruzam as placas deste segundo tipo.

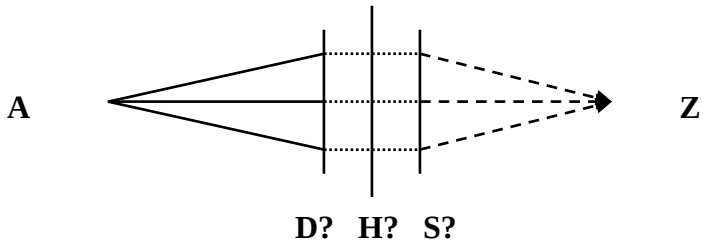
Agora graficamente: se A for a âncora constitucional que permite deduzir um certo dever de protecção jusfundamental; se "→" for o percurso de cumprimento legislativo desse mesmo dever; e se Z corresponder ao nível ideal de absoluta protecção do bem jurídico sob ameaça; a proibição de défice poderá ser representada simplesmente por uma linha vertical situada algures ao logo do caminho: "|". Até essa linha, o legislador estará seguramente em défice, mas a partir do ponto de intercepção ele alargará de forma substancial a sua liberdade de avaliação e conformação, sobretudo no que respeita ao *se* (da continuação) da protecção jusfundamental através de medidas adicionais ou mais intensas. Nos seguintes termos:



De momento, são ainda evidentes as insuficiências deste esquema. Desde logo, deixa transparecer que entre o ponto A e o ponto Z existe apenas um caminho, quando na realidade existe por regra uma

[1931] DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, p. 140. Na formulação original: "Da mesma forma que a roda não pode andar mais depressa do que o carro, assim também a *Untermaßverbot* não pode possuir uma densidade reguladora maior do que a tarefa legislativa que lhe serve de base".
[1932] Em defesa da analogia com o "travão": TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 44; fazendo também referência à metáfora de Dietlein, STORRING, *Das Untermaßverbot*, p. 135.

pluralidade de caminhos. Sobretudo, nenhuma indicação fornece sobre se a linha de intercepção se localiza logo no ponto D, mais adiante no ponto H, ou só mais perto do fim, próxima do ponto S. Além disso, nenhuma indicação se retira sobre se o local exacto onde se situa a linha vertical pode ser definida de antemão, com os dados disponíveis na posição A – designadamente com recursos a simples dados normativos ou através de juízos de prognose –, ou se só *a posteriori*, à medida que se vai fazendo o percurso, pode saber-se qual a localização em que a linha da proibição de insuficiência deve constitucionalmente ser colocada. Talvez o esquema seguinte pudesse ser um pouco mais elucidativo:



Porém, por agora, qualquer dos esquemas apresentados torna claro que não existe coincidência ontológica entre dever de protecção e proibição de défice. São realidades dogmáticas diferentes, embora ligadas por um vínculo de exclusividade. A primeira corresponde a uma *imposição constitucional* – mais precisamente é uma modalidade particular desse tipo de imperativos –, enquanto a segunda é um *parâmetro de controlo* da observância por parte do legislador dessa mesma imposição constitucional[1933]. Como refere um dos primeiros arautos da figura em análise: "há, pois, num primeiro passo, que fundamentar a existência do dever de protecção como tal; e, um segundo, que verifica se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de protecção, ou se, pelo contrário, apresenta, nesse aspecto, insuficiências"[1934]. Numa palavra: o dever de protecção diz se o Estado está ou não obrigado a conceder tutela jurídica a certo bem jusfundamental; a proibição de defeito diz se a protecção efectivamente concedida corresponde ou não às exigências constitucionais[1935]. Define um limite, uma *fasquia mínima* que o legislador tem de alcançar através da modulação da ordem jurídica – sob pena de inconstitucionalidade por omissão, pura (se nada tiver sido feito) ou impura (se o *status quo* normativo for escasso) –, mas que pode também ultrapassar, sem que daí resultem necessariamente consequências negativas[1936].

Pelo contrário, como adiante melhor se verá, é importante perceber que o dever de protecção não se esgota no momento em que é transposta a linha da proibição do défice. Ele subsiste para além desse

[1933] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 30 e 37, contrapondo "imperativo abstracto de eficiência" e "exame de eficiência"; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 232-233, versando a *Untermaßverbot* como um subcapítulo dos deveres de protecção.
[1934] CANARIS, *Direitos*, pp. 122-123.
[1935] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 136.
[1936] CANARIS, *Direitos*, p. 120; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 43.

ponto, canalizando a actividade do legislador em direcção a um determinado "programa final", centrado na tutela da efectividade e da intangibilidade dos bens jusfundamentais em apreço, e permitindo-lhe designadamente comprimir ou restringir para o efeito outros direitos fundamentais de terceiros[1937]. Quer isto dizer, portanto, que uma vez atingido o limite mínimo de protecção exigido constitucionalmente, o dever de protecção continua activo – embora certamente com menor intensidade impositiva – daí o tracejado dos esquemas acima apresentados –, enquadrando e orientando a liberdade de conformação do legislador e, em particular, desempenhando uma função habilitadora de novas medidas legislativas ou de soluções legislativas mais incisivas, umas e outras tendo por consequência provável o encurtamento (limitador ou restritivo) de posições jusfundamentais contrapostas[1938].

III – Não é assim absolutamente rigoroso o pensamento segundo o qual o dever de protecção de direitos fundamentais trata do *se* da protecção normativa, enquanto o princípio da proibição de defeito versa sobre o *como* dessa mesma protecção[1939]. Dito desta forma, pode ficar a ideia de que o dever de protecção não avança para além do próprio ponto de partida, decidindo apenas a questão de saber se sim ou não o legislador tem de actuar em defesa de certo direito. No fundo, a problemática do dever de protecção reduzir-se-ia às operações de ponderação relativas à sua própria dedução. Daí em diante, as questões relativas ao modo concreto de realizar a protecção constitucionalmente reclamada já teriam de ser resolvidas à luz do princípio da proibição de défice. Não será de facto assim: o *se* e o *como* da protecção têm uma relação bastante mais incindível; e debalde se procurará num princípio de controlo, que tem uma função marcadamente negativa – no sentido que traça a linha da inconstitucionalidade – qualquer tipo de orientações positivas sobre a escolha dos meios que o legislador deve convocar para cumprir as suas incumbências. Conquanto a operacionalização prática do princípio da proibição de insuficiência possa eventualmente implicar o confronto entre os meios utilizados (ou não) pelo legislador e outros meios alternativos, porventura também disponíveis, não é àquele princípio que cumpre efectuar as escolhas (jurídicas e políticas) relativas ao modo de cumprimento dos deveres de protecção.

A análise que a proibição de defeito proporciona, sendo de natureza essencialmente externa, serve mais os propósitos do controlo jurisdicional do que propriamente de fio condutor para as decisões do legislador. Por conseguinte, mais do que o *como* da protecção, a proibição de defeito procura traçar de forma exacta a linha do *quantum* da protecção constitucionalmente exigível[1940]. Bem vistas as coisas, "a eficácia da protecção integra, em princípio, logo o conteúdo do dever de protecção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Mas isso só é exacto numa perspectiva muito abstracta, que

[1937] DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, p. 140, fundando-se no conceito de Luhmann; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 135.
[1938] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 43; admitindo também diferentes graus de vinculatividade dos deveres de protecção, STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 138.
[1939] CANARIS, *Direitos*, pp. 102 e 122; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 29.
[1940] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 139-140, rejeitando que o princípio respeite à descrição do "Wie" da protecção, e afirmando que ele marca o "Ab wann" de uma garantia de protecção justiciável.

nada altera quanto à circunstância de ser adicionalmente necessária, em cada caso, uma aferição da eficiência para cada *problema especificamente considerado*. Isto porque a eficiência constitui um critério *graduável*, uma vez que se trata de saber se a protecção é *suficientemente* eficiente – e esta é uma interrogação autónoma em relação à fundamentação do dever de protecção (…). Neste contexto, chega-se (…) frequentemente a um «segundo patamar argumentativo»", e a uma nova "sintonia fina" de ponderação de bens jurídicos contrapostos"[1941].

12.3.2. Princípio da proporcionalidade

Em segundo lugar, é problemático também o relacionamento entre o princípio da proibição de protecção insuficiente e o princípio da proporcionalidade, nas várias configurações que este assume e, em particular, como sinónimo de proibição de excesso. Em abstracto, são aqui defensáveis pelo menos quatro teses diferentes, ainda que cada uma delas não seja necessariamente alternativa de todas as outras e com elas inconciliável. A saber[1942]:

a) A *tese da congruência* (estrutural e) de resultados entre proibição de defeito e proibição de excesso;

b) A *tese da liberdade de conformação* do legislador num corredor entre um mínimo, definido pela proibição de defeito, e um máximo, definido pela proibição de excesso;

c) A *tese da assimetria* entre o conteúdo de garantia da proibição de défice, relativa aos deveres de protecção, e o conteúdo de garantia da proibição de excesso, referente aos direitos de defesa;

d) A *tese do englobamento* das proibições de *Untermaß* e de *Übermaß* no conteúdo de um super-princípio de proporcionalidade.

A análise subsequente procurará demonstrar que a segunda tese é claramente preferível à primeira e a terceira, apesar de ter um fundo de verdade, acaba por se desviar do cerne do problema. Por seu turno, a quarta tese, além de não pretender substituir as demais – ela é, aliás, perfeitamente compaginável com a segunda – encerra uma conclusão útil desta discussão em torno das relações entre a proibição de protecção insuficiente e a máxima da proporcionalidade.

I – A *tese da congruência* afirma que o resultado alcançado, através da análise de um regime legal de protecção de direitos fundamentais, à luz do princípio da proibição do défice, não pode ser diferente daquele a que se chega por meio do exame desse mesmo regime em conformidade com o

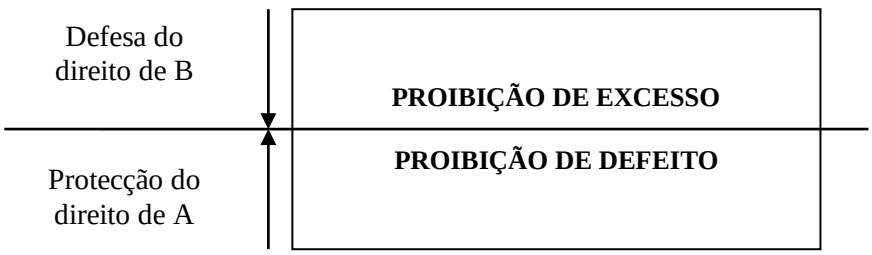
[1941] CANARIS, *Direitos*, pp. 123-124.

[1942] MAYER, *Untermaß*, pp. 141 ss.; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 74 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 122 ss.; HAIN, *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss.; DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 131 ss.; HAIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 75 ss..

princípio da proibição do excesso. Não quer isto significar necessariamente que o princípio da proibição de défice utilize os mesmos exactos três testes do princípio da proibição de excesso – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, caso em que se poderia também falar de congruência estrutural entre *Untermaß* e *Übermaß*. A ideia sufragada é a de que, nos cenários mais comuns de protecção através de restrição, uma solução legislativa que seja simultaneamente adequada, necessária e proporcionada, para efeitos de averiguação da sua conformidade com o regime constitucional das restrições, cumprirá inevitavelmente a interdição de protecção insuficiente. As duas proibições confluem numa linha comum, não deixando ao legislador qualquer espaço significativo de movimentação.

Sobretudo o teste da necessidade, ao exigir que das várias medidas alternativas adequadas a atingir o propósito do legislador seja escolhida a *menos gravosa* – isto é, aquela que, de entre as medidas com idêntico grau de aptidão, tiver menor alcance material, pessoal, temporal e até espacial[1943] –, demonstra bem que não há margem para o legislador proteger os bens jurídicos contrapostos com medidas *mais intensas* ou *mais agressivas* – sob pena de se violar a proibição de excesso. Inversamente, se por acaso se concluir que a protecção disponibilizada pelo legislador por meio de uma medida restritiva não é de todo eficaz, ou fica aquém do constitucionalmente requerido, a (suposta) violação da proibição de insuficiência aí ocorrida só pode ficar a dever-se ao facto de medida escolhida não ser *idónea* ou *adequada* à prossecução do fim proposto – já que uma restrição nunca se justifica por si mesma[1944]. Qualquer espaço de liberdade de escolha que pudesse restar ao legislador não resultaria, segundo esta visão, do jogo normal entre os princípios da proibição do excesso e da proibição do défice, mas de factores exógenos, como sejam as incertezas normativas e empíricas envolvidas na interpretação constitucional, a distinção entre norma de acção e norma de controlo, assim como outros limites funcionais que balizam a própria justiça constitucional[1945].

Para esta orientação, embora com sentidos divergentes, proibição de excesso e proibição de defeito encontram-se sempre mais ou menos a meio do caminho:



[1943] Procedendo a esta desagregação, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 374-376.
[1944] MAYER, *Untermaß*, pp. 72-74; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 41-42; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 123-125.
[1945] MAYER, *Untermaß*, pp. 84 ss., 91 ss., e 118 ss..

Esta teoria da congruência é representada pela imagem de um legislador apertado entre os braços de uma "pinça"[1946]. Sucede que esta tese da congruência absoluta[1947] – além de não ter aplicação possível naqueles casos particulares em que a protecção não se traduz directamente na compressão de direitos alheios, ou sequer naqueles em que não implica restrições legais em sentido próprio[1948] –, faz das ideias de proporcionalidade e de proibição do excesso uma interpretação tal que, literalmente, reduz a nada a liberdade de conformação do legislador num leque imenso de situações típicas de protecção de direitos fundamentais. Esquece, desde logo, algo de elementar: num Estado de Direito democrático, tanto a proporcionalidade como a liberdade conformativa do legislador têm a estrutura jurídica de princípios e, portanto, não é legítima uma concepção daquela que arrase com esta, transformando em regra geral os casos pontualíssimos de redução a zero da discricionariedade legislativa de avaliação e conformação. Os deveres de protecção de direitos fundamentais e o princípio que proíbe a insuficiente tutela destes limitam em conjunto, de forma mais ou menos intensa, consoante as circunstâncias, a liberdade de conformação do legislador democrático, mas de modo algum podem ter a veleidade de a erradicar[1949-1950].

Além disso, seria muita coincidência que a proibição de excesso e a proibição de defeito confluíssem exactamente no mesmo resultado final, apesar de não existir entre ambas uma verdadeira congruência estrutural. Desde logo, o conceito de fim que está na base de cada um dos princípios em confronto, e que norteia as análises respectivas, está longe de ser coincidente. No exame das restrições, à luz da proibição de excesso, o fim é definido com grande amplitude pelo legislador – é um *fim legal* –, ainda que tenha de ser constitucionalmente legítimo. Pode tratar-se de um fim em sintonia com a Constituição, ou apenas compatível com ela, sendo em qualquer caso escolhido pelo próprio legislador – até porque, em si mesmas, as restrições são uma possibilidade que a Constituição abre e não uma imposição desta. Pelo contrário, no exame das medidas de cumprimento dos deveres de protecção à luz da proibição de défice, o fim em causa vem já fixado de antemão pela própria Lei Fundamental – é um *fim constitucional* –, que é dela extraído por via hermenêutica. O fim corresponde, efectivamente, a um objectivo constitucional: a protecção de certo bem jusfundamental em face das ameaças que o perturbam[1951].

[1946] HAIN, *Der Gesetzgeber*, pp. 982 ss.; e também *Das Untermaßverbot*, pp. 76-80; também HOLOUBEK, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 277 ss..

[1947] Que não é rigorosamente a tese de DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 131 ss., cujo cepticismo conduz quanto muito a uma simples "congruência relativa".

[1948] HAIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 80-84; MAYER, *Untermaß*, p. 73 e pp. 75-77;

[1949] MAYER, *Untermaß*, pp. 163 ss., enaltecendo precisamente a dimensão democrática da liberdade de conformação do legislador, recorrendo para tanto a duas ideias condutoras: *"in dubio pro demos"* (p. 73) e *"taking the Constitution away from the courts"* (pp. 191 ss.).

[1950] No sentido da rejeição da tese da congruência, convergem ainda os outros dois estudos monográficos: TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 43-46; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 127-131.

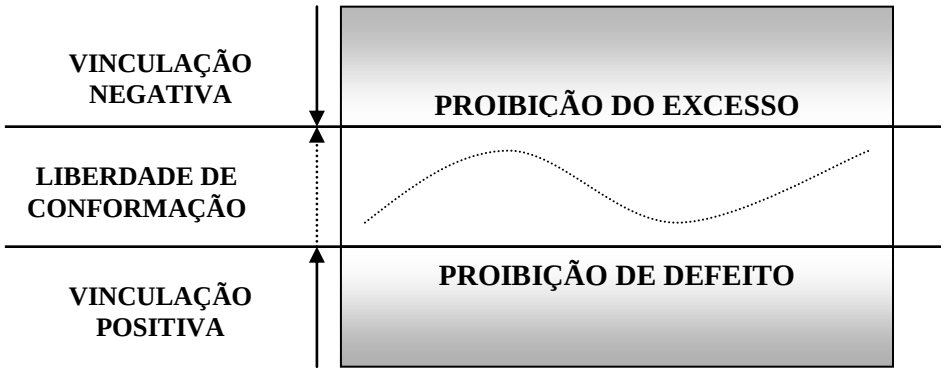
[1951] Sobre a unidade ou diversidade do fim: MAYER, *Untermaß*, pp. 71 e 75; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 125-126; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 78-84; MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen*, pp. 151 ss..

Por outro lado, na proibição do excesso, o objecto de análise é *uma medida legislativa* muito concreta e precisa – ainda que esta deva ser confrontada com certas medidas legislativas hipotéticas –, com vista à avaliação dos seus possíveis efeitos na esfera jurídica dos titulares dos direitos restringidos. Já na proibição de défice de protecção, o objecto de análise é *o estado da ordem jurídica* considerado em moldes razoavelmente globais, compreendendo tanto os vários instrumentos jurídicos vigentes de natureza sectorial, como aqueles que podiam estar (mas não estão) presentes, como ainda institutos de ordem geral[1952] – por exemplo, a garantia de tutela jurisdicional e a própria responsabilidade civil. A diferença está logo no facto de, num caso, o controlo visar o que realmente existe e de, no outro caso, se orientar para o que eventualmente não existe, com as consequências que isso só por si acarreta em sede de fiscalização da constitucionalidade: os meios processuais e a perspectiva da análise a empreender sempre teriam de ser diferentes; assim como os efeitos das eventuais decisões de inconstitucionalidade[1953]. Não obstante, o que mais sobressai é realmente a divergência quanto ao grau de precisão que é possível atingir na delimitação do objecto analisado: uma dada norma legal; ou uma parte substancial da ordem jurídica.

Decisivo para a negação da congruência estrutural – e, consequentemente, da tese da congruência de resultados – é ainda a impossibilidade de tornar operativo o princípio da proibição do défice com recurso ao triplo teste da proporcionalidade[1954]. Como poderia alguma vez chegar-se a medições idênticas se a própria bitola com que se mede é diferente? Como foi salientado, os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade estão talhados à medida dos comuns "programas condicionais", do tipo "se (…) então (…)", e não para serem usados em "programas finais", orientados para a obtenção de resultados, como aqueles que caracterizam os deveres de protecção e a proibição de insuficiência[1955]. Concretamente, em vez da *necessidade* – que assume um papel central na proibição do excesso e que só é possível apurar numa perspectiva comparativa –, a proibição de defeito opera essencialmente com a ideia de *eficácia* ou de *efectividade* (como capacidade real para atingir um resultado)[1956] – não exigindo sequer a *eficiência* (como capacidade para atingir um resultado com o menor dispêndio possível de recursos). Por último, também ao invés do que sucede com aquela, o exame da proibição de defeito não requer inevitavelmente um direito contraposto e uma averiguação comparativa de várias medidas hipotéticas com idêntico resultado, bastando-se com o estabelecimento de uma relação causal "meio (…) fim (…)"[1957]. Somando assim mais esta divergência estrutural respeitante aos procedimentos de exame, parece cada vez mais difícil aceitar que a proibição de defeito não acrescenta nada ao resultado que a proibição do excesso já por si alcançaria.

[1952] MAYER, *Untermaß*, pp. 145-146; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 79.
[1953] MAYER, *Untermaß*, p. 146.
[1954] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 78-86., e pp. 117-122; MAYER, *Untermß*, pp. 153-154; MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen*, pp. 148 ss..
[1955] DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, pp. 139-141; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 117.
[1956] Precisamente sobre o problema da efectividade: ALEXY, *Teoria*, p. 448-450; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 103-104.
[1957] ALEXY, *Teoria*, p. 447.

II – O que verdadeiramente ocorre nas constelações típicas de protecção com restrição é a fixação autónoma, pela *Untermaßverbot* e pela *Übermaßverbot*, de duas linhas diferentes e a uma distância razoável, que ora fixam o *mínimo de protecção* constitucionalmente exigível, ora estabelecem o *máximo de restrição* constitucionalmente tolerável. Daí a invocação da velha teoria medieval dos "dois gládios"[1958]. Nos seguintes termos:



Esta orientação, que abre aos órgãos legislativos um *"corredor"* em que eles podem mover-se com significativa liberdade de movimentos, para cima e para baixo, em função das suas opções políticas e das suas ponderações jurídicas – ora aproximando-se da linha da proibição do excesso, ora descendo para a beira da linha da proibição de defeito –, tem a inegável vantagem de soltar o legislador da *"pinça"* em que a tese da congruência pretendia vê-lo colocado[1959]. Ou seja, tem a vantagem de lhe devolver aquela margem de liberdade de decisão que a Constituição nunca deve tentar retirar-lhe, nem mesmo quando ela é estreitada pela presença de deveres de protecção de direitos fundamentais. É esta, de resto, a orientação perfilhada pelo Tribunal Constitucional, quando afirma no seu Acórdão nº 75/2010 que "é no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem de exercitar a sua competência de modelação" dos regimes jurídicos em matéria de direitos fundamentais[1960].

Pela leitura do esquema apresentado pode verificar-se que, apesar de ambas as linhas balizarem a liberdade de conformação do legislador, na perspectiva de quem está obrigado por um dever de protecção de direitos fundamentais, elas apresentam natureza muito diversa. A linha da proibição do excesso é

[1958] HOLOUBEK, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 278-279.
[1959] Em defesa desta ideia de "corredor": MAYER, *Untermaß*, p. 76; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 132, também uma referência em TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 84; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 270 ss..
[1960] Ponto nº 11.4.3., *in fine*.

absolutamente intransponível, enquanto a linha da proibição de défice pode ser transposta (em sentido ascendeste) sem que se desencadeie qualquer juízo de inconstitucionalidade[1961]. Aliás, com a transposição dessa linha o legislador recobra uma parte da autonomia de modelação que havia perdido em virtude da sua vinculação constitucional à protecção de direitos fundamentais. Como alertou o Tribunal Constitucional, o legislador pode "optar por consagrar uma protecção superior ao mínimo que lhe é constitucionalmente imposto". O que não pode nunca é "ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso"[1962]. Para além disso, as linhas paralelas da proibição de défice e da proibição de excesso – podendo estar mais ou menos distantes uma da outra, em função das circunstâncias fácticas e dos remédios jurídicos disponíveis – assumem uma posição relativamente estável e nunca se cruzam, não havendo qualquer possibilidade de uma verdadeira colisão entre *Untermaß* e *Übermaß*[1963]. O que pode oscilar bastante, ao longo do tempo e em função das opções políticas e jurídicas, é tão-somente a linha (curva) da protecção efectivamente providenciada pelo legislador para cada tipo de situações de ameaça a direitos fundamentais.

De notar também que as zonas de vinculação positiva e de vinculação negativa não significam ausência absoluta de liberdade de conformativa do legislador democrático. Significam apenas que a Constituição veda a possibilidade de não agir, deixando a protecção ficar aquém da linha, ou de agir, alargando a restrição para além da linha. Não obstante, apesar de o legislador não ser livre de proteger menos, ele pode seguramente proteger de forma diferente, assim como, embora não esteja autorizado a restringir mais, pode certamente restringir de modo diferenciado. Em compensação, também a zona intermédia identificada pela expressão "liberdade de conformação" não pode ser entendida como uma zona de vinculação zero, ou sequer como um espaço em que aquela liberdade se possa considerar "muito ampla". Como se disse acima, há um certo paradoxo no enaltecimento da liberdade de avaliação e conformação do legislador em domínios materiais dominados pela necessidade constitucional de tutelar (e comprimir) direitos fundamentais. O que ocorre aí nesse espaço é uma expansão da margem de discricionariedade do legislador – sobretudo por comparação com o que sucede acima e abaixo das linhas paralelas da *Untermaß* e *Übermaß* –, desde logo porque desaparece a vinculação relativa à actuação ou não actuação normativa e o legislador passa a poder decidir quanto ao *se* da continuação ou da intensificação das medidas de protecção jusfundamental. No fundo, a zona da liberdade de conformação não se distingue das zonas de vinculação como o branco do preto, tudo se resumindo afinal a uma questão de *densidade da vinculação do legislador* e, portanto, de tonalidades de cinzento[1964].

[1961] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 128-129.
[1962] Ainda no referido ponto nº 11.4.3..
[1963] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 85-86; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 131-132.
[1964] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 125 ss..

III – Por sua vez, a *tese da assimetria* entre o conteúdo de garantia da proibição de defeito e o conteúdo de garantia da proibição do excesso tem também entre os seus objectivos negar a possibilidade de convergência estrutural ou de resultados entre *Untermaß* e *Übermaß*[1965]. Escolhe, porém, uma via diferente da seguida pelos defensores da existência de um "corredor" entre os limites marcados por aqueles dois princípios, salientando antes que as linhas traçadas pela proibição de défice e pela proibição de excesso têm necessariamente que ser discrepantes, porque divergente é igualmente a vinculatividade dos deveres de protecção e dos direitos de defesa. Isto é, "a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, (é) substancialmente mais fraca do que a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a proibição do excesso"[1966]. Em causa está a impossibilidade de impor ao poder público e, em particular, ao legislador, "no âmbito das omissões, o mesmo ónus de fundamentação e de legitimação que vigora no domínio das actuações interventivas. Pois enquanto nestas [o poder público] apenas tem tal ónus quanto a uma única medida – precisamente a tomada no caso –, naquela teria, eventualmente, de o satisfazer quanto a uma multiplicidade de medidas omitidas, ou até, mesmo, quanto à total ausência de actuação"[1967].

Esta assimetria teria, aliás, origem numa diferença estruturante mais profunda. Com efeito, nos deveres de protecção, o legislador é chamado a conformar o futuro, enquanto nos direitos de defesa zela essencialmente pelo presente e, portanto, a margem de prognose com que actua é aqui bastante mais limitada. Por esse motivo, o próprio controlo da actuação legislativa tende a ser *ex ante* no primeiro caso e *ex post* no segundo[1968]. Por outro lado, apesar de as ameaças para os direitos fundamentais tanto poderem ter origem pública como privada, as provenientes do Estado têm outra força, outra autoridade e outras consequências. São quantitativa e qualitativamente diferentes[1969]. Desde logo, nas relações entre privados, estes dispõem de meios de defesa naturais – *v.g.*, evitando certas condutas, afastando-se de certos perigos – que não existem relativamente às agressões provindas do Estado, uma vez que este tem uma muito maior capacidade de actuação unilateral e de imposição das suas decisões. Assim, os particulares nunca podem fugir de uma restrição estadual, embora muitas vezes possam fugir das agressões privadas que ameaçam os seus direitos[1970].

Não menos importante, para a defesa da tese da assimetria, do que estas considerações de ordem geral – e que apenas conduzem à conclusão de que os direitos fundamentais permanecem em primeira mão como direitos de defesa[1971] –, é o argumento segundo o qual "a omissão de cada acção individual de destruição ou de afectação é uma condição necessária e só a omissão de todas as acções de destruição e

[1965] MAYER, *Untermß*, pp. 77-78, e pp. 144 ss.; STÖRRING, *Das Untermasverbot*, pp. 142 ss..
[1966] CANARIS, *Direitos*, p. 65.
[1967] CANARIS, *Direitos*, pp. 65-66, tomando aparentemente por base as considerações de ALEXY, *Teoria*, pp. 446 ss..
[1968] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 150; EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 191-193.
[1969] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 158.
[1970] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 159-160.
[1971] Em termos paradigmáticos, BVerfGE, 7.198 *(Lüth-Urteil)*.

afectação é uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruição ou afectação e, com isso, para a satisfação dos direitos de defesa. Ao passo que para o cumprimento dos mandatos de protecção ou promoção – o mesmo que, em geral, para o cumprimento dos direitos a prestações – é suficiente a realização de uma só acção adequada de protecção e promoção. Quando são adequadas várias acções de protecção, nenhuma delas é necessária para o cumprimento do mandato de protecção e promoção; unicamente necessário é que se realize uma delas"[1972]. Por conseguinte, só nos casos excepcionais em que apenas existe uma única acção adequada de protecção ela se torna verdadeiramente necessária e, por consequência, "a estrutura do direito a prestações é igual à do direito de defesa": num caso, exigência de uma actuação determinada; no outro, rejeição de uma acção determinada[1973].

Esta explicação dada para a assimetria entre proibição de excesso e proibição de défice, apesar de perceptível, não é exactamente um modelo de clareza. Isso não tem constituído impedimento à sua repetição pela doutrina e, até, pela jurisprudência, quando mais empenhada em relativizar a vinculação do legislador aos deveres de protecção[1974]. Tudo parece resumir-se no entanto ao facto de, nas restrições, ser suficiente controlar a medida legislativa efectivamente adoptada – dado que uma única medida basta para violar a proibição de excesso –, enquanto na protecção jusfundamental é preciso ter em conta uma pluralidade de medidas alternativas – uma vez que, como nenhuma delas é em si mesma constitucionalmente imposta, só a ausência simultânea de todas elas constitui um atentado contra a proibição de defeito. Se assim for, não negando as diferenças, o essencial da questão parece estar apenas no reconhecimento de que as omissões são, em geral, mais difíceis de censurar juridicamente do que as acções[1975]. Trata-se de um fenómeno comum a muitos institutos da ordem jurídica – basta ler o artigo 486º do Código Civil, sobre responsabilidade civil por omissões, ou artigo 10º do Código Penal, sobre crimes omissivos impróprios – e que, como é natural, também tem lugar no direito constitucional, como ilustram abundantemente as dificuldades da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

De um ponto de vista substantivo, parece no entanto preferível a ideia sufragada no Acórdão nº 166/2010, nos termos da qual "é tão censurável (…) que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adopte medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um *dever de legislar* em ordem a essa protecção ou realização". Em todo o caso, não se afigura sequer correcto associar as questões da (pretensa) fragilidade da proibição de défice e da (suposta) fortaleza da proibição de excesso – que estão no cerne da tese da assimetria – ao problema da localização geográfica relativa das linhas traçadas por cada uma daquelas proibições – que é o verdadeiro pomo da discórdia entre as teses da *congruência* e as teses do *corredor* de liberdade delimitado entre um mínimo e um máximo. Ainda que uma das linhas possa ser mais carregada do que a

[1972] ALEXY, *Teoria*, p. 447.
[1973] ALEXY, *Teoria*, pp. 447-448.
[1974] Foi o caso do próprio Acórdão nº 75/2010, no seu ponto nº 11.4.18, a respeito dos limites jurídicos ao cumprimento dos deveres de protecção.
[1975] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 147-148.

outra – fruto da sua diferente densidade regulativa –, o que importa registar é que as duas permanecem paralelas e afastadas entre si.

IV – Já a *tese do englobamento* da *Untermaßverbot* e da *Übermaßverbot* num super-princípio de proporcionalidade parece impor-se como uma evidência[1976]. Não basta desenvolver uma dogmática autónoma da proibição de défice, como padrão de controlo do cumprimento dos deveres de protecção. É importante que essa proibição desague no alargamento do clássico princípio da proporcionalidade, introduzindo no seu conteúdo e na sua metódica aplicativa testes relativos à eficácia e à efectividade da tutela jusfundamental imposta pela Constituição[1977].

Muito em particular, nas constelações triangulares de protecção de direitos fundamentais através da restrição de outros, só um princípio da proporcionalidade abrangente, que integre a proibição de défice, como subprincípio de aplicação cumulativa com a proibição do excesso, permite fazer um exame correcto e completo do caso em apreço e de todas as posições jurídicas que nele se cruzam. Na sua configuração tradicional, o princípio da proporcionalidade apenas considera uma parte do problema, deixando a outra por examinar. Estranho seria, aliás, que o desenvolvimento dogmático de uma nova dimensão (positiva) dos direitos fundamentais e a consciência do carácter complexo das relações jurídicas jusfundamentais não tivesse, mais tarde ou mais cedo, qualquer consequência no conteúdo e na estrutura interna do princípio da proporcionalidade.

12.3.3. Conteúdo essencial

Em terceiro lugar, questiona-se a autonomia do princípio da proibição de insuficiência frente ao imperativo constitucional de intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. De acordo com algumas das teses avessas à autonomia, o princípio da proibição de défice tem por função garantir que nenhum direito fundamental é deixado pelo legislador abaixo do nível de protecção imprescindível para assegurar o seu conteúdo essencial[1978].

Independentemente do problema da qualificação da intangibilidade do conteúdo essencial como um princípio jurídico – e, portanto, como um *limite flexível*, que tem de ser determinado em função das circunstâncias concretas do caso e com recurso a instrumentos de ponderação – ou como uma regra definitiva – da qual flui um *limite rígido* e determinável em abstracto por via hermenêutica –, a proibição de defeito constituiria um mero instrumento daquela intangibilidade, determinando a sua exacta

[1976] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 183 ss..
[1977] C. PULIDO, *El principio*, pp. 798 ss..
[1978] Sobretudo: SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 208-211; MAYER, *Untermaß*, p. 65, e pp. 175 ss.; J. SAMPAIO, *O dever*, pp. 152-152. Sobre estas teorias: TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 46 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 161 ss..

medida[1979]. Poderia haver assim uma *Untermaβverbot* relativa ou uma *Untermaβverbot* absoluta, consoante as preferências de cada um quando à questão da índole flexível ou rígida do conceito de conteúdo essencial[1980]. Por outras palavras, também aqui se advoga a existência de uma situação de *congruência* material, agora entre o princípio da proibição de defeito e a garantia do conteúdo essencial, no sentido em que ambos fixam o *mínimo constitucional* de tutela jurídica de cada um dos direitos fundamentais. Caso se entenda que o conteúdo essencial destes direitos se define como uma barreira flexível, a determinar *in casu* e através de operações de balanceamento, a congruência acaba mesmo por ser dupla: confluência entre proibição de défice de protecção e intocabilidade do conteúdo essencial do direito e, por sua vez, entre esta e o princípio da proporcionalidade (na sua vertente de proibição de excesso)[1981].

I – Estas orientações assentam sobre o pressuposto de que o conteúdo essencial não representa apenas uma última barreira que o legislador não pode ultrapassar quanto procede à restrição de direitos fundamentais, afirmando-se antes como um conceito dotado de um papel mais abrangente no seio da teoria dos direitos fundamentais. Ele contém uma "decisão objectiva de valor", que não se esgota na "abstinência de restrições estaduais, mas que se dirige à conformação positiva de uma ordenação livre das relações da vida", em que seja respeitado um *standard* mínimo de "liberdade real"[1982]. Mais precisamente, tal como parece resultar da ampla formulação literal do §2º do artigo 19º da Lei Fundamental de Bona[1983] – preceito segundo o qual "em nenhum caso pode um direito fundamental ser afectado no seu conteúdo essencial" –, a interdição de comprimir (ou de permitir a compressão de) um direito para lá da fronteira que delimita o seu núcleo elementar vincula os poderes públicos em toda e qualquer situação, e não apenas nos contextos relacionais de tipo vertical. O conceito de conteúdo essencial torna-se verdadeiramente multifuncional, encontrando o seu espaço próprio de aplicação nas diferentes vertentes dos direitos fundamentais: na dimensão de defesa é uma barreira contra as restrições legais; nos direitos sociais assegura um conteúdo mínimo às prestações destinadas à efectivação daqueles; na dimensão de eficácia nas relações jurídicas entre particulares impõe limites à arbitrariedade e proscreve condutas privadas atentatórias da dignidade humana; enfim na dimensão de protecção define um "mínimo de liberdade real garantido" pelo Estado em quaisquer circunstâncias, frente a todas as ameaças jusfundamentais de origem não pública[1984].

[1979] Quanto à alternativa entre as correntes absolutistas e relativistas: J.MIRANDA / J.P.SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 394 ss.; diferentemente, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 779 ss..
[1980] TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 52.
[1981] Sobre a relação entre proporcionalidade e conteúdo essencial: J.MIRANDA / J.P.SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 394 ss.; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 779 ss.; C. PULIDO, *El principio*, pp. 400 ss..
[1982] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, p. 211.
[1983] MAYER, *Untermaβ*, p. 175; TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 52.
[1984] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, p. 209; MAYER, *Untermaβ*, pp. 177-180.

Apesar de a formulação constitucional germânica não ter inteira correspondência na letra do nº 3 do artigo 18º da Constituição – na medida em que aqui se liga directamente o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais às "leis restritivas" de direitos liberdades e garantias[1985] –, não parece que a diferença seja suficiente para impedir o aproveitamento, no contexto português, das virtualidades dogmáticas inerentes a uma visão plurifuncional do conceito de conteúdo essencial. Pelo contrário, na medida em que "as normas constitucionais devem ser tomadas no sentido da máxima capacidade sistemática de regulamentação e concretização", foi já rejeitada, como absolutamente "inadmissível", "uma leitura a *contrario sensu* do artigo 18º, nº 3". Por isso, a salvaguarda do conteúdo essencial – além de directamente aplicável às restrições legais[1986] –, "abrange também as limitações recíprocas (…), a suspensão em estado de sítio (…), os limites materiais de revisão", assim como "há, analogamente, um conteúdo essencial dos direitos económicos, sociais e culturais"[1987]. Na mesma linha de pensamento, aliás, se tem acentuado, a respeito da eficácia jusfundamental nas relações privadas típicas, que "ficam por essa via proibidos *todos os actos* de pura e simples violação do *conteúdo essencial* de direitos fundamentais"[1988]. Em última análise, "a *garantia mínima* que se pode retirar da Constituição – e, entenda-se, em particular do artigo 18º – é a de que "a dignidade da pessoa humana, enquanto *conteúdo essencial absoluto* do direito fundamental, nunca pode ser afectada"[1989].

II – Naturalmente, a validade do pressuposto em que assenta a teoria da convergência entre proibição de défice de tutela e intangibilidade do conteúdo essencial – isto é, o carácter multifuncional deste último conceito – não equivale à aceitação da corrente de pensamento que a partir dele se desenvolveu. Nem tão-pouco se afigura razoável uma tese que defende a congruência de resultados entre dois institutos jurídicos, sendo que o segundo deles – o conteúdo essencial dos direitos fundamentais – pode ser configurado, pelo menos, de duas maneiras completamente diferentes. Ou bem que existe coincidência entre *Untermaβverbot* e o conteúdo essencial encarado como limite flexível, ou bem que essa sobreposição ocorre relativamente ao conteúdo essencial enquanto limite fixo e intransponível. A afirmação de que a congruência se pode dar com qualquer uma das duas concepções básicas acerca do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais, além de ressoar a falta de rigor, apenas pode resultar de uma decisão apriorística no sentido da ausência de autonomia do próprio princípio da proibição de défice. Só renunciando *a priori* a uma definição precisa de «A» se pode dizer, depois, que o seu sentido e o seu alcance coincidem inevitavelmente com «B», quer na veste de «B'», quer na versão «B''».

[1985] Mais amplamente, no nº 1 do artigo 53º da Constituição espanhola, essa ligação é feita às "leis reguladoras" do exercício dos direitos: "Só por lei, que em todo o caso deverá respeitar o conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades", reconhecidos pelo capítulo segundo do texto constitucional.
[1986] Neste contexto, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 394 ss..
[1987] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 314; J.MIRANDA / J.P.SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 392-393.
[1988] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 251.
[1989] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 256. Precisamente no mesmo sentido, MAYER, *Untermaβ*, p. 180.

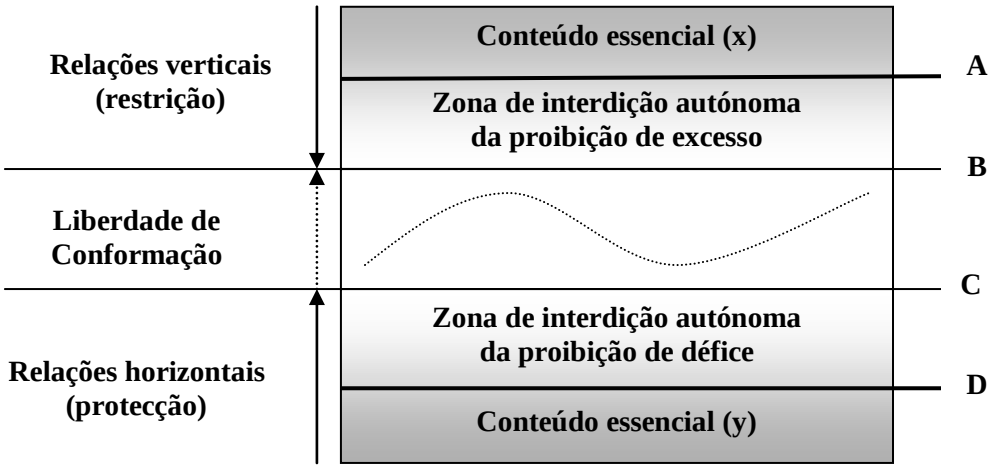
Por conseguinte, a tese da congruência entre proibição de défice e intangibilidade do conteúdo nuclear dos direitos apenas pode ser escrutinada na base de uma opção prévia entre as denominadas *teorias absolutas* e as *teorias relativas*. Circunstância que, na impossibilidade de discutir aqui essa controvérsia, obriga a retomar conclusões já alcançadas no passado e segundo as quais a "parte final do n.º 3 do artigo 18.º há-de conter uma barreira absoluta, estática e intransponível contra as intervenções agressivas do legislador, sob pena de se dissolver por completo o limite da intangibilidade do conteúdo essencial do direito no limite decorrente do princípio da proporcionalidade – num sincretismo inaceitável entre parâmetros autónomos e que integram, lado a lado, e não numa qualquer relação de subordinação, o princípio do carácter restritivo das restrições. Aliás, se os limites decorrentes do n.º 2 tendem a ser móveis ou a apresentar alguma fluidez – como é paradigmaticamente o caso do princípio da proporcionalidade –, os limites do n.º 3, pelo contrário, propendem a ser fixos. A grande preponderância prática que o princípio da proporcionalidade vem assumindo (…) não significa, pois, que os demais parâmetros constitucionais (…) possam ser vistos como limites subordinados, como meras decorrências daquele (…)"[1990].

Precisamente, "a intangibilidade do conteúdo essencial, além de ser um instrumento conceitual de protecção do *último reduto do direito respectivo em face do legislador*, representa também *uma barreira contra o próprio princípio da proporcionalidade* e as suas operações de balanceamento entre bens jusfundamentais. Tendo em conta que este princípio é falível no plano substantivo e apresenta alguns ângulos mortos em matéria de controlo jurisdicional, foi entendimento do legislador constituinte que toda a ponderação de direitos e interesses constitucionais que, no final, autorize o aniquilamento de um direito fundamental não pode ser havida como constitucionalmente válida. Por mais fortes que pareçam ser no caso concreto as razões constitucionais do legislador, não pode este deter nas suas mãos o poder de apagar por completo da face da ordem jurídica verdadeiros direitos fundamentais. Como refere o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 292/2008, «a aplicação do princípio da concordância prática» – ele próprio um corolário natural da ideia de proporcionalidade – «não pode implicar a afectação do conteúdo essencial de nenhum dos direitos em presença»"[1991].

Nesta senda, a questão decisiva reside pois em saber se o princípio da proibição de défice assegura mais protecção do que a garantida pelo conteúdo essencial do direito ou se, pelo contrário, o alcance daquela se fica por aí mesmo – isto é, não vai além daquele conjunto restrito de faculdades do direito que, além de proscreverem a instrumentalização do ser humano, lhe conferem a sua especificidade típica, permitindo *"reconhecê-lo como pertencendo a um tipo constitucional e distingui-lo dos outros direitos*"[1992].

[1990] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 396.
[1991] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 397.
[1992] Na ausência de uma formulação mágica para definir "conteúdo essencial": J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 399.

III – Justamente porque se optou por uma concepção absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a resposta deve agora ser positiva[1993]. Assim como podem existir restrições que, apesar de excessivas, não chegam a pôr em causa o conteúdo essencial dos direitos atingidos, também podem ser implementadas soluções legislativas de protecção jusfundamental que, não obstante assegurarem o conteúdo essencial dos direitos em causa, são ainda assim insuficientes e, portanto, violadoras da proibição de défice[1994]. Se é certo que este subprincípio da proporcionalidade define por si só *um mínimo* constitucionalmente exigido, não é menos verdade que o conteúdo essencial define tão-somente *o mínimo dos mínimos*. Ou, dito de outro modo, aquele aponta um mínimo concreto, considerando os condicionalismos jurídicos e empíricos do caso, enquanto este indica um mínimo que tem de ser respeitado em todas e quaisquer circunstâncias. Há uma sobreposição apenas parcial entre o alcance garantístico do princípio da proibição de defeito e a regra do conteúdo essencial, na medida em que esta não deixa de constituir também o núcleo daquele ou, porventura de forma mais rigorosa, de o acompanhar nos seus primeiros efeitos jurídicos de cerceamento da liberdade do legislador[1995]. Nos termos que seguem:



Como é fácil perceber, as linhas A e D representam proibições absolutas, inderrogáveis e tendencialmente inflexíveis, ainda que as situações relacionais a que se aplicam sejam diversas: verticais num caso, horizontais no outro caso. Não quer isto dizer que o conteúdo essencial de que se trata em *x* e *y* seja o mesmo, até porque o normal é que o direito restringido seja diferente do direito protegido, em nome do qual se justifica constitucionalmente a restrição. Em geral o carácter absoluto e fixo de ambas as

[1993] Neste sentido, STÖRRING, *Das Untermasverbot*, p. 165.
[1994] Também respondendo positivamente: TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 54-55.
[1995] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 55; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 169.

prescrições de intangibilidade não significa que em relação a um dado direito, considerado na sua materialidade, seja inteiramente coincidente o conteúdo delimitado por A e por D, porquanto é o próprio conteúdo global relevante de cada dos direitos fundamentais – o seu "âmbito de protecção constitucional", se se preferir – que se transmuta em função do tipo de relações da vida que aqueles são convocados a regular. De certa forma, a perspectiva aqui é tudo, pelo que as faculdades contidas no conteúdo essencial de um direito que está a ser restringido não têm necessariamente de ser sobreponíveis às compreendidas no conteúdo desse mesmo direito quando se pretende garantir-lhe uma protecção efectiva em face de ameaças oriundas de outros particulares, ou mesmo de perigos e riscos de outro jaez. O conteúdo essencial que se tem de defender perante o Estado não tem de ser, pois, coincidente com o conteúdo essencial que deve ser assegurado diante de um privado, seja ele dotado ou desprovido de algum poder de facto. Como acima se sublinhou, ao contrário da linha A, que é directamente desenhada e imposta pelo nº 3 do artigo 18º, o conteúdo essencial delimitado pela linha D resulta antes de uma construção doutrinal, que a partir daquele preceito constitucional erige a ideia em causa em padrão genérico de garantia dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, lhe atribui uma multiplicidade de funções.

Em compensação, as linhas B e C reflectem parâmetros relativos da liberdade de conformação do legislador. Não no sentido de que possam ser transpostas para cima (B) ou para baixo (C), mas no sentido em que a sua localização resulta de operações de ponderação, as quais requerem naturalmente que se leve em conta as condicionantes jurídicas e as possibilidades fácticas existentes. Afinal de contas, à sua maneira, ambas se filiam numa ideia ampla de proporcionalidade[1996]. No que respeita à linha C, a maior ou menor distância a que ela se encontra da linha D depende de muitos factores, de que os mais importantes são sem dúvida a acutilância das ameaças jusfundamentais envolvidas, a força dos imperativos constitucionais de protecção e os instrumentos jurídicos disponíveis para lhes dar efectivo cumprimento. Se todos estes factores se combinarem num sentido favorável – por exemplo, se o dever de protecção for particularmente intenso, se existirem instrumentos de protecção com eficácia comprovado e não particularmente exigentes do ponto de vista dos recursos necessários, e se os efeitos restritivos em posições jurídicas contrapostas não forem muito intensos –, então a linha da proibição de défice (C) afastar-se-á significativamente da linha inferior do conteúdo essencial (D) – ainda que fique, em todo o caso, mais próxima desta última do que da definida pela proibição do excesso (B)[1997]. Na situação inversa, se todos estes factores se articularem de modo desfavorável, é bem possível que a proibição de défice (C) desça até ao ponto de coincidir com o núcleo mais irredutível do direito ameaçado e que o legislador é obrigado a proteger em qualquer circunstância (D). Tratar-se-á, em todo o caso, de uma coincidência acidental – que, inclusive, também se pode dar entre proibição de excesso e proibição de défice –, fruto de uma conjugação de elementos particularmente adversa.

[1996] STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, p. 168.
[1997] Neste sentido, STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, p. 167.

Sublinhe-se, a terminar, que a intangibilidade do conteúdo essencial representa uma *cláusula de segurança* relativamente à actuação ou à inacção dos poderes públicos e do legislador em especial. Não constitui propriamente um desígnio que este seja chamado pela Constituição a preencher[1998]. Trata-se de um conceito talhado para situações extremas[1999]. Não deve, pois, confundir-se uma garantia do último reduto de cada direito, que em certas circunstâncias o intérprete é forçado a aceitar, com um fim constitucional em sentido próprio ou, sequer, com a medida normal de realização desse fim. Tal como nem todas as restrições que respeitam o conteúdo essencial são constitucionalmente legítimas – o princípio do carácter restritivo das restrições é bastante mais exigente do que isso[2000] –, assim também nem todos os quadros legais que se cingem à protecção jurídica do conteúdo essencial de um direito são constitucionalmente aceitáveis – os deveres de protecção de direitos fundamentais demandam bastante mais do que isso e, por regra, a própria proibição de défice será sensivelmente mais ambiciosa. Quanto demais, ao certo, só as circunstâncias do caso concreto o poderão dizer. Mas só assim se fará justiça ao "princípio da máxima efectividade" das normas constitucionais[2001] – para não invocar mesmo as concepções dos direitos fundamentais como imperativos de optimização[2002] – e se evita a redução sistemática e perversa dos direitos fundamentais ao seu *standard* mínimo.

12.3.4. Imperativos de optimização

Em quarto lugar, também as teorias dos *direitos fundamentais como princípios* merecem aqui uma breve referência, na medida em que ensaiam uma leitura da proibição de défice de protecção à luz da natureza principiológica daqueles mesmos direitos. A questão essencial que pode ser suscitada é a de saber se a proibição de defeito deve garantir apenas uma *protecção mínima*, para além da qual vale a liberdade de conformação do legislador – tal como se tem vindo a desenhar até este momento – ou se, diferentemente, aquela proibição deve conduzir a uma *realização óptima* dos direitos fundamentais – e de cada um dos direitos fundamentais envolvidos na situação decidenda –, designadamente através da atribuição da *máxima protecção possível* ao direito fundamental carecido de tutela[2003].

A confirmar-se a segunda hipótese, o nível de protecção garantido pelo princípio da proibição de insuficiência deve considerar-se atingido apenas quando o legislador – limitado por razões fácticas e jurídicas de sinal contrário – não tiver a possibilidade de ir mais longe, concedendo ao direito em causa um nível de protecção superior. O desígnio permanente que norteia o legislador aponta, portanto, para a

---

[1998] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 59.
[1999] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 169.
[2000] Para uma formulação deste princípio, como aglutinador dos diferentes aspectos do regime constitucional das restrições, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 346 ss..
[2001] G. CANOTILHO, *Direito*, p. 1124; com terminologia diferente, J. MIRANDA, *Manual*, II, p. 306. Também MAYER, *Untermaß*, p. 172, com invocação da conhecida "fórmula de Thoma", há muito recebida pela jurisprudência constitucional: BVerfGE, 6, 55 *(Steuersplitting)*.
[2002] ALEXY, *Teoria*, pp. 81 ss. e, esp., pp. 86-87; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 61 ss. e, esp., pp. 76-80.
[2003] BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 151 ss.. Tomando diferente posição: STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 189-191; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp.107 ss..

maximização da protecção jusfundamental, considerando os princípios jurídicos contrapostos – onde se incluem desde logo os outros direitos fundamentais, assim como outros princípios constitucionais – e as capacidades empíricas dos próprios poderes públicos. Assim, a Constituição e a correspondente norma que consigna o direito fundamental sob ameaça reclamam do legislador o "melhor preenchimento da *Untermaβverbot*" e, em particular, exigem uma escolha de meios de acção compatível com a mais elevada intensidade de protecção admissível[2004].

I – Talvez uma aproximação matemática ajude a compreender melhor a relevância da alternativa entre a *Untermaβverbot* como *limite mínimo* e como *ponto óptimo*[2005]:

Meios	**Intensidade de protecção**[2006]	**Intensidade de restrição**[2007]	**Utilidade absoluta**[2008]	**Utilidade ponderada**[2009]
M1	99	95	+ 4	1,04
M2	90	40	+ 50	2,25
M3	80	100	– 20	0,8
M4	75	5	+ 70	15
M5	70	20	+ 50	3,5
M6	45	15	+ 30	3
M7	15	2	+ 13	7,5

Assumindo (como real) a possibilidade (meramente académica) de quantificar, de zero a 100, quer a intensidade de protecção de um determinado meio legal relativamente a um certo direito, quer também a intensidade de restrição desse mesmo meio em relação ao direito contraposto, pergunta-se: a que medida ou medidas – das perfiladas entre M1 e M7 – está o legislador obrigado a recorrer por efeito da sua vinculação ao princípio da proibição de defeito?

[2004] BOROWSKY, *Grundrechte*, pp.158-160; STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, p. 190; TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 111.

[2005] A tabela constitui uma adaptação, desenvolvida por meio da justaposição das duas colunas da direita, da apresentada por BOROWSKY, *Grundrechte*, p. 154. Sem apresentação esquemática, ALEXY, *Teoria*, p. 449.

[2006] Em percentagem.

[2007] Também em percentagem.

[2008] Diferença, em pontos percentuais, entre a restrição e a protecção.

[2009] Quociente simples entre a protecção e a restrição.

Compreendida a *Untermaβverbot* como limite de protecção abaixo do qual o legislador não está constitucionalmente autorizado a descer, o problema essencial está em saber se M6 cumpre ainda esse parâmetro mínimo. No que concerne a M7, tendo em mente o muito reduzido índice de protecção, a sua exclusão parece praticamente inevitável – embora a respectiva utilidade ponderada seja, apesar de tudo, bastante elevada. Caso a resposta referente a M6 seja afirmativa – olhando sobretudo às suas utilidades positivas –, o legislador pode então fazer uso da sua liberdade de conformação para escolher entre um número bastante elevado de hipóteses: sejam elas M6, M5, M4 ou até M2. Mais ainda, admitindo que M representa a opção por meios de protecção isolados, o legislador pode também combinar medidas diferentes, de modo a aumentar o nível de protecção jusfundamental garantido, sem com isso elevar muito a intensidade global das restrições. Por exemplo, no pressuposto de que M7 e M6 constituem soluções conciliáveis do ponto de vista prático, o resultado da sua soma gera um pacote de medidas capaz de ombrear com outros meios individuais à partida bastante mais apelativos: (M7+M6) ≈ M5 ou inclusive (M7+M6) ≈ M2.

De fora do espectro de possibilidades abertas ao legislador ficam apenas as medidas M3 e M1, embora por razões alheias à proibição de défice. A primeira porque, com uma utilidade absoluta negativa e um *racio* custo/benefício inferior a um, é absolutamente incapaz de resistir aos testes da proibição do excesso e, em particular, à máxima da proporcionalidade em sentido estrito. De facto, não existe qualquer racionalidade em restringir mais o direito de B do que aquilo que se protege o direito de A – assumindo que ambos os direitos têm uma posição idêntica na ordem de valores constitucional. A segunda porque, com uma utilidade absoluta ligeiramente positiva e uma utilidade marginal muito pouco superior a 1 – e não obstante a sua enorme capacidade para providenciar uma protecção eficaz do direito em crise, a raiar a *protecção total* (99%) –, não é capaz de competir com M2 no teste da necessidade. Desde logo, para apenas uma redução de nove pontos percentuais no nível de protecção, M2 tem um efeito restritivo inferior a M1 em 50 pontos percentuais, o que lhe permite alcançar também uma utilidade absoluta mais de dez vezes superior e uma utilidade ponderada que ultrapassa o dobro da assegurada por esta última solução legal.

Em contraponto, o recurso à figura da proibição de défice como fundamento para demandar um nível óptimo de protecção jusfundamental, que garanta a todos os direitos envolvidos um padrão de realização tão elevado quanto possível, conduz em linha recta a M4 e somente a M4[2010]. Com os seus 75/5, esta solução consegue não apenas a melhor utilidade absoluta, como uma utilidade ponderada verdadeiramente demolidora para todas as outras medidas de protecção alternativas. O princípio da proibição do excesso continua a excluir M3 e M1 e o princípio da proibição de defeito, actuando em termos comparativos, define uma preferência por M4 entre todas as outras medidas isoladas. É certo que M2 é bastante mais eficaz do que M4 no que toca à protecção dos bens jusfundamentais que se encontram

[2010] "M4" seria o meio "definitivamente imperativo": TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 111.

em situação de perigo, mas a operação de optimização tem de abraçar todos os direitos envolvidos e não está vocacionada apenas para a maximização da tutela do direito ameaçado. Ademais, os seus 40% de intensidade de restrição penalizam muito esta solução – frente aos apenas 5% de M4 – no teste comparativo da necessidade, se é que não levam mesmo ao seu afastamento por desnecessidade. Curiosamente, nesta perspectiva, logo a seguir a M4, a segunda melhor optimização dos direitos envolvidos é a alcançada por M7, devido à sua utilidade ponderada muito alta, malgrado o seu fraquíssimo desempenho absoluto no que respeita à protecção do direito em risco.

II – Estes cenários – que, obviamente, dizem apenas respeito às típicas situações de protecção através de restrição[2011] – tornam inevitável o reconhecimento de que nem sempre as soluções mais restritivas são também aquelas que maior intensidade de protecção providenciam. Sobretudo, mesmo nas situações mais comuns em que tal correspondência lógica ocorre, há um ponto a partir do qual a intensificação da restrição já não proporciona ganhos relevantes do lado a capacidade de protecção efectiva e, portanto, a continuação desse caminho torna-se fútil[2012]. Contudo, a principal conclusão a extrair desta divagação aritmética é a de que o modelo da proibição de défice, como parte de um percurso orientado para a optimização dos direitos conflituantes, reduz drasticamente – para não dizer que elimina – a liberdade de conformação do legislador[2013]. Se, por definição, só existe uma solução legal óptima, a não ser que se entenda por liberdade a possibilidade de escolher a única alternativa constitucionalmente válida, o legislador torna-se por aquela via num fiel executor da Lei Fundamental. Converte-se num poder cuja actividade se reduz à descoberta e implementação de soluções normativas predeterminadas pela Constituição através do jogo dos seus múltiplos princípios (e regras) e contraprincípios (e contra-regras)[2014].

Em boa verdade, porém, tal entendimento acerca dos imperativos de optimização não resulta necessariamente da teoria dos direitos fundamentais como princípios[2015]. Bem ao invés, importa não olvidar que a liberdade de conformação do legislador assume ela própria a estrutura de um princípio jurídico – e não apenas de um princípio formal, mas sim de um princípio material, valorativamente escorado nas ideias de democracia e de separação de poderes – e que, por conseguinte, não pode ser postergada pelo simples balanceamento entre os diferentes direitos fundamentais em confronto. Em face de uma determinada composição de posições jusfundamentais que parece encaminhar-se para uma qualquer solução única – por exemplo M4 –, o princípio da autonomia de avaliação e conformação do

[2011] WAHL / MASING, *Schutz*, pp. 553 ss.; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss..
[2012] Sobretudo na perspectiva do legislador penal, I. SARLET, *Constituição*, pp. 361 ss.; LAGODNY, *Strafrecht*, pp. 255 ss..
[2013] STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, pp. 185-186.
[2014] TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 114.
[2015] ALEXY, *Teoria*, pp. 446 ss.; STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, p. 188; TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, p. 115.

legislador democrático funciona como um sinal de sentido contrário, que não pode ser ignorado ou preterido[2016]. Aliás, se se esquecer esse importante dado, as tentativas de envolvimento da proibição de défice nas metódicas de optimização dos direitos fundamentais acabam por volver-se numa segunda versão – porventura algo mais sofisticada – da tese da congruência entre proibição de excesso e proibição de defeito. M4 representaria a linha comum traçada simultaneamente por essas duas proibições, enquanto todas as outras soluções alternativas seriam afastadas pelo seu carácter excessivo (M1, M2 e M3) ou por serem insuficientes (M5, M6, M7).

Não quer isto dizer que o legislador não deva procurar acolher sempre as melhores soluções normativas, as mais equilibradas e as que permitem cumulativamente uma maior realização dos direitos fundamentais contrapostos. Simplesmente, essa busca incessante que deve ocupar os órgãos legislativos pouco tem a ver com o princípio da proibição do défice, que não tem outra pretensão senão a de permitir o controlo do cumprimento por parte do Estado das suas obrigações de protecção de direitos fundamentais, servindo aí de barreira inferior da liberdade de avaliação e modulação do legislador. Essa demanda permanente, que é própria de um Estado de direitos fundamentais, encontra arrimo noutros tópicos da dogmática jusfundamental – *v.g.*, na eficácia irradiante, no princípio da máxima efectividade, nas dimensões institucionais –, mas não em sede de interdição de insuficiência. Além disso, não menos importante, o *mínimo constitucionalmente admissível* definido pela proibição de défice é por certo algo bastante diverso daquilo que, eventualmente, se apresenta a alguns – e, por que não dizê-lo, a um legislador democrático que toma a sério os direitos fundamentais – como sendo o *ponto ideal*.

12.3.5. Limites funcionais da justiça constitucional

Por último, é também objecto de controvérsia a relação existente entre o princípio da proibição de défice e a teoria dos *limites funcionais do controlo de constitucionalidade*, em particular quando neste se confrontam directamente o legislador e o Tribunal Constitucional. Para uns, o princípio em análise não deve, pura e simplesmente, ser aceite, porque tem um efeito disruptivo das relações entre o legislador e a justiça constitucional. Para outros, bem menos radicais, a proibição de defeito nunca poderá aspirar a ter grande significado autónomo, porque ora coincide com a denominada *norma de controlo* – por contraposição à *norma de acção* –, ora se traduz num simples *controlo de evidência* do cumprimento dos deveres estaduais de protecção[2017].

I – Como é sabido, a tese dos limites funcionais à actividade das jurisdições constitucionais representa, simultaneamente, uma peça importante do princípio da separação de poderes e uma parcela da

[2016] STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 186-187.
[2017] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 66 ss.; STÖRRING, *Das Untermaßberbot*, pp. 140, 151, 199, 203-204, 223 ss; MAYER, *Untermaß*, pp. 91 ss..

teoria da interpretação constitucional. O argumento é o de que por estas duas vias se converge na defesa do primado do poder legislativo na concretização da Constituição, garantindo-lhe uma ampla liberdade conformativa da ordem jurídica, que por sua vez encontra arrimo na legitimidade democrática que sustenta o próprio legislador e, em última análise, no respeito devido à vontade dos cidadãos expressa através dos direitos de participação política. Em alternativa às distinções clássicas entre o jurídico e o político ou entre o justiciável e o não justiciável – e, em particular, em substituição das doutrinas anglo-saxónicas da *political question* e da *judicial self-restrait*[2018] –, a tese em apreço, apresentando-se como mais abrangente, defende a necessidade de efectuar uma delimitação recíproca do papel dos diferentes órgãos do Estado que seja coerente com o perfil funcional de cada um deles. No fundo, pretende-se encontrar uma resposta à seguinte pergunta: qual dos diferentes órgãos estaduais – considerando o modo de designação dos seus titulares, o estatuto dos seus membros, os procedimentos e os parâmetros a que obedece a respectiva actividade, as aptidões e os recursos de que dispõem – tem o perfil mais adequado para desempenhar uma determinada tarefa constitucional? Uma repartição jurídico-funcionalmente adequada das competências constitucionais dos diferentes órgãos será, portanto, aquela que, conjugando o direito organizativo, o direito procedimental e o direito material – sem esquecer de incluir neste as próprias normas sobre direitos fundamentais –, permite atribuir (e reservar) a cada um deles as tarefas para que estão mais preparados e para as quais estão mais vocacionados[2019-2020].

No contexto português, esta doutrina base tem sido invocada, antes de mais, a respeito das relações entre o poder legislativo e os órgãos de fiscalização da constitucionalidade, mormente o Tribunal Constitucional, implicando o desenvolvimento de padrões de controlo equilibrados e que respeitem, simultaneamente, as margens de apreciação do legislador e a competência de exame *a posteriori* que é própria dos tribunais. É seguramente o que se tem passado com o problema da competência de revisão das leis à luz de determinados princípios constitucionais mais abertos – *maxime*, a igualdade, a proporcionalidade e a protecção da confiança –, em que se exige do juiz constitucional a contenção necessária para não sobrepor de forma ligeira as suas próprias ponderações (falíveis) às ponderações iniciais do legislador (igualmente falíveis)[2021]. E é também o que tem vindo a suceder com a delimitação da competência de apreciação do Tribunal Constitucional em razão do tipo de actos jurídico-públicos,

[2018] Como paradigma da primeira, *Baker v. Carr*, 1962. Apontada como um dos exemplos mais recuados da segunda, *Luther v. Borden*, 1849. Mais recentemente, *Bush v. Gore*, 2000. Contrapõem-se ambas à corrente do *"judicial activism"*, de que um dos casos mais citados é, precisamente, *Brown* v. *Board of Education*, 1954. Entre a enorme profusão de fontes, POSNER, *The meanning*, pp. 1 ss..

[2019] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 67. Mais amplamente, HEUN, *Funktionell-rechtliche Schranken*, pp. 12 ss., e pp. 43 ss.. Na doutrina portuguesa: J. MIRANDA, *Manual*, VII, p. 83; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 209.

[2020] Claramente nesta linha, Acórdão nº 214/2011 (avaliação dos professores). Como importantes precedentes: Acórdão nº 1/97 (vagas no ensino superior); Acórdão nº 24/98 (reposição de auto-estradas sem portagens).

[2021] Acórdão nº 187/2001 (propriedade das farmácias II), recorrendo ao argumento da inexistência de *erro manifesto*; Acórdão nº 494/2003 (crime de abuso de informação), sublinhando a distinção entre a questão do respeito pelo princípio da proporcionalidade e o "mérito da lei". Para uma avaliação geral da jurisprudência sobre proporcionalidade: J. NOVAIS, *Os princípios*, pp. 194 ss.; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 379-381.

com aquele órgão a desenvolver um *conceito de norma funcionalmente adequado* ao sistema de fiscalização da constitucionalidade[2022]. A doutrina em análise tem valido ainda em matéria de repartição de competências legislativas entre o Parlamento e o Governo, com reserva àquele das leis que pela natureza das matérias versadas seja importante submeter ao debate público aberto e ao contraditório político-partidário, que só os órgãos colegiais de tipo assembleia permitem realizar[2023]. Por último, também constitui uma manifestação (embora controversa) desta doutrina a jurisprudência que reserva aos órgãos de soberania, no confronto com os órgãos regionais, a competência para legislar em matérias que, pelo seu alcance, reclamem uma ponderação no plano nacional[2024].

II – Dificilmente a figura da proibição de defeito poderia passar despercebida neste cenário – em que, aliás, o princípio da proporcionalidade (na sua vertente de proibição de excesso) sempre foi um dos alvos mais visados pela (auto) exigência de contenção judicial[2025]. De momento, contudo, interessa apenas relembrar que a doutrina da adequação funcional, no que respeita às relações entre o legislador e o juiz constitucional, se tem baseado, de um ponto de vista mais pragmático: primeiro, numa estratégia de divisão interpretativa das normas constitucionais em *norma de acção* e em *norma de controlo;* segundo, numa distinção de três níveis diferentes de densidade de controlo jurisdicional, abarcando por ordem crescente um *controlo de evidência*, um *controlo de sustentabilidade*, e um *controlo intensificado de conteúdo*.

i) Na primeira distinção, está em causa a preservação da força normativa da Constituição, sem que, para tanto, se corra o risco de transformar o Estado de Direito num Estado de Jurisdição, no qual a definição democrática do direito seja substituída pela dedução constitucional do direito[2026]. Daí a necessidade de admitir a cisão, por via interpretativa, das normas constitucionais em dois planos diferenciados, correspondentes a outras tantas funções por elas desempenhadas na sua relação com os poderes do Estado que se encontram em confronto. O problema não é assim de limites materiais da Constituição, mas antes de "repartição de competências de concretização *intra constitutionem*", abrindo caminho ao reconhecimento de que o conteúdo regulativo de uma norma constitucional, quando dirigida ao legislador – norma de acção (ou de decisão) –, tem por regra um alcance superior ao do padrão de controlo fornecido pela mesma norma aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade – norma de

[2022] Acórdão nº 26/85 (extinção de empresas públicas); Acórdão nº 405/87 (apreciação parlamentar de decretos-leis de conteúdo administrativo). R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 277º*, pp. 712 ss..
[2023] Para além do já referido Acórdão nº 214/2011, especificamente sobre a repartição da competência legislativa há a salientar o Acórdão nº 142/85 (disponibilidade dos funcionários diplomáticos). Neste sentido, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 356-357.
[2024] Com uma resenha sobre o percurso desta orientação jurisprudencial, Acórdão nº 258/2007 (protocolo regional).
[2025] J. NOVAIS, *Os princípios*, pp. 194 ss.; GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, p. 166.
[2026] BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte*, pp. 159, 190 e 196.

controlo[2027]. O legislador permanece, portanto, juridicamente vinculado à Constituição – e limitado na sua liberdade de conformação – bem para além daquilo que a jurisdição constitucional pode efectivamente controlar, segundo os seus próprios critérios de exame[2028].

Daqui resulta uma verdadeira ambivalência ou duplicidade estrutural das normas constitucionais, que reflecte um determinado balanceamento entre, por um lado, a salvaguarda da força normativa da Lei Fundamental e, por outro lado, os princípios democrático e da separação de poderes. Não quer isto dizer, como é evidente, que a referida disjunção estrutural se apresente sempre do mesmo modo ou que a discrepância entre norma de acção e norma de controlo tenha invariavelmente a mesma extensão. Ela não é de todo imune a considerações de ordem material (e valorativa), sendo bastante mais notória numas temáticas constitucionais do que noutras. Por exemplo, poderá em princípio ser mais acentuada nas denominadas dimensões objectivas dos direitos fundamentais do que nas respectivas dimensões subjectivas e de defesa[2029]. Só por isso, aliás, ela se tem revelado capaz de contribuir para a preservação da dogmática da (extensa e intensa) vinculação do legislador a deveres positivos de actuação ligados às dimensões de protecção, institucionais, valorativas e irradiantes dos direitos fundamentais, mantendo-os relativamente a salvo das críticas da jurisdicionalização do político e do activismo judicial. A alternativa a esta duplicação das normas constitucionais seria, é bom tê-lo em mente, ou a inteira submissão do processo político democrático ao poder dos juízes, ou a redução da força normativa da Constituição ao nível dos parâmetros estritos do controlo de constitucionalidade[2030].

ii) Por sua vez, a teoria dos três níveis de densidade de controlo tem origem numa análise do *Bundesverfassungsgericht* acerca da sua própria jurisprudência, no que respeita ao problema do controlo das prognoses efectuadas pelo legislador, sobretudo em situações de particular incerteza quanto às circunstâncias em que a lei é emanada e quanto às suas consequências futuras[2031]. Mais precisamente, o Tribunal faz depender a prerrogativa de avaliação e decisão do legislador de factores de diferente natureza, como sejam o perfil da situação material em causa, a possibilidade de construir uma decisão suficientemente segura e, também, o significado dos bens jurídicos em jogo. E, correspondentemente, verifica que a sua jurisprudência anterior se tem baseado, a respeito das ditas prognoses do legislador, ainda que em conjugação com outras problemáticas, em bitolas de exame diferenciadas: "de um controlo de evidência *[Evidenzkontrolle]* (…), passando por um controlo de justificabilidade

[2027] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 67; MAYER, *Untermaß*, p. 96. Especificamente na perspectiva dos direitos fundamentais, JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 135 ss..
[2028] MAYER, *Untermaß*, pp. 95-96; HEUN, *Funktionell-rechtliche Schranken*, pp. 46 ss.
[2029] HEUN, *Funktionell-rechtliche Schranken*, pp. 54 ss. Igualmente sobre a mais elevada densidade dos direitos de defesa, GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, p. 176..
[2030] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 98 ss.; MAYER, *Untermaß*, pp. 121 ss..
[2031] Esta auto-análise consta da decisão *Mitbestimmung*, BVerfGE, 50, 290, de 1979.

[Vertretbarkeitskontrolle], até um controlo intensivo do conteúdo *[intensivierten inhaltlichen Kontrolle]*[2032].

Os espécimes jurisprudenciais que acompanham esta tricotomia não permitem, contudo, identificar com precisão os campos em que deve aplicar-se cada um dos níveis de exigência do controlo jurisdicional. Quanto muito, pode extrair-se dos exemplos apontados a conclusão de que o nível mais baixo de exame respeitará a matérias caracterizadas pela sua maior volatilidade, como as ligadas à política externa ou à regulação da economia, em que o legislador tem que ser permeável às permanentes alterações da conjuntura[2033]. Em contrapartida, o nível mais elevado de exigência estaria reservado para leis respeitantes a bens jusfundamentais de primeira grandeza, como a vida, a liberdade individual, a integridade física e a saúde[2034]. Pelo meio, ficariam outros bens jurídicos fundamentais, como a liberdade de profissão ou a liberdade de iniciativa privada[2035].

Sucede que, algures ao longo do seu percurso posterior, quer doutrinal quer jurisprudencial, a ideia de controlo de evidência ter-se-á expandido para outros campos que não apenas o do exame das prognoses legislativas e ganhou um certo predomínio sobre os outros dois termos da equação inicial. Transformou-se pouco a pouco numa espécie de fórmula *passe-partout*, vagamente aparentada com a velha doutrina do erro manifesto e agora aplicada à análise das leis: restrição *manifestamente* excessiva e injustificada; violação *manifesta* das expectativas legítimas; ausência *evidente* de fundamento para estabelecer uma diferenciação de tratamento; entre outras expressões semelhantes. Tendo começado como um sistema de controlo diferenciado e graduado material e tematicamente, a doutrina dos três níveis de densidade parece definitivamente emancipada dessas suas origens – onde, aliás, o seu esteio constitucional não estava inteiramente demonstrado – e volver-se numa formulação, tão abrangente quanto vazia, que tem por único objectivo matizar as competências de exame dos juízes constitucionais, sobretudo quando estes são chamados a decidir sobre a validade das leis com base em normas ou princípios jurídicos abertos e que, por isso, permitiriam *a priori* uma forte compressão da liberdade do legislador[2036].

iii) No que respeita aos deveres de protecção e à proibição de défice, a ideia do *mero exame de evidência* cristalizou-se na fórmula segundo a qual a violação desta última apenas deve ser declarada

---

[2032] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 64-66; ALEXY, *Teoria*, pp. 453-454; STÖRRING, *Das Untermaβverbot*, p. 223; GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, pp. 174 ss.; EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 191-193.

[2033] BVerfGE, 36, 1 (*Grundlagenvertrag*), BVerfGE, 37, 1 (*Stabilizierungsfonds*); BVerfGE, 40, 196 (*Güterkraftverkehrsgesetz*).

[2034] BVerfGE, 7, 377 (*Apotheken*); BVerGE, 11, 30 (*Kassenärzte*); BVerfGE, 17, 269 (*Arzneimittelgesetz*); BVerfGE, 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*); BVerfGE, 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*).

[2035] BVerfGE, 25, 1 (*Mühlengesetz*); BVerfGE, 30, 250 (*Absicherungsgesetz*); BVerfGE, 39, 210 (*Mühlenstrukturgesetz*).

[2036] A respeito do princípio da proporcionalidade, com expressa invocação do nível *controlo de evidência*: Acórdão nº 471/2007, Acórdão nº 150/2011; Acórdão nº 151/2011 (montante das custas judiciais). No que se refere ao valor das indemnizações por nacionalização, Acórdão nº 493/2009. A propósito dos direitos sociais e da sua concretização, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 363 ss..

"quando o poder público não tenha de todo adoptado disposições de protecção ou quando as medidas adoptadas sejam totalmente inadequadas ou completamente incapazes de alcançar o fim de protecção visado"[2037].

Não surpreende, assim, que no Acórdão nº 75/2010, a respeito do sistema de protecção da vida intra-uterina – e, portanto, numa matéria em que, pela magnitude do bem jusfundamental envolvido, se poderia esperar a realização de um controlo intensificado de conteúdo[2038] – o Tribunal Constitucional tenha afirmado "que o julgador não dispõe de um instrumento de mensuração exacta do grau de protecção exigível para o cumprimento, pelo Estado, do correspondente dever. Nem se lhe pode exigir a identificação de um preciso e fixo ponto arquimédico, abaixo do qual o veredicto do incumprimento tenha que cair, inexorável. Quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão, mais ainda do que em qualquer outra dimensão da constitucionalidade, e em correlação com uma maior liberdade de conformação legislativa (dada a estrutura dos deveres activos de intervenção), a instância de controlo tem que lidar com *critérios de evidência*, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador"[2039-2040].

III – Não cabe aqui, naturalmente, efectuar uma avaliação global das teorias apresentadas. Se elas só tangencialmente se encontram com a proibição de insuficiência, é apenas nessa medida que a sua apreciação deve ser feita. Em particular, quanto à teoria disjuntiva da norma de acção e da norma de controlo – não suscitando ela em si mesma significativas objecções de fundo –, interessa sobretudo sublinhar a impossibilidade de dissolver no seu seio a dicotomia formada pelos conceitos de dever de protecção e de proibição de insuficiência. Quer dizer: a impossibilidade de, por um lado, reconduzir a figura dos deveres de protecção a uma simples categoria das denominadas normas de acção; e de, por outro lado, qualificar o princípio de proibição de defeito como uma modalidade particular das correspondentes normas de controlo[2041].

É bem verdade que o poder legislativo é o primeiríssimo destinatário dos deveres de protecção e que a proibição de défice constitui um parâmetro constitucional particularmente adequado à aferição jurisdicional do cumprimento, por parte do legislador, de uma medida mínima das suas obrigações positivas de actuação. Isso mesmo foi já salientado por várias vezes. Porém, sem prejuízo de tais relações

---

[2037] BVerfGE, 56, 54 (*Fluglärm*); BVerfGE, 77, 170 (*Lagerung chemicher Waffen*); BVerfGE, 79, 174 (*Straßenverkehrslärm*); BVerfGE, 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*); numa formulação um pouco mais exigente, BVerfGE, 92, 26 (*Zweitregister*).

[2038] À imagem da primeira decisão germânica sobre o aborto (BVerfGE, 39, 1). A segunda decisão (*Schwangerschaftsabbruch II*, BVerfGE, 88, 203, de 1993) é, naturalmente, muito posterior à *Mitbestimmung Urteil*, em que se funda a teoria dos três níveis de controlo.

[2039] Ponto 11.4.17, *in fine*.

[2040] Também sujeitando os deveres de protecção a um critério de evidência: D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, p. 369; DIETLEIN, *Das Untermaßverbot*, p. 132. A própria proposta de lei nº 95/VIII, sobre responsabilidade do Estado, estabelecia que só a "violação evidente do dever de protecção" preenchia o pressuposto da ilicitude (nº 2 do artigo 15º).

[2041] Contudo, STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, p. 140.

de preferência, não pode de modo algum desvalorizar-se o facto de os deveres de protecção não terem apenas por destinatário o legislador, vinculando antes todos os demais poderes do Estado. Neste sentido, assim como os deveres de protecção são simultaneamente normas de acção e normas de controlo, também a proibição de défice é ao mesmo tempo – embora certamente em medidas diferentes – norma de acção e norma de controlo[2042].

Como adiante melhor se verá, *a própria função jurisdicional é também destinatária específica dos deveres estaduais de protecção*, competindo-lhe pautar a sua actuação, nos feitos submetidos a julgamento, por objectivos de salvaguarda efectiva dos bens jusfundamentais[2043]. A sua vinculação constitucional (aos direitos fundamentais e, por consequência,) aos concretos deveres de protecção não se esgota, pois, nem na fiscalização da constitucionalidade das leis, nem sequer na simples verificação do cumprimento de obrigações alheias, unicamente com vista à cassação das acções ou à detecção das omissões dos outros poderes do Estado. Para os tribunais, os deveres de protecção não são um *aliud* que diga respeito apenas ao legislador, de que eles apenas precisem de aproveitar um *standard* mínimo para efectuar o controlo da constitucionalidade das leis ou das omissões legislativas. Além disso, a proposição inversa é também verdadeira: apesar de constituir um instrumento muito útil e incisivo para o controlo jurisdicional do cumprimento daqueles deveres, *o princípio da proibição de defeito tem também a maior relevância para o próprio legislador*, na programação da sua actividade e na selecção das medidas normativas a adoptar. A proibição de insuficiência não marca apenas a fasquia da justiciabilidade dos deveres de protecção, definindo antes a própria linha substantiva a partir da qual a liberdade de conformação legislativa passa a levar a melhor sobre a vinculação constitucional – mormente no que respeita ao *se* da actuação legislativa. É essencial que o legislador saiba, em cada momento, se actua ainda estritamente vinculado a um imperativo constitucional ou se já está livre para introduzir no seu processo decisório motivações de outra natureza, sejam (ainda) de interesse público ou de (simples) mérito político.

Pode pois dizer-se que, enquanto a distinção entre norma de acção e norma de controlo tem *ab initio* propósitos essencialmente adjectivos, respeitando exclusivamente à relação entre legislador e juiz constitucional, já a destrinça entre os deveres de protecção e a proibição de défice começa por ser primordialmente substantiva e, por isso, repercute-se em todas as funções do Estado. Ao passo que os dois termos do primeiro binómio tem por missão *medir a mesma realidade de acordo com duas bitolas diferentes* – sendo que o resultado da medição vale apenas para efeito de exame jurisdicional de constitucionalidade –, os dois termos do segundo binómio estão um para o outro como *o todo está para a parte*. Mais precisamente para *uma pequena parte desse todo* – isto é, para uma fasquia mínima abaixo da qual o próprio legislador, assim como os demais poderes públicos, cada um à sua maneira, não podem nunca descer. Descrita a realidade desta forma, mais evidente se torna que o primeiro binómio não é capaz de consumir o segundo. Para fazer justiça à ideia de norma de controlo, é importante notar que a mesma,

[2042] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 74.
[2043] Infra, §4º, ponto 14.

apesar de implicar uma redução da extensão da competência jurisdicional de exame relativamente ao alcance da prescrição constitucional como norma de acção, não pretende ter por consequência a limitação dessa competência de averiguação a um mínimo constitucionalmente admissível – sob pena de se fazer perigar a eficácia do sistema de fiscalização da constitucionalidade e, com este, o próprio princípio da tutela jurisdicional efectiva. A teoria funcionalmente adequada da separação de poderes nunca foi, de facto, sinónima de redução da fiscalização da constitucionalidade a padrões mínimos.

IV – Mais importante agora é fazer uma análise crítica da *teoria da evidência*, tal como ela se apresenta hoje associada à verificação do cumprimento dos deveres de protecção e, em particular, à declaração de um *status* normativo como violador do princípio da proibição de défice[2044]. Isto porque, malgrado a enorme subjectividade de análise que ela sempre envolve – como é óbvio, o que é evidente para *uns* não o é necessariamente para *outros* –, ela ameaça tornar-se numa espécie de *preço a pagar* pelo reconhecimento da figura dos deveres de protecção e, com esse sentido, parece mesmo ter o beneplácito do próprio Tribunal Constitucional. Com efeito, no já referido Acórdão nº 75/2010, o excerto segundo o qual "é de concluir que vigora, no nosso sistema, um conjunto diversificado de medidas, em número e com um alcance bastante para que, tendo-as também em conta, seja possível sustentar que o Estado português não cruza os braços perante o fenómeno do aborto, antes está activamente empenhado em combatê-lo", é apresentado, precisamente, como o resultado de um simples controlo de evidência[2045]. Existe um dever constitucional de protecção de um bem – da vida, por sinal –, mas perante esse dever basta, literalmente, que o legislador "não cruze os braços". Enfim, tira-se com uma mão quase tudo o que primeiramente se havia dado com a outra.

i) Não admira, portanto, que a orientação maioritária do Tribunal tenha sido asperamente criticada numa das declarações de voto: "o Acórdão acabou por não revelar um critério a partir do qual se pudesse medir a existência, ou a inexistência, de um *deficit* legislativo *de protecção"* (…); designadamente, o que nele se diz "não implica que só se justifique uma pronúncia pela inconstitucionalidade em caso de *manifesto erro do legislador*, detectado a partir de *critérios de evidência*". Mais incisivamente ainda: "o problema está (…) no facto de o Tribunal *se não poder demitir da tarefa que especificamente lhe cabe, e que é a de julgar quais são as acções de protecção ou de promoção que são adequadas e quais as que o não são*. Para tal, é necessário que se tenha algum critério a partir do qual se possa aferir a «adequação» das acções; é necessário que se tenha algum tópico orientador, algum instrumento conceitual que permita detectar as insuficiências de protecção, caso elas

[2044] HEUN, *Funktionell-rechtliche Schranken*, pp. 66 ss..
[2045] Ponto 11.4.18, *in fine*.

existam. Se assim não for, o *Untermaßverbot*, a *proibição de deficit*, torna-se coisa vazia, como coisa vazia e destituída de conteúdo se tornarão os *deveres de protecção*"[2046].

Na verdade, erigir a evidência em critério de apreciação da constitucionalidade seja do que for equivale, em larguíssima medida, a renunciar à possibilidade de efectuar essa mesma apreciação em termos minimamente precisos e comprováveis intersubjectivamente. A evidência não é um critério de controlo, mas antes o reconhecimento da inexistência de um critério digno desse nome. Como precipitado dogmático da teoria da adequação funcional, a opção por um qualquer tipo de controlo de menor intensidade não faz sentido sem o seu contraponto – as situações que exigem um controlo intensificado do conteúdo das decisões legislativas – e, até, sem os seus pontos intermédios. Nem, muito menos, pode um tal controlo de baixa intensidade ser adoptado à margem de considerações de ordem material, ignorando por exemplo que certo dever de protecção se refere, não ao direito de propriedade, mas ao direito à vida, não à liberdade de iniciativa económica, mas à liberdade pessoal[2047]. Recorde-se que, na origem da teoria dos três níveis de densidade de controlo, o controlo de evidência estava afecto ao escrutínio de decisões legislativas de prognose em matérias que se encontravam nos antípodas desta versada pelo Acórdão nº 75/2010: de um lado a economia e a sua volatilidade própria; do outro lado a vida e a sua axiologia perene. Na decisão do Tribunal Constitucional germânico que deu o tiro de partida para o desenvolvimento da teoria dos três níveis – a *Mitbestimmung*[2048] –, consta precisamente como exemplo de um controlo de densidade máxima a primeira decisão sobre a interrupção voluntária da gravidez – a *Schwangerschaftabbruch* I[2049] –, a par de outras que versam igualmente sobre bens jusfundamentais de elevada ressonância axiológica. E, que se saiba, nunca, em nenhuma das suas decisões sobre o aborto[2050] – ou sobre outros temas melindrosos do ponto de vista jusfundamental – o Tribunal de Karlsruhe convocou, como parâmetro de apreciação da constitucionalidade das leis, o simples controlo de evidência[2051].

Se há mais-valia que pode ser apontada à teoria da adequação funcional é, justamente, a de fazer assentar a repartição de papéis entre os poderes públicos num entrelaçamento do direito organizativo e procedimental, por um lado, e do direito material, por outro[2052]. Quando esse entrelaçamento desaparece, por desconsideração desta vertente material do problema – designadamente, por aplicação acrítica de um paupérrimo exame de evidência a todas as intervenções normativas em que o legislador beneficia de importantes margens de liberdade conformativa, sem atenção aos valores em jogo –, perde-se também a oportunidade de estabelecer um sistema de separação de poderes equilibrado, sobretudo na relação entre o

---

[2046] Declaração de voto de Maria Lúcia Amaral. Também com muito interesse a declaração de Moura Ramos, considerando violado o princípio da protecção insuficiente.
[2047] GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, p. 175.
[2048] BVerfGE, 50, 290.
[2049] BVerfGE, 39, 1.
[2050] BVerfGE, 88, 203.
[2051] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 90-91, sublinhando que na segunda decisão sobre o aborto o BVerfG abandonou a sua fórmula jurisprudencial aplicável aos deveres de protecção e exige uma *"angemessener-wirksamer Schutz"*. Também GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, pp. 174 ss..
[2052] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 135 ss.; HEUN, *Funktionell-rechtliche Shranken*, pp. 43 ss..

legislador e os juízes constitucionais. A ideia de um controlo de evidência não pode, sob pena de consequências nefastas, ser desenraizada do seu particularíssimo contexto original e tornar-se numa muleta do juiz constitucional sempre que este, por uma razão ou por outra, tem receio de pisar terreno mais movediço na perspectiva das suas relações com o legislador ordinário. Numa palavra, a tendência para a generalização do dito controlo de evidência não é constitucionalmente aceitável e corresponde, de facto, à demissão do juiz constitucional de uma tarefa que indeclinavelmente lhe cabe.

ii) Em suma, a análise do cumprimento dos deveres estaduais de protecção, mormente com recurso aos parâmetros fornecidos pelo princípio da proibição de insuficiência, "não prescreve por si um determinado nível de intensidade de controlo"[2053]. A admitir-se a possibilidade de estratificar por graus de intensidade o exercício da competência jurisdicional de exame da constitucionalidade das leis, essa graduação nunca poderá ser feita em abstracto, por categorias formais ou por figuras dogmáticas. No essencial, tudo deverá ficar dependente da *maior ou menor densidade regulativa das próprias normas e princípios constitucionais aplicáveis* e, em particular, da maior ou menor abertura das *disposições que consagram os direitos fundamentais e os interesses constitucionais em jogo*[2054].

Aliás, a justificação ensaiada pelo Tribunal Constitucional na decisão em apreço – onde se invoca a diferente estrutura dos imperativos de tutela relativamente aos direitos de defesa para consorciar o mero controlo de evidência à observância dos deveres de protecção –, não é sequer inteiramente coerente com a sua própria jurisprudência anterior. Desde logo, não é conforme com a postura muito afirmativa adoptada na sua anterior decisão sobre a mesma matéria – o seu Acórdão nº 617/2006 –, na qual se dirige um verdadeiro apelo ao legislador no sentido de proteger a vida através de *"medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como sejam a prévia consulta de aconselhamento (…), bem como um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva".* O Tribunal considera-se competente para o mais – indicar as soluções que seria conveniente o legislador adoptar – e não se considera competente para o menos – analisar a suficiência das medidas efectivamente adoptadas, para além do simples controlo de erros manifestos. Além do que há também incoerência no facto de ser igualmente frequente a utilização pelo Tribunal da figura do controlo de evidência – ou de outras formulações equivalentes, reveladoras de autocontenção – do outro lado da barricada, isto é, do lado das medidas restritivas e da sua análise à luz do princípio da proibição do excesso[2055]. Do que se conclui que,

[2053] TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 72.

[2054] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, pp. 98 ss.. Também sublinhando que não é o Tribunal que fixa a intensidade de controlo, mas as normas constitucionais, GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, p. 179.

[2055] Os já referidos Acórdãos nº 471/2007, nº 150/2011, e nº 151/2011 (montante das custas judiciais). Apesar da ausência de uma referência expressa ao "controlo de evidência", são mais significativos, por respeitarem a restrições: o Acórdão nº 187/2001 (propriedade das farmácias II); Acórdão 494/2003 (crime de abuso de informações); Acórdão nº 155/2007 (recolha coactiva de vestígios biológicos). J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 379-381. No caso alemão, GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, pp. 164 ss..

afinal, a particular estrutura dos deveres de protecção é apenas um pretexto para justificar a sua postura defensiva.

De resto, paradoxalmente, diga-se mesmo que é duvidoso que a invocação do nível do controlo de evidência seja compaginável com a argumentação expendida ao longo do próprio Acórdão nº 75/2010. O que a leitura das páginas do aresto revela não é, de todo, um olhar superficial, de mera aparência, dos meios utilizados pelo legislador ordinário para tutelar a vida intra-uterina. Ao invés, o que dali se recolhe é uma análise exaustiva das soluções consagradas pelo legislador, com amplas considerações sobre os seus prováveis efeitos práticos: além da eliminação da protecção penal, examina-se com cuidado o regime da consulta obrigatória de aconselhamento, com averiguação do seu concreto modelo (informativo ou dissuasor), bem como a finalidade do período de reflexão. O Tribunal quase veste a pele do legislador e joga com dados, jurídicos e factuais, que não diferem muito daqueles que estão à disposição do Parlamento e que foram esgrimidos no debate público que precedeu a lei apreciada. Disso dá conta a afirmação, constante do texto da decisão, segunda a qual as soluções perfilhadas pelo legislador tiveram de ser definidas dentro de um "estreitíssimo canal de navegação" e que "ele não poderia ter ido muito mais além, na promoção de decisões de prossecução da gravidez, sem exposição séria ao risco de resultados perversos".

Fica, portanto, a dúvida sobre se o apelo ao pseudo-critério da evidência não terá sido mais uma estratégia de defesa, tendo em conta o carácter polémico da matéria decidenda. Se, em vez da questão do aborto, estivesse em causa a emanação de um regime preventivo de protecção da vida em face da condução sob o efeito do álcool – em substituição do severo regime sancionatório vigente –, talvez a ideia do controlo de evidência não tivesse sido invocada. Significativamente, no Acórdão nº 166/2010, em que se conclui pela efectiva violação do princípio da proibição de défice de protecção, e em que o Tribunal afirma de modo expresso louvar-se na metodologia desenvolvida no Acórdão nº 75/2010, nenhuma referência é feita à necessidade de limitar o controlo de constitucionalidade ao nível da evidência. Nem poderia sê-lo, mantendo a mesma conclusão, uma vez que não parece de todo evidente que do artigo 2º da Lei Fundamental – ou mesmo do nº 1 do artigo 62º[2056] – se possa concluir pela inconstitucionalidade de *uma norma*, resultante da conjugação de *cinco preceitos legais* diferentes, "quando interpretada no sentido de dispensar a audição dos credores providos com garantia real nas fases de venda ordenada pelos Serviços de Finanças e, fundamentalmente, quando é ordenada a venda por negociação particular e feita a adjudicação consequente"! Tão reticente se mostrou o Tribunal ao tratar da defesa da vida intra-uterina – também no Acórdão nº 357/2009 –, quanto lesto foi em acudir ao direito dos credores privados da satisfação dos seus créditos!

[2056] Como sustenta Maria Lúcia Amaral, na sua sucinta, mas pertinente, declaração de voto.

12.3.6. Questões operativas

Demonstrada a autonomia dogmática do princípio da proibição de protecção insuficiente, sem prejuízo das relações privilegiadas que mantém com algumas das figuras analisadas – sobretudo, ressalvada a sua integração num super-princípio da proporcionalidade –, resta ensaiar um modelo de análise dos quadros normativos de protecção de direitos fundamentais, com vista à determinação do nível de protecção concretamente exigido pela Constituição. Tal pressupõe, por um lado, a identificação em abstracto de diferentes *escalões* de protecção e, por outro lado, a adopção de *parâmetros* que permitam em concreto a recondução de cada acervo normativo de tutela jusfundamental a um desses escalões.

I – No tocante ao primeiro ponto, em sintonia com considerações precedentes, deve ser possível identificar seis níveis de protecção e organizá-los por ordem crescente, começando num primeiro escalão de *protecção zero* e terminando no escalão da *protecção absoluta*. Nos moldes que seguem:

VI - Protecção absoluta
V - Protecção máxima permitida pelo princípio da proibição de excesso
IV - Protecção intermédia (óptima) decidida pelo legislador
III - Protecção mínima exigida pelo princípio da proibição de défice
II - Protecção do conteúdo essencial
I - Protecção zero

Tanto o grau de protecção zero (I) como o grau de protecção absoluta (VI) são obviamente puras representações teóricas. Aquele corresponderá, em princípio, a situações em que a ordem jurídica não contém nenhumas disposições especificamente desenhadas a pensar na salvaguarda do bem fundamental em face de determinado tipo de ameaças à sua integridade. A ausência dessas disposições específicas não significa que os mecanismos comuns do Estado de Direito não providenciem, apesar de tudo, algum tipo de protecção, sobretudo *a posteriori* e, nomeadamente, através do instituto da responsabilidade civil e do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Também o grau de protecção absoluta não tem existência real, porquanto, como referido anteriormente, nem mesmo o mais totalitário de todos os Estados teria

capacidade para eliminar todas as ameaças e garantir aos indivíduos sob sua jurisdição um nível de segurança total.

Diferentemente, são já configuráveis situações em que o legislador limita o alcance das suas medidas à preservação do conteúdo essencial de um determinado direito fundamental (II). As soluções consagradas pelo legislador para protecção de certo bem jusfundamental não se dirigem ao direito como um todo, na sua complexidade estrutural e material, mas apenas àquelas faculdade nucleares que verdadeiramente o caracterizam e que permitem *"reconhecê-lo como pertencendo a um tipo constitucional e distingui-lo dos outros direitos*"[2057]. Só para esse acervo medular de faculdades, para esse último reduto do direito respectivo, é que regime definido pelo legislador pretende criar um espaço de "liberdade real garantido" pelo Estado em quaisquer circunstâncias, em face das ameaças jusfundamentais de origem não pública[2058]. De qualquer forma, ressalvados alguns casos em que razões jusfundamentais de sinal contrário assumem um peso relativo muito elevado, este segundo escalão de protecção situa-se ainda abaixo da linha de água – isto é, abaixo da linha decretada pelo princípio da proibição de défice (III).

Em contrapartida, acima dessa linha encontram-se dois graus de tutela jusfundamental, que são no fundo aqueles em que o legislador leva mais longe a sua vinculação constitucional aos deveres de protecção. Num deles, retomando embora parte significativa da sua liberdade de avaliação e conformação, o legislador procura encontrar o *ponto de Arquimedes* entre os bens e direitos a salvaguardar e as posições jurídicas contrapostas (IV). No fundo, aquele ponto em que supostamente se realiza a mais perfeita concordância prática entre todos os valores constitucionais envolvidos, numa lógica próxima das concepções mais moderadas dos direitos fundamentais como princípios e como imperativos de optimização. Recorde-se a solução designada por M4 num dos quadros anteriores, com uma elevada capacidade de protecção, baixos índices de restrição e, consequentemente, com uma extraordinária utilidade ponderada. No outro grau de tutela imediatamente acima, por sua vez, o legislador leva a sua tarefa de protecção jusfundamental rigorosamente até onde o princípio da proibição do excesso lhe permite ir (V). Mais um passo em frente e a sua solução normativa falha o teste da necessidade, quando não também o da razoabilidade. O legislador intenta propiciar "a mais ampla protecção que seja fáctica e juridicamente possível" e que, portanto, "seja ainda compatível com os outros princípios e valores constitucionais" em jogo[2059]. Mais uma vez, só em casos muito particulares, agora caracterizados pela elevadíssima ressonância axiológica dos bens jurídicos em crise ou pela gravidade ou intensidade das ameaças que sobre eles propende, é que a fasquia da proibição de defeito pode ser impulsionada para este nível mais elevado de protecção.

[2057] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 399.
[2058] SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz*, p. 209; MAYER, *Untermaß*, pp. 177-180.
[2059] Declaração de voto de Maria Lúcia Amaral ao Acórdão nº 75/2010 (aborto V).

Em circunstâncias ordinárias, será em relação aos regimes legais situados imediatamente abaixo destes dois últimos graus de protecção (IV e V) – e acima da simples garantia do conteúdo essencial do direito (II) – que a questão da proibição de défice deve ser colocada e assume a sua máxima pertinência (III). Em todos os restantes casos, aí sim, deverá ser razoavelmente *evidente* que o regime em vigor está em absoluta conformidade com o princípio da proibição de insuficiência ou, pelo contrário, que o viola de forma manifesta.

II – É precisamente para resolver os casos localizadas a meio da tabela, nas zonas cinzentas onde todas as evidências se esfumam, que é preciso abraçar critérios tão seguros quanto possível para aferir do cumprimento por parte do legislador daquele mínimo de protecção jusfundamental simultaneamente exigido e tolerado pela Constituição. Ora, com o apelo a *critérios seguros* quer significar-se *testes*, que, apesar da sua filiação geral no espírito do princípio da proporcionalidade, não podem ser idênticos aos três testes que consabidamente integram a metódica da proibição de excesso.

Como acima se adiantou, no centro da metodologia de análise do princípio da proibição de défice está realmente um teste de *efectividade* – em vez da *necessidade* comparativa da proibição de excesso –, que avalia a capacidade da ordem jurídica no seu conjunto para, compulsando instrumentos específicos de protecção e institutos de carácter mais geral, alcançar um *fim constitucional* preciso, consistente na preservação de um bem jusfundamental nas relações concretas da vida em sociedade[2060-2061]. Num momento logicamente anterior a esta averiguação concreta de efectividade é forçoso, contudo, realizar um teste preambular de *aptidão* abstracta, que visa seleccionar no seio da ordem jurídica aqueles meios normativos que de algum modo podem contribuir para o cumprimento do *programa final* ínsito nas normas constitucionais que estabelecem os deveres estaduais de protecção. Apesar de o teste da efectividade respeitar em teoria ao ordenamento jurídico na sua globalidade, não é obviamente viável aplicá-lo a um número muito elevado das suas normas, pelo que se impõe uma operação de triagem prévia daqueles elementos normativos que, mais directamente, podem contribuir para a concretização dos objectivos constitucionais. Incluindo: disposições legais de protecção primária e de protecção secundária (ou terciária); institutos jurídicos de carácter mais genérico (responsabilidade civil, tutela jurisdicional efectiva); normas legais com uma específica função de protecção (normas sancionatórias, normas sobre organização, procedimento e processo, normas sobre informação, normas de segurança, ou normas de correcção de posições desigualitárias).

Por sua vez, após (ou em simultâneo com) a avaliação operada com base no teste da efectividade – e caso este seja superável –, outras ponderações podem (e devem) ser efectuadas (pelo próprio

[2060] Precisamente sobre o problema da efectividade: ALEXY, *Teoria*, p. 448-450; TZEMOS, *Das Untermaβverbot*, pp. 103-104.
[2061] J. SAMPAIO, *O dever*, p. 155, propondo como critérios centrais a "*gravidade* da desprotecção" e a "*premência* dos bens" em perigo.

legislador e sobretudo) pelo juiz constitucional. Em rigor, porém, essas outras ponderações – sejam elas de eficiência em sentido estrito, de escrutínio da relação custo-benefício ou de apreciação de racionalidade – já não respeitam ao princípio da proibição de defeito em si mesmo. São seguramente muito importantes numa perspectiva global de aferição do cumprimento pelo legislador das suas vinculações positivas aos direitos fundamentais, mas referem-se antes, ou ao confronto com o princípio da proibição do excesso, ou a modelos teoricamente mais exigentes dos deveres de protecção (em particular, quando identificados como imperativos de optimização) – em ambos os casos se exigindo o confronto exaustivo com os custos (económicos, administrativos e jusfundamentais) das soluções legislativas, o balanceamento com outros direitos, princípios e valores constitucionais, bem como a consideração de outras opções alternativas. Em consonância com o que atrás se disse, portanto, a proibição de défice representa apenas uma pequena parte do problema dos deveres de protecção e, mesmo, uma pequena parte das operações de ponderação exigidas por uma concepção abrangente de proporcionalidade.

No que concerne à averiguação do nível de efectividade das soluções contempladas pelo legislador, o que se exige é a elaboração de juízos de prognose sobre a capacidade das soluções legalmente adoptadas para atingir na prática o *fim constitucional* a que se propõem[2062]. Há, naturalmente, graus maiores e menores de efectividade, sendo que o princípio da proibição de défice não pode colocar aqui a fasquia num ponto demasiado elevado[2063] – por exemplo, admitia-se acima que M6 podia cumprir o mínimo constitucionalmente exigido, apesar de a sua capacidade de protecção se situar abaixo dos 50%. O problema essencial reside na circunstância de a efectividade das medidas legais não depender, em larguíssima medida, do seu próprio acerto e configuração, mas de factores jurídicos, técnicos e factuais que são alheios ao processo legislativo, situados no plano da sua execução administrativa e respectiva aplicação pelos tribunais. Ou seja, mesmo quando o legislador efectuou um diagnóstico completo e acertado da realidade económico-social com a qual pretende interagir e, por outro lado, mesmo quando os seus prognósticos assentam sobre premissas sólidas – quer quanto à evolução futura dessa realidade, quer quanto ao resultado expectável das medidas legislativas adoptadas[2064] –, muita da efectividade de uma medida legislativa de tutela jusfundamental joga-se no momento da sua implementação administrativa e da sua concretização jurisdicional, assim se transferindo parte substancial do problema da proibição de défice para a vinculação das outras funções do Estado a este mesmo princípio. Por conseguinte, ao problema de fundo, respeitante à difícil avaliação *ex ante* do nível (suficiente ou insuficiente) de efectividade de uma determinada medida legislativa – tomada em si mesma, mas inserida num contexto normativo mais vasto e complexo –, junta-se um segundo problema: de reconhecimento *ex post* das

[2062] Quanto à determinação constitucional, ou legal, do fim a prosseguir: MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen*, pp. 151 ss; MAYER, *Untermaß*, pp. 71 e 75; STÖRRING, *Das Untermaßverbot*, pp. 125-126; TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, p. 78-84.
[2063] Apesar da diferença terminológica, acentuando que a "eficiência" comporta graus, CANARIS, *Direitos*, pp. 123-124.
[2064] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 62-66.

consequências realmente produzidas pela lei e do momento a partir do qual ela terá, eventualmente, de ser revista.

Estas dificuldades não devem conduzir, todavia, a uma fuga para supostos critérios de evidência, mas sim a que se reclame um novo modo de feitura as leis e a uma nova exigência na avaliação dos seus resultados. Mais rigor na inventariação e análise dos dados de facto que servem de suporte aos impulsos legiferantes, mais clareza no que respeita aos fins e interesses prosseguidos pelo legislador, maior consideração dos momentos administrativo e jurisdicional de aplicação das leis, assim como a institucionalização de mecanismos permanente de monitorização dos resultados práticos das leis, são apenas alguns dos pontos mais salientes de uma *verdadeira metódica da acção legislativa*, que é imposta pela função de tutela dos direitos fundamentais que o legislador tem hoje nas sociedades contemporâneas. Enfim, uma metódica mais transparente e fundamentada – e bem menos voluntarista –, que por isso permite também um controlo mais intenso do conteúdo e da efectividade das próprias leis.

12.4. Aproximação tipológica às normas de protecção

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos contêm um infindável número de leis que desempenham uma função de protecção de bens jurídicos tutelados por normas de direitos fundamentais. Pouco importa que muitas dessas leis protectoras tenham sido (ou fossem já) emanadas bastante antes de estar concluída a actual releitura da função de segurança do Estado à luz dos direitos fundamentais e das suas dimensões positivas. O melhor exemplo disso mesmo é o das leis penais, que desde sempre se encarregaram da protecção de bens jurídicos como a vida, a integridade física, os bens da personalidade, ou a propriedade. O que interessa, pois, é a tarefa que as normas legais em causa desempenham objectivamente no ordenamento jurídico e não a intenção que o legislador tinha em mente quando as emanou[2065]. Aliás, quando se verifica a omissão na ordem jurídica de uma norma necessária à tutela de certo direito, o que conta também não é a boa vontade revelada pelo legislador no sentido de preencher essa lacuna – ou sequer os trabalhos legislativos desenvolvidos nesse sentido –, mas antes a ausência objectiva dessa dita norma e a situação de défice de protecção daí adveniente[2066].

Ainda assim, nos anos mais recentes – mais ou menos naqueles que se vêm caracterizando pela inflação das exigências de segurança por parte dos cidadãos, com refracções no debate político e nas políticas públicas –, tem-se assistido a uma avassaladora torrente legislativa, marcada pela multiplicação de regimes jurídicos que, de uma forma ou de outra, se dirigem à tutela da integridade de bens jusfundamentais. Esse fenómeno, apesar da sua natureza transversal, respeita na maioria dos casos à protecção dos bens da vida, da integridade física e moral e da saúde, projectando-se em inúmeros campos temáticos. Designadamente: segurança e qualidade alimentar, direito dos medicamentos e outros produtos

[2065] ISENSEE, *(§111º) Grundrechte*, p. 226.
[2066] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 162-164.

de consumo humano, segurança e higiene no local de trabalho, segurança da circulação rodoviária e dos meios de transporte em geral, controlo de todas as formas de emissões poluentes ou radiações, experimentação científica e aplicação de novas tecnologias, prevenção de epidemias, protecção de dados pessoais e das comunicações informáticas, enfim segurança dos equipamentos e dos edifícios[2067-2068].

I – Compulsados tanto os velhos quanto os novos domínios materiais pelos quais se espraiam os esforços legislativos de protecção de direitos fundamentais, a única conclusão segura que é possível extrair é a da enorme heterogeneidade que caracteriza os instrumentos usados e, mais amplamente, as estratégias adoptadas pelo legislador para alcançar os seus desideratos. Na tentativa de pôr um pouco de ordem nessa enorme plêiade de modos de actuação do legislador (e não só), têm sido apresentadas diversas classificações respeitantes aos modos de cumprimento dos deveres estaduais de protecção[2069]:

a) Distinguindo, por um lado, protecção *primária* e *secundária* ou, noutra formulação mais analítica, protecção primária, secundária e *terciária*;

b) Ou diferenciando, por outro lado, entre protecção *activa* e protecção *passiva*;

c) Ou, por último, fazendo a destrinça entre protecção *negativa* e protecção *positiva*.

A distinção entre *protecção primária e secundária* é sem dúvida a mais divulgada e procura fazer eco da diferença estrutural que existe entre os instrumentos usados pelo legislador para, *a priori*, evitar a lesão de bens jusfundamentais e aqueloutros que apenas actuam *a posteriori*: ora sancionando as condutas lesivas desses mesmos bens; ora procurando recompor o *status quo ante* e compensar financeiramente o lesado[2070]. Relembre-se, inclusive, que há quem sustente que os institutos que a ordem jurídica coloca ao dispor daqueles cujos bens jurídicos fundamentais foram realmente ofendidos já não representam, em rigor, modalidades de preenchimento de imperativos constitucionais de protecção, correspondendo antes a obrigações estaduais de diversa índole, porque dirigidas à remoção ou apagamento das consequências da prévia violação (censurável ou não) do dever de protecção ou simplesmente do fracasso (objectivo) dos meios mobilizados para o efeito[2071]. Portanto, com a consumação das ameaças que impendem sobre os bens jusfundamentais, o dever de protecção do Estado converter-se-ia num dever de remoção, de

---

[2067] A Resolução do CM nº 65/2001, de 6 de Junho, sobre "política integrada de minimização de riscos públicos", contém um elenco ainda mais alargado. Mais recentemente, três regimes merecem destaque: o sistema de vigilância em saúde pública, contido na Lei nº 81/2009, de 21 de Agosto; o regime da segurança e saúde no trabalho, constante da Lei nº 102/2009, de 10 de Setembro; o regime de segurança de instalações nucleares, previsto no Decreto-Lei nº 262/2012, de 17 de Dezembro.

[2068] Na doutrina portuguesa, sobre a relação entre urbanismo e segurança: M.G. GARCIA, *Sociedade*, pp. 201 ss.; P. AMORIM, *A garantia*, pp. 137 ss.; A. CORREIA, *Risco*, pp. 1109 ss..

[2069] MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 108 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 262 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 128-132; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 175 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 91 ss..

[2070] Por sua vez, desagregando a protecção secundária em vários deveres (de resolução de litígios e de aplicação do direito, de manutenção da segurança pública e de sancionamento), MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 111 ss..

[2071] HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 91 ss.; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 139-140; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 264.

reparação ou de compensação das consequências da lesão jusfundamental[2072] – quando não também de sancionamento das correspondentes condutas lesivas.

Acontece que – mesmo deixando agora de lado uma outra concepção que faz assentar a distinção entre protecção primária e protecção secundária, não no critério exposto, mas simplesmente no papel reservado ao legislador, por uma banda, e no que compete aos órgãos administrativos e jurisdicionais de aplicação, por outra banda[2073] –, a classificação apresentada descarta o efeito preventivo que em geral é reconhecido tanto às normas sancionatórias, sobretudo de natureza penal, como ao próprio instituto da responsabilidade civil[2074]. É evidente que as normas legais em causa por regra só se *aplicam* verdadeiramente depois de lesados os bens jurídicos que servem, mas a sua simples vigência desempenha já de si um efeito dissuasor que muitas vezes será maior do que o produzido por muitas soluções legislativas formalmente configuradas como preventivas. Sendo certo, aliás, que essa eficácia dissuasora será tanto mais efectiva quanto mais gravosas forem, para os agentes, as consequências decorrentes da violação dos bens jurídicos em questão e, sobretudo, quanto mais firme for a convicção dos cidadãos de que existem instituições capazes de extrair essas mesmas consequências com elevada probabilidade e prontidão. Não é por acaso que a protecção penal é comummente tida como o instrumento mais eficaz de todos, na tutela da integridade dos bens jusfundamentais – embora de há muito se saiba, de acordo com o ensinamento do barão de Montesquieu, que o laxismo numa sociedade não resulta tanto da brandura das penas mas sim da impunidade dos crimes[2075].

A própria responsabilidade civil, sobretudo quando declinada em regimes especiais que agravam a posição daqueles que cronicamente colocam os direitos de outrem em situação de risco – regimes de responsabilidade objectiva ou de inversão do ónus da prova, contra os agentes que exploram actividades perigosas ou poluentes, os produtores e distribuidores de bens de consumo ou simplesmente os empregadores[2076-2077-2078] – mesmo sem necessidade de fazer apelo à função punitiva (primária e secundária) que também desempenha[2079] –, constitui em si um poderosíssimo instrumento de tutela preventiva do respeito por muitos direitos fundamentais[2080-2081]. Talvez por essa razão, há quem pretenda

---

[2072] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 264.

[2073] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 130.

[2074] Numa perspectiva civilista, sobre o regime geral da responsabilidade civil como instrumento de protecção de bens jusfundamentais, CANARIS, *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss..

[2075] *O espírito*, pp. 93 ss. e, esp., p. 95.

[2076] Sobre a *responsabilidade por danos ambientais*, Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho; sobre a *responsabilidade do produtor*, Decreto-Lei nº 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 131/2001, de 17 de Dezembro; e sobre a *responsabilidade por acidentes de trabalho*, Lei nº 98/2009, de 4 de Setembro.

[2077] Na jurisprudência constitucional, sobre a responsabilidade das concessionárias de auto-estradas pela segurança dos utentes, Acórdãos nº 596/2009 e 597/2009.

[2078] Quanto ao "aligeiramento da prova": HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 208 ss.; mais extensivamente, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, esp. pp. 105 ss..

[2079] Desenvolvidamente, H. ANTUNES, *Da inclusão*, esp. pp. 413 ss., incluindo no direito português, pp. 608 ss..

[2080] Sobre a responsabilidade civil como instrumento geral de protecção de direitos fundamentais e, em particular, da vida intra-uterina, Acórdão nº 357/2009 (declaração de voto do Cons. Cura Mariano). Anotação concordante por J. MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2009*, pp. 408-412. Desenvolvidamente, C. MARIANO, *A indemnização*, pp. 93 ss..

autonomizá-la das formas de protecção ditas primárias e secundárias, criando uma modalidade de protecção terciária[2082]. Dessa autonomização decorrem pelo menos duas vantagens. A primeira é a de permitir uma visão mais compreensiva do instituto da responsabilidade civil como instrumento privilegiado de protecção de direitos fundamentais, abrangendo não apenas a responsabilidade dos sujeitos privados nas suas relações recíprocas, por violação de direitos alheios, mas também a própria responsabilidade do Estado – e do legislador em particular – pelo incumprimento dos imperativos de tutela a que está constitucionalmente obrigado[2083]. A segunda é a de permitir separar os diferentes papéis da responsabilidade civil: por um lado, no plano legislativo – em que a função de protecção se desenvolve sobretudo através dos referidos regimes específicos, aplicáveis a certo tipo de sujeitos ou a certas actividades –; e, por outro lado, no plano da sua aplicação prática – no qual cabe aos tribunais responder prontamente, tentando a reconstituição natural do bem jurídico lesado ou, na impossibilidade desta, providenciando uma indemnização pecuniária.

Por sua vez, a distinção entre *protecção activa e passiva* pretende chamar a atenção para a circunstância de o Estado, em face das ameaças que impendem sobre determinados bens jusfundamentais, tanto poder agir directamente sobre a fonte do perigo – mais precisamente, sobre os agentes causadores dessa situação de perigo, impedindo-os de prosseguir a respectiva actividade, sujeitando-a a condicionamentos de diferente intensidade e encetando medidas de fiscalização específicas –, como focalizar a sua acção nos sujeitos cujos direitos se encontram ameaçados, procurando imunizá-los, afastá-los do perigo ou reforçar a sua capacidade de autodefesa[2084]. Esta segunda modalidade de protecção – que, como é óbvio, não tem de ser usada como alternativa à primeira, podendo cumular-se ambas – assume particular importância quando a fonte da situação de perigo ou de risco não é directamente controlável pelo Estado: ou tem origem difusa; ou provém do outro lado das fronteiras estaduais; ou decorre de fenómenos da natureza.

Além disso, esta distinção anda por vezes associada a uma outra, que procura separar a protecção realizada através de medidas restritivas e a protecção efectuada através de medidas não restritivas[2085] – ou seja, mediante normas meramente delimitadoras do âmbito de protecção dos direitos, ou normas fixadoras de limites imanentes, de limites ao exercício ou de condicionamentos[2086]. São óbvias as consequências que esta dicotomia poderia ter, tanto no tocante ao princípio da reserva de lei, quanto em relação à

[2081] Por seu turno, sobre deveres do tráfego, deveres de protecção e responsabilidade civil (delitual/contratual), é o incontornável o texto de CANARIS, *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss.. Por fim, referindo-se a uma *constitucionalização* da responsabilidade delitual, A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 420-423.

[2082] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 202 ss..

[2083] Apesar de, lamentavelmente, na versão final do nº 3 do artigo 15º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, se ter eliminado de forma deliberada – na sequência da denominada "jurisprudência Aquaparque" – o incumprimento dos deveres de protecção como um dos casos de responsabilidade por omissão legislativa.

[2084] KRINGS, *Grund*, pp. 263 e 266.

[2085] KRINGS, *Grund*, pp. 263-264.

[2086] Quanto a estas figuras afins das restrições, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 346-349; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 172 ss..

margem de autonomia das autoridades administrativas para desenvolverem uma política própria de protecção jusfundamental. Tal associação nunca poderá aspirar, contudo, a representar mais do que uma vaga tendência, na medida em que tanto existem medidas de protecção que, apesar de incidirem directamente sobre o autor da situação de perigo, não consubstanciam restrições jusfundamentais *proprio sensu*, como existem medidas de protecção que, centrando-se no titular do direito fundamental, implicam verdadeiras restrições para terceiros – sendo que essa qualificação se afigura tanto mais verosímil quanto se supõe que, nesse caso, os afectados pelas medidas de protecção não serão propriamente os responsáveis pela situação de perigo.

Por fim, a classificação das medidas de protecção em *negativas e positivas* tem apenas por objectivo salientar que a protecção de direitos fundamentais tanto pode ser prosseguida através de *proibições* – absolutas ou relativas – como através de *imposições* dirigidas aos particulares. Não obstante, tanto são medidas negativas as de protecção penal, como as que interditam certas actividades, como ainda aquelas que as sujeitam a um regime apertado de licenciamento ou autorização. Por sua vez, entre as que implicam actuações positivas dos sujeitos privados, tanto se encontram aquelas modalidades de protecção que incidem sobre os próprios agentes geradores do perigo – *v.g.*, obrigando-os a seguir determinados procedimentos, a efectuar controlos de qualidade ou a usar certos equipamentos –, como aquelas que recaem sobre os titulares dos direitos afectados – *v.g.*, vinculando-os ao cumprimento de regras de segurança. E, bem ainda, serão também medidas positivas de protecção aqueloutras que passam pelo reencaminhamento para terceiros privados da responsabilidade imediata pela tarefa de protecção jusfundamental, ficando o Estado imbuído de uma função reguladora ou supervisora da actividade desses agentes de natureza jurídico-privada. A grande disparidade estrutural e material das medidas de protecção que cabem dentro de cada uma destas duas (pretensas) categorias retira-lhes, pois, grande parte da capacidade explicativa que poderiam eventualmente ambicionar.

II – Mais importante do que espartilhar a realidade em classificações de escassa consistência é, por uma banda, identificar *os perfis mais comuns* assumidos pelas normas de protecção legislativa – os diferentes modos técnico-jurídicos como elas se interpõem entre os bens tutelados pelos direitos fundamentais e os perigos e riscos que os atingem – e, por outra banda, sublinhar a tendencial *fungibilidade* e *complementaridade* existente entre essas diferentes vias de protecção, em ordem à obtenção de um nível de tutela jusfundamental tão equilibrado quanto possível.

Assim, quanto ao primeiro ponto, alinhando os múltiplos complexos normativos destinados ao cumprimento dos deveres constitucionais de protecção, já mencionados de forma assistemática ao logo do presente texto, parece possível reconduzi-los a cinco perfis essenciais, embora disseminados por diferentes ramos do direito (penal, administrativo, processual, civil, laboral, do consumo, da saúde, etc.).

12.4.1. Normas sancionatórias

A protecção penal é, sem sombra de dúvida, a mais conhecida e difundida modalidade de salvaguarda de bens jusfundamentais através da lei. Não terá sido por acaso que a figura dos deveres estaduais de protecção adquiriu foros de cidade, precisamente, através da polémica acerca da necessidade (ou desnecessidade) de tutela penal sem lacunas da vida humana não nascida.

Em circunstâncias normais, de entre os múltiplos caminhos à disposição do legislador, a protecção penal é de longe a modalidade mais eficaz de protecção de direitos fundamentais. Em compensação, ela é simultaneamente também a via normativa mais agressiva e, porventura, a que desencadeia mais suspeições contra a figura dos deveres constitucionais de protecção, ou não reunisse ela todos os atributos para virar os direitos fundamentais contra si mesmos, transformando-os no seu próprio contrário. A protecção penal aparenta conter, de facto, todos os predicados para se constituir num verdadeiro cavalo de Troia da repressão, permitindo ao legislador ordinário entrar de rompante no campo dos direitos fundamentais – isto é, num campo que deveria ser dominado pela ideia de liberdade e pelo seu exercício desinibido – e, a pretexto da defesa de uns, acabar por desfeitear outros tantos.

De qualquer forma, os receios mais ou menos velados quanto ao uso abusivo da tutela penal não se têm de todo confirmado, sendo inclusivamente de registar uma certa regressão das incriminações penais, em sintonia com uma crescente incomodidade civilizacional em relação às penas criminais e, em especial, às penas privativas de liberdade. Por isso, a tutela penal de bens jusfundamentais permanece tão imprescindível quanto a própria distinção (doutrinal e jurisprudencial) entre *dever de protecção* e *dever de penalização*, que assenta no carácter fragmentário e subsidiário do direito criminal – enfim, que relega estes para o papel de *ultima ratio* do Estado de Direito[2087-2088]. Como sublinhou o Tribunal Constitucional, "dando como assente que a sanção penal é o instrumento mais gravoso de intervenção, com a consequente prioridade aplicativa (…) de qualquer outro que o seja menos, a sua utilização não pode resultar, sem mais, da insatisfação provocada por outros instrumentos de tutela". Ou seja, "a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficácia própria, (…) porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal"[2089].

Como é evidente, a par da protecção penal propriamente dita, o legislador pode recorrer – e fá-lo com cada vez maior frequência, dada a consabida dificuldade da dogmática criminológica coeva em lidar com os denominados mega-riscos, de natureza global ou distanciados em tempo e lugar da acção que os

---

[2087] M.F. CUNHA, «*Constituição*, pp. 291 ss.; LAGODNY, *Strafrecht*, pp. 19 ss. e esp. pp. 254 ss.; KAYβER, *Abtreibung*, esp. pp. 78 e ss., insistindo sobre a distinção entre dever de protecção e dever de penalização; STARK, *Praxis*, pp. 86 ss. Mais amplamente, sobre a relação entre direito penal e Constituição, DOLCINI / MARINUCCI, *Constituição*, pp. 151 ss.; F. DIAS, *Direito Penal*, I, pp. 106 ss, esp. 133 ss..; também, a respeito da superação do paradigma actual do direito penal por exigência dos *novos* e *grandes* riscos, próprios da sociedade de risco, *O direito penal*, pp. 586 ss., e pp. 604-605.

[2088] Na jurisprudência constitucional, a distinção entre imperativos *absolutos* e *relativos* de criminalização está presente logo nas primeiras decisões sobre o aborto: Acórdão nº 25/84; Acórdão nº 85/85; Acórdão nº 288/98.

[2089] Acórdão nº 75/2010 (Aborto V), ponto 11.4.8.

originou – a normas sancionatórias não penais, contraordenacionais e disciplinares, sobretudo quando a salvaguarda da integridade dos bens jusfundamentais passa pela imposição do cumprimento de regras técnicas complexas e extensas ou de regras deontológicas[2090-2091].

12.4.2. Normas de organização, procedimento e processo

Como se referiu logo de início, não é fácil estabelecer a relação entre os deveres do legislador de protecção de direitos fundamentais em face de terceiros e os deveres do legislador de protecção de direitos fundamentais mediante normas de organização, procedimento e processo[2092-2093]. É desde logo evidente a proximidade do tema com o das garantias institucionais, não obviamente no sentido de complexos jurídicos de direito privado, mas no sentido de estruturas operativas públicas ou privadas que se constituem como *esferas* de processamento ou de desenvolvimento de certas liberdades fundamentais na realidade sociocultural[2094].

Todavia, o que marca de forma indelével esta categoria de normas é a sua natureza heterogénea – ou duplamente heterogénea, se se contar com a própria diversidade inerente às três realidades da organização (institucional), do procedimento (administrativo) e do processo (judicial). Com efeito, do ponto de vista funcional, as normas em questão tanto podem estar ao serviço da dimensão de *defesa* dos direitos fundamentais, como ao serviço da *protecção* destes em face de ameaças externas ou provenientes de terceiros privados[2095] – não podendo inclusivamente excluir-se a sua mobilização em prol de algumas dimensões *prestacionais* inerentes aos direitos sociais. Estarão certamente envolvidas na dimensão de defesa em situações como as seguintes:

a) Conformação legislativa dos procedimentos administrativos aplicáveis à verificação do direito à objecção de consciência, ao exercício do direito de petição, à concessão do direito de asilo ou ao reconhecimento e atribuição do direito à cidadania;

b) Estruturação legislativa do procedimento expropriativo, bem como das vias processuais destinadas ao controlo da sua legalidade e, em particular, da justeza dos montantes indemnizatórios;

[2090] Sobre a transferência da função de tutela jurídico-penal para o "direito administrativo sancionatório", F. DIAS, *O direito*, pp. 595-596.

[2091] Analisando a questão de saber se a revogação de contra-ordenações laborais pode constituir um "*deficit* de protecção constitucionalmente censurável" em relação a direitos dos trabalhadores: Acórdão nº 187/2010; Acórdão nº 269/2010; Acórdão nº 270/2010.

[2092] GOERLICH, *Grundrechte*, pp. 186 ss., e pp. 243 ss.; e, em particular, *Schutzpflicht*, pp. 2616; e ainda *Nachbarschutz*, pp 631 ss.; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 328 ss; DOLDERER, *Objective Grundrechtsgehalte*, pp. 232 ss.; LÜBBE-WOLFF, *Stufen*, pp. 137 ss.; OSSENBÜHL, *Grundrechtsschutz*, pp. 183 ss.; LAUBINGER, *Grundrechtsschutz*, pp. 60 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 463 ss.. Integrando ambas as categorias nos direitos a prestações em sentido amplo, ALEXY, *Teoria*, pp. 454 ss.; BOROWSKY. *Grundrechte*, pp. 320 ss..

[2093] Supra, Introdução, ponto 1.3.

[2094] DOLDERER, *Objective Grundrechtsgehalte*, pp. 259-260; HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, pp. 165 ss..

[2095] KRINGS, *Grund*, p. 193.

c) Configuração legislativa da organização interna e do modo de funcionamento das instituições públicas universitárias e de investigação científica – em ordem à criação ou preservação dos espaços necessários ao exercício das liberdades académicas, de ensino, investigação e criação cultural[2096];

d) Delineamento legislativo da estrutura interna e do funcionamento dos meios de comunicação social do sector público – em homenagem ao desenvolvimento harmonioso das liberdades comunicativas (liberdades de expressão, de informação, de imprensa, direito de resposta, direito de antena) e à garantia do pluralismo e da sua independência frente ao poder político[2097];

e) Previsão legal de mecanismos institucionais e procedimentais que garantam a participação efectiva dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do sector público[2098].

Em qualquer destes exemplos, pois, as normas de organização, procedimento e processo colocam-se ao lado dos titulares dos direitos fundamentais, em face de possíveis comportamentos agressivos provindos do próprio Estado, numa das suas inúmeras roupagens[2099]. Mas outros exemplos se podem perfilar em que essas mesmas normas se interpõem antes entre determinados sujeitos jusfundamentais e outros agentes privados, que considerando o modo como se auto-organizam, como desenvolvem a sua actividade ou como orientam a sua conduta são susceptíveis de colocar em crise as posições jurídicas daqueles[2100]. Nas palavras do Tribunal Constitucional, "nada justifica que as normas de procedimento e de organização sejam, à partida, excluídas do conjunto de instrumentos de direito ordinário mobilizáveis pelo legislador, para fins de tutela de bens constitucionais, pois também elas podem incrementar a probabilidade de preservação da integridade desses bens"[2101]. Pelo contrário, será isso mesmo que sucede nos seguintes casos:

a) Em termos exemplares, a respeito da interrupção voluntária da gravidez, "a simples previsão de uma tramitação legal, com imposição à mulher grávida de uma actuação sequencial, em momentos temporalmente intervalados, de que faz parte a sujeição a uma consulta prévia de

[2096] No Acórdão nº 491/2008 (carreira docente universitária), o Tribunal sustentou que "a liberdade científica ou de «cátedra», ínsita no sentido da autonomia científica e pedagógica, reconhecida constitucionalmente às universidades, postula, de um lado, que o acesso à docência e à investigação universitária e a progressão na carreira sejam feitas, apenas, segundo o critério do mérito e da capacidade científica e pedagógica e, de outro, que no processo dessa avaliação, os docentes universitários, enquanto agentes dessa liberdade científica, tenham necessariamente de intervir". Também o Acórdão nº 248/2010, comentado por J. MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2010*, pp. 209-210.

[2097] No Acórdão nº 254/2002 (Conselho de Opinião da RTP), verdadeira declaração de inconstitucionalidade por protecção (organizativa e procedimental) insuficiente, o Tribunal afirma que a Constituição exige certas "condições organizativas, seja ao nível da estrutura administrativa e financeira das empresas, seja ao nível da respectiva estrutura interna".

[2098] Acórdão nº 47/2006 (participação dos trabalhadores na gestão - empresas regionais), reconhecendo, na matéria em causa, a existência de uma proibição de retrocesso.

[2099] HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 346.

[2100] HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 339. No domínio ambiental, sobre os "efeitos procedimentais e processuais do dever de protecção", CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 463 ss..

[2101] Acórdão nº 75/2010 (Aborto V).

carácter obrigatório, promove (…) a consciencialização (…) da gravidade ético-jurídico daquilo que se intenta praticar, com incidência potencial sobre a própria tomada de decisão. A mais disso, a obrigatoriedade de percorrer um *iter* procedimental (…), com um prazo entre o pedido de marcação e a efectivação da consulta (…) e um período de reflexão mínimo de três dias, entre a consulta prévia e a entrega do documento formalizador do consentimento, (…) traz (…) um obstáculo eficiente à execução de decisões tomadas por impulso, circunstancialmente motivadas e insuficientemente ponderadas"[2102].

b) Será também o caso das disposições legais que visam garantir que certas entidades privadas – sejam elas universidades ou outras instituições de ensino, empresas de comunicação social, partidos políticos, entidades empregadoras, associações de vária ordem (*v.g.*, de defesa do ambiente, de solidariedade social, sindicatos) ou até confissões religiosas – cumprem um mínimo de regras organizativas e de procedimento, indispensáveis para garantir o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos seus membros, tanto nas suas relações recíprocas, quanto no seu relacionamento com a própria instituição em que se inserem[2103-2104];

c) E, bem ainda, é o que sucede com as inúmeras providências legislativas que submetem a procedimentos de licenciamento, autorização ou concessão estadual o prosseguimento, por sujeitos privados, de determinadas actividades económicas ou técnico-científicas, dada a sua natureza poluente ou causadora de perigos ou riscos para bens jusfundamentais (titulados por trabalhadores, consumidores, vizinhos ou pelos cidadãos em geral);

d) De resto, é também o caso das normas legais que estruturam os serviços públicos destinados ao socorro dos cidadãos em situação de perigo objectivo e definem os procedimentos de resposta às ocorrências reportadas (*v.g.*, emergência médica, criminalidade ou perturbações da ordem pública, protecção civil em caso de eventos ou catástrofes naturais).

Os exemplos apresentados dão conta, de forma eloquente, da vastidão do papel das normas de organização e procedimento na tutela dos direitos fundamentais em face de terceiros e, até, de perigos da natureza. Muito em especial, no campo das denominadas *decisões administrativas de risco* – isto é, na autorização ou licenciamento público de instalações ou actividades altamente perigosas ou cujas consequências a longo prazo são ainda desconhecidas –, surgem recorrentemente determinantes legislativas de organização e procedimento, destinadas a proteger os cidadãos em face de possíveis agressões resultantes do exercício da própria actividade autorizada ou licenciada. Quanto mais complexa e

[2102] Do ponto 11.4.5 da fundamentação.
[2103] Referindo-se ao dever de o legislador "editar um quadro jurídico adequado que imponha [aos empregadores] (…) a organização do lugar e do tempo de trabalho em condições socialmente dignificantes", Acórdão nº 187/2000. De certa forma, também no Acórdão nº 270/2010.
[2104] Quanto às exigências organizatórias relativas à estrutura das empresas, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 228 ss..

delicada é a decisão administrativa (e jurisdicional) no espaço dos direitos fundamentais, mais forte é também por regra a *dependência procedimental (e processual)* dessa mesma decisão e, por consequência, mais claro é o dever do legislador de emanação de normas de procedimento (e de processo, destinadas a alcançar uma protecção jurisdicional efectiva)[2105]. Os direitos de todos os interessados têm de ser convocados, tão cedo quanto possível, aos procedimentos de autorização ou licenciamento – a começar pelos direitos daqueles que se encontram numa relação de vizinhança mais directa[2106] –, de forma a poderem ser adequada e atempadamente ponderados pelos decisores públicos. Antes destes, aliás, os próprios procedimentos de planificação e programação podem também corresponder já a exigências dos deveres de protecção que impendem sobre o legislador[2107].

Um pouco a meio caminho entre *a tutela procedimental e processual* de direitos fundamentais, por um lado, e simultaneamente *a defesa em face do poder estadual* e *a protecção em face de sujeitos privados*, por outro lado, situa-se o caso particular da estruturação legislativa do denominado processo de execução fiscal, como ressalta do Acórdão nº 166/2010. Assentado no pressuposto de que é possível extrair do artigo 62º da Constituição um dever de legislar em protecção do *direito dos credores (comuns) à satisfação dos seus créditos*, verifica-se no processo de execução fiscal que esse direito se encontra duplamente ameaçado: pela primazia concedida à satisfação dos créditos públicos; e pelo aumento do risco de inadimplência por parte dos devedores (privados) que daquela pode resultar. Daí a necessidade de configurar o processo (ou, em rigor, o procedimento) em causa de modo a que o património do devedor não seja desnecessariamente consumido na satisfação dos interesses patrimoniais do Estado, com aumento injustificado da possibilidade de insatisfação do crédito dos credores privados[2108].

12.4.3. Normas sobre informação

Não existe propriamente uma *teoria jurídica da informação* como instrumento de tutela de direitos fundamentais, capaz de agregar e conferir sentido à miríade de regimes em que entidades públicas e privadas se encontram obrigadas à transmissão ou difusão de mensagens – compreendendo conhecimentos técnicos, científicos ou até jurídicos –, em ordem à salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais[2109]. Não obstante, afigura-se irrecusável a relação de dependência entre o nível de informação fornecida ou disponível para o titular do direito fundamental e a possibilidade de salvaguardar os bens jurídicos por este último protegidos – tão irrecusável, aliás, quanto a ligação a montante entre a

---

[2105] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, p. 251.

[2106] GOERLICH, *Nachbarschutz*, pp. 631 ss.. Especialmente quanto ao "direito de participação no procedimento", REDEKER, *Grundgesetzliche Rechte*, pp. 1593 ss..

[2107] HOLOUBEK, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, p. 351.

[2108] Defendendo que a origem do dever legislativo em questão se acha no artigo 62º – e não no princípio do Estado de Direito, do artigo 2º – a declaração de voto de Maria Lúcia Amaral.

[2109] Existem, no entanto, alguns contributos relevantes: FABIO, *Risikoentscheidunge*n, pp. 395 ss.; STOLL, *Sicherheit*, pp. 284 ss.; CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 467-473; MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, p. 12, pp. 86 ss., e pp. 193 ss.. Em português, P. GONÇALVES, *Advertências*, pp. 723 ss..

própria produção e aprofundamento do conhecimento e a capacidade para eliminar ou reduzir perigos e riscos jusfundamentais[2110].

Deixando de lado, naturalmente, todos os casos em que as pretensões de acesso a determinada informação se dirigem (ainda) contra o Estado, na perspectiva bilateral dos direitos de defesa – acesso à informação jurídica em sentido estrito (artigo 20º, nº 1), acesso à informação constante de bases de dados informatizadas organizadas por entes públicos (artigo 35º, nº 1), direito à informação sobre a gestão dos negócios públicos (artigo 48º, nº 2), acesso à informação administrativa (artigo 268º, nºs 1 e 2), direito a conhecer a fundamentação das decisões administrativas (artigo 268º, nº 3) –, mesmo assim, sob este chapéu das normas sobre informação, entendidas no quadro dos deveres de protecção, cabem realidades tão díspares como as seguintes:

a) A regulação dos elementos a transmitir à mulher grávida na consulta de aconselhamento anterior a uma eventual intervenção abortiva[2111];

b) A informação que o médico tem de fornecer ao seu paciente para obter validamente o seu consentimento[2112];

c) Todos os preceitos sobre rotulagem de produtos destinados ao consumo ou utilização humana, bem como sobre a composição, modo de emprego, precauções ou outros dados devidos aos consumidores por força do seu direito constitucional à informação (artigo 60º, nº 1)[2113];

d) As próprias normas que definem limites materiais para a actividade publicitária, sobretudo quando respeitantes a determinados produtos e serviços considerados nocivos ou dirigidos aos mais jovens (artigo 60º, nº 2)[2114];

e) Os preceitos legais que habilitam as entidades administrativas à realização de campanhas informativas (ou publicitárias), fixando-lhes eventualmente orientações substantivas (*v.g.*, prevenção do tabagismo, do consumo do álcool ou da toxicodependência, promoção da segurança rodoviária).

[2110] Sobre o dever de produção do próprio conhecimento, STOLL, *Sicherheit*, pp. 270 ss..

[2111] Novamente, no Acórdão nº 75/2010, discute-se o modelo da consulta de aconselhamento, tendo-se concluído que o ordenamento português "não contém qualquer injunção expressa dirigida aos profissionais intervenientes na consulta, no sentido de esta dever ser orientada pelo objectivo de dissuasão da intenção abortiva". Não obstante, "daí não pode inferir-se, sem mais, que a consulta é *puramente* informativa".

[2112] Sobre a relação entre médico e paciente, numa perspectiva dos deveres de protecção, HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, esp. pp. 127 ss.. Sob o conteúdo do dever de informação, na doutrina portuguesa: J. RODRIGUES, *O consentimento*, pp 240 ss.; e A. PEREIRA, *O consentimento*, pp. 369 ss..

[2113] Sobre a informação respeitante aos medicamentos, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss.. Para um enquadramento do direito dos consumidores à informação como resultado de "verdadeiros deveres de protecção do Estado" em face de ameaças privadas, sobretudo do poder económico, J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 60º*, pp. 1172-1175.

[2114] Assumindo que as restrições à publicidade ao tabaco se inserem numa estratégia de cumprimento do dever estadual protecção da saúde, Acórdão nº 423/2008.

De comum, estas realidades parecem ter apenas a sua estruturação em torno de um *triângulo informativo* razoavelmente definido, entre o Estado – e as autoridades administrativas em particular –, o potencial agressor privado e o titular da posição jusfundamental ameaçada – utente, consumidor, trabalhador[2115]. O Estado procura corrigir, por mão própria ou alheia, as *assimetrias de informação* que, tipicamente, caracterizam algumas relações entre agentes privados[2116]. De diferente, estas realidades normativas parecem ter tudo o resto:

a) O obrigado imediato dos deveres informativos tanto pode ser o próprio Estado, através das diversas modalidades em que se declina a administração pública, como entes privados que, dado o seu particular posicionamento, são incumbidos por lei de esclarecer os cidadãos sobre os perigos decorrentes de certas actividades e condutas ou inerentes ao consumo de determinados produtos.

b) O beneficiário directo da informação tanto pode ser o público em geral, grupos de pessoas mais sensíveis ou vulneráveis (*v.g.*, crianças, grávidas, portadores de doenças específicas) ou até pessoas tomadas individualmente ou facilmente determináveis (*v.g.*, vizinhos de uma instalação industrial, utilizadores de um equipamento, trabalhadores de uma empresa).

c) A índole da informação a prestar pode oscilar entre dois pólos opostos: a simples apresentação, neutra e descomprometida, de dados ou elementos informativos; a formulação de recomendações ou advertências de forma contundente, com o intuito assumido de condicionar (positiva ou negativamente) a liberdade dos destinatários dessas actuações administrativas[2117].

d) As finalidades da transmissão ou divulgação da informação podem ser repartidas em pelo menos três grupos (não excludentes): permitir ao titular dos direitos fundamentais eventualmente afectados *tomar uma opção livre e esclarecida*, escolhendo entre prosseguir ou não prosseguir com certas condutas perigosas ou arriscadas (com óbvias consequências no plano da responsabilidade do autor dos perigos ou riscos); *reforçar a capacidade de autoprotecção* do titular da posição jusfundamental afectada, habilitando-o a evitar no todo ou e parte a exposição a certos perigos e riscos ou a minorar a probabilidade de ocorrência da lesão do bem jurídico respectivo; *tomar precauções* no sentido de reduzir a gravidade ou a extensão das possíveis consequências negativas associadas aos eventos lesivos, designadamente através da prestação de esclarecimentos sobre os comportamentos a adoptar em caso de acidente ou de outra ocorrência danosa.

[2115] MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, p. 12, e pp. 86 ss..

[2116] Referindo-se a tais assimetrias, nas relações entre fornecedores e consumidores, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 781.

[2117] Parte da argumentação do Acórdão nº 75/2010 (Aborto V) assenta na distinção entre *sistemas de mera informação* e *sistemas dissuasores.*

12.4.4. Normas de segurança

Este tipo de normas é de tal forma uma constante na vida hodierna que não carece de grandes explicações. Onde quer que estejam, os cidadãos habituaram-se a ter de cumprir regras deste tipo, bem como a exigir o cumprimento das mesmas por parte das pessoas que servem as empresas ou instituições com que se relacionam, acidental ou duradouramente. Assim, nos locais de trabalho, é muitas vezes obrigatório o uso de capacete e outros equipamentos de protecção. Os edifícios evidenciam uma parafernália de sistemas antifogo e anti-sismo. Em caso de acidente, os automóveis contam com inúmeros dispositivos técnicos destinados a garantir a integridade física dos passageiros (e até dos peões). No transporte aéreo, os procedimentos de embarque multiplicam-se, ao ponto de representarem um embaraço para a fluidez do tráfego. Não há actividade industrial que não esteja sujeita a regras e procedimentos técnicos, visando prevenir acidentes ou minorar e monitorizar os respectivos efeitos poluentes. Os processos de fabrico e comercialização, sobretudo de géneros alimentícios e de medicamentos, são regulados até ao mais ínfimo pormenor, para garantir a qualidade final dos produtos[2118].

Esta preocupação – que, aparentemente, assume contornos quase obsessivos – tem afloramentos constitucionais específicos: a alínea *c)* do nº 1 do artigo 59º consagra o direito à "prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde"[2119]; o nº 1 do artigo 60º funda o direito dos consumidores "à qualidade dos bens e serviços consumidos" e à "protecção da saúde"; a alínea *e)* do nº 3 do artigo 64º incumbe o Estado de "disciplinar e controlar a produção, (…) a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos"; a alínea *a)* do nº 2 do artigo 66º impõe ao Estado a obrigação de "prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos". Mas de modo algum isso exclui que o fundamento das normas de segurança resida, em última análise, na figura geral dos deveres de protecção, no essencial referidos aos *bens jurídicos da vida, da integridade física e da saúde* das pessoas – independentemente da sua qualidade de trabalhadores, de consumidores, de residentes em certo ponto do território, ou simplesmente de utilizadores ocasionais de alguns espaços ou equipamentos.

Se há algo que parece caracterizar as normas de segurança no seu conjunto é a sua *natureza tipicamente imperativa*, ainda quando o domínio jurídico em que devem ser aplicadas seja marcado por princípios de sinal contrário: livre iniciativa, autonomia privada, supletividade. Aliás, essa imperatividade é por vezes tão intensa que vai ao ponto de forçar a protecção do titular do direito fundamental mesmo quando ela é contrária a sua própria vontade (*v.g.*, uso de capacete ou do cinto de segurança), quando implica a compressão de alguns dos seus direitos (*v.g.*, alguns procedimentos de embarque põem em

[2118] Sucessivamente sobre segurança no trabalho, na utilização de máquinas e substâncias perigosas, de instalações produtoras de emissões, na utilização da energia atómica e na tecnologia genética, STOLL, *Sicherheit*, pp. 29 ss.; sobre os medicamentos, FABIO, *Risikoentscheidungen*, esp. pp. 166 ss.; quanto aos deveres de protecção em sede de segurança rodoviária, SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 78 ss..

[2119] Para uma leitura da tutela da segurança e da saúde do trabalhador à luz da Constituição, M. ROUXINOL, *A obrigação*, pp. 89 ss..

causa a intimidade dos passageiros), ou quando o obrigue a dispêndios financeiros adicionais (*v.g.*, os equipamentos de segurança e os controlos de qualidade acarretam naturalmente um aumento do preço final dos bens).

Não obstante, como é evidente, o peso maior das regras de segurança impende sobre os agentes privados causadores dos perigos e riscos ou que deles mais directamente aproveitam, em virtude da actividade económica que prosseguem. Os seus destinatários principais são, portanto, empresas: ora na sua qualidade de entidades empregadoras, ora enquanto produtoras e comercializadoras de bens e serviços; ora porque exploram actividades poluentes ou perigosas. E, por consequência, o direito mais directamente atingido pelas normas de segurança é, por regra, a liberdade de iniciativa económica privada. Neste sentido, a conexão jusfundamental da generalidade das normas de segurança – sem excluir a possibilidade de o legislador incorrer em excessos – constitui um limite que os movimentos de desregulamentação da actividade económica, surgidos nos últimos anos, não poderão nunca ultrapassar[2120].

12.4.5. Normas de compensação de posições factualmente desigualitárias

A fechar este elenco dos perfis mais comuns de protecção de direitos fundamentais, importa chamar à colação aquelas normas em que o legislador, na sua tarefa de coordenação de esferas de livre actuação individual, intervém nas relações jurídicas entre sujeitos privados com o intuito de tutelar a posição de uma das partes – em princípio, a parte materialmente mais fraca, cujos bens jurídicos correm por isso o risco de ser de alguma forma postergados pela outra parte, detentora de uma posição de supremacia de facto (*v.g.*, por ser detentora de poder económico, de um ascendente psicológico sobre a outra, de um estatuto socioeconómico mais elevado ou de superiores conhecimentos).

Estas intervenções legislativas podem surgir em âmbitos temáticos coincidentes com os de alguns dos instrumentos normativos de protecção já anteriormente referidos – nas relações laborais, para tutela do trabalhador, nas relações de consumo, para salvaguarda do consumidor, ou nas relações entre médico e paciente, para garantia deste último[2121]. Mas estendem-se também para outros campos: como se verificou com a introdução de regimes vinculísticos em diversos tipos negociais, outrora dominados pela autonomia da vontade[2122] – o contrato de arrendamento (urbano) e, porventura até, o contrato-promessa[2123] –; ou

[2120] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 323.

[2121] No Acórdão nº 683/99, afirma-se a existência de um "imperativo de tutela" ínsito no artigo 53º, do qual decorre para o Estado um "dever de protecção da segurança no emprego". No mesmo sentido, os Acórdãos nº. 368/2000 e nº 155/2004.

[2122] Sobre os deveres de protecção no âmbito da auto-vinculação contratual, CANARIS, *Direitos*, pp. 71-75. Sobre a protecção através da limitação da renunciabilidade e da cláusula de bons costumes, FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, esp. pp. 132 ss..

[2123] No Acórdão nº 569/2008 (denúncia do arrendamento), o Tribunal encara a matriz vinculística do regime do arrendamento como uma consequência da necessidade de protecção dos direitos da parte mais fraca. Já no Acórdão nº 486/2008 (execução específica do contrato-promessa), o Tribunal afirma a liberdade do legislador para disciplinar em termos diferenciados os direitos dos contraentes em caso de incumprimento.

como ocorre com as acima referidas variantes do regime responsabilidade civil, que procuram fortalecer a posição jurídica (substantiva e processual) dos lesados[2124-2125]. Além disso, a satisfação de imperativos legislativos de tutela, por meio do reequilíbrio de situações de desigualdade fáctica, pode achar-se igualmente noutros contextos: nos próprios vínculos familiares, no que toca às relações entre os cônjuges, às uniões de facto e às responsabilidades parentais; em outras relações sociais também caracterizadas por alguma assimetria de posições factuais dos intervenientes (*v.g.*, entre fumadores e não fumadores); ou, por maioria de razão, em situações que se encontrem envolvidos sujeitos jusfundamentais estruturalmente vulneráveis (*v.g.*, idosos, deficientes, emigrantes, vítimas de violência)[2126].

Em causa aqui, por conseguinte, não está apenas o reconhecimento de que o legislador é importante para densificar a vinculação constitucional das entidades privadas aos direitos fundamentais. Está sim a afirmação de que, sobretudo no âmago do problema das relações jusfundamentais entre privados – isto é, nas relações ditas verticais, em que a vigência dos direitos fundamentais mais se aproxima do modelo clássico dos direitos como instrumentos de defesa contra o poder –, a existência de uma parte substancialmente mais fraca pode, sob certas circunstâncias, implicar para o legislador verdadeiros deveres de protecção, por mais privatista ou civilista que à partida possa parecer o contexto social ou económico em que a intervenção legislativa é requerida. A necessidade de o legislador compensar posições de desigualdade factual, arrancando sempre do mesmo pressuposto substantivo – a capacidade de um actor privado agredir os bens jurídicos fundamentais de outro, aproveitando-se de um défice de autodeterminação deste –, não pode conhecer barreiras formais e, designadamente, a distinção entre direito público e privado ou entre os diferentes ramos do direito[2127].

12.4.6. Estratégias complexas de protecção

Uma vez feito o arrolamento, obviamente não esgotante, das mais comuns formas de apresentação das normas legais (e, por inerência, regulamentares) que desempenham funções de tutela de bens jusfundamentais, em cumprimento directo ou indirecto de deveres constitucionais de protecção, resta apenas enfatizar a tendencial *fungibilidade* que caracteriza as diferentes técnicas legislativas que o legislador democrático tem à sua disposição. Dentro das balizas fixadas pelos princípios constitucionais

---

[2124] No Acórdão nº 150/2000 afirma-se que a existência de uma disciplina especial para a responsabilidade civil por acidentes de trabalho corresponde "à necessidade de estabelecer regimes que assegurem uma adequada protecção dos trabalhadores". Retomando em parte essa linha de pensamento: Acórdão nº 599/2004; Acórdão nº 109/2007; Acórdão nº 336/2007 (isenção de custas dos sinistrados).

[2125] Quando à facilitação da prova na responsabilidade civil, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, pp. 105 ss., pp. 180-181, e pp. 310 ss.. Mais amplamente, sobre a função das leis de protecção e dos deveres do tráfico jurídico como instrumento de tutela de bens jusfundamentais em sede do regime geral da responsabilidade civil (§823 do BGB), CANARIS, *Schutzgesetze*, pp. 45 ss..

[2126] P.M. PINTO, *A influência*, pp. 158 ss., com diversos exemplos de decisões do Tribunal Constitucional relativas a casos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

[2127] No que toca à autonomia do direito privado diante da eficácia irradiante da Constituição e dos direitos fundamentais, é incontornável a análise de RUFFERT, *Vorrang*, esp. pp. 61 ss.; também OETER, *"Drittwirkung"*, pp. 529 ss..

acima referidos e, em particular, desde que não se atente contra o princípio da proibição de défice, a liberdade de conformação de que dispõe o legislador permite-lhe escolher o modo de abordagem que considera mais adequado a cada situação.

Ao abrigo da decomposição desta liberdade em três momentos distintos – liberdade de apreciação, de configuração e de avaliação –, o legislador beneficia pois de uma prerrogativa – e, consequentemente, de um "crédito de confiança"[2128] – que lhe permite gizar uma solução legal baseada em qualquer um dos tipos de normas apresentados. Por um lado, o legislador faz o balanceamento entre as características do perigo ou do risco e os bens jusfundamentais que importa proteger e, por outro lado, pondera os *custos* e os *resultados* previsíveis de cada um dos instrumentos de protecção potencialmente aplicáveis. Por fim o legislador decide, delineando a estrutura normativa que, não tendo necessariamente de ser definitiva, se lhe afigura mais ajustada de acordo com os dados materiais e jurídicos disponíveis na conjuntura em questão. A análise da evolução posterior da realidade social, bem como o balanço da aplicação das medidas legislativas adoptadas permitirão verificar se os prognósticos então realizados se confirmam ou não. Em caso negativo poderá e deverá seguir-se um outro caminho para garantir a protecção dos bens jurídicos em perigo, graduando de forma diferente os instrumentos legislativos em vigor ou, consoante os casos, substituindo-os por outros: mais agressivos, menos agressivos, ou simplesmente de natureza diferente.

Nesta definição do *como* da protecção legislativa de direitos fundamentais, interessa reconhecer também a importância absolutamente decisiva da *complementaridade* e de uma *articulação* equilibrada entre os diferentes perfis normativos apresentados – para já não falar da coordenação e da cooperação entre as diferentes funções do Estado, no sentido de alcançar uma aplicação efectiva dos regimes legais em vigor[2129]. Nem sempre, aliás, a multiplicidade dos interesses em jogo nas relações jusfundamentais e a sua própria complexidade estrutural permitirão que uma medida legislativa isolada, reconduzível a uma só das categorias de normas legais acima apresentadas, alcance aquele mínimo de tutela legal exigido pela Constituição, quando das suas normas se desprendem deveres estaduais de protecção.

Acima de tudo, é manifesto que muitas das normas de organização e procedimento, das normas sobre informação, das normas de segurança e até das normas sobre reequilíbrio de situações desigualitárias carecem de ser devidamente escoltadas por normas sancionatórias, sejam elas contraordenacionais ou até mesmo penais. Caso contrário, sem sancionamento capaz – e, por isso, também sem possibilidade de se desenvolver uma fiscalização consequente – muitas das imposições (positivas ou negativas) constantes daquelas normas quedar-se-iam inevitavelmente pelo papel do jornal oficial. A este nível, aliás, é paradigmático o sistema normativo desenvolvido para a protecção da vida intra-uterina, em que o legislador procura ultrapassar um claro problema de efectividade prática da lei

[2128] Entre tantos outras decisões, esta ideia é enfatizada no Acórdão nº 187/2001 (propriedade das farmácias II).
[2129] Neste sentido, Acórdão nº 269/2010 (revogação de contra-ordenação laboral).

fazendo um uso combinado de instrumentos de *protecção penal* – a partir de determinado momento da gravidez ou quando o acto é praticado fora de certo contexto institucional – e de normas que sujeitam a decisão de abortar a um *procedimento*, no qual é por sua vez enxertado um momento de transmissão à mulher grávida de um conjunto de *informações* (neutro ou axiologicamente orientado).

Quer isto dizer, portanto, que o nível de segurança concedido ao conteúdo e exercício dos direitos fundamentais beneficia muito com o desenho e aplicação de *estratégias complexas de protecção*, assentes na complementaridade e na articulação entre diferentes tipos de instrumentos normativos – e, também, entre os diferentes modos de actuação característicos das várias funções do Estado. Mais do que medidas avulsas de protecção, as múltiplas variáveis com que o legislador tem de lidar na resolução dos problemas suscitados pelos perigos e riscos jusfundamentais exigem hoje um verdadeiro "pensamento estratégico", que passa muitas vezes pelo planeamento da actividade estadual – e não apenas no âmbito urbanístico e ambiental – e, em última instância, pelo desenvolvimento de políticas públicas sustentáveis[2130-2131].

13. Nota sobre a função administrativa

Também relativamente à Administração, os direitos fundamentais não funcionam apenas como *posições de defesa*, em que os particulares se podem entrincheirar contra quaisquer medidas capazes de colocar em risco a intangibilidade do seu conteúdo. Para que a sua conduta possa considerar-se em harmonia com as pautas constitucionais nesta matéria, não é pois suficiente que as instâncias administrativas se abstenham de agredir – directa ou indirectamente, por mão própria ou através de interposta pessoa – os bens jurídicos protegidos pelas normas de direitos fundamentais. Nem sequer os direitos fundamentais podem limitar-se a servir de *referências axiológicas objectivas*, destinadas a orientar a actividade administrativa no seu conjunto ou a fornecer uma chave para a sua compreensão global. E, menos ainda, se pode reduzir a Administração ao estatuto de servidora diligente das exigências decorrentes de *direitos a prestações* – sejam estas as prestações materiais típicos do Estado Social, sejam estas as prestações jurídicas que integram direitos específicos dos administrados (direito à informação, à fundamentação e à notificação).

Na perspectiva da Administração, os direitos fundamentais são tudo isto simultaneamente. Tudo isto mais a vinculação activa dos órgãos administrativos à *protecção de todos e de cada um dos direitos fundamentais*, sem excepção, em face dos perigos e riscos externos que os podem ameaçar, orientando as respectivas actuações concretas – tanto de natureza jurídica como das próprias operações materiais – no

[2130] M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 284.
[2131] Tratando a sustentabilidade como um princípio constitucional (europeu): KAHL, *Nachhaltigkeit*, pp. 6 ss..; HÄBERLE, *Nachhaltigkeit*, pp. 180 ss..

sentido de permitir aos cidadãos o exercício efectivo dos seus direitos e liberdades, em moldes tão amplos quando possível. Esta vinculação positiva e dinâmica da Administração – *pró-activa*, se se preferir – ao gozo pleno e à integridade dos bens jusfundamentais é hoje, aliás, um dado dogmático rigorosamente incontestado[2132].

Incertezas suscitam-se tão-só no momento de precisar o alcance desta vinculação das instâncias administrativas ao cumprimento de deveres de protecção, considerando que nem sempre estarão reunidas as condições para que a dimensão jusfundamental em causa se desenvolva, como seria desejável, de uma forma "legislativamente mediatizada"[2133]. Ou seja, sem que em princípio se possa dispensar a *interpositio legislatoris* – a pré-existência de lei habilitadora da actuação administrativa de protecção – ou substituir-se a legalidade como parâmetro da actuação administrativa pela constitucionalidade dos imperativos de tutela, mormente quando as medidas em primeira linha requeridas apresentem carácter restritivo[2134]. Para analisar este problema será necessário, portanto, separar claramente a protecção administrativa que é desenvolvida *secundum legem* daquela que implica já actuações *praeter legem* – bem como, no limite, das próprias medidas protectoras que, empreendidas *contra legem*, possam no entanto ser consideradas *secundum constitutionem*[2135].

Em todo o caso, apenas se poderá tratar este tema de forma muito esquemática e, em parte até, remissiva, já que a vinculação da Administração ao cumprimento de deveres de protecção constitui um pequeno capítulo – aliás, nem sempre com especificidades relevantes – da problemática hoje muito controversa da margem de autonomia do poder executivo em face da decisão legislativa, baseada na relação directa daquele poder com a Constituição, quando não também na legitimidade democrática que os governos podem invocar em seu favor[2136]. Ainda menos se poderá proceder a uma análise da protecção administrativa de direitos fundamentais desagregada em função dos sectores de actividade que têm vindo a autonomizar-se nos últimos anos: para além dos tradicionais domínios da protecção policial e da protecção diplomática (quanto a esta, no que não extravase os muros da função administrativa), a protecção civil, a segurança alimentar, a segurança dos medicamentos, a segurança das edificações, etc.

[2132] Na doutrina nacional, sobretudo: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 220 ss.; J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 327-328; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 740-741; J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 328 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 442-446; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 383-384.

[2133] KRINGS, *Grund*, p. 244; ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 44; e também *(§111º) Das Grundrecht*, p. 226; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 385 ss.. Criticando a expressão, HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 266-267.

[2134] DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 109-110; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 42-43, e *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 230-231; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 89-91; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, p. 109; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 161; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 80 ss..

[2135] Embora só quanto à protecção *secundum* e *praeter legem*, KRINGS, *Grund*, pp. 246-247, e pp. 285 ss..

[2136] P. OTERO, *Legalidade*, pp. 121 ss, e pp. 733 ss..

13.1. Protecção *secundum legem*

No que concerne à dita protecção *secundum legem*, não sofre dúvida que a Administração tem um papel incontornável na aplicação, pronta e rigorosa, das leis emanadas em cumprimento de deveres constitucionais de protecção. Salvo raríssimas excepções, a legislação protectora de direitos fundamentais não é *self-executing*, exigindo dos diferentes níveis administrativos um significativo trabalho de execução, que por sua vez implica a elaboração de actos jurídicos de diferente natureza – regulamentos, actos administrativos, planos, actos de direito privado –, assim como a realização de inúmeras operações materiais, com a inerente alocação de recursos humanos, materiais e financeiros. É à Administração que cabe, designadamente:

a) Produzir os regulamentos e os planos necessários à boa execução das leis de protecção;

b) Instalar e organizar os seus serviços de modo a poder responder atempada e eficientemente aos objectivos fixados por essas mesmas leis;

c) Estabelecer, conduzir e decidir os procedimentos destinados à concessão de autorizações, licenças ou outros títulos respeitantes a entidades ou actividades que possam afectar negativamente os direitos dos cidadãos;

d) Promover o aprofundamento do conhecimento técnico e científico[2137] – bem como a sua difusão junto do público –, como forma de contribuir para a redução dos perigos e riscos para os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, para uma melhor protecção dos respectivos titulares;

e) Desenvolver acções de fiscalização relativas ao cumprimento das normas de protecção por parte dos seus destinatários privados;

f) E, por fim, desencadear os procedimentos sancionatórios respeitantes à violação das leis de protecção e, quando for o caso, proceder à aplicação das respectivas sanções.

O facto de se tratar aqui de protecção *secundum legem* não significa, contudo, que a Administração se encontre constrangida a fazer uma aplicação estrita das disposições legais ou, muito menos, uma aplicação vinculada à letra da lei. Na verdade, não deixa de qualificar-se nestes mesmos moldes – nomeadamente, para passar a integrar-se na protecção *praeter legem* – aquela aplicação da lei que arranca de uma interpretação conforme à Constituição, feita pelos próprios órgãos administrativos, com eventual rejeição de sentidos normativos possíveis de duvidosa constitucionalidade. Nem deixa de merecer idêntico qualificativo aquele modo de aplicação da lei em que a vinculação da Administração aos deveres de protecção encontra o seu espaço próprio na interpretação de conceitos indeterminados, no preenchimento das margens de discricionariedade que o legislador lhe concedeu e, bem assim, nos

[2137] Referindo-se a um "imperativo de incorporação da ciência" nos procedimentos decisórios em cenários de incerteza, C.A. GOMES, *Risco*, p. 405.

reenvios para normas extrajurídicas que este autorizou ou determinou[2138]. A menor determinabilidade ou densidade da lei, com o consequente alargamento da autonomia dos órgãos administrativos chamados à sua concretização, não são apenas consequência da incapacidade de o legislador regular de forma esgotante as matérias em apreço. São antes expressão da conveniência em conceder à Administração, em contextos tão voláteis como os que estão aqui em causa – sobretudo quando relativos à prevenção e combate aos perigos e riscos jusfundamentais decorrentes do desenvolvimento técnico e científico[2139] – margens de liberdade para proceder *in loco et in tempore* à melhor avaliação e gestão dos diferentes tipos de ameaças[2140].

13.2. Protecção *praeter legem*

Para que possa falar-se com propriedade em protecção jusfundamental *praeter legem* é necessário, antes de mais, que a Administração se depare com a existência de um vazio legal que, em condições normais, não poderia ser por ela ultrapassado apenas com recurso aos instrumentos metodológicos tipicamente utilizados na sua tarefa de aplicação da lei: interpretação extensiva, suprimento de lacunas, interpretação conforme, preenchimento de conceitos indeterminados, princípios jurídico-administrativos, regulamentos espontâneos, instruções gerais.

I – Esse vazio legal pode, no entanto, assumir diferentes contornos:

a) Nos casos mais graves, traduzir-se-á numa verdadeira e própria *inconstitucionalidade por omissão*, precisamente por incumprimento de um dever estadual de protecção ou por violação conjugada deste e de outras obrigações constitucionais de actuação legislativa[2141];

b) Noutros casos, porém, não poderá asseverar-se a verificação de uma omissão inconstitucional em sentido rigoroso, embora a não intervenção do legislador esteja na origem de uma *situação constitucional imperfeita* – em que os regimes legais em vigor se afiguram frágeis ou pouco consentâneos com o perfil de protecção normativa que seria conveniente;

c) Noutros casos ainda, o vazio legal estará na origem de uma *situação em trânsito para a inconstitucionalidade* – em que o confronto entre o *status quo* legislativo e a evolução da realidade económico-social ou das concepções jurídicas revela uma crescente insuficiência

[2138] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 328; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 224-225.
[2139] Sobre a imbricação entre lei e tecnologia, L.C. MONCADA, *Ensaio*, pp. 155 ss..
[2140] C.A. GOMES, *Risco*, pp. 400 ss..
[2141] Quanto à articulação de diferentes deveres de actuação, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 86 ss..

ou inadequação do quadro normativo vigente para garantir o mínimo de protecção constitucionalmente exigido[2142];

d) No mais, podem ainda ocorrer situações em que a ausência de lei não pode ser objecto de uma clara repreensão constitucional, nem vem a corresponder a um verdadeiro vazio jurídico, precisamente porque a aplicação directa das próprias normas da Constituição –ou de princípios nela inspirados mais ou menos directamente, como por exemplo o princípio da precaução ou o princípio da sustentabilidade – tanto como "fundamentos normativos directos para o exercício da competência", quanto como directrizes materiais das próprias decisões administrativas[2143] – vai permitir à Administração atingir, com relativa facilidade, os padrões de tutela dos direitos fundamentais imperativamente fixados pela Lei Básica.

Quer isto dizer, portanto, que a denominada protecção *praeter legem* compreende um leque diversificado de hipóteses caracterizadas pela necessidade de a Administração, embora em diferentes graus, sair fora da zona de conforto que lhe é normalmente proporcionada pela lei ordinária, para assim melhor corresponder aos objectivos constitucionais em matéria de efectividade dos direitos fundamentais. O seu núcleo problemático pressupõe, todavia, um mínimo de censurabilidade constitucional imputável ao vazio normativo deixado pela não actuação do legislador[2144]. A Administração não estará obrigada a verificar ou a declarar formalmente essa inconstitucionalidade por omissão ou essa insuficiência normativa – como acorreria se estivesse em causa um verdadeiro processo de fiscalização administrativa das omissões legislativas. Mas a ausência de uma norma explícita adequada ao caso não deixa de ser um facto inegável e os respectivos órgãos administrativos terão, de modo inevitável, de partir da identificação precisa de tal falha para a procurarem ultrapassar num segundo momento.

II – É justamente neste *sobreesforço* que os órgãos administrativos têm de empreender, para transpor uma situação legislativa aquém da constitucionalmente desejável, que, de forma conjugada, desaguam os princípios da aplicabilidade directa das normas sobre direitos, liberdades e garantias (e sobre direitos análogos) e da vinculação imediata da Administração às mesmas normas[2145]. Assim, porque "não basta a vinculação administrativa por via da lei", a Administração "pode e deve, no âmbito das suas atribuições e competências, proteger, promover e até concretizar, na falta de lei específica, as normas

---

[2142] Tanto sobre estes valores negativos próximos da inconstitucionalidade (*v.g.*, inconstitucionalidade sem nulidade), como sobre as inconstitucionalidades deslizantes: R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 542 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 59 ss.; PESTALOZZA, *Noch Verfassungsmässige*, pp. 540 ss.; GLEIXNER, *Die Normerlaßklage*, pp. 92, 114 e 115; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 482 ss..

[2143] P. OTERO, *Legalidade*, pp. 736 e 740.

[2144] No pressuposto de que a dicotomia "constitucional / inconstitucional" é redutora, censurabilidade não equivale aqui necessariamente a uma inconstitucionalidade já formada: G. CANOTILHO, *Direito*, pp. 957-958; R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 511 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 113 ss..

[2145] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 321-322. Contudo, dissociando aplicabilidade directa e vinculação das entidades públicas (embora com base num argumento literal), A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 306-309.

relativas aos direitos, liberdades e garantias. Não é então uma actividade de execução da lei, mas de execução vinculada à Constituição"[2146]. Por isso se pode dizer também que "uma tal substituição da lei pela Constituição como fundamento directo e imediato do agir administrativo (…), dispensando a exigência de uma prévia e anterior mediação legislativa, e manifestando uma ideia de osmose entre a Constituição e a lei (…), permite abrir caminho a uma «legalidade sem lei»"[2147] – ou, melhor dizendo, de uma verdadeira *legalidade supralegal*. A vinculação directa do Executivo aos direitos fundamentais é vista, por conseguinte, cada vez mais como um elemento constitutivo do Estado de Direito democrático e não como algo de perturbador do sistema[2148-2149].

Esta emancipação do agir administrativo relativamente à lei ordinária – fundada nas possibilidades de aplicação *per saltum* das normas constitucionais e num entendimento não absolutizante do princípio da reserva de lei –, permitirá à Administração ter em determinadas circunstâncias uma função de compensação dos défices de protecção legislativa mais notórios, preenchendo as lacunas de protecção daí advenientes[2150]. Essa tarefa não suscitará dúvidas de monta relativamente aos denominados perigos da natureza ou aos perigos e riscos de origem difusa. Nem tão-pouco se questionará essa possibilidade em relação a todas as medidas internas que visem reforçar o conhecimento das ameaças jusfundamentais por parte da Administração, melhorar os seus procedimentos ou aumentar a sua capacidade de resposta em situações de crise. Numa palavra, a ausência de lei prévia não impedirá a Administração, colocada diante de uma situação de ameaça a direitos fundamentais, de tomar todas as providências necessárias à sua contenção, conquanto estas não impliquem actuações agressivas ou muito invasivas da esfera jurídica dos sujeitos privados que estão na origem das ameaças jusfundamentais ou ainda de terceiros.

Tal fenómeno de emancipação tem, contudo, de estar sujeito a limites e, em especial, àqueles que decorrem do núcleo duro da reserva de lei respeitante à restrição de direitos, liberdades e garantias, precisamente no âmago das relações jusfundamentais triangulares[2151]. Com efeito, em circunstâncias normais, "a Administração *não pode restringir*" por si só estes direitos, porquanto, nos termos do artigo 18º, essa tarefa está reservada ao legislador parlamentar, requer uma autorização constitucional expressa, ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, estrito respeito pelo conteúdo essencial dos direitos, bem como generalidade, abstracção e não retroactividade da própria lei restritiva[2152]. Os deveres constitucionais de protecção não constituem em si mesmos "título bastante de restrição", que permita às

[2146] V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 224-225.
[2147] P. OTERO, *Legalidade*, p. 735.
[2148] KRINGS, *Grund*, p. 289.
[2149] F.P. MARQUES, *As relações*, pp. 254 ss..
[2150] KRINGS, *Grund*, pp. 246-248; ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, pp. 230-231; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 272-273.
[2151] Referindo-se a um "alcance especial da reserva de lei" neste contexto, L.C. MONCADA, *Ensaio*, p. 891. Defendendo, em contra-corrente, o alargamento da reserva de lei, pp. 149 ss.; e *Lei*, pp. 869 ss.. Apontando mesmo para uma "reserva de Constituição" nesta matéria, M.A. VAZ, *Lei*, pp. 315 ss.. De modo aprofundado, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 823 ss.. Mais recentemente, F.P. MARQUES, *As relações*, pp. 269 ss..
[2152] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 224-225; no mesmo sentido, J. NOVAIS, *As restrições*, p. 865.

entidades administrativas agir imediatamente sobre os direitos fundamentais dos cidadãos à margem da lei[2153]. Em particular, não parece que as instâncias administrativas possam apropriar-se sem mais das autorizações constitucionais expressas que a Constituição concedeu ao legislador – as quais, há que convir, nem sempre são tão expressas quanto seria expectável[2154] –, para as utilizar caso a caso para efectuar intervenções restritivas na esfera jurídica dos cidadãos e, menos ainda, para produzir regulamentos (independentes) substitutivos da lei. Neste cenário, sempre que a adequada protecção dos direitos fundamentais de uns acarrete necessariamente a realização de intervenções claramente restritivas sobre os direitos, liberdades e garantias de outros, na ausência de lei autorizadora prévia, a Administração ficará inevitavelmente bastante circunscrita nas suas possibilidades de actuação.

III – Uma Administração limitada não significa, em todo o caso, uma Administração absolutamente paralisada. Por regra, a sua melhor estratégia será então a de colocar no terreno formas de protecção alternativas que não passem pelo emprego de medidas restritivas em sentido próprio[2155] – as quais, aliás, à luz do princípio da proporcionalidade, podem ser entendidas como uma primeira tentativa de aproximação ao problema, como um plano experimental (e mais brando) destinado a conceder ao legislador tempo de observação da realidade e para constatar a (provável) insuficiência ou inadaptação das medidas de protecção implementadas. Será o caso dos denominados meios de protecção passiva, que visam reforçar a capacidade de autodefesa do titular do direito ameaçado – por exemplo, recorrendo à arma da informação (*v.g.*, recomendações, advertências)[2156] – ou de outros meios que antecipam a protecção para estágios mais precoces de desenvolvimento da actividades perigosas ou arriscadas (*v.g.*, acções pedagógicas, sistemas de incentivos), evitando a eclosão das próprias ameaças jusfundamentais e, portanto, a necessidade de intervir sobre a esfera dos respectivos autores. Será também esse o caso das medidas administrativas que, tirando partido da especial porosidade constitucional de alguns direitos fundamentais – como a propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada –, possam assumir-se mais como modos de *conformação* ou como *limitações* ao respectivo exercício do que propriamente como intervenções restritivas no sentido rigoroso do termo[2157]. Com efeito, não parece que a denegação de uma licença ou de uma autorização administrativa com fundamento na grave ameaça que certa instalação ou actividade possam representar para a vida, a integridade física, a saúde ou até o ambiente seja, verdadeiramente, uma intervenção restritiva – isto é, uma intervenção que equivalha do ponto de

[2153] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 161.
[2154] Sobre as vias dogmáticas para ultrapassar esse carácter menos explícito, J. MIRANDA / J.P.SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 367-370.
[2155] KRINGS, *Grund*, pp. 289-290.
[2156] KRINGS, *Grund*, p. 264.
[2157] Amplamente, sobre as intervenções restritivas, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 192 ss., e pp. 864 ss..

vista substancial à aplicação, no plano individual e concreto, de uma lei restritiva e que, assim, deva estar sujeita ao núcleo do regime do artigo 18º[2158].

Em situações extremas, pode ainda sustentar-se a possibilidade de a Administração agir em *estado de necessidade*, defendendo activamente os direitos fundamentais dos cidadãos que se encontrem seriamente ameaçados, inclusive através de medidas restritivas incidentes sobre outros particulares[2159]. Na ausência de lei habilitante material, ou sequer de lei que preveja uma cláusula geral de competência, a actuação da Administração estará em princípio condicionada aos casos de perigo eminente de grave lesão de bens jusfundamentais de primeira grandeza, mormente quando estes revistam natureza pessoal – dada a preocupação que a Constituição revela quanto à sua tutela preventiva (nº 5 do artigo 20º) – e, sobretudo, sejam de antever consequências irreversíveis ou em larga escala. Do ponto de vista substantivo, o exercício desta espécie de competência em estado de necessidade deve confinar-se, tanto quanto possível, dentro dos cânones próprios da função administrativa – preenchimento das lacunas de protecção legal caso a caso, após ponderação de todos interesses públicos e privados em presença –, devendo os órgãos administrativos resistir à tentação de substituir o legislador (*v.g.*, através da emanação de um regulamento), pondo em causa a primariedade que é apanágio deste no que respeita à dedução e conformação normativa dos deveres de protecção. Por outro lado, a estrita obediência ao princípio da proporcionalidade, bem como a possibilidade real de a Administração incorrer em responsabilidade civil, deverão ser capazes de assegurar à actuação administrativa um alcance subjectivo, temporal e até geográfico tão restrito quanto possível.

É certo que não será exactamente esta a interpretação que ressalta do disposto no nº 2 do artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo, o qual parece apresentar o estado de necessidade apenas como uma forma de actuação contra lei estrita, de feição procedimental – "preterição das regras estabelecidas" no próprio Código, em benefício de um interesse público prevalente[2160]. Mas é igualmente seguro que, para uma concepção que recuse à reserva de lei e ao princípio da legalidade o estatuto de dogmas universais do direito público, dificilmente isso pode ser decisivo[2161]. A figura do estado de necessidade – mesmo quando aplicada à actuação administrativa – não existe porque a lei ordinária a consagra expressamente, com estes ou com aqueles requisitos, com estas ou com aquelas consequências. Mais do que constitutiva de uma "legalidade excepcional" – ou seja, excepção à regra da legalidade comum, que apenas confirma o princípio geral da legalidade, assim como também a plenitude da subordinação à lei na legitimação da actividade administrativa –, a positivação legal do estado de necessidade declara antes a vinculação da Administração a uma *suprema lex*, para lá e acima da própria

[2158] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 350-353.
[2159] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 231; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 272; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 386-388. Tendencialmente contra, KRINGS, *Grund*, pp. 250-251, e pp. 285 ss..
[2160] M.E. OLIVEIRA, *Código*, pp. 92-95; S. CORREIA, *Revisitando*, pp. 719 ss.; P. OTERO, *Legalidade*, pp. 996 ss..
[2161] Rejeitando claramente tal concepção, J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 856 ss..

lei ordinária. Não é um simples corolário das "crescentes limitações ao papel da lei formal", colocadas pela complexidade das relações sociais, nem uma mera "fórmula de flexibilização" da rigidez gerada pela preferência de lei[2162]. Representa no fundo a substituição da legalidade administrativa pelo Direito, pelos seus princípios jurídicos fundamentais e pela própria Constituição – e nunca, obviamente, a substituição da lei ordinária por uma qualquer necessidade ajurídica (*salus populi*, interesse nacional ou razão de Estado).

Em suma, entendido o estado de necessidade como um instituto filiado numa juridicidade superior à da lei ordinária – e, em última análise, conotada com a realização do projecto constitucional –, nenhum obstáculo inultrapassável se ergue contra a possibilidade de o mesmo servir de esteio para que a Administração, em circunstâncias extraordinárias, possa agir em protecção de bens jusfundamentais sujeitos a uma ameaça eminente e actual, tomando autonomamente medidas excepcionais de natureza restritiva. A delicadeza destas intervenções restritivas, que "não se compadecem com a espera de uma habilitação legal", aconselha a sua sujeição ao preenchimento de três testes: "primeiro, o de que, pela gravidade, actualidade e relevância dos danos que se pretendem evitar, o bem prosseguido com a intervenção restritiva apresente (…) um valor manifestamente superior ao bem jusfundamentalmente protegido (…); segundo, o de que a ponderação em causa não tenha um sentido de decisão de tal forma controvertido (…) que só deva ser decidido pelo legislador democrático e de acordo com o processo de discussão parlamentar e pluralista (…); terceiro, o de que a ausência de norma habilitante ou a sua insuficiente densidade normativa não tivessem resultado de uma intenção deliberado do legislador destinada, precisamente, a garantir o direito fundamental contra eventuais intervenções restritivas da Administração"[2163].

13.3. Protecção *contra legem*

Por último, pode à primeira vista parecer inusitado falar de protecção *contra legem* a respeito de uma função jusfundamental que é em geral tida como legislativamente mediatizada. A verdade, todavia, é a de que tal modalidade de protecção de direitos fundamentais há-de ser possível na exacta medida em que o for também a fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis. Por outras palavras, na precisa medida em que se autorize a Administração a conhecer da questão jurídica da constitucionalidade das normas legais que é chamada a aplicar e, nessa sequência, a negar a aplicação daquelas que haja (previamente) reputado de inconstitucionais.

[2162] S. CORREIA, *Revisitando*, pp. 721 e 725.
[2163] J. NOVAIS, *As restrições*, p. 866.

I – É conhecido e muito extenso o elenco de argumentos que procuram demonstrar a desnecessidade, a improcedência dogmática ou até o carácter subversivo da figura da fiscalização administrativa da constitucionalidade[2164]. Designadamente:

a) A competência do Governo para revogar as leis (supostamente) inconstitucionais e a sua legitimidade para suscitar a fiscalização da constitucionalidade daquelas junto do Tribunal Constitucional;

b) A possibilidade de os particulares procederem à impugnação judicial dos actos administrativos de aplicação de leis inconstitucionais que os afectem directamente;

c) A tremenda insegurança jurídica que resultaria da disseminação desse poder fiscalizador por uma Administração vasta, complexa e juridicamente impreparada para desempenhar cabalmente uma tarefa tão sensível;

d) A tese de que a lei inconstitucional tem por valor negativo a anulabilidade (e não a nulidade);

e) A presunção de constitucionalidade das leis decorrente da legitimidade democrática do legislador (parlamentar) ou do acto de promulgação;

f) O princípio da separação de poderes e a reserva aos tribunais da prática de actos materialmente jurisdicionais, como sucede com as decisões de inconstitucionalidade das leis;

g) A inexistência de uma norma constitucional expressa que autorize semelhante competência administrativa, paralela à do artigo 204º;

h) A possibilidade de subversão do princípio da hierarquia das fontes de direito e do próprio dever de obediência hierárquica[2165].

Apesar deste evidente cerrar de fileiras por parte dos que se afirmam contrários à fiscalização administrativa da constitucionalidade, importa contudo reconhecer que no cerne desta argumentação, está um único ponto: o princípio da legalidade da Administração[2166]. Ou melhor, a recusa obstinada em abdicar de uma visão tipicamente liberal do princípio da legalidade, que visava garantir a subordinação permanente da Administração aos ditames do legislador ordinário – e que nunca entreviu a necessidade de estabelecer uma via de comunicação directa entre a actuação administrativa e a Constituição[2167]. Por isso, não espanta que uma parte substancial da doutrina constitucionalista portuguesa mais recente se pronuncie hoje, na linha de outras suas congéneres, a favor do reconhecimento à Administração de uma prerrogativa

[2164] R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 167 ss..
[2165] Rejeitando, de forma metódica, cada um destes argumentos, A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 215 ss..
[2166] A jurisprudência constitucional declarou-se, pelo menos em parte, tributária desta concepção: Acórdão nº 24/85 e Acórdão nº 304/85 (lei uniforme sobre letras).
[2167] De modo exemplar, afastando a vinculação directa da Administração à Constituição, em nome da "estrutura escalonada do ordenamento" jurídico, C.B. MORAIS, *Justiça*, I, pp. 377 ss..

de recusa de aplicação de leis com fundamento na sua inconstitucionalidade. Tomando por base o forte arrimo constitucional de que a figura inequivocamente beneficia – a formulação abrangente do princípio da constitucionalidade (artigo 3º, nº 3), o princípio da vinculação de todas as entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18, nº 1), e a sujeição expressa da Administração à Constituição (artigo 266º, nº 2) –, a juspublicística nacional oscila entre três grandes orientações que consideram o poder administrativo de desaplicação de normas legais:

a) Como uma *competência geral*, pertencente à generalidade dos órgãos e agentes administrativos e respeitante a todos as modalidades de inconstitucionalidade da lei;

b) Como uma *competência limitada* em razão de vários parâmetros, tanto relativos aos órgãos e agentes administrativos autorizados a proferir as decisões em causa, como de natureza material – *maxime*, referentes às leis violadoras de (certos) direitos, liberdades e garantias –, como ainda em função do preenchimento de certos requisitos (*v.g.*, evidência ou gravidade do vício legal, existência de precedentes jurisdicionais);

c) Como uma *competência excepcional*, só invocável em situações verdadeiramente extremas de violação grosseira da Constituição e de consequências graves para os cidadãos.

Mais ainda – quer porque a questão da fiscalização administrativa é equacionada como uma colisão entre princípio constitucionais, quer pela atenção que apesar de tudo merecem alguns dos argumentos contrários à sua admissibilidade, ou quer ainda por razões atinentes à adjudicação orgânica da competência de desaplicação[2168] –, a orientação seguida pela generalidade dos autores acaba por se situar entre as posições ditas intermédias, procurando circunscrever este poder da Administração a um conjunto de situações mais ou menos típicas ou, no mínimo, negando-lhe um estatuto que de algum modo a possa equiparar aos tribunais em matéria de controlo da constitucionalidade das leis[2169-2170].

II – Não cabe naturalmente aqui retomar o tema, tendo em conta até o aturado e judicioso tratamento que ele tem merecido[2171]. Partindo das principais conclusões alcançadas, resta por isso reafirmar que, pelo menos relativamente às leis materialmente inconstitucionais, por violação de direitos, liberdades e garantias – que são realmente as que interessam quando se trata de deveres de protecção

[2168] Colocando o problema como um conflito entre separação de poderes e princípio da constitucionalidade da Administração, a ser resolvido à luz da segurança jurídica, A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 328-330.
[2169] J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 329-331, e *Manual*, VI, pp. 197 ss.; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 434 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, II, p. 800; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 200 ss.; P. OTERO, *O poder*, pp. 534 ss., e pp. 562 ss.; e *Legalidade*, pp. 971 ss.; R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 167 ss.; A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 334 ss.; T.M. RIBEIRO, *O princípio*, pp. 128 ss..
[2170] Mesmo C.B. MORAIS, *Justiça*, I, pp. 394 e ss., admite quatro excepções à regra da proibição de desaplicação de leis inconstitucionais.
[2171] Posição sobre o tema já foi assumida em J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 328-330.

jusfundamental[2172] –, a vinculação directa da Administração às respectivas normas constitucionais não é de todo compaginável com a ausência de um poder-dever de recusa de aplicação[2173]. Não é de todo aceitável que os particulares tenham primeiro que ser alvo de uma agressão pública aos seus direitos fundamentais, para que possam contrapor à Administração o seu direito de resistência (artigo 21º) ou para que possam depois recorrer aos meios normais de heterotutela, seguindo o longo e penoso caminho da impugnação jurisdicional dos actos em que essa agressão se materializou[2174]. Deste modo, sempre que uma norma legal impedir a Administração de tomar medidas de protecção relativas a um determinado direito fundamental que se encontre seriamente ameaçado de lesão efectiva – ameaçado em termos tais que se possa asseverar que resulta quanto a ele, da Lei Fundamental, um verdadeiro dever estadual de tutela –, então, devem os órgãos administrativos competentes recusar a aplicação dessa mesma lei e, consequentemente, actuar em conformidade com a sua vinculação constitucional.

Em suma, as leis inconstitucionais não devem impedir a Administração de cumprir as obrigações que para ela resultam da sua vinculação aos direitos fundamentais e, em particular, dos correspondentes deveres constitucionais de protecção efectiva. Assim se dê a Administração a dois importantes cuidados: primeiro, o de, dentro da máquina administrativa, focalizar a competência para as decisões de desaplicação nas instâncias funcionalmente mais adequadas; segundo, o de, uma vez afastado o parâmetro legal, garantir que a solução do caso concreto é materialmente a mais conforme possível com os direitos, liberdades e garantias[2175]. Ainda que, para tanto, a "Administração pratique, com fundamento directo em normas constitucionais, actos administrativos efectivadores de protecção de direitos liberdades e garantias através da agressão de outros direitos (…) *(Schutz durch Eingriff)*, funcionando assim [excepcionalmente] «o dever de protecção como título de agressão»"[2176].

14. Função jurisdicional

As considerações antecedentes contribuíram provavelmente para desmistificar um pouco a ideia, tantas vezes repisada, de que a protecção estadual de direitos fundamentais corresponde de forma inapelável a uma dimensão jusfundamental mediada exclusivamente pelas palavras do legislador

[2172] Considerando, todavia, que a violação de normas sobre direitos, liberdades e garantias não tem "relevância autónoma quanto ao problema da fiscalização administrativa da constitucionalidade", A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 381-384.
[2173] No sentido de que se trata de um poder vinculado: R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 204-205; A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 399-400.
[2174] R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 269 ss..
[2175] Quanto às questões de competência: R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 236 ss.. Em sentido divergente: A.S. MATOS, *A fiscalização*, pp. 399 ss.; sobre os parâmetros da decisão administrativa posterior à desaplicação, pp. 462 ss..
[2176] A.S. MATOS, *A fiscalização*, p. 484. Não é essa, contudo, a posição dominante na doutrina germânica: WAHL / MASING, *Schutz*, pp. 553 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 80-88.

ordinário, proferidas ao abrigo da sua proverbial liberdade conformadora. Por maioria de razão, o mesmo deverá acontecer agora com a análise da função jurisdicional, cuja passividade não constitui impedimento a que os tribunais assumam um papel activo na protecção dos bens jurídicos fundamentais. Recorde-se, aliás, que a figura dos deveres de protecção ganhou raízes na literatura jurídica, tanto na Alemanha quanto em Portugal, essencialmente por força do impulso pioneiro das respectivas jurisprudências constitucionais – e não o inverso.

Os tribunais são tocados pelos imperativos de tutela de direitos fundamentais tanto em conformidade com a lei, quanto na falta dela, quanto ainda também contra o que nela se dispõe. Não obstante, importa reconhecer que é em relação às situações de omissão legislativa que verdadeiramente se põe à prova a capacidade dos tribunais de actuação autónoma e que se pode apreciar a mais-valia da sua relação directa com a Lei Fundamental e da sua especial vinculação aos direitos fundamentais. Não interessa, por isso, tecer grandes considerações sobre as tarefas dos tribunais relativas à *aplicação diligente das leis de protecção* de direitos fundamentais ou sequer sobre a necessidade de, por vezes, os juízes fazerem das leis em vigor uma *interpretação em conformidade com os deveres constitucionais de protecção* deste ou daquele bem jurídico fundamental. Nem tão-pouco têm especificidades de relevo as competências jurisdicionais para *julgar ou declarar a inconstitucionalidade (por acção) de leis desconformes com os deveres estaduais de protecção* que se desprendem das normas constitucionais[2177] – isto é, daquelas leis que, não só não tutelam adequada ou suficientemente certos bens jurídicos basilares, como pretendem impor às instâncias administrativas, aos tribunais ou até aos particulares condutas que os impossibilitam de lhes conceder o amparo ou socorro constitucionalmente prescritos.

Interesse prático e dogmático tem, pois, na perspectiva da função jurisdicional, os casos de omissão legislativa, por violação de deveres constitucionais de protecção de direitos fundamentais. Sem esquecer que, quando uma lei é efectivamente afastada pelos tribunais, com fundamento na sua inconstitucionalidade (por acção), também daí pode resultar um vazio normativo desconforme com a Constituição e que, como tal, carece de preenchimento. É nesses casos que avulta o problema dos instrumentos de avaliação e superação – os denominados *remédios jurisdicionais* – dos vazios deixados pelo legislador. E é aí que se destaca igualmente o problema da perspectiva objectiva ou subjectiva de garantia do cumprimento atempado dos deveres de protecção[2178].

[2177] DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 72 e pp. 177 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 246 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 271 ss.; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 228; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 107-109, e p. 157; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 88 ss.; SZCZEKELLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 162-165.
[2178] Infra, epílogo, ponto 16.

14.1. Conceito material de omissão legislativa

Antes de qualquer aproximação ao papel que os tribunais, em geral, e o Tribunal Constitucional, em particular, devem desempenhar no domínio em apreço, impõe-se contudo uma palavra sobre aquele que se julga ser o conceito constitucionalmente mais apropriado de omissão legislativa (inconstitucional): ou seja – retomando as conclusões alcançadas noutro lugar[2179] –, um entendimento que deve ser eminentemente *jurídico*, internamente *complexo*, de natureza *substantiva*, essencialmente *objectivo* e de feição *aproximativa* e *gradativa*. Concretizando:

a) Na perspectiva do ordenamento jurídico, o conceito de omissão legislativa – nem seria necessário dizê-lo – não traduz uma mera constatação empírica ou factual sobre o *status quo* do direito positivo, sobre a existência ou não de uma norma legal relativa a certa matéria ou aplicável a determinada situação concreta. E, na perspectiva dos órgãos legislativos, a omissão legislativa relevante para efeitos jurídico-constitucionais também não corresponde a um simples não fazer, naturalisticamente verificado, distinguindo-se por isso da simples inércia total ou parcial do legislador neste ou naquele domínio. Pelo contrário, uma omissão legislativa implica uma *apreciação jurídica* que valora negativamente a ausência no ordenamento ordinário de uma normal legal determinada, com certo conteúdo ou com certa função, porquanto, por mor da Constituição, essa norma deveria existir e não existe de facto. Pressupõe, pois, que o legislador não tenha feito algo que, constitucionalmente, era suposto fazer, já que a sua liberdade de conformação não lhe permitia decidir quanto ao *se* (e ao *quando*) da intervenção legislativa em causa[2180].

b) A complexidade interna – ou o *carácter não unitário* – da figura da omissão legislativa avulta da pluralidade de deveres de actuação que, por força da Lei Fundamental, impendem sobre o legislador. Como se sabe, não é apenas a violação de deveres de protecção activa de direitos fundamentais que pode desaguar numa omissão legislativa, mas também o incumprimento de outros deveres específicos de actuação, nomeadamente os que resultam[2181]:

   - Das verdadeiras e próprias ordens expressas de legislar;
   - Da existência de normas constitucionais estruturalmente não exequíveis por si mesmas, como ou sem remissão para a lei;
   - Da consagração de direitos fundamentais de baixa densidade constitucional e que, por isso, reclamam conformação normativa mais ou menos extensa;

[2179] J.P. SILVA, *Dever*, esp. pp. 11 ss..
[2180] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 11-12; D. RIBES, *Existe-t-il un droit*, p. 248; M.G. PUENTE, *La inactividad*, p. 19; SEIWERTH, *Zur Zulässigkeit*, p. 39.
[2181] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 368 ss..

– Da necessidade de garantir uma protecção jurídica (e jurisdicional) efectiva de outros direitos fundamentais contra o próprio Estado, através de regras de organização, procedimento e processo;

– Ou ainda da obrigação de corrigir certas situações de violação do princípio da igualdade geradas pelo próprio legislador (favorecimento de terceiros)[2182].

Apresentando-se os deveres do legislador sob formas diversas, nem sempre com fronteiras bem definidas entre si – em particular no campo dos direitos fundamentais, em que o quadro das relações entre as normas constitucionais e o legislador é muito complexo e matizado[2183] – , não poderia também esperar-se uma configuração absolutamente homogénea do próprio instituto da omissão legislativa. Daí também a impossibilidade de estabelecer uma correspondência entre determinadas categorias de normas constitucionais e a ocorrência de omissões legislativas.

c) Em parte também como decorrência do que acaba de se dizer, a noção de omissão legislativa deve ser recortada segundo um prisma *substantivo* e não adjectivo. Não pode estar comprometida com qualquer meio processual de fiscalização da constitucionalidade e, mormente, com o instituto consagrado no artigo 283º da Constituição. Sem prejuízo da sua eventual (mas improvável) expansividade por via hermenêutica, este preceito consagra apenas uma modalidade de fiscalização das omissões do legislador: a verificação abstracta da omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais. Nada no artigo 283º permite concluir que não existem outras vias processuais de fiscalização jurisdicional das omissões legislativas[2184]:

– A fiscalização concreta, ao abrigo do artigo 204º, das normas de decisão implicitamente geradas pelos vazios jurídicos deixados pelo legislador[2185-2186];

– A fiscalização preventiva por acção das normas legais revogatórias ou derrogatórias de legislação constitucionalmente imposta, reconstituindo situações jurídicas anteriormente qualificáveis como omissões inconstitucionais;

[2182] Em termos mais sistematizados, EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 148 ss..

[2183] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 326-327; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 29 ss.. Sobre os diferentes perfis das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 215 ss.. Na doutrina germânica, recordem-se: numa perspectiva comparada, LANGE, *Grundrechtsbindung*, esp. pp. 303 ss.; AULEHNER, *Grundrechte*, pp. 356 ss., e pp. 409 ss.; MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 182 ss.. Em torno do conceito de conformação legislativa: CORNILS, *Die Ausgestaltung*, pp. 494 ss.; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 269 ss., e pp. 288 ss.; JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung*, esp. pp. 54 ss..

[2184] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 13 ss., pp. 139 ss; também sobre a questão das vias processuais em Portugal, F. RODRIGUEZ, *La figura*, pp. 240-244. Numa perspectiva processual da inconstitucionalidade por omissão, C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 497 ss., esp. pp. 548 ss..

[2185] R. CASTRO, *As omissões*, pp. 286 ss..

[2186] *De jure condendo*, J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 397-399.

– A fiscalização incidental desencadeada nas acções de responsabilidade civil por omissão legislativa[2187].

Nem sequer pode atribuir-se ao Tribunal Constitucional jurisdição exclusiva quanto à verificação do resultado das ausências do legislador. Sobretudo, nada no artigo 283º autoriza a que o conceito material de omissão legislativa seja construído à medida do meio processual aí consagrado, aliás com um alcance bastante exíguo[2188]. No limite, o carácter geneticamente limitado do sistema de fiscalização da constitucionalidade, sempre obrigará a admitir a possibilidade de omissões legislativas para as quais não exista um remédio jurisdicional à altura[2189].

d) Por sua vez, o que está em causa na apreciação (jurisdicional ou não) das situações de omissão legislativa é essencialmente a realização de um *juízo objectivo* sobre o *status* em que se encontra ordenamento jurídico, quando confrontado com as diversas exigências constitucionais de produção normativa. Não está em causa avaliar a boa ou má conduta do legislador (parlamentar ou governamental), nem sequer os esforços que este efectuou para produzir esta ou aquela lei ou a maior ou menor diligência com que actuou neste ou naquele processo legislativo. Nem tão-pouco interessa saber se, quando o legislador ordinário emana uma norma legal que estava obrigado a produzir, o fez ou não com a intenção de cumprir um dever constitucional[2190]. Numa palavra, a culpa do legislador relativamente aos vazios legislativos por ele deixados pode ser importante em sede de responsabilidade civil do Estado, mas não é em princípio relevante quando se pretende apurar da constitucionalidade de uma omissão legislativa[2191]. Ainda que as omissões legislativas possam ser consideradas simultaneamente numa perspectiva objectiva (ou normativista) – simples ausência de norma – e subjectiva (ou voluntarista) – ausência de actuação por parte do órgão competente –, é em princípio aquela que se apresenta como determinante, tanto do ponto de vista da fiscalização da constitucionalidade como do prisma da garantia dos direitos dos cidadãos[2192].

e) O conceito defendido de omissão legislativa é meramente *aproximativo*, na medida em que não é possível traçar uma linha divisória rígida entre inconstitucionalidade por acção e inconstitucionalidade por omissão[2193]. É certo que há situações em que existe lei e em que a inconstitucionalidade só pode ser por acção, assim como há casos em que a falta absoluta de

[2187] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 392-394; R. CASTRO, *As omissões*, pp. 179 ss..
[2188] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 376-378.
[2189] Criticando a tendência germânica para análises processuais do problema das omissões, EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 141 ss..
[2190] ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 226.
[2191] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 331 ss..
[2192] J.P. SILVA, *Dever*, p. 13; D. RIBES, *Existe-t-il un droit*, pp. 248 ss.; G. BEILFUSS, *Tribunal*, p. 42; V. MENÉNDEZ, *L'incostituzionalità*, pp. 398 ss.. Sobre o problema das iniciativas legislativas, J. MIRANDA, *Manual*, VI, p. 386.
[2193] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 384-385; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 58-59, e pp. 81 ss..

lei sobre certa matéria (*v.g.*, como sucede nas omissões institucionais) apenas poderá desembocar numa clara omissão inconstitucional. Não obstante, como a concepção em causa é jurídica e não naturalística, a presença no ordenamento de uma lei sobre certo assunto não quer dizer necessariamente que não possa ainda ser formulado a respeito dela – ou, em bom rigor, do domínio normativo em que ela se inscreve – um juízo de omissão legislativa, designadamente por protecção insuficiente, por outras formas de omissão parcial (quantitativa ou qualitativa) ou ainda por desfasamento entre a realidade incorporada pelo legislador ordinário e a realidade constitucional. Então a propósito das inúmeras variantes de violação do princípio da igualdade – *maxime*, nas hipóteses de silêncio excludente (ou exclusão implícita) –, é evidente que a inconstitucionalidade não se localiza nem na norma expressa positiva, que inclui e privilegia, nem na norma implícita negativa, que exclui e discrimina. Localiza-se sim na própria discrepância que o confronto entre as duas revela[2194]. A inconstitucionalidade por acção e por omissão são duas faces de uma mesma moeda, em si merecedoras do mesmo desvalor jurídico, não sendo por isso admissível qualquer espécie de indulgência dogmática em relação às omissões legislativas ou qualquer forma de priorização da inconstitucionalidade por acção. Na perspectiva dos direitos dos cidadãos, se a inconstitucionalidade por omissão pode ser tão lesiva quanto a inconstitucionalidade por acção, a primeira pode mesmo ser mais insidiosa.

f) Por último, a noção de omissão legislativa é *gradativa*, no sentido em que se pressupõe uma certa fluidez dos seus contornos, que passa inclusivamente pelo reconhecimento do carácter algo redutor da dicotomia entre constitucionalidade e inconstitucionalidade. Ou, o mesmo é dizer, que reconhece a existência de situações intermédias entre esses dois pontos extremos dos juízos sobre as condutas activas ou omissivas dos órgãos jurídico-públicos[2195]. Entre aquele grau mínimo de antijuridicidade inerente à própria ideia de omissão legislativa – e, concretamente, que permite distingui-la da constatação empírica da ausência de norma legal ou da mera inércia do legislador – e, na outra extremidade da escala, aquele grau máximo que corresponde às omissões legislativas inconstitucionais mais flagrantes e imediatamente verificáveis por via jurisdicional, existirão por certo inconstitucionalidades deslizante, motivadas pela evolução paulatina da realidade social ou das ideias jurídicas, e outras situações constitucionais menos perfeitas que reclamam dos intérpretes e aplicadores da

[2194] R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 508 e 512-513; G. BEILFUSS, *Tribunal*, p. 23.

[2195] Sobre a denominada *teoria da aproximação*, por referência a situações jurídicas que, apesar de ainda inconstitucionais, estão apesar de tudo mais próxima da conformidade constitucional do que outras anteriores, LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 721 ss..

Constituição um exame muito meticuloso e ponderado – ao mesmo tempo que lhes permitem forjar soluções e instrumentos de decisão mais inovadores e criativos[2196].

14.2. Tribunais comuns

Sob estas premissas, aos tribunais comuns cabem três tarefas especificamente decorrentes dos deveres do Estado-legislador de protecção de direitos fundamentais[2197]: a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão legislativa; o consequente preenchimento casuístico dos *défices de actuação* do legislador, também denominados por *lacunas de protecção*; o julgamento das acções de responsabilidade do Estado por omissão legislativa inconstitucional (ilícita e culposa)[2198].

14.2.1. Fiscalização concreta

Ao contrário do que era ainda corrente há alguns anos atrás, não é hoje possível pensar na inconstitucionalidade por omissão como um instituto particularíssimo, amarrado a uma categoria de normas constitucionais muito precisa: as normas não exequíveis em sentido lato, a que uma Constituição de pendor dirigente recorria para levar a cabo as suas tarefas de transformação da realidade social e, sobretudo, de construção institucional de um novo Estado Social[2199]. Da mesma forma, aliás, que não é mais viável conceber hoje a inconstitucionalidade por omissão como um instituto cujo controlo jurisdicional é exclusivamente encaminhado para um único caminho de fiscalização da constitucionalidade: o processo de verificação abstracta, previsto no artigo 283º. Longe disso, a crescente aceitação da figura dos deveres de protecção, com forte eco na jurisprudência constitucional, bem como a consciência cada vez mais clara da complexidade das relações entre os direitos fundamentais e o legislador democrático – e da dependência daqueles em face deste, inclusive no campo tradicionalmente privilegiado dos direitos, liberdade e garantias –, com estes últimos a fazerem impender sobre aquele crescentes demandas de actuação conformadora, harmonizadora ou de garantia efectiva, tornam virtualmente impossível a subsistência de qualquer dos sistemas binários de outrora: *normas constitucionais exequíveis por si mesmas* versus *normas não exequíveis por si mesmas; direitos a*

[2196] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 59 ss.; R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 542 ss.; PESTALOZZA, *Noch Verfassungsmässige*, pp. 548 ss.; GLEIXNER, *Die Normerlaßklage*, pp. 92 e 114-115; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, p. 487; ZEIDLER, *A justiça*, pp. 62 ss.; J.C. BÉGUIN, *Le controle*, pp. 267 ss.; GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber*, pp. 166 ss..

[2197] Exclui-se aqui, portanto, a função dos tribunais de controlo das omissões administrativas. Em particular sobre o controlo jurisdicional das omissões de protecção policial, J.S. SAMPAIO, *O dever*, pp. 194 ss.

[2198] Sobre estes três temas: R. CASTRO, *As omissões*, respectivamente pp. 286 ss., pp. 115 ss., e pp. 303 ss..

[2199] Notando a alteração do núcleo problemático das omissões normativas da chamada *Constituição dirigente* para o problema dos *deveres de protecção*, G. CANOTILHO, *Omissões*, pp. 111 ss.. Em parte também: J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 376-377; R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 869 ss.; R. CASTRO, *As omissões*, pp. 257 ss.; F.P. MARQUES, *As relações*, pp. 277 ss; E. CHABY et alii, *A omissão*, pp. 57-58.

omissões versus *direitos a prestações; processos de fiscalização da inconstitucionalidade por acção* versus *processo previsto no artigo 283º*[2200].

Quer isto dizer, portanto, que basta assumir a (re)descoberta da função de protecção dos direitos fundamentais, com todas as implicações que ela tem relativamente à necessidade de actuação dos órgãos do poder legislativo – para não referir já os outros deveres positivos do legislador –, para se perceber que cabem bastantes mais coisas dentro da categoria material *omissão legislativa* do que aquilo que se consegue fazer passar pelo crivo do processo de verificação da constitucionalidade do artigo 283º[2201]. O fato deste artigo 283º é demasiado acanhado para vestir o corpo, generoso e multiforme, da inconstitucionalidade por omissão enquanto figura jurídica substantiva. Como tal, das duas uma: ou se conclui que o sistema português de fiscalização da constitucionalidade tem um problema grave de incompletude, que pode deixar sem amparo jurisdicional apropriado todo um conjunto de vinculações positivas do Estado em matéria de direitos fundamentais; ou então conclui-se que a garantia do cumprimento dos deveres estaduais de protecção segue as vias processuais comuns de tutela jurisdicional dos direitos em causa – ou seja, o acesso aos tribunais e a fiscalização incidental difusa do artigo 204º[2202]. O artigo 283º representa, assim, tão-só um meio processual complementar, destinado àquelas omissões legislativas de mais difícil preenchimento, mais resistentes à metódica normal de actuação dos tribunais comuns, como sucede com as omissões totais ou com as omissões institucionais. O que não parece razoável é, por um lado, abraçar a figura dogmática dos deveres de protecção dos direitos fundamentais – a começar logo por aqueles direitos que estão consagrados nas normas constitucionais mais exequíveis de todas – e, por outro lado, abandoná-la à sua sorte, continuando a alcandorar o Tribunal Constitucional no papel de juiz privativo das omissões do poder legislativo[2203].

Sem poder recuperar aqui a análise do tema – já versado noutro contexto[2204] –, a argumentação contrária à fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão desdobra-se fundamentalmente em duas linhas. De uma banda, esgrimem-se argumentos de ordem geral, que de uma forma mais ou menos velada reconvocam o princípio da separação de poderes e o respeito devido ao legislador democrático, à primariedade que lhe cabe na regulação normativa das relações da vida ao abrigo da Constituição e à sua ampla liberdade de conformação positiva e negativa[2205]. De outra banda, as razões de natureza processual, mais comuns na doutrina portuguesa, assentam numa interpretação literal do artigo 204º, que se refere à

[2200] Parecendo raciocinar (ainda) sob esse sistema binário, C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 843-846.

[2201] Dando sumariamente conta dessa redescoberta, V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 138-139.

[2202] R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 869 ss, reconhecendo que a fiscalização concreta pode ser "um importante instrumento de reacção contra omissões legislativas". E. CHABY et alii, *A omissão*, p. 56, nota 25, e pp. 90-91, admitindo que assim acontece já na jurisprudência constitucional, não obstante a falta de reconhecimento formal.

[2203] Contudo, M.L. AMARAL, *Responsabilidade por danos*, pp. 43-44, afirmando *ipis verbis* a existência de um "monopólio" do "controlo abstracto e concentrado" das omissões.

[2204] Novamente, J.P. SILVA, *Dever*, esp. pp. 167 ss.. Para a respectiva apreciação crítica, C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 871 ss..

[2205] Claramente neste sentido, C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 881 ss..

impossibilidade de os tribunais aplicarem "normas que infrinjam" o disposto na Constituição, mas não os autoriza expressamente "a decidir se há ou não omissões legislativas inconstitucionais. Quer dizer: o incidente de inconstitucionalidade baseia-se em normas e não na «ausência de normas»"[2206]. A verdade é que nenhuma destas duas linhas argumentativas consegue convencer.

I – Mesmo deixando para mais tarde o argumento *passe-partout* da separação de poderes – de tal forma ele se acha eivado de preconceitos legalistas que, em bom rigor, poderiam valer também contra a própria fiscalização da constitucionalidade por acção[2207] –, o que se tem verificado é que, por via da desmaterialização do conceito de norma usado nos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade, a realidade tem desmentido a tese restritiva acerca do alcance do artigo 204º. Com efeito – apesar de a própria jurisprudência alinhar formalmente pelo diapasão das razões processuais[2208-2209] –, são frequentíssimas as decisões do próprio Tribunal Constitucional em que se decide pela inconstitucionalidade de normas puramente ideais, sem uma correspondência textual explícita, na medida em que estas *não estabelecem* ou *não prevêem* determinada disciplina jurídica[2210]. Recentemente, aliás, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma norma por, no diploma em que a mesma se inseria, não existir uma outra que desse adequado cumprimento a uma garantia constitucional[2211]. Sucedeu até o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma (omissa), que o legislador veio depois a emanar expressamente, com uma formulação textual idêntica à que havia sido usada na decisão de inconstitucionalidade[2212]. De igual modo, é também "inquestionável que o Tribunal Constitucional (…) controla e fiscaliza, não apenas a actividade do legislador, como criador de «normas», mas também a actividade do juiz, enquanto este realiza determinadas interpretações normativas (…) expressas na criação de *«normas jurisprudenciais»*, inclusive (…) para a integração de lacunas rebeldes à analogia"[2213]. Para efeito do processo de fiscalização concreta, uma norma é, portanto, "o critério de decisão assumido pela

---

[2206] G. CANOTILHO, *Constituição dirigente*, pp. 346-347, e p. 356. No mesmo sentido, *de jure condito*, J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 330-331; *Manual*, IV, p. 403; assim como *Ideias*, pp. 29-30; também C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 548 ss., e pp. 882 ss.. Algo diferentemente, M.A.VAZ, *Lei*, p. 308.

[2207] Numa crítica sem tréguas ao pensamento legalista, contrário à realização judicial do direito, A. CORTÊS, *Jurisprudência*, esp. pp. 35 ss..

[2208] Na jurisprudência constitucional, trilhando, formalmente, caminho idêntico ao da doutrina maioritária: Acórdãos nº. 55/85, nº 32/90, nº 174/93, nº 79/94, nº 499/97, nº 125/98, nº 500/99, nº 326/2001, nº 249/2002, nº 35/2004 e nº 162/2005.

[2209] Quanto aos demais tribunais superiores: Acórdãos do STA de 9.6.1992 (procº. 29 762), de 25.6.1992 (procº. nº 27 739), e de 30.4.1997 (procº. 16 533); Acórdãos do STJ de 20.6.1996 (procº. 96 242), e de 10.7.1998 (procº. nº 98 409).

[2210] Apontando inúmeros exemplos de decisões do Tribunal Constitucional, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 178 ss.. Outros exemplos de "lugares paralelos" da inconstitucionalidade por omissão, em fiscalização concreta, E. CHABY *et alli*, *A omissão*, pp. 104-108. Ainda sobre o conceito imaterial de norma, R. MEDEIROS, *A força*, pp. 185 ss.; C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 1033 ss.; e C.L. REGO, *Os recursos*, pp. 31 ss..

[2211] Acórdão nº 229/2012, em que uma norma do RDM, sobre o cumprimento de pena de prisão disciplinar, foi declarada inconstitucional por não se prever também a possibilidade de impugnação contenciosa da decisão (27º, nº 2, alínea *d)*).

[2212] Acórdão nº 935/96 e Acórdão nº 186/98 (impedimentos dos juízes em processo penal).

[2213] C.L. REGO, *Os recursos*, p. 43.

decisão recorrida, podendo (…) assumir-se [inclusivamente] como uma proposição prescritiva criada pelo próprio juiz frente a uma lacuna, para poder decidir o caso concreto (…) ou configurar uma norma implícita de carácter necessário, sem a qual o juiz *a quo* não poderia ter proferido a decisão recorrida"[2214].

Nesta consonância, afigura-se evidente que aquilo a que se convencionou chamar *ausência de normas* compreende em si um conteúdo normativo bastante preciso. Contém uma norma implícita que, apesar de destituída de suporte textual, pretende representar para o julgador um parâmetro de decisão do caso *sub judice*[2215] – como, antes desse momento, poderá já ter representado para as instâncias administrativas. Considerando a proibição de *non liquet* que caracteriza os sistemas jurídicos hodiernos, a omissão de uma disposição legal constitucionalmente devida não deixa de conter uma norma de decisão, potencialmente vinculativa dos operadores jurídicos e dos juízes em particular, projectando os seus efeitos jurídicos, por intermédio de uns e de outros, sobre os próprios sujeitos privados. Da inactividade do legislador não resulta, portanto, um simples *nada* ou um mero *vazio*, mas antes uma prescrição de sentido negativo, que constitui um cânon decisório directamente aplicável nas relações jurídicas e que, podendo ser contrária à Constituição, tem a consistência requerida para constituir o objecto de um incidente de fiscalização concreta da constitucionalidade[2216]. A inactividade do legislador, inserida num certo contexto lógico e teleológico, adquire a natureza, a função e o efeito de uma norma negativa ou de exclusão[2217]. E, por conseguinte, "só pode falar-se de «omissão» do ponto de vista do texto ou disposição legislativa, mas não do ponto de vista da norma", uma vez que, de uma maneira ou de outra, no ordenamento jurídico "há sempre uma norma aplicável ao caso"[2218]. Lapidarmente, "os silêncios legislativos criam e conservam situações jurídicas", que "constituem o regime jurídico de uma determinada matéria, em conjunto com as normas explícitas (…) que a regulam"[2219].

II – Ao mesmo tempo que adoptam um conceito de norma absolutamente virtual – em benefício, sublinhe-se, de um controlo de constitucionalidade mais consistente e, por isso, de pendor mais garantístico e subjectivista –, os juízes do Palácio Ratton têm conservado, contudo, uma obstinada fidelidade à tese de acordo com a qual não existe fiscalização concreta (concentrada) da inconstitucionalidade por omissão, nem sequer verificação de omissões legislativas fora do processo do artigo 283º.

A coabitação destas duas orientações – a desmaterialização do conceito de norma e a inexistência de fiscalização concreta das omissões inconstitucionais – têm-se revelado bastante difícil, achando-se o

[2214] C.B. MORAIS, *Justiça*, II, p. 1035, e, sobre normas implícitas, pp. 1042-1043.
[2215] Referindo-se também a *normas implícitas* como objecto do sistema de fiscalização da constitucionalidade, R. MEDEIROS, *Anotações aos artigos 277º e 283º*, p. 716, p. 781 e pp. 870-871.
[2216] M. BEILFUSS, *Tribunal*, p. 59.
[2217] F. MODUGNO, *La Corte*, pp. 564-565, em nota.
[2218] F. REVORIO, *Las sentencias*, p. 170.
[2219] D. RIBES, *Existe-t-il un droit*, p. 253.

Tribunal Constitucional por vezes na situação incómoda de ter de explicar, contra todas as evidências, que, nem sempre o que aparenta ser, o é efectivamente. Assim, segundo se pode ler no Acórdão nº 162/2005, *"embora à primeira vista a questão suscitada possa parecer tratar-se de uma questão de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que aparentemente parece referir-se à falta de uma provisão legislativa em certo sentido – o que a ser verdadeiro implicaria que o Tribunal dela não pudesse conhecer por falta dos requisitos, mormente de legitimidade para a requerer, a que o art.º 283º da Constituição sujeita a sua verificação – em boa verdade assim não é. Na realidade, a inconstitucionalidade está imputada a uma certa norma enquanto entendida no sentido de, não obstante esta ter prefigurado a hipótese em análise, todavia, não a incluir dentro das situações pressupostas em que segundo ela se verifica o vício de nulidade processual. Não se trata, deste modo, de inexistência de norma jurídica, mas sim de norma que exclui da hipótese que sanciona com o efeito jurídico da nulidade os casos ali não incluídos*"[2220]. Resta saber como pôde o Tribunal ter a certeza de que a norma sindicada prefigurou uma certa hipótese se depois esta não foi incluída dentro das situações pressupostas a que se aplica o respectivo regime, porque quanto ao facto de que "exclui" da hipótese os casos "não incluídos" parece não haver dúvidas!

Ironia à parte, em vez de permanecer acorrentado a formalismos artificiais, importaria antes reconhecer que só o controlo concreto – primeiro difuso e depois concentrado – da inconstitucionalidade por omissão se enquadra devidamente no sistema português de fiscalização da constitucionalidade[2221]. Só através desse tipo de controlo se consegue fazer inteira justiça à própria vinculação directa dos tribunais aos direitos fundamentais – e aos deveres de protecção que deles se desprendem –, permitindo-lhes, ao mesmo tempo, ter um papel activo na garantia do cumprimento por parte do legislador dos seus imperativos constitucionais de tutela. A admissibilidade da fiscalização concreta impõe-se na exacta medida em que esta se apresenta "como o meio mais eficaz na garantia de protecção jurídica dos cidadãos contra omissões inconstitucionais lesivas dos direitos fundamentais"[2222]. Marcado pela sua manifesta estreiteza, o instituto previsto no artigo 283º é absolutamente incapaz de alcançar tais objectivos[2223]:

a) Constitui uma via puramente objectiva de garantia da constitucionalidade;

[2220] O objecto da fiscalização é a curiosíssima «norma constante dos artigos 201º, n.º 2, e 666º, n.º 1, do Código de Processo Civil, e do artigo 4º, n.ºs 2 e 3 do Regime dos Procedimentos a que se refere o artigo 1º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, na interpretação conjugada de tais preceitos segundo a qual, em processo sujeito ao regime de procedimento anexo ao artigo 1º do Decreto-Lei n.º 269/98, não constitui nulidade processual que importe a anulação da sentença a realização da audiência de julgamento na ausência do autor e do respectivo mandatário e sem audição das testemunhas que o mesmo autor pretendia nela apresentar, por todas essas pessoas terem chegado ao Tribunal depois de finda a audiência e tendo-se esta iniciado dez minutos depois da hora (do dia) antes designada pelo juiz em despacho notificado às partes». Por outras palavras, *a lei não prevê em lado nenhum* – o que, evidentemente, só pode ser configurado como uma omissão legislativa – *a norma que serviria os interesses do recorrente*, isto é: a norma segundo a qual a realização da audiência sem a presença do autor e seu mandatário, por atraso injustificado destes, constitui causa invalidante da sentença.

[2221] R. CASTRO, *As omissões*, pp. 286 ss..

[2222] F.P. MARQUES, *As relações*, p. 281..

[2223] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 388 ss.; R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 875-879; C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 529 ss.; J.F. RODRÍGUEZ, *La figura*, pp. 248 ss.; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 144 ss..

b) Os cidadãos não possuem legitimidade para desencadear o respectivo processo;

c) Mesmo o elenco das entidades públicas com legitimidade para o desencadear é inexplicavelmente reduzido;

d) Literalmente, o instituto parece cobrir apenas uma entre várias categorias de inconstitucionalidade por omissão[2224];

e) Os efeitos jurídicos das decisões de verificação são ténues e só mediatamente podem vir a aproveitar aos particulares.

Nestas circunstâncias, como é possível invocar tal preceito constitucional para negar aos tribunais comuns a possibilidade de verificarem em concreto a existência de omissões legislativas lesivas dos deveres estaduais de protecção? Onde ficaria, nesse quadro, o princípio da tutela jurisdicional efectiva se os cidadãos não têm sequer acesso garantido à (única) via jurisdicional (tida por disponível)[2225]?

14.2.2. Preenchimento dos défices de protecção

O reconhecimento a todos os tribunais da competência para procederem à verificação da inconstitucionalidade por omissão constitui tão-só um primeiro passo no sentido da compreensão do papel do poder jurisdicional em matéria de deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Com efeito, a fiscalização das omissões legislativas só tem verdadeiramente interesse quando acompanhada da possibilidade de correcção, integral ou parcial, da situação jurídica *sub judice* e, em especial, da salvaguarda efectiva dos direitos fundamentais deixados a descoberto pela ausência ou pela insuficiência do legislador[2226]. O melhor argumento a favor da fiscalização difusa da constitucionalidade das omissões legislativas é, outrossim, o de esta permitir aos tribunais comuns – não ao Tribunal Constitucional, sob pena de extravasamento das suas competências[2227] – recompor de imediato as falhas detectadas, compensando os "défices do legislador" e preenchendo em concreto as correspondentes "lacunas de protecção"[2228-2229].

[2224] Abrindo expressamente esse espectro, J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 376-378.

[2225] Não obstante, insistindo que a fiscalização das omissões legislativa é, *por natureza*, reservada ao Tribunal Constitucional, M.L. AMARAL, *Responsabilidade por danos*, pp. 43-44. Diferentemente, construindo um sistema em que as omissões devem ser, dada a maior eficácia do sistema de fiscalização por acção, preferentemente fiscalizadas por essa via, embora atendendo também à sua própria natureza, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 869 ss..

[2226] M.A. RUIZ, *El control*, p. 173.

[2227] R. MEDEIROS, *A decisão*, p. 491; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 223-224.

[2228] Estas e outras expressões encontram-se, com frequência, na doutrina germânica: KRINGS, *Grund*, pp. 247-248, e pp. 285 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 272-273; DIETLEIN, *Die Lehre*, p. 176 e pp. 180-181; GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 372 ss.; SZCZEKELLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 162-163; ISENSEE, *(§111) Das Grundrecht*, p. 228; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 89-90, apontando um exemplo de decisão judicial integrativa; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 108-109, criticando essa mesma decisão.

[2229] Na doutrina espanhola, numa defesa estruturada da fiscalização (e correcção) concretas das omissões legislativas: V. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad*, pp. 126 ss.; A. RUIZ, *El control*, pp. 169 ss.. A estrutura do sistema de fiscalização faz concentrar as atenções no Tribunal Constitucional, embora reconhecendo aos tribunais comuns um

I – No centro deste problema parece estar, portanto, a possibilidade de assimilar as omissões legislativas – aqui apenas as omissões decorrentes da violação de deveres estaduais de protecção – a lacunas jurídicas. Assim, uns procuram vincar bem as linhas de distinção entre uma coisa e outra, como sucede, desde logo, com a doutrina mais tradicional[2230]. Outros, pelo contrário, não têm dúvidas em afirmar com clareza:

a) Primeiro, que "do ponto de vista técnico-jurídico, o problema das omissões do legislador poderá (…) resolver-se com o problema das lacunas"[2231];

b) Segundo, que "a omissão inconstitucional é, em suma, a causa de uma lacuna axiológica: a provocada pelo juiz ao invalidar a norma implícita contrária à Constituição"[2232];

c) Terceiro, que "a omissão legislativa inconstitucional, voluntária ou não, pode provocar situações de lacuna legal qualificadas pela existência de uma norma (constitucional…) que determina e dirige o processo de integração normativa"[2233-2234].

Em bom rigor, porém, esta discussão está enviesada de raiz pelo próprio arcaísmo da noção de lacuna jurídica (ou de lacuna técnica), que constitui uma sobrevivência tardia do legalismo oitocentista e novecentista – onde, com diferentes nuances, visava assinalar os apertados limites em que era permitido aos tribunais o desenvolvimento do direito –, mas sem grande sustentação nos dias que correm[2235]. Se esse conceito é por vezes invocado a propósito do tema em análise não é para sobrepor omissões e lacunas ou vice-versa. É (ou deveria ser) tão-só para demonstrar que não faz sentido negar hoje aos tribunais, colocados perante uma omissão legislativa inconstitucional, a possibilidade de decidir adequadamente esses casos se, de toda a maneira, o poderiam já fazer actuando segundo os cânones tradicionais da integração de lacunas, sem com isso se transformarem em alvo de uma acusação de usurpação de funções legislativas[2236]. É evidente que as omissões legislativas não se confundem com as lacunas jurídicas, na medida em que, ao contrário destas, não assentam no pressuposto dogmático da plenitude da ordem jurídica. Nem são também assimiláveis a lacunas porque não partilham o mesmo preconceito legalista, cujo reflexo mais gritante é o método de integração que aponta invariavelmente para o prolongamento fiel da vontade do legislador: "a norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do

---

papel importante: G. PUENTE, *La inactividad*, pp. 84 ss.; G. BEILFUSS, *Tribunal*, pp. 117 ss., e pp. 177 ss.; D. REVORIO, *Las sentencias*, esp. pp. 241 ss..

[2230] Múltiplas vezes citada é a distinção de MORTATI, *Apunti*, p. 927, em nota. Na doutrina portuguesa: J. MIRANDA, *Manual*, VI, p. 399; C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 873 ss..

[2231] PICARDI, *Le sentenze*, p. 606.

[2232] V. MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad*, p. 73.

[2233] G. PUENTE, *La inactividad*, pp. 25-26.

[2234] Identificando também omissões legislativas e "lacunas constitucionais heterónomas", G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1235.

[2235] C. NEVES, *Questão-de-facto*, pp. 279 ss.; e *Metodologia*, p. 214; LARENZ, *Metodologia*, p. 446; PERELMAN, *Ética*, p. 649.

[2236] Foi pelo menos este o sentido seguido em J.P. SILVA, *Dever*, pp. 200 ss..

sistema" (artigo 10º, nº 3, do Código Civil)[2237]. Sobretudo, nas lacunas jurídicas, apesar da sua consabida heterogeneidade – sejam elas, portanto, apelidadas de lacunas técnicas ou axiológicas, intencionais ou não intencionais, normativas ou de regulamentação –, falta sempre a presença de um dever de actuação do legislador. Assim como falta também a censura jurídica correspondente à violação dessa mesmo dever. Tal como, aliás, falta uma norma hierarquicamente superior que, em simultâneo, impeça a ocorrência de um verdadeiro vazio jurídico e presida ao ulterior processo de desenvolvimento do direito.

No fundo, tudo se resume a um argumento *a fortiori*: se ninguém razoavelmente contestou (ou contesta) a função jurisdicional de preenchimento lacunas, por maioria de razão ninguém deverá colocar em causa a possibilidade de os tribunais desempenharem uma função de compensação, *had hoc*, das omissões do legislador desconformes com a Constituição. Assim será, ademais, se se considerar que as principais notas distintivas das omissões legislativas em relação às denominadas lacunas residem, precisamente, na reprovação constitucional que merece a ausência de disposição legal aplicável e, por outro lado, na vinculação positiva do próprio poder jurisdicional aos direitos fundamentais – vinculação paralela, sublinhe-se, e não subordinada, à do próprio legislador. O que caracteriza constitucionalmente as omissões legislativas não é, pois, uma qualquer prerrogativa exclusiva do legislador no que toca ao respectivo preenchimento. Primariedade do legislador na produção normativa é uma coisa, exclusividade soberana – mesmo após verificação jurisdicional de uma omissão ilegítima – é outra bem diversa.

II – Afastadas as concepções que procuram demarcar os limites da função dos juízes à medida do instituto da integração de lacunas – e assumindo uma orientação metodológica (não legalista, mas principialista) que promove a realização do direito dirigida ao caso concreto[2238] –, a prioridade deve ser dirigida à determinação do papel dos tribunais em face das insuficiências do legislador e, em particular, em face daqueles diferentes tipos de insuficiência normativa que põem em cheque a integridade de bens jusfundamentais[2239].

Ora, numa visão constitucionalmente equilibrada do princípio da separação de poderes – que tem em conta quer as relações entre o legislador e os tribunais, quer entre a jurisdição constitucional e as jurisdições comuns –, a melhor forma de aferir da capacidade dos tribunais para, autonomamente, de acordo com a sua metódica própria, dar uma solução satisfatória aos feitos submetidos a julgamento é trabalhando a distinção entre *omissões relativas* e *omissões absolutas*. Com bem se compreende, ao passo que a generalidade das omissões relativas são superáveis jurisdicionalmente sem a colaboração do legislador, já nas omissões absolutas os remédios jurisprudenciais revelam-se mais escassos e de efeitos

[2237] C. NEVES, *Questão-de-facto*, pp. 283 e 312; O. ASCENSÃO, *O Direito*, p. 462; B. MACHADO, *Introdução*, p. 204. Para uma compreensão adequada do instituto, fazendo-o remontar à ética aristotélica, A. CORTÊS, *Jurisprudência*, pp. 66-69.
[2238] Concepção de que constitui exemplo a perfilhada por A. CORTÊS, *Jurisprudência*, pp. 60 ss. e, esp., pp. 99 ss..
[2239] GELLERMANN, *Grundrechte*, pp. 288 ss..

mais imperfeitos, fazendo-se sentir de forma mais premente a necessidade de uma ulterior intervenção legislativa, de extensão e densidade variáveis.

i) No que toca à superação das omissões relativas, o princípio da igualdade – e, se assim se entender, a ideia de analogia *(secundum constitutionis)*, como "espinha dorsal do discorrer jurídico" e que se funda axiologicamente na ideia de igualdade de tratamento[2240] – serão o bastante para que o juiz possa conceder ao bem jurídico *x*, pertença de B, o mesmo nível de protecção que o legislador concedeu ao bem jurídico *x*, quando titulado por A, proferindo para tanto uma decisão aditiva (ou de efeito aditivo). Nem mesmo as teorias mais avessas à aproximação entre o conceito de omissão e o conceito de lacuna negam legitimidade aos tribunais – quando não a enaltecem mesmo[2241] – para procederem à integração das omissões relativas através do alargamento dos regimes positivos (mais favoráveis) ao espaço antes ocupado pelas normas (negativas ou) de exclusão[2242]. Quer se trate de omissões relativas próprias (silêncio excludente), quer se trate de omissões relativas impróprias (exclusão expressa ou duplo tratamento), o alargamento do regime mais favorável surge aqui como uma inevitabilidade constitucional, decorrente do dever de protecção que determina a necessidade de intervenção legislativa.

Não está em causa apenas um problema de reposição da igualdade, que tanto poderia ser resolvido pela extensão do regime mais favorável aos sujeitos ou factos não contemplados, como pela própria eliminação desse regime, como ainda pela emanação de um outro regime legal intermédio. Em questão está, bem entendido, a necessidade de reposição da igualdade sob o influência tutelar de uma imposição de protecção de direitos fundamentais e, portanto, ainda que não ocorra propriamente uma redução a zero da liberdade conformadora do legislador, existe uma clara directriz constitucional que tem de ser seguida[2243]. O efeito aditivo da decisão jurisdicional, seja ele automático – resultando da expansividade de uma norma de natureza geral – ou decretado autonomamente pelo próprio tribunal, seja aquela de garantia ou de prestação, não resulta pois de uma opção discricionária deste, mas impõe-se-lhe *a rime obligate*[2244-2245].

ii) Por sua vez, no que concerne às omissões absolutas, sem prejuízo de a decisão dos casos *sub judice* se revelar porventura menos evidente, nem por isso o poder judicial pode colocar-se numa situação

---

[2240] B. MACHADO, *Introdução*, p. 326. Na mesma linha: C. NEVES, *Metodologia*, p. 253; CANARIS, *Pensamento*, p. 211; invocando o pensamento de Mortati, D. REVORIO, *Las sentencias*, p. 184. Sobre o carácter analógico de todo o método jurídico (muito para lá da mera integração de lacunas): A. CORTÊS, *Jurisprudência*, pp. 63-66; KAUFMANN, *Filosofia*, pp. 217-219.

[2241] C.B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 884 ss..

[2242] J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 398-399; embora em termos bastante mais limitados, R. MEDEIROS, *A decisão*, p. 504.

[2243] Sobre o processo de preenchimento jurisdicional concreto das omissões relativas, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 210 ss..

[2244] A expressão, que fez carreira na doutrina italiana, pertence a CRISAFULLI, *La Corte*, p. 84.

[2245] Quanto às diversas modalidades de decisão aditiva, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 120 ss..

de absoluta impotência frente ao legislador inoperante[2246]. Uma vez verificada em concreto a omissão legislativa, a forma mais comum de colmatar o correspondente vazio normativo – ou, em bom rigor, a falta da disposição legal exigida pela Constituição – passa inevitavelmente pela aplicação directa da norma consagradora do direito fundamental sob ameaça, procurando extrair da sua dimensão de protecção um conteúdo mínimo que seja capaz, consoante as circunstâncias, de alcançar um ou vários dos seguintes objectivos: evitar a ocorrência da lesão; obstar à sua repetição; determinar a sua cessação; reduzir as probabilidades da sua ocorrência futura; limitar o seu potencial lesivo; e, finalmente, proceder a uma justa recomposição da esfera jurídica do titular do direito lesado.

O problema não se coloca aqui com a mesma acuidade que se reconhece nas omissões absolutas por não concretização de normas constitucionais não exequíveis ou programáticas, mormente no âmbito dos direitos sociais[2247]. No campo das omissões absolutas de protecção, as normas constitucionais envolvidas têm, se tomadas como um todo, uma estrutura tendencialmente preceptiva e exequível por si mesma e o nº 1 do artigo 18º fixa-lhes também uma vocação para se aplicarem directamente nos feitos submetidos a julgamento. Tudo parece traduzir-se, portanto, no alargamento dessa estrutura e, sobretudo, dessa vocação a uma dimensão jusfundamental particular, originariamente caracterizada pela necessidade de uma intervenção legislativa protectora. No momento em que as questões chegam aos tribunais, tudo se resumirá, na generalidade dos casos, à articulação de diferentes esferas de liberdade, à resolução de conflitos concretos entre titulares de direitos fundamentais, limitando ou restringindo a posição de uns em nome da protecção devida a outros. Pouco importará ao tribunal se falta no ordenamento um regime jurídico global respeitante à protecção de certo direito fundamental, ou relativo à prevenção ou contenção de certos perigos jusfundamentais. A omissão que interessa ao tribunal, apesar de absoluta, não se confunde com a omissão de uma regulamentação genérica, que deverá preocupar apenas o legislador, ainda que seja esta última que se encontra na origem daquela.

Uma omissão absoluta, relevante para efeitos de fiscalização da constitucionalidade e de preenchimento jurisdicional à luz da Constituição, será, por exemplo: a *ausência de uma norma legal que proteja adequadamente a vida intra-uterina, determinando que a ofensa da mesma constitui facto gerador de uma obrigação de indemnização no âmbito do regime geral da responsabilidade civil*[2248]. Ausência essa que não resulta necessariamente do disposto no artigo 66º da Código Civil, apesar de este negar personalidade jurídica ao nascituro e, portanto, a própria possibilidade de ele assumir a titularidade do direito fundamental à vida. De facto, se é verdade que "não se pode considerar que a interpretação civilista de que o nascituro (…) não é titular de um direito à vida viole o disposto no artigo 24º" da Constituição – na medida em que o reconhecimento desse direito subjectivo não é imprescindível à

[2246] ALEXY, *Teoria*, p. 496.
[2247] Pensando sobretudo nestes casos, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 225 ss..
[2248] Esta situação esteve subjacente às decisões recorridas no Acórdão nº 357/2009, embora o Tribunal Constitucional não tenha apreciado a questão por razões processuais.

mobilização dos pertinentes instrumentos legais de protecção jurídica e, mormente, do instituto responsabilidade civil –, "isso não significa que a recusa em atribuir um direito a indemnização pela morte de um nascituro não infrinja já aquele parâmetro constitucional, por resultar num défice de protecção ao bem vida"[2249]. Do vazio deixado pelo legislador ordinário entre o disposto no artigo 66º, que aponta o nascimento como momento inicial da personalidade jurídica, e o artigo 483º, que define a ilicitude essencialmente como a violação do "direito de outrem" (ou de "interesses alheios), resultou a norma de decisão implícita efectivamente aplicada pelo tribunal como *ratio decidendi* – norma segundo a qual a perda da vida intra-uterina não é indemnizável *a se*. Em vez disso, porém, esse vazio deveria ter sido preenchido, à luz do artigo 24º e da garantia da inviolabilidade da vida humana, por uma norma de protecção efectiva do *bem jurídico vida* nos estágios pré-natais através (das funções preventiva e repressiva) do instituto da responsabilidade civil.

III – Posto isto, considerando a latitude concedida aos tribunais no domínio das omissões relativas ou absolutas de protecção jusfundamental, não parece que haja razões para recear pelo princípio da separação de poderes[2250]. Por um lado, ao contrário do que por vezes é sugerido, "a jurisdição não pode (…) ir além do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente imposto"[2251]. Por outro lado, actuando apenas no caso concreto, decidindo casuisticamente os conflitos *sub judice*, os tribunais comuns respeitam na íntegra a máxima segundo a qual "a divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito, exige da administração da justiça que respeite o primado da criação de normas pelo legislador"[2252-2253]. As decisões dos tribunais que põem cobro a omissões legislativas, em protecção de direitos fundamentais, não impedem sequer o legislador de emanar uma regulamentação nova da matéria em questão, eventualmente em contraste com as soluções alcançadas jurisprudencialmente[2254].

O argumento do primado do legislador na concretização normativa da Constituição prova em demasia, quando aplicado à metódica sugerida para o preenchimento das omissões legislativas de protecção de direitos fundamentais. Por uma banda, em tempos de "revalorização do momento jurisprudencial do direito", não poderá ser aceite como concepção constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes uma qualquer orientação que afaste os tribunais da sua função de garantia efectiva da integridade dos bens jurídicos fundamentais e que os subordine de novo ao

[2249] Da declaração de voto de Cura Mariano, com interessantes considerações sobre o papel da responsabilidade civil como instrumento de protecção jusfundamental e sobre o princípio da proibição de insuficiência. Em sentido concordante, J. MIRANDA, *O Tribunal Constitucional em 2009*, p. 411, oscilando, contudo, entre considerar que no caso se trata de uma inconstitucionalidade por omissão, em que é violado o princípio da suficiência de protecção, ou de uma simples questão de inconstitucionalidade (por acção) de uma interpretação do artigo 66º do Código Civil.
[2250] EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, p. 196.
[2251] É precisamente essa a sugestão de CANARIS, *Direitos*, p. 124.
[2252] LARENZ, *Metodologia*, pp. 455-456.
[2253] Também no sentido que, preenchendo omissões no caso concreto, os juízes não invadem a competência do legislador: N. PICARDI, *Le sentenze*, p. 627; JÜLICHER, *Die Verfassungsbeschwerde*, p. 39.
[2254] N. TROCKER, *Le omissioni*, p. 115.

legislador[2255] – ou, em rigor, os subordine aos silêncios de um legislador relapso, fazendo os direitos fundamentais moverem-se no âmbito das omissões legislativas e não o inverso. Por outra banda, quando levado o argumento até às suas últimas consequências, ele impediria o preenchimento de todos e quaisquer hiatos normativos resultantes da destruição jurisdicional das obras do legislador, provocando, assim, até em sede de fiscalização da constitucionalidade por acção, uma verdadeira situação de *horror vacui*[2256]. Se os tribunais não pudessem preencher os défices de protecção inerentes às omissões legislativas – mesmo considerando que, em tais casos, o legislador democrático nunca manifestou a sua vontade –, forçoso seria também reconhecer que, sempre que o legislador já tivesse tomado posição, os espaços em branco deixados pelas decisões de inconstitucionalidade (por acção) deveriam ser também, por maioria de razão, insupríveis pelos tribunais comuns. De resto, sabendo-se de antemão que todas as decisões de inconstitucionalidade têm como consequência a produção, com maior ou menor intensidade, de efeitos jurídicos inovadores – inclusive de efeitos normativos[2257] –, que sentido faria, para preservar um entendimento peculiar do princípio da separação de poderes, condenar o desenvolvimento autónomo da função de protecção jusfundamental dos tribunais, quando isso acabaria por comprometer o próprio princípio da prevalência da Constituição?[2258]

14.2.3. Responsabilidade civil por omissão legislativa

Ao contrário que sucede em outras ordens jurídicas, a figura da responsabilidade civil do Estado-legislador alcançou amplo acolhimento na doutrina portuguesa[2259]. Dada a formulação abrangente do artigo 22º da Constituição, esse acolhimento é aliás extensivo à responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional e, inclusivamente, àquelas omissões decorrentes da violação de deveres do legislador de protecção de direitos fundamentais[2260]. Sem surpresa, a jurisprudência veio a aceitar as conclusões doutrinais em várias das suas decisões, das quais se destaca claramente a decisão do celebérrimo "caso Aquaparque"[2261]. Por sua vez, a Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime vigente da responsabilidade civil extracontratual do Estado, veio consagrar expressamente, no seu artigo 15º, que "o Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político legislativa,

---

[2255] N. PICARDI, *Le sentenze*, p. 599; sobre o direito judicial, A. CORTÊS, *Jurisprudência*, pp. 120-122.
[2256] ZAGREBELSKY, *Objet*, p. 327; F. MODUGNO, *La Corte*, p. 570.
[2257] MORTATI, *Appunti*, p. 946; OBERNDORFER, *A justiça*, p. 157; SCHNEIDER, *Rechtsschutz*, pp. 45 ss..
[2258] F. PIOVESAN, *Proteção*, p. 108.
[2259] Numa análise (pioneira e) abrangente, R. MEDEIROS, *Ensaio*, esp. pp. 85 ss., e pp. 165 ss.; com indicações bibliográficas exaustivas, *Anotação ao artigo 22º*, pp. 468 ss.. Como única voz discordante de relevo, M.L. AMARAL, *Responsabilidade*, esp. pp. 397 ss., e pp. 633 ss..
[2260] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 289; contra, embora de modo inconsistente, M.I. COSTA, *Responsabilidade*, pp. 161 ss..
[2261] Espelhando a controvérsia doutrinal sobre este caso: D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, pp. 299 ss.; novamente contra, M.L. AMARAL, *Dever*, pp. 67 ss.; também contra, embora não como posição de princípio, G. CANOTILHO, *Anotação ao Acórdão da Relação de 7 de Maio de 2002*, pp. 202 ss..

pratiquem, em desconformidade com a Constituição (…)"[2262]. Tanto deveria ser suficiente para fechar de imediato este tópico sobre a responsabilidade civil do legislador por violação dos seus deveres de protecção.

I – Lamentavelmente, porém, a referida lei revela-se claramente assimétrica, uma vez que o agravamento das exigências dirigidas às funções administrativa e jurisdicional (em comparação com o regime anterior) contrasta de forma gritante com o tratamento demasiado benévolo que é concedido à função legislativa. Ou não fosse ela obra do próprio legislador, a responsabilidade deste surge aí rodeada de mil e uma cautelas:

a) Só há responsabilidade por "danos anormais", conceito que, sendo herdado do vetusto artigo 8º do Decreto-Lei nº 48.051, só se aplica agora ao legislador e à responsabilidade pelo sacrifício (nº 1 e 3 do artigo 15º e artigo 16º).

b) O legislador procurou defender-se dos tribunais comuns, forçando um recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional (nº 2 do 15º), que não caberia nos termos gerais do sistema de fiscalização da constitucionalidade (e que, aliás, se afigura de duvidosa constitucionalidade formal, dado que qualquer alteração à Lei do Tribunal Constitucional carece de aprovação sob a forma de lei orgânica). Nas acções de responsabilidade não há, verdadeiramente, uma decisão de recusa de aplicação de uma norma legal com fundamento na sua inconstitucionalidade (ou, bem entendido, uma decisão de aplicação, apesar de a inconstitucionalidade ter sido suscitada durante o processo)[2263-2264]. Como o próprio preceito legal refere, o que ocorrerá em regra é apenas uma decisão "que se pronuncie sobre a (in)constitucionalidade" de uma norma contida num acto legislativo, sendo que essa decisão tanto pode ter, como pode não ter, influência determinante na decisão do pedido, desde logo porque nem sempre à inconstitucionalidade vem a corresponder ilicitude. A norma inconstitucional pode até ter sido efectivamente desaplicada num processo anterior – sem que essa desaplicação, confirmada pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, tenha sido suficiente para remover todos os prejuízos causados –, assim como a acção de responsabilidade pode inclusivamente fundar-se numa inconstitucionalidade já declarada com força obrigatória geral[2265-2266].

[2262] Para uma anotação sistemática a este artigo: C. CADILHA, *Regime*, pp. 296 ss.; J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 15º*, no prelo.

[2263] M.L. AMARAL, *Responsabilidade do Estado-legislador*, pp. 17-19, sobre as consequências (perturbadoras) da responsabilidade do legislador no funcionamento do sistema de controlo da constitucionalidade.

[2264] Daí a ideia de *equivalência* que surge no texto da lei: "a decisão (…) equivale, para todos os efeitos legais, a decisão".

[2265] C. CADILHA, *Regime*, pp. 335-336, defendendo, no primeiro caso, a necessidade de subir segunda vez ao Tribunal Constitucional (dado que a decisão anterior só faz caso julgado no respectivo processo), e a inexistência de recurso, no segundo caso.

c) No que toca aos pressupostos da responsabilidade do legislador, o nº 4 do artigo 15º afasta os princípios fixados em matéria de ilicitude e culpa pelos artigos 9º e 10º, ao mesmo tempo que procura exigir uma *ilicitude qualificada* e uma *culpa entendida em termos subjectivos*. Portanto, mesmo que o Tribunal Constitucional decrete a inconstitucionalidade da lei, em sede de recurso, o tribunal da causa fica habilitado a exonerar o legislador de responsabilidade com base num de três argumentos: por imprecisão ou obscuridade da norma constitucional violada; por a inconstitucionalidade ser meramente orgânica ou formal; por o legislador se ter em concreto esforçado – por ter feito diligências – para evitar a situação de ilicitude, ainda que sem quaisquer resultados.

d) No nº 6 do artigo 15º, abre-se a possibilidade de fixar equitativamente a indemnização, abaixo dos prejuízos efectivamente sofridos pelos lesados – procurando-se estabelecer um paralelo, que não é real, com a faculdade que a Constituição prevê no nº 4 do artigo 282º de fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o normal – sendo certo que este preceito não autoriza sequer o Tribunal Constitucional a limitar o eventual efeito da inconstitucionalidade que se traduz na *responsabilidade do legislador*[2267].

e) Em flagrante contraste com o regime estabelecido para as outras funções do Estado, em que o direito de regresso ganha foros de imperatividade, o legislador mantém intocada a tradicional doutrina de exclusão absoluta do direito de regresso no domínio da responsabilidade pelo exercício da função legislativa[2268]. Tal questão não foi sequer equacionada. É certo que o nº 1 do artigo 157º da Constituição dispõe que *"os deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções"*. Mas daí não decorre necessariamente a proibição total do direito de regresso, desde logo porque este preceito constitui uma evidente derrogação ao princípio geral do nº 1 do artigo 117º, segundo o qual *"os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções*[2269]. Por isso, aquele preceito não justifica a plena equiparação dos legisladores governamentais aos membros do Parlamento[2270]. Depois, ainda que se considere que a regra da irresponsabilidade dos deputados tem natureza perpétua – visando garantir em

---

[2266] Não obstante, o Acórdão nº 134/2010 (responsabilidade do Estado pela criação ilegal de um município) decidiu (incidentalmente) no sentido da não inconstitucionalidade do nº 2 do artigo 15º e da admissibilidade *de jure condito* do recurso de constitucionalidade nele previsto. Em sentido algo divergente, manifestou-se Maria Lúcia Amaral: apesar de considerar o recurso justificável, nega que exista "equivalência de natureza ou de substância" entre as decisões judiciais de recusa de aplicação e as decisões judiciais condenatórias do Estado por acto legislativo ilícito.

[2267] Em sentido diferente, R. MEDEIROS, *Ensaio*, p. 160.

[2268] Notando também a não previsão de direito de regresso contra titulares de cargos políticos, C. CADILHA, *Regime*, pp. 297-298.

[2269] Falando mesmo em auto-ruptura constitucional: C.A. GOMES, *As imunidades*, p. 35 e p. 75; J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 157º*, p. 478.

[2270] Notando o contraste de regimes, J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 399.

termos objectivos as condições necessárias ao exercício do mandato, através da garantia das liberdades de voto e de expressão, ela acompanha o deputado até ao fim da vida[2271] –, é sabido também que essa mesma irresponsabilidade só respeita a "votos e opiniões" e, sobretudo, desde que estes possam ser considerados *actos funcionais* dos parlamentares: actos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício[2272]. Assim, em caso de conduta claramente não funcional de algum ou alguns dos deputados, que com dolo ou culpa grave participaram de modo activo no processo de feitura de uma lei que se vem a revelar inconstitucional, não parece aceitável que a irresponsabilidade civil dos deputados perante terceiros tenha de ser acompanhada também da inexistência do direito de regresso do Estado condenado ao pagamento de uma indemnização[2273] – sobretudo, quando aquela participação no processo legislativo envolver a prática de um crime[2274-2275].

Estas cautelas dizem bem da postura adoptada pelo legislador na regulação da sua própria responsabilidade. É significativo que o Presidente da República, na mensagem que acompanhou o veto da primeira versão aprovada do diploma em causa – o decreto nº 150/X –, tenha apontado críticas às soluções aplicáveis à responsabilidade das três funções do Estado, considerando-as todas demasiado generosas para com os lesados – com consequências para o equilíbrio das finanças públicas –, e o Parlamento, em resposta a esse veto, tenha deixado cair apenas mais um segmento da responsabilidade do legislador, suavizando-a ainda mais um pouco.

II – Seja como for, a mais séria das críticas que impende sobre o regime aprovado pela Lei nº 67/2007 – e a única que aqui é decisiva – não é nenhuma das acima apontadas, mas a de que *a responsabilidade por omissões legislativas ficou reduzida apenas a uma possibilidade puramente formal*. Da simples conjugação dos nºs 3 e 5 do artigo 15º, conclui-se que, de todas as funções do Estado, a legislativa é a única em que na prática não há responsabilidade por omissão.

De um lado, o nº 3 do artigo 15º da lei em análise abrange tão-somente uma das várias modalidades de inconstitucionalidade por omissão que resultam de uma interpretação consistente da Lei Fundamental, sendo que tal modalidade – respeitante à não concretização legislativa de normas

[2271] C.A. GOMES, *As imunidades*, pp. 49-50, e p. 124; J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 157º*, pp. 478-479; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, II, p. 273.
[2272] G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, II, pp. 273-274; C.A. GOMES, *As imunidades*, pp. 74 ss.. No sentido da interpretação extensiva da expressão "votos e opiniões", J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 157º*, p. 478.
[2273] A regra da irresponsabilidade dos juízes, que tem uma tradição tão longa quanto a da irresponsabilidade dos deputados, também não impediu a previsão do direito de regresso em caso de dolo ou culpa grave – nº 1 e 2 do artigo 14º.
[2274] O nº 1 do artigo 157º não impediu que a lei dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos – a Lei nº 34/87, de 16 de Junho – incluísse os próprios deputados. Essa lei, que a Constituição manda expressamente elaborar no nº 3 do artigo 117º, prevê nos seus artigos 45º e 46º que: *a)* é aplicável a lei civil à indemnização pelos danos emergentes dos crimes de responsabilidade cometidos pelos titulares de cargos políticos; *b)* o Estado responde solidariamente perante os lesados e tem direito de regresso contra o titular do cargo político; *c)* a absolvição pelo tribunal criminal não extingue o dever de indemnizar conexo com a responsabilidade criminal.
[2275] C.A. GOMES, *As imunidades*, pp. 40-41.

constitucionais não exequíveis (ou programáticas) – está longe de ser a mais relevante do ponto de vista da tutela efectiva dos direitos dos cidadãos. Não era todavia assim na versão inicial do projecto legislativo que lhe deu origem. Porém, logo na passagem da proposta de lei nº 56/X para o decreto nº 150/X, caiu a então parte final do nº 3 do artigo 15º, onde se estatuía que o Estado seria responsável também pelos danos resultantes *"da evidente violação do dever de protecção de direitos fundamentais"*. Depois, do decreto nº 150/X para o decreto nº 171/X, na sequência do veto presidencial, caíram ainda do texto legal as omissões por não concretização legislativa de normas de direito internacional, de direito da União Europeia e de leis de valor reforçado.

Para o que agora interessa, o legislador intentou, portanto, de forma deliberada, eximir-se a uma importante parcela da sua responsabilidade, de modo a precaver-se contra a repetição de decisões judiciais de condenação como a que ocorreu no "caso Aquaparque" – sem que, diga-se *a latere*, tenha sido necessário sequer passar pelo crivo do Tribunal Constitucional. Na decisão condenatória referida, deu-se por provado que o Governo, apesar de ter conhecimento da ocorrência de sucessivos acidentes graves nos estabelecimentos de diversão aquática, muito frequentados por crianças, optou por deixar na gaveta, por várias vezes, projectos legislativos com *regras de segurança* específicas para aquele mesmo tipo de equipamentos de uso público. Se algum pecado contém tal decisão não foi certamente o de ter condenado o Estado, mas apenas o de ter assacado exclusivamente ao legislador uma responsabilidade que, porventura, seria partilhada com as instâncias administrativas de licenciamento e de fiscalização – mesmo considerando que estas não dispunham dos instrumentos normativos ideais para guiar a sua actuação[2276]. Todavia, independentemente da justeza da decisão em causa, foi desde cedo notória a preocupação do poder político em evitar que a jurisprudência em causa se consolidasse – em especial, através de uma decisão dos tribunais superiores –, pelo que, na primeira ocasião, o legislador aproveitou para atar as mãos aos juízes, preservando ao mesmo tempo um modo tradicionalmente displicente de uso das competências legislativas, mais marcado pelas agendas políticas do que propriamente pelas vinculações constitucionais.

De outro lado, o já escasso conteúdo do nº 3 do artigo 15º é absolutamente esvaziado pelo nº 5, onde se prescreve que *"a constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional"*. Do que se trata agora é de condicionar qualquer sentença favorável dos tribunais comuns a uma decisão do órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade, tirada ao abrigo do processo regido pelo artigo 283º. Simplesmente, o legislador não podia ignorar que os particulares lesados nos seus direitos fundamentais por omissões legislativas, sejam elas de que natureza forem, não têm qualquer via jurisdicional de acesso a esta forma processual *sui generis*, podendo apenas depositar as suas esperanças em vias graciosas, junto dos poucos órgãos públicos dotados de legitimidade e, especialmente, junto do Provedor de Justiça. A responsabilidade por omissão

[2276] Sobre esta decisão, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 302-305.

legislativa fica dependente de um factor absolutamente aleatório: que um dos órgãos do poder público com legitimidade processual tenha desencadeado um processo de verificação ao abrigo do artigo 283º. Nem mesmo quem defende "a ausência de um sistema *ex professo* de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão" pode deixar de reconhecer que isso "não impede o reconhecimento jurisdicional da omissão pressuposto da responsabilidade"[2277]. Para mais, desde 1982 até hoje, o Tribunal Constitucional só por sete vezes foi convocado a decidir processos destes e apenas em três deu por verificada a existência de uma inconstitucionalidade por omissão[2278]. Nestes termos, a probabilidade de um particular lesado nos seus direitos fundamentais conseguir obter uma indemnização do Estado por omissão legislativa é praticamente nula.

O panorama desolador que acaba de se descrever não pode, todavia, conduzir à conclusão de que não há na ordem jurídica portuguesa responsabilidade por omissão legislativa ou – o que é praticamente a mesma coisa – de que ela só existe nos exactos termos definidos pela letra do artigo 15º do regime aprovado pela Lei 67/2007. O nº 5 do artigo 15º é aliás flagrantemente inconstitucional[2279]. Tal como há muito foi sublinhado no Acórdão nº 238/97, é incompatível com a Lei Fundamental – por violação do direito de acesso aos tribunais, consignado no nº 1 do artigo 20º, e da correspondência necessária entre direito e acção – qualquer entendimento que remeta para o próprio Tribunal Constitucional (ou para o processo do artigo 283º) a resolução de litígios respeitantes à responsabilidade por omissões legislativas[2280]. Quanto ao nº 3, ele só não é também inconstitucional porque, ao contrário do que poderia ser sugerido pelos respectivos trabalhos preparatórios, não deve ser interpretado no sentido de excluir todas e quaisquer outras formas de responsabilidade por omissão, para além daquela que lá se encontra prevista. Por certo, sob pena de violação do direito da União, não pode querer significar que o Estado deixa de ser civilmente responsável perante os seus cidadãos pela não transposição (ou não transposição atempada) de actos jurídicos europeus[2281]. Da mesma forma que não pode deduzir-se dele que os danos sofridos pelos cidadãos decorrentes da violação pelo legislador de deveres estaduais de protecção não são, pura e simplesmente, indemnizáveis.

[2277] J. MIRANDA, *Intervenção*, p. 190; e *Manual*, IV, p. 402.

[2278] Acórdãos nº 182/89 (dados pessoais informatizados), nº 276/89 (responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos), nº 36/90 (consultas directas aos cidadãos eleitores), nº 359/91 (uniões de facto com filhos menores), nº 638/95 (direito de acção popular), nº 424/2001 (grupos de cidadãos eleitores), nº 474/2002 (subsídio de desemprego).

[2279] R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 22º*, p. 481, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 868-869, e *Intervenção*, pp. 201-202, no sentido de que (também) seria inconstitucional uma lei que condicionasse a responsabilidade do legislador a uma prévia declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Diferentemente, considerando o preceito legal como uma consequência do monopólio do Tribunal Constitucional em matéria de fiscalização das omissões legislativas, M.L. AMARAL, *Responsabilidade por danos*, pp. 43-44; M.B. CÂMARA, *A acção*, pp. 98 ss., e pp. 121 ss..

[2280] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 305-308.

[2281] C. CADILHA, *Regime*, p. 342.

III – O regime do artigo 15º apenas prova que não é possível confiar inteiramente ao legislador ordinário a feitura da disciplina material da sua própria responsabilidade[2282]. Desde sempre se sabe que, "limitação que a si própria se oferece, não é limitação"[2283]. Por isso, "«responsabilidade» que possa ser afastada por simples expressão da vontade do ente «responsável» não é «responsabilidade»", mas sim um "*poder* ou *faculdade*, que se traduzirá na decisão livre de *querer ou não querer indemnizar* o prejuízo que se causou"[2284]. E, igualmente por isso, qualquer interpretação do artigo 22º tem de ter em conta, no tocante à responsabilidade do legislador, que "um regime de responsabilidade digno desse nome pressupõe que o autor do dano não se pode subtrair à obrigação de indemnizar o lesado"[2285].

Outra coisa não resulta de uma exegese atenta da Constituição, a começar pelo artigo 22º, que só pode ser verdadeiramente compreendido se for tomado em toda a sua complexidade estrutural. Comportando ele uma diversidade de segmentos normativos principais – pelo menos um por cada uma das três principais funções do Estado que abarca –, a sua interpretação tem de ser feita em separado, considerando numa perspectiva sistemática a natureza e o regime constitucional do poder estadual que estiver em causa. Designadamente, no que respeita à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, o artigo 22º tem de ser lido em conjugação com a alínea *s)* do nº 1 do artigo 165º e com o artigo 271º, ao passo que relativamente à função jurisdicional deve antes ser articulado com o nº 4 do artigo 20º, o nº 5 do artigo 27º, o nº 6 do artigo 29º, e ainda o nº 2 do artigo 216º. Por sua vez, no que toca à função legislativa há um dado que condiciona de forma absolutamente radical o regime da respectiva responsabilidade e que a distingue, de forma muito marcante, das outras funções estaduais: a função legislativa tem natureza *primária*, enquanto as outras são funções *secundárias* e, por essa razão, subordinam-se tanto à Constituição quanto também à lei ordinária – conforme dispõem o artigo 203º e o nº 2 do artigo 266º. Pode, assim, exigir-se ao legislador ordinário que discipline a responsabilidade civil do Estado pelo exercício das funções administrativa e jurisdicional, mas o mesmo já não se pode dizer da responsabilidade pelo exercício da própria função legislativa. Pelo contrário, remeter para o legislador ordinário a fixação dos pressupostos da sua própria responsabilidade redundaria numa situação paradoxal, em que o ente responsável poderia legitimamente estabelecer, de forma genérica ou casuística, a medida da sua própria obrigação, podendo inclusive, se assim o desejasse, isentar-se por completo de quaisquer deveres indemnizatórios.

Esta mesma ideia é confirmada por uma leitura sistemática dos preceitos constitucionais respeitante à responsabilidade dos diferentes poderes públicos. Seguramente que nenhum argumento decisivo se pode retirar do simples facto de o artigo 22º não fazer qualquer remissão para a lei. Contudo, bem mais significativo é o contraste com os preceitos que versam especificamente sobre a

[2282] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 310-313.
[2283] J.M.COLAÇO, *Ensaio*, p. 83.
[2284] M.L. AMARAL, *Responsabilidade*, p. 104.
[2285] R. MEDEIROS, *Ensaio*, p. 37.

responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e sobre a responsabilidade da Administração, uma vez que todos eles fazem expressa remissão para lei concretizadora. É o que sucede em relação à função administrativa, em que, além da remissão para a lei constante do nº 4 do artigo 271º, a Constituição integra na reserva relativa de competência da Assembleia da República todo o regime da "responsabilidade civil da Administração" (alínea *s)* do nº 1 do artigo 165º). O mesmo se verifica, quanto à função jurisdicional, com o nº 5 do artigo 27º e com o nº 6 do artigo 29º, os quais remetem a concretização dos direitos a indemnização neles consagrados para os "termos" e "condições" que a lei prescrever. Esta diferença de postura do legislador constituinte só pode compreender-se a partir da diferente natureza da função legislativa, por um lado, e das funções jurisdicional e administrativa, por outro lado. Quer dizer, só o regime de responsabilidade do Estado pelo exercício de funções subordinadas à lei pode ser constitutivamente disciplinado pelo legislador. Não assim o regime substantivo da responsabilidade pelo exercício da própria função legislativa.

Desta forma, o artigo 22º, no seu segmento relativo à responsabilidade do legislador, por acções e omissões, sempre foi e continua a ser, não apenas uma norma preceptiva exequível por si mesma, mas também uma norma imediatamente aplicável[2286]. Os pressupostos da responsabilidade civil do legislador hão-de estar sempre suficientemente definidos ao nível das opções constitucionais, sendo complementados quando necessário pelas traves mestras do instituto da responsabilidade civil e, naturalmente, concretizados pela jurisprudência. Para a lei ordinária, o artigo 22º deixa apenas o acessório, como sucede com a tarefa de definir os tribunais competentes para conhecer das acções de responsabilidade civil por acção ou omissão do legislador ou estabelecer outras regras processuais – tarefas essas que, como se sabe, mesmo antes desta Lei nº 67/2007, já estavam cumpridas pelo ETAF (artigo 4º, nº 1, al. *g)*) e pelo CPTA (artigos 37º, nº 2, *f)* e *g)*). Numa palavra, a responsabilidade civil do legislador continua a assentar, como antes da Lei nº 67/2007, em três pilares: na Constituição, nos princípios enformadores do instituto da responsabilidade civil, e na prudência (e criatividade) dos tribunais comuns.

14.3. Tribunal Constitucional

Os deveres estaduais de protecção de direitos fundamentais têm uma muito significativa presença na jurisprudência do Tribunal Constitucional[2287] – tanto no seu sentido mais preciso, que aqui vem sendo utilizado, quanto num sentido mais amplo, abrangente da protecção jusfundamental através de regras organização, procedimento e processo, e mesmo da protecção associada a vertentes prestacionais de alguns dos direitos consagrados constitucionalmente. Além disso, é de assinalar que o Tribunal

[2286] No entanto, reduzindo-o contra-corrente a uma mera *garantia de instituto*, o Acórdão nº 185/2010 (indemnização por prisão preventiva).
[2287] J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 344-346.

Constitucional tem ao seu dispor um conjunto de instrumentos decisórios que – embora nem sempre sejam pacificamente aceites – lhe permitem desencadear um controlo efectivo das omissões legislativas de protecção jusfundamental.

14.3.1. Jurisprudência

Recordem-se, antes de mais, as decisões do Tribunal Constitucional sobre a interrupção voluntária da gravidez, onde a ideia de um dever estadual de protecção de direitos fundamentais surgiu formulada pela primeira vez. Assim:

a) Logo numa das declarações de voto do Acórdão nº 25/84 (Aborto I), pode ler-se que, a par do dever de abstenção do Estado em face do direito à vida, se perfila "uma vertente ou dimensão *positiva* da protecção constitucional, que se traduz na obrigação para o Estado de adoptar procedimentos e tomar medidas que salvaguardem a possibilidade de cada homem viver a sua vida (…). E isto que se diz relativamente à vida, dir-se-á também, naturalmente, para a generalidade dos direitos e valores fundamentais. Entre tais procedimentos conta-se, evidentemente – e logo em primeiro lugar –, o de conformação do ordenamento jurídico (…) a esses valores constitucionais, de modo a que (…) a sua tutela fique assegurada não só em relação ao Estado mas em relação a terceiros"[2288].

b) No Acórdão nº 85/85 (Aborto II), o dever de protecção surge já afirmado na fundamentação da própria decisão: "os bens ou valores constitucionalmente protegidos (…) exigem do Estado (a começar pelo legislador) pelo menos duas coisas: *a)* que ele mesmo não atente contra eles; *b)* que os proteja dos atentados de outrem. Enquanto bem constitucionalmente protegido, também a vida intra-uterina reclama portanto a protecção do Estado. Todavia, entre afirmar isso e sustentar que essa protecção tem de revestir, por força da Constituição, *natureza penal* (…) vai uma grande distância".

c) A mesma linha argumentativa, que reconhece a vinculação do legislador a adoptar medidas de protecção, mas lhe concede ao mesmo tempo liberdade para escolher vias não penais, é depois desenvolvida no Acórdão nº 288/98 (Aborto III) e no Acórdão nº 617/2006 (Aborto IV), embora em ambas as decisões várias opiniões dissonantes tenham defendido que o regime projectado de protecção não penal era claramente insuficiente, violando o princípio da proibição de défice[2289].

d) Por último, o dever de protecção de direitos fundamentais, em associação com o princípio constitucional da proibição de défice, volve-se na questão central do Acórdão nº 75/2010 (Aborto V), onde ficou decidido que o sistema de aconselhamento da mulher grávida instituído pelo legislador, na sequência do referendo realizado, não viola o dever de

[2288] Declaração de voto de Cardoso da Costa.
[2289] Em especial, declaração de voto de Paulo Mota Pinto.

protecção que impende sobre o legislador. Considerando que "o cumprimento dos deveres de protecção está sujeito a limites fácticos e jurídicos", o Tribunal entendeu que a solução encontrada pelo legislador se situa no respectivo "espaço de livre conformação", limitado inferiormente pela proibição de insuficiência e superiormente pelo princípio da proporcionalidade.

Também fora desta jurisprudência sobre o direito à vida, encontram-se referências importantes aos deveres de protecção jusfundamental em várias outras decisões do Tribunal Constitucional. Nomeadamente:

e) No Acórdão nº 574/98, ainda que algo acidentalmente – uma vez que em discussão estava um problema de sucessão de leis processuais –, o Tribunal Constitucional sustentou a existência, não apenas de um dever estadual de protecção, mas de um direito dos cidadãos a essa mesma protecção: "de facto, o nº 1 do artigo 27º garante não só o direito à liberdade como também a segurança pessoal, isto é, o exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças a agressões (…), concretizado num direito subjectivo à segurança (direito de defesa), por um lado, e por outro, no direito à protecção contra ameaças ou agressões de outrem"[2290].

f) No Acórdão nº 683/99, defendeu-se que a norma do artigo 53º da Lei Fundamental, enquanto "contém um «imperativo de tutela» (*Schutzgebot* – e não apenas um direito de defesa) (…) impõe ao Estado um dever de protecção da segurança no emprego, a satisfazer (…) com a publicação de legislação", embora daí não decorra a necessidade de conversão dos contratos de trabalho a termo celebrados com Estado em contratos por tempo indeterminado, em moldes idênticos aos previstos no regime geral da legislação laboral[2291].

g) Já no Acórdão nº 254/2002, sobre o Conselho de Opinião da RTP, entendeu-se que a redução das competências daquele órgão consultivo então operada pelo legislador conduzia a uma situação de protecção manifestamente insuficiente da independência dos meios de comunicação social do sector público em face do poder político.

h) A propósito da necessidade de serviços mínimos em caso de greve, sustentou-se no Acórdão nº 199/2005 que, sobretudo a respeito dos direitos à vida, à saúde, à segurança e à integridade física, o Estado é responsável pela criação de organizações, procedimentos e processos indispensáveis à garantia e protecção dos direitos fundamentais, conformando as regulações jurídicas de modo a evitar o perigo da sua violação.

i) Por sua vez, no Acórdão nº 423/2008, concluiu-se, a respeito do regime jurídico do tabaco, que o direito à protecção da saúde, apesar da sua localização sistemática no texto constitucional, extravasa a sua dimensão positiva (de direito social) para "assumir uma

[2290] Sustenta-se o Tribunal em G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 478-479.
[2291] No mesmo sentido, Acórdãos nº 368/2000 e nº 155/2004.

dimensão negativa de proibição de condutas de terceiros lesivas do bem jurídico saúde", mas cujo respeito também ao Estado cumpre assegurar.

j) No Acórdão nº 569/2008, a constitucionalidade do sistema vinculístico que caracteriza o regime do arrendamento urbano é analisada à luz do "direito à protecção da família", do "direito à protecção da saúde" e da incumbência do Estado em "proteger especialmente os cidadãos portadores de deficiência", tendo-se no entanto decidido pela inexistência de um "*dever constitucional*, oponível ao legislador", de limitar (ainda mais) o direito de denúncia do contrato por parte do senhorio.

k) No Acórdão nº 101/2009, sobre procriação medicamente assistida, para além da ampla discussão acerca da medida e dos limites à protecção dos embriões humanos, o Tribunal decidiu que, não podendo certo preceito legal ser entendido como não punindo "situações de clonagem reprodutiva", nem por isso ele consubstancia uma "violação do dever estadual de protecção da identidade genética do ser humano imposto pelo artigo 26º, nº 3, da Constituição".

l) Mais recentemente, em declaração de voto aposta ao Acórdão nº 357/2009, ressurgiu a questão da protecção legalmente devida à vida intra-uterina, agora em sede de responsabilidade civil, considerando-se que "a recusa em atribuir um direito de indemnização pela morte de um nascituro" infringe o nº 1 do artigo 24º, "por resultar num défice de protecção ao bem vida"[2292].

m) Por seu turno, o Acórdão nº 166/2010 – apesar de centrar a sua análise no princípio da proibição de insuficiência – não deixa de se destacar pela afirmação clara de um dever de protecção de direitos patrimoniais. Segundo o Tribunal, "é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adopte medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um *dever de legislar* em ordem a essa protecção ou realização". E, no caso, conclui que "o legislador que conformou as normas [do processo de execução fiscal] não conferiu às posições jurídicas tuteladas [isto é, ao direito dos credores comuns à satisfação dos seus créditos] a protecção eficiente que poderia ter conferido".

n) Já no Acórdão nº 181/2010, sobre responsabilidade civil do Estado por decisão judicial que decrete a prisão preventiva, afirma-se que "o controlo sobre o modo como o legislador ordinário cumpriu os seus deveres de protecção de bens jurídicos tutelados constitucionalmente, ainda que com restrição de direitos, liberdades e garantias individuais, não pode ter como consequência ser o poder judicial a proceder a avaliações sobre factos, a

[2292] Declaração de João Cura Mariano. Aprofundando a questão, C. MARIANO, *A indemnização*, pp. 93 ss..

efectuar ponderações entre bens e a formular juízos de prognose que integram, na sua essência, a função legislativa do Estado".

o) Também nos Acórdãos nº 269/2010 e nº 270/2010 foi decidida a questão se saber se, "relativamente à violação de normas consagradoras de direitos dos trabalhadores a que, num momento anterior, tenha sido conferida tutela através da sanção contraordenacional, o legislador pode «despenalizar» a conduta infractora, deixando de prevê-la como ilícito de mera ordenação social". A resposta foi em concreto positiva, atendendo a que, "quando se trate de conteúdos de protecção constitucionalmente necessários (…), só pode falar-se de «deficit» de protecção censurável pelo juiz constitucional perante a patente ou indiscutível insuficiência das medidas normativas adoptadas".

p) No Acórdão nº 400/2011, o Tribunal afirmou que no regime do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores "se entrecruzam dois tipos de responsabilidade ou deveres de protecção, cada um com a sua lógica própria". Quer dizer: um dever de protecção das crianças em face dos perigos a que, dada a sua natural fragilidade, elas se encontram sujeitas – ainda que as agressões, por acção ou por omissão, provenham dos próprios progenitores –; e um dever de protecção através de prestações de natureza social, que consubstanciam um verdadeiro direito social, cujo conteúdo há-de ser, pelo menos, "determinável no seu conteúdo mínimo".

q) Por fim, num contexto social em que se vulgariza a comercialização (na *internet* e nas *smart shops* ou *head shops*) de múltiplas substâncias psicoactivas não expressamente proibidas – denominadas por vezes *euforizantes legais* –, embora com consequências igualmente gravosas para a saúde dos consumidores, o Tribunal sustentou, no seu Acórdão nº 397/2012, que o diploma apreciado "inscreve-se na tutela geral do bem jurídico *saúde pública*, perante a danosidade social representada pelo consumo de «substâncias psicoactivas», referidas como responsáveis por «danos irreversíveis para a saúde física e mental dos indivíduo»". No que respeita à natureza dos instrumentos de protecção – depois de compulsar o ordenamento jurídico nacional e, designadamente, os regimes do álcool e do tabaco –, o Tribunal reconheceu que "a opção pelo recurso ao direito penal ou ao direito de mera ordenação social depende do tipo de substância cujo consumo se visa impedir, tendo em conta não apenas o grau de danosidade para a saúde humana, mas também a divulgação e aceitação social do seu consumo". Concluiu assim que o ritmo a que vão surgindo novas substâncias não apenas dificulta muito o seu controlo, como se projecta também no plano dos meios utilizados para o efeito, nomeadamente: "a legislação apenas pode reagir à medida em que elas vão surgindo e vão sendo identificadas e classificadas como perigosas"; o modelo a seguir não tem, todavia, de "corresponder ao actual método de pré-elaboração de tabelas, contendo uma enunciação individualizada das substâncias proibidas"; mas tem, em

contrapartida, de respeitar a exigência constitucional de um "mínimo de determinabilidade das normas que tipificam as condutas proibidas".

Afigura-se evidente, portanto, a ampla aceitação que a figura tem alcançado junto do órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade[2293]. Facto que não invalida que este use de grande (ou até excessiva) parcimónia no momento de declarar violado um dever de protecção, justificada em nome da liberdade de conformação do legislador, que por regra legitimará níveis bastante reduzidos de tutela legal. Diante da manifesta impossibilidade de efectuar uma análise crítica de todos as decisões citadas – no que, aliás, apenas se repetiria muito do que foi sendo dito ao longo desta narrativa –, sublinha-se apenas o facto de na jurisprudência citada se encontrarem presentes muitos dos *tópicos* mais relevantes (e problemáticos) da figura dos deveres de protecção. Em especial:

a) A natureza legislativamente mediatizada dos deveres de protecção;
b) A existência de uma liberdade de conformação do legislador no que respeita ao seu cumprimento;
c) A distinção entre protecção de direitos fundamentais e a respectiva protecção penal;
d) A subsidiariedade da tutela penal relativamente aos meios menos agressivos;
e) O princípio da proibição de défice;
f) A existência de um espaço de manobra entre um mínimo e um máximo de protecção;
g) O controlo de evidência;
h) A violação dos imperativos de tutela apenas nos casos de omissão total ou de completa inadequação dos meios de protecção utilizados;
i) O entrosamento entre os deveres de protecção propriamente ditos e algumas tarefas positivas do Estado no domínio dos direitos sociais.

14.3.2. Processos e instrumentos decisórios

Mais que dar eco a esta forte projecção da figura na jurisprudência constitucional, impõe-se uma indicação sumária das *vias processuais* e das *modalidades decisórias* ao alcance do Tribunal Constitucional para apreciar o cumprimento por parte do legislador dos seus deveres de protecção, bem como, ao mesmo tempo, para que ele próprio preste homenagem – como parte da função jurisdicional – à sua vinculação imediata aos direitos fundamentais. Assim, se quanto às primeiras o Tribunal Constitucional tanto pode ser chamado a decidir no processo de fiscalização por *omissão* como nos

[2293] Para outras referências menos significativas: Acórdão nº 289/2005 (dever de protecção do artigo 14º); Acórdãos nº 631/2005, nº 52/2007, e nº 309/2009 (protecção especial de crianças e jovens); Acórdãos nº 599/2004, nº 109/2007 e nº 336/2007 (protecção do trabalhador em caso de acidente); Acórdão nº 226/2008 (tutela penal da propriedade); Acórdão nº 428/2008 (dever de protecção do segredo de justiça).

processos de fiscalização por *acção*, já no que toca às segundas os juízes do Palácio Ratton tanto podem lançar mão de *decisões aditivas de princípio* como de *decisões apelativas* de não inconstitucionalidade.

I – Depois do que acima se disse sobre o processo de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por omissão, consagrado no artigo 283º, não é difícil perceber que só acidentalmente (ou lateralmente) esta via processual pode servir para verificar o cumprimento, por parte do legislador, dos seus deveres constitucionais de protecção. Configurado a pensar numa outra modalidade de obrigações específicas de actuação do legislador, apenas em dois tipos de situações particulares ele pode ser convocado[2294]. Por um lado, tal sucederá naqueles casos em que do mesmo preceito constitucional se pode deduzir simultaneamente um dever de concretização de normas não exequíveis por si mesmas (ou de normas programáticas) e um dever de protecção de direitos fundamentais. Isto é, em que as exigências legislativas decorrentes da dimensão positiva de um direito fundamental frente ao Estado – por exemplo, as prestações jurídicas e materiais envolvidas no direito à saúde – tendem a andar de mão dada com as exigências legislativas necessárias à garantia do bem jusfundamental que é objecto da dimensão negativa desse mesmo direito, ao confrontar-se com ameaças de origem privada[2295]. Por outro lado, o meio processual do artigo 283º pode ainda ser chamado à colação naqueles casos, infrequentes, em que os constituintes afirmaram de forma expressa a existência de um dever do Estado de protecção de certo bem jusfundamental, remetendo (explícita ou implicitamente) para o legislador ordinário a definição dos seus contornos – em termos tais que tornam possível a qualificação da correspectiva norma constitucional como não exequível. Será esse o caso da "protecção legal contra quaisquer formas de discriminação", do nº 1 do artigo 26º, e da "protecção legal dos direitos de autor", do nº 2 do artigo 41º. Assim como será igualmente o caso de alguns direitos a protecção reconhecidos às famílias, às mães, às crianças e aos jovens, ínsitos nos artigos 67º a 70º[2296].

Neste contexto, o processo do artigo 283º emerge na medida em que entre os diferentes deveres de actuação do legislador não existem fronteiras rígidas, perfeitamente definidas de antemão, mas também porque por vezes eles se apresentam conjugados para melhor atingir um determinado desiderato constitucional. Relembre-se o que acima ficou dito a respeito das denominadas *estratégias complexas de protecção*[2297]. Assim, se é verdade que a dedução de deveres de protecção é independente da natureza exequível ou não exequível (ou programática) das normas constitucionais, isso não quer dizer que tais deveres não possam desprender-se em paralelo de normas estruturalmente não exequíveis. Significa tão só que é em relação aos direitos contidos em normas exequíveis por si mesmas, e em que os respectivos bens

[2294] Sobre as consequências da localização (original) do artigo 283º no cenário de uma Constituição dirigente, R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 865 ss..
[2295] Associando *deveres económico-sociais* ao preenchimento de deveres de protecção em sentido estrito, STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 172 ss..
[2296] Sustentando igualmente o alargamento das modalidades de omissão legislativa que podem ser objecto de fiscalização no processo do artigo 283º, J. MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 376-377.
[2297] Supra, §4º, ponto 12.4.6.

jurídicos fundamentais se apresentam em termos essencialmente negativos – vida, integridade física, bens da personalidade, liberdades –, que os deveres de protecção revelam de forma evidente a sua autonomia dogmática (e prática)[2298].

De todo o modo, o controlo pelo Tribunal Constitucional da observância pelo legislador dos respectivos deveres de protecção far-se-á em regra por via de acção, tanto preventiva como sucessivamente[2299]:

a) De um lado, a *fiscalização preventiva* das omissões legislativas – tal como foi já denominada[2300] – respeita no fundo à apreciação das leis revogatórias ou derrogatórias de regimes que cumprem objectivamente uma função de protecção de direitos fundamentais, reconstituindo uma situação anterior de inconstitucionalidade por omissão (total), ou reduzindo a protecção legislativa de um dado bem jurídico fundamental para um nível inferior ao exigido pela Constituição e, portanto, em violação do princípio da proibição de protecção insuficiente (omissão parcial, relativa ou absoluta). A própria jurisdição constitucional tem insistido na ideia de que este tipo de inconstitucionalidades omissivas reflexas, derivadas da superveniência de regimes revogatórios, são fiscalizáveis por via de acção[2301] – um pouco à semelhança do que sempre sucedeu com as violações do vetusto princípio da proibição do retrocesso[2302].

b) De outro lado, a *fiscalização sucessiva* – sobretudo a que é efectuada em sede de recurso das decisões dos tribunais comuns, mas também a fiscalização abstracta – efectua-se com base no já referido conceito alargado de norma, abrangendo as *normas implícitas* inerentes às omissões legislativas ou, na visão do Tribunal Constitucional, as interpretações normativas na medida em que *não estabelecem* uma disciplina que seria constitucionalmente obrigatória ou que *excluem* da sua estatuição certas categorias de pessoas ou situações jurídicas. Seja como for, independentemente da modalidade de inconstitucionalidade omissiva gerada pela violação do dever de protecção – seja ela uma omissão total ou parcial, absoluta ou relativa, própria ou imprópria[2303] –, o objecto da fiscalização nunca pode ser, sem mais, a verificação da existência da própria omissão legislativa, sendo sempre necessário configurar um *quid* normativo que o Tribunal possa apreciar e, se for esse o caso, remover (do processo decisório da questão *sub judice* ou, mesmo, da ordem jurídica). Por outras palavras, o

[2298] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 40-41 e pp. 86-88.
[2299] R. MEDEIROS, *Anotação ao artigo 283º*, pp. 869 ss., concedendo também uma preferência relativa à fiscalização por acção no controlo das omissões legislativas.
[2300] J.P. SILVA, *Dever*, pp. 245 ss., e pp. 285 ss..
[2301] Acórdão nº 47/2006 (participação dos trabalhadores na gestão das empresas públicas); Acórdão nº 269/2010 (revogação de contra-ordenações laborais).
[2302] Acórdão nº 39/84 (Serviço Nacional de Saúde); Acórdão nº 509/2002 (Rendimento Mínimo Garantido); Acórdão nº 590/2004 (crédito bonificado à habitação).
[2303] Para uma classificação das omissões legislativas, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 88 ss..

objecto da fiscalização de constitucionalidade, formalmente é o que existe, mas substancialmente é o que falta. Será, por definição, um juízo que aponta (e censura) a uma norma supostamente existente o que nela de facto não existe.

II – O conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional respeitantes ao controlo, em sede de fiscalização sucessiva, do incumprimento de deveres de protecção reflecte, simultaneamente, a natureza *aproximativa* e a índole *gradativa* do próprio conceito de omissão legislativa. Quer dizer, a continuidade que muitas vezes ocorre entre inconstitucionalidade por omissão e inconstitucionalidade por acção, assim como o carácter redutor da distinção maniqueísta entre constitucionalidade e inconstitucionalidade, que olvida a possibilidade de encontrar entre uma coisa e outra situações intermédias de origem diferenciada.

Algumas destas situações a meio caminho serão favorecidas pela dissociação entre a *norma constitucional de acção* – dirigida positivamente às instâncias políticas activas, aspirando à sua optimização – e a *norma constitucional de controlo* – destinada negativamente às instâncias judiciais passivas – e, em consequência dessa dissociação, pelos limites referentes às intensidades de exame admitidas no sistema jurisdicional de fiscalização (*v.g.*, situações constitucionais imperfeitas). Tenha-se em conta também a já referida distinção entre o simples *controlo de evidência* (nos domínios de especial complexidade, onde seja preciso encontrar soluções compromissórias ou onde seja necessário reconhecer ao legislador uma margem de experimentação e adaptação), o nível mediano de *controlo de justificabilidade ou de plausibilidade (Vertretbarkeit)* e, por último, o *controlo intensificado de conteúdo* (reservado, em princípio, para as intervenções mais agressivas em bens jusfundamentais de primeira grandeza)[2304-2305]. Outras dessas situações serão, por sua vez, determinadas por razões operacionais do sistema de fiscalização. Basta pensar muito singelamente que, do ponto de vista da garantia da Constituição, um nível de protecção (manifestamente) insuficiente é, apesar de tudo, melhor do que a inexistência de protecção. Ou que, do mesmo modo, uma protecção tardia, parcelar ou inajustada será sempre preferível à ausência absoluta de protecção – sendo que essa preferência comparativa terá de se reflectir nas eventuais decisões que o juiz constitucional venha a produzir (*v.g.*, inconstitucionalidade sem nulidade, violação da proibição de défice como inconstitucionalidade parcial qualitativa). Outras ainda – ligadas sobretudo ao princípio da proibição de insuficiência e à ideia do carácter dinâmico da protecção jusfundamental –, resultarão de considerações substantivas ligadas ao decurso do tempo, às mutações ocorridas na realidade constitucional e à evolução das concepções jurídico-constitucionais (*v.g.*,

[2304] ALEXY, *Teoria*, p. 453; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 310-312; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, p. 225; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 64-65.

[2305] A respeito do princípio da proporcionalidade, Acórdão nº 471/2007. Especificamente sobre os deveres de protecção, Acórdão nº 269/2010, onde se lê que "só pode falar-se de «deficit» de protecção censurável pelo juiz constitucional perante a patente ou indiscutível insuficiência das medidas normativas adoptadas".

inconstitucionalidade superveniente, inconstitucionalidade deslizante, situação em trânsito para a inconstitucionalidade, inconstitucionalidade *ratione temporis*)[2306].

De momento, porém, interessa apenas sublinhar a aptidão das denominadas *decisões aditivas de princípio* e das *decisões apelativas* para permitir ao Tribunal Constitucional – numa lógica de superação cooperativa das omissões legislativas, que envolva também, em termos funcionalmente adequados, os tribunais comuns e o próprio legislador[2307] –, dar um contributo válido no sentido da recomposição do dever-ser constitucional nas situações, respectivamente, de omissão relativa e de omissão absoluta. É evidente que não se desconhecem as controvérsias em redor destes dois tipos decisórios[2308]. Julga-se, em todo o caso, que as objecções que suscitam, mesmo quando não denunciam um certo pendor legalista no que respeita às possibilidades de realização do direito no caso concreto, se fundam numa exacerbação da liberdade conformativa do legislador que nem sempre tem inteira correspondência na Constituição, sobretudo quando esta fixa em termos incisivos deveres de actuação legislativa dirigidos à protecção efectiva de bens jurídicos fundamentais. Como se disse acima, a liberdade de conformação do legislador, que tem a natureza de um princípio, segue-o para toda a parte, como se fosse a sua sombra, mas é um erro (e um paradoxo) sublinhar a sua amplitude precisamente naqueles domínios materiais em que a Constituição mais a pretende limitar e, portanto, maior acutilância exige à Jurisdição Constitucional. Nenhuma operação de ponderação correctamente efectuada pode, pois, atribuir à liberdade de conformação do legislador um alcance tal que conduza, no plano prático, ao esvaziamento de imperativos constitucionais de protecção jusfundamental, deixando os correspondentes direitos à mercê das ameaças concretas que sobre eles se fazem sentir[2309].

i) Controvérsias à parte, desde cedo que o Tribunal Constitucional apresenta no seu currículo bastantes *decisões aditivas*, umas tomadas nos recursos de fiscalização concreta, outras mesmo tiradas em sede de fiscalização abstracta, resultantes no essencial de processos de generalização. Em causa estão por regra decisões qualificáveis como *aditivas de prestação*, no sentido em que alargam um regime legal que prevê a realização de prestações estaduais de natureza social a categorias de pessoas inicialmente não abrangidas[2310]. Ora, não revelando o Tribunal qualquer objecção de fundo contra as denominadas decisões *aditivas de garantia*, por maioria de razão, não rejeitará também as (agora apelidadas) decisões *aditivas*

[2306] Em geral, a respeito do conteúdo das decisões (não típicas) de constitucionalidade: R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 301 ss., e pp. 501 ss.; B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 259 ss., e pp. 853 ss..

[2307] Sobre o restabelecimento da constitucionalidade como processo multilateral, G. BEILFUSS, *Tribunal*, pp. 178 ss..

[2308] R. MEDEIROS, *A decisão*, esp. pp. 485 ss., e pp. 511 ss.; B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 450 ss., e pp. 871 ss..

[2309] EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 198-199.

[2310] Na jurisprudência constitucional, entre outros, Acórdão nº 203/86 (pensões por acidente de trabalho); nº 181/87 e nº 449/87 (pensão do cônjuge sobrevivo); nº 231/94 (pensão de sobrevivência); nº 653/96 (deficientes das forças armadas); nº 409/99 e nº 410/99 (remuneração de funcionários públicos); nº 457/99 (subvenção mensal vitalícia). Em sede de fiscalização abstracta: Acórdãos nº 12/88 (pensões por acidente de trabalho), nº 191/88 (pensão do cônjuge sobrevivo); nº 254/2000 (remuneração de funcionários públicos).

de protecção[2311]. Ou seja, as decisões que estendem a protecção jusfundamental concedida por lei a um determinado conjunto de sujeitos a um outro conjunto de titulares de direitos fundamentais que, apesar de igualmente abrangidos por um imperativo constitucional de tutela, foram excluídos expressa ou implicitamente (da previsão ou da estatuição) do regime legal em apreço – agindo assim o Tribunal sob o influxo conjugado do dever de protecção legislativa e do princípio da igualdade (enquanto fonte geradora de um dever específico de reposição da igualdade violada)[2312].

Note-se, a este propósito, que ao Tribunal Constitucional compete apenas deliberar sobre a questão da validade das normas inerentes às omissões relativas, não fazendo parte das suas atribuições a recomposição do ordenamento jurídico na sequência de uma decisão de inconstitucionalidade, uma vez que essa tarefa deve no essencial ser reservada aos tribunais comuns – independentemente de as normas integrativas das omissões relativas se filiarem numa relação mais directa com os preceitos constitucionais ou com a própria legislação ordinária[2313]. Com efeito, "o problema do preenchimento das lacunas advenientes de um juízo de inconstitucionalidade é um assunto que extravasa totalmente o âmbito das competências" do Tribunal Constitucional, antes dizendo respeito aos tribunais que tenham a seu cargo a resolução material do caso em apreciação[2314]. Não parece assim que o Tribunal Constitucional possa pretender impor ao tribunal *a quo* a aplicação de uma certa solução de tipo aditivo que, em virtude dos seus contornos precisos ou demasiado fechados, subtraia ao tribunal da causa a sua impreterível responsabilidade pelo preenchimento concreto das omissões deixadas pelo legislador e, obviamente, de busca da melhor solução jurídica para o caso *sub judice*. Ao invés, o Tribunal Constitucional dever intervir tão-somente na realização da parte ablativa das decisões aditivas, ficando a parte reconstrutiva – pelo menos quando esta não operar automaticamente – reservada ao tribunal recorrido.

Este modelo corresponde, portanto, a uma *terceira via* entre as soluções unilaterais de superação das omissões relativas – representadas pelo modelo das decisões aditivas clássicas, em que só o Tribunal Constitucional intervém – e as soluções bilaterais – como sucede com as decisões de inconstitucionalidade sem nulidade e com as decisões apelativas, em que aquele órgão vem apenas reclamar uma intervenção futura do legislador. Com algumas afinidades relativamente às denominadas decisões *aditivas de princípio*, de origem italiana – uma vez que dos fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional resultam certamente directrizes que o tribunal *a quo* não poderá ignorar[2315] –, o modelo

---

[2311] Aparentemente, como aditivas de garantia, Acórdãos nº 143/85 (acesso à Ordem dos Advogados); nº 128/99 (acesso ao lugar de juiz do Tribunal de Contas); nº 286/99 (preferências conjugais).

[2312] Sobre a distinção entre aditivas de prestação e aditivas de garantia: L. ELIA, *Le sentenze*, pp. 313 ss.; G. D'ORAZIO, *Le sentenze*, p. 90, e *La giustizia*, p. 30; M. COCONNI, *Il diritto*, pp. 121 ss..; D. REVORIO, *Las sentecias*, pp. 212 ss..

[2313] ZAGREBELSKY, *La giustizia*, pp. 159 ss.; D. REVORIO, *Las sentencias*, pp. 239 ss..

[2314] RUI MEDEIROS, *A decisão*, p. 491, sem que contudo se possa aderir à terminologia concretamente utilizada.

[2315] Quanto às aditivas de princípio: B. MORAIS, *Justiça*, II, pp. 441 ss.; A. ANZON, *Nuove techniche*, pp. 3211 ss., R. ROMBOLI, *La tipologia*, pp. 75 ss.; G. BEILFUSS, *Tribunal*, pp. 205 ss.; D. REVORIO, *Las sentencias*, pp. 226 ss.;

proposto apresenta-se como trilateral, envolvendo em simultâneo o Tribunal Constitucional, os tribunais comuns e o legislador na resolução das situações de omissão relativa[2316].

ii) Também as *decisões apelativas* têm o seu lugar na jurisprudência do Tribunal Constitucional, sendo que duas delas merecem evidente destaque: o Acórdão nº 423/87, sobre ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas; e o Acórdão nº 617/2006, que antecedeu o último referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez (aborto IV). No primeiro destes arestos, o apelo dirigido ao legislador é ainda muito ténue – "o Estado não pode abster-se de, no tocante às demais confissões religiosas, lhes conceder um tratamento afim", afirmou o Tribunal – e, além disso, dificilmente poderá ser reconduzido ao tema dos deveres de protecção de direitos fundamentais. A incumbência do Estado de cooperar com os pais na educação dos filhos, que é enfatizada no aresto, constituirá, quanto muito, um dever de organização das instituições públicas de ensino de modo a que elas possam constituir um espaço privilegiado de exercício dos direitos fundamentais dos alunos e suas famílias, incluindo a liberdade religiosa[2317-2318].

O mesmo já não se pode dizer da segunda das decisões referidas, que justamente constitui exemplo acabado de uma *decisão apelativa de protecção*. Na verdade, o apelo dirigido ao legislador surge integrado na fundamentação decisão, traduzindo-se na afirmação segundo a qual, aos olhos do Tribunal, se afiguram *"particularmente importantes, por poderem vir a revelar-se bem mais eficazes que a própria repressão penal, medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como sejam a prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero".*

É certo que o Tribunal não vai ao ponto de condicionar explicitamente a constitucionalidade da resposta afirmativa à futura previsão legal de tais "medidas comuns à generalidade das legislações europeias". Contudo, considerando que na pergunta formulada nada se diz a esse respeito e que durante o período do debate público que antecedeu o referendo foram apresentadas diversas sugestões (conciliatórias) nesse sentido – com particular insistência no regime germânico –, é inevitável interpretar a enfática referência feita à consulta de aconselhamento e ao período de reflexão como uma interpelação directa ao legislador, no sentido de não despenalizar a interrupção voluntária da gravidez sem estabelecer paralelamente outros mecanismos de protecção da vida intra-uterina. Há mesmo um voto de vencido cujo

[2316] Já neste sentido, J.P. SILVA, *Dever*, pp. 223-225.
[2317] Reiterando a mesma orientação, Acórdão nº 174/93 (ensino da religião nas escolas públicas II).
[2318] Sobre esta decisão: favoravelmente, J. MIRANDA, *Ensino*, pp. 541-542. Criticamente, em defesa de uma decisão de inconstitucionalidade com limitação dos efeitos *in futuro*, R. MEDEIROS, *A decisão*, pp. 511 ss..

autor "admitiria considerar não inconstitucional uma solução legislativa que, no período inicial da gestação, acabasse por conceder prevalência à opção da mulher grávida, desde que fosse associada à imposição de um sistema de aconselhamento, designadamente se este (…) não fosse (…) meramente informativo, mas antes um aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida"[2319].

O Tribunal justifica a ausência da consulta de aconselhamento e do período de reflexão na pergunta apresentada a referendo pela impossibilidade de alargar as proporções da mesma e remata dizendo: "nada permite concluir que, em caso de resposta afirmativa no referendo, não possam vir a constar da legislação aprovada na sua sequência". No entanto, como ficou também registado em declaração de voto, "só mais tarde, se e quando uma lei vier a ser aprovada em consequência do referendo, e em face dos termos concretos da regulamentação que nela se contiver, o Tribunal Constitucional estará em condições de se pronunciar acerca da adequação constitucional das soluções adoptadas"[2320]. Até esse momento, o Tribunal apenas podia dizer que de uma resposta afirmativa no referendo não resultaria necessária ou inevitavelmente uma lei inconstitucional. A fiscalização preventiva da pergunta referendada nunca poderia precludir uma análise *a posteriori* das soluções adoptadas pelo legislador e, designadamente, da previsão de um período de reflexão, da criação de consultas de aconselhamento, da natureza obrigatória ou facultativa destas, do tipo de informação aí veiculada, do modelo neutro ou orientado para a protecção da vida assumido pelo sistema de aconselhamento. A circunstância de Tribunal se ter pronunciado num processo de apreciação preventiva de um proposta de referendo (nº 8 do artigo 115º) só vem reforçar o carácter apelativo da decisão, porquanto, em caso de resposta afirmativa à pergunta formulada, o legislador teria mesmo de produzir uma nova lei a breve trecho, proporcionando aos juízes constitucionais uma nova oportunidade para se pronunciarem sobre a solução efectivamente adoptada – como, aliás, viria a acontecer com a Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, e o Acórdão nº 75/2010 (aborto V).

15. Entidades privadas

O nº 1 do artigo 18º não se limita a declarar a vinculação de todas as entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias. Fá-lo também, de forma explícita, em relação às entidades privadas. Ora, independentemente do dilema (tantas vezes sobrevalorizado) entre eficácia mediata e imediata, esta segunda vinculação não é compatível com um entendimento dos direitos fundamentais como posições subjectivas (e objectivas) inseridas em relações jurídicas verticais, entre os indivíduos e o poder público, que (só) lateral ou reflexamente podem ter projecção nas relações (horizontais e verticais) entre sujeitos

[2319] Declaração de Mário Torres.
[2320] Declaração de Maria dos Prazeres Beleza.

privados. Do que se trata antes é de decretar a vigência dos direitos fundamentais no campo das relações intersubjectivas entre privados, ainda que sob vigilância mais ou menos apertada, mais ou menos interventiva, das diversas instâncias do Estado. A dúvida está em saber qual pode ser o significado deste princípio da vinculação das entidades privadas quando as preocupações da dogmática jusfundamental já não se confinam apenas à garantia do *respeito* pelos direitos fundamentais, mas se alargam à *protecção* activa dos correspondentes bens jurídicos em contextos cada vez mais alargados.

Naturalmente que a questão sobre a mesa não respeita à possibilidade de se alcançar uma protecção efectiva dos bens jusfundamentais sem o contributo dos particulares. Como sublinham aqueles que defendem ser a tutela das posições jusfundamentais uma *tarefa do Estado e da sociedade* – a qual deve ser cumprida cooperativamente[2321] –, a exigência do resultado final que se pretende atingir não permite a exclusão de nenhum possível interveniente. Pelo contrário, ela reclama um compromisso de todos, seja no sector público ou privado, sem excluir os próprios titulares dos direitos fundamentais sob ameaça e incluindo, com especial ênfase, todas as instâncias sociais produtoras de conhecimento técnico-científico[2322]. A mais perfeita lei de protecção de nada serve se não for regulamentada e executada convenientemente pelos órgãos administrativos competentes, assim como pouco préstimo terá se não for adequadamente interpretada e aplicada pelos tribunais[2323]. Tal como de pouco vale essa mesma lei, mesmo quando acompanhada de uma boa execução e de uma boa jurisprudência, se por qualquer razão os cidadãos a votarem ao desprezo, incumprindo-a de forma sistemática – como sucede, com as consequências conhecidas, com inúmeras normas de segurança no domínio da circulação rodoviária, da prevenção de acidentes laborais ou do exercício de actividades poluentes.

Em geral, aliás, "a segurança dos cidadãos é em boa parte uma questão de consciência jurídica e de «ethos». (…) A segurança vive muito da cultura jusfundamental da sociedade (…) e o Estado tem apenas uma capacidade limitada para a influenciar. Na medida dessas suas possibilidades, tem um mandato para reforçar os fundamentos éticos da segurança e as virtudes cívicas através da educação: a tolerância, o respeito pelos direitos dos outros, a civilidade recíproca, a resolução pacífica dos diferendos e a correcção das injustiças com recurso exclusivo aos meios jurídicos. Seria certamente uma utopia pedagógica esperar a segurança apenas da educação e substituir a polícia pela escola", mas o papel desta última não pode ser subvalorizado na criação de um ambiente social propício à observância recíproca dos direitos fundamentais dos cidadãos[2324].

Por conseguinte, da mesma forma que a ideia do primado do legislador, tantas vezes invocada a propósito da figura dos deveres de protecção, não significa que seja ele o único (ou sequer o principal) responsável pelo cumprimento destes, mas apenas o primeiro a ter que fazê-lo – quantas vezes a

[2321] STOLL, *Sicherheit*, esp. pp. 265 ss..
[2322] Sobre a repartição de tarefas entre Estado e sociedade na produção do conhecimento, STOLL, *Sicherheit*, pp. 277 ss..
[2323] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 233.
[2324] ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 39.

segurança dos direitos dos cidadãos é sentida mais como o resultado da acção concreta das autoridades administrativas (policiais) e jurisdicionais, do que propriamente como efeito das leis publicadas no jornal oficial[2325] –, assim também o facto de os deveres em questão se designarem usualmente como *estaduais* não quer dizer que os particulares devam ou, sequer, possam ser marginalizados do processo. Primacial estadualidade dos deveres de protecção de direitos fundamentais não é exactamente a mesma coisa que monopólio estadual da responsabilidade pela integridade dos bens jusfundamentais. De um lado, os cidadãos não podem alijar a sua própria quota-parte de responsabilidade no que toca à sua segurança e à defesa dos seus direitos, designadamente através da utilização diligente dos meios colocados à sua disposição pelo Estado de Direito. De outro lado, os cidadãos encontram-se vinculados à observância das leis destinadas à protecção dos direitos fundamentais dos seus concidadãos, sendo o cumprimento das mesmas, sem sombra de dúvida, o contributo mais inestimável que podem dar para a tutela efectiva dos bens jusfundamentais alheios. Contudo, neste momento da investigação, dificilmente poderia ser esse o ponto.

15.1. Premissas do problema

Bem mais complexa é a questão de saber se *os particulares estão directa e autonomamente obrigados pela própria Constituição a proteger positiva e activamente os direitos fundamentais dos seus semelhantes em face de agressões de terceiros ou, inclusive, de perigos naturais* – ou se, pelo contrário, estão apenas obrigados a abster-se de agredir os bens jusfundamentais dos demais particulares, tal como resulta da sua vinculação negativa aos direitos fundamentais, numa perspectiva de dever de respeito *versus* direito de defesa. Numa palavra: *haverá deveres de protecção nas relações jurídicas entre os particulares, directamente dedutíveis das normas constitucionais sobre direitos fundamentais*? Assim formulada, esta questão assenta já sobre uma sequência de três premissas, que terão de ser escrutinadas.

a) Em primeiro lugar, parte-se do princípio que existem de facto deveres de protecção nas relações jurídicas entre sujeitos privados;

b) Em segundo lugar, aceita-se que esses deveres de protecção são verdadeiramente deveres criados de raiz na esfera jurídica dos indivíduos – por lei, por negócio jurídico ou por fonte de outra natureza – e não apenas o reflexo dos próprios deveres estaduais de tutela e, em particular, do seu cumprimento por parte do legislador ordinário.

[2325] ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 233.

c) Em terceiro lugar, revela-se também uma clara inclinação pela tese que admite alguma eficácia *imediata* dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos jurídicos privados – embora não necessariamente em relação a todos esses direitos e em todas as situações[2326].

Tal como apresentada, a pergunta acrescenta no entanto a estas três premissas algo de especialmente relevante: à imagem do que sucede com a vinculação das entidades públicas, que se encontram obrigadas pelos direitos fundamentais como um todo – compreendendo os seus vários conteúdos particulares e as suas várias dimensões –, considera-se agora a possibilidade de também os entes privados (ou certos entes privados) se acharem directamente vinculados aos direitos fundamentais enquanto realidades multifacetadas e materialmente complexas. Mais precisamente, assumindo-se que os sujeitos privados já se encontram, por efeito da Constituição, proibidos de agredir os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais dos seus congéneres – o que inclui a produção de perigos e riscos que os coloquem sob ameaça de lesão – funcionando aqueles como uma espécie de *direitos de defesa entre particulares*[2327] –, o que agora importa determinar é, por conseguinte, se essa vinculação imediata abarca igualmente a correspondente dimensão de protecção, confrontando os particulares com a necessidade de preservarem activamente a intangibilidade dos direitos dos seus pares.

I – Quanto à primeira premissa, é importante notar que, certamente ainda à margem de qualquer representação precisa da figura dos deveres de protecção, a ordem jurídica parece de facto incorporar nas relações entre os sujeitos privados tanto a dimensão jusfundamental de defesa quanto a de protecção. Por um lado, a vinculação dos indivíduos ao princípio *neminem laedere* é de há muito reconhecida como um parâmetro comum de juridicidade da convivência social – podendo a dimensão negativa dos direitos fundamentais nas relações entre privados ser encarada como o núcleo a partir do qual irradia aquele princípio geral (respeitante a todas as posições integradas nas esferas jurídicas individuais). Por outro lado, o legislador penal, com o precioso auxílio da doutrina, tem vindo a identificar e densificar aqueles *deveres de protecção de bens jurídicos fundamentais que "a priori" vinculam os sujeitos privados nas suas relações recíprocas* e cujo incumprimento, de um ponto de vista valorativo, merece ser sancionado criminalmente.

Assim, embora de consagração relativamente recente, o tipo criminal de omissão de auxílio e o dever de solidariedade que está na sua raiz parecem ter subjacente um particular modo de relacionamento entre sujeitos privados, marcado pontualmente pela presença de obrigações positivas de protecção de direitos alheios[2328-2329]. Neste crime omissivo puro, o legislador constrói de raiz um triângulo

[2326] J. MIRANDA / J.P.SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 333 ss..
[2327] KRINGS, *Grund*, pp. 257-259.
[2328] ISENSEE, *Das Grundrecht*, p. 44-45.
[2329] Tipo criminal que, em Portugal, foi introduzido em 1982: A.T. CARVALHO, *Anotação ao artigo 200º*, pp. 846 ss., sublinhando que "o fundamento legitimador do dever geral de auxílio (…) é a solidariedade humana". Para uma história (mais remota) do delito de omissão em Portugal, F. DIAS, *Direito*, I, p. 907.

jusfundamental entre a vítima, o seu agressor e os espectadores dessa mesma agressão, lançando sobre estes últimos um dever de auxílio – ou, noutra terminologia, um *dever de protecção* –, o qual cessa apenas quando o respectivo cumprimento possa representar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou, por qualquer outro motivo de relevo, não lhe seja exigível (artigo 200º do Código Penal)[2330]. Já no caso dos crimes comissivos por omissão, o omitente é punível apenas quando sobre ele "recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar" o resultado (artigo 10º do Código Penal). Quer dizer: segundo uma *perspectiva formal*, um dever precedente derivado da lei, de um contrato (ou negócio jurídico) ou de um acto de ingerência; à luz de um *prisma funcional*, um dever baseado numa função de guarda de um bem jurídico concreto ou numa função de vigilância de uma fonte de perigo; ou, de acordo com uma *perspectiva (formal-)material*, uma vinculação prévia decorrente de um dos seguintes factores[2331]:

i) Deveres de protecção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo, fundados;
   a) em relações de protecção familiar e análogas;
   b) na assunção de funções de garante e de assistência;
   c) em relações de comunidade de vida e de perigos (que impliquem confiança e dependência mútuas);

ii) Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigos, nomeadamente por força;
   a) do dever de obstar à verificação do resultado decorrente de uma acção anteriormente perigosa (figura tradicionalmente designada por *ingerência*);
   b) do dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de um domínio próprio[2332];
   c) do dever de garante face à actuação de terceiros (que não sejam responsáveis, tenham a sua responsabilidade diminuída ou em relação aos quais exista uma relação de supra-ordenação);

iii) Deveres (de autonomia mais duvidosa) provenientes de uma posição de monopólio ou de um domínio fáctico absoluto da fonte de perigo[2333].

Estes mesmos deveres, por força do princípio da unidade da ordem jurídica impor-se-ão também, de um modo ou de outro, noutros espaços da ordem jurídica (igualmente) reguladores de relações *inter privatos*. Isso é desde logo evidente no âmbito do próprio direito civil, onde o artigo 486º do Código Civil – um pouco à semelhança do artigo 10º do Código Penal – prescreve que a responsabilidade por simples

[2330] Omissivos puros são também os crimes de "violação da obrigação de alimentos", do artigo 250º, e de "recusa de médico", do artigo 284º, ambos do Código Penal.
[2331] F. DIAS, *Direito*, I, pp. 939 ss..
[2332] Numa formulação clássica: "o proprietário ou possuidor de coisas, instalações e máquinas, está obrigado a controlar os perigos que delas provêm e a impedir, em consequência, que se produzam danos em bens jurídicos alheios": F. DIAS, *Direito*, I, p. 947.
[2333] Para outras formulações: T. CARVALHO, *Direito*, II, pp. 425 ss..; T. BELEZA, *Direito*, II, pp. 474 ss.; G.M, SILVA, *Direito*, II, pp. 49 ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado*, pp. 668 ss.; JAKOBS, *Derecho*, pp. 965 ss..

omissões existe quando o omitente estava adstrito, "por força da lei ou do negócio jurídico, ao dever de praticar o acto omitido"[2334]. Mas é aí também que são conhecidas tentativas de sistematização (não exaustiva) dos casos em que do ordenamento jurídico emergem deveres de acção tuteladores dos direitos de personalidade – que, por força da cláusula aberta do artigo 16º, não deixam de ser direitos fundamentais. Nomeadamente:

a) O dever de auxílio imposto pelo artigo 200º do Código Penal – o que indicia já a aceitação de um certo efeito irradiante deste preceito, a coberto do princípio da unidade da ordem jurídica;

b) Os deveres decorrentes do estatuto deontológico de certas profissões ou actividades, nomeadamente médicos e profissionais de saúde;

c) Os deveres impostos (ou pressupostos) por algumas normas sobre responsabilidade civil (delitual) como os artigos 491º (responsabilidade por pessoas obrigadas à vigilância de outras[2335]), 492º (danos causados por edifícios ou outras obras), 493º, nº 2 (danos causados por actividades perigosas), e 1350º (ruína de construção);

d) Os deveres emergentes de actuações de ingerência na esfera alheia;

e) Os deveres impostos por situações de proximidade sócio-existencial do agente em relação a determinados bens jurídicos alheios;

f) Finalmente, os deveres recomendados por um princípio geral de diligência, enquanto instituto regulador das relações entre seres humanos iguais em dignidade e impregnados por indeclináveis exigências de solidariedade[2336].

Cumpre salientar, ademais, que se há teoria que tem obtido exponencial desenvolvimento no campo privatista é a dos *Verkehrspflichten* (antes denominados *Verkehrssichegunspflichten* ou deveres de segurança no tráfico jurídico), que surgiu historicamente com o intuito de delimitar as situações em que os particulares estão vinculados a deveres de agir "para além das hipóteses em que estes resultam [expressamente] da lei ou de um contrato"[2337]. De certa forma, trata-se de complementar a máxima *neminem laedere* com o velho princípio da justiça *suum cuique tribuere*, de modo a que todo aquele que cria um situação de perigo – sejam perigos do tráfego *stricto sensu*, perigos de coisas ou perigos de actividades –, ou a deixa persistir sob a sua alçada, fique obrigado a tomar as medidas de segurança necessárias, de acordo com as circunstâncias, para a protecção das outras pessoas, assim lhes garantindo o que por direito lhes pertence[2338]. No fundo – num qualquer "domínio relacional indiferenciado", embora

[2334] P.N. CARVALHO, *Omissão*, esp. pp. 231 ss..
[2335] Em especial, sobre o conteúdo (positivo) deste dever de vigilância, H. ANTUNES, *Responsabilidade*, pp. 227 ss..
[2336] Em particular, R.C. SOUSA, *O direito geral*, pp. 423-428; aderindo a esta mesma sistematização, M. ROUXINOL, *A obrigação*, pp. 125-126.
[2337] S. MONTEIRO, *Responsabilidade*, p. 308; CANARIS, *Schutzgesetze*, p. 77.
[2338] S. MONTEIRO, *Responsabilidade*, p. 311.

não possam ser excluídos também os contextos relacionais de natureza pré-contratual e contratual[2339] –, estes deveres de tutela traduzem-se em imperativos de acção que vinculam os sujeitos privados a agir de modo a não expor os outros a mais perigos ou riscos do que aqueles que são inevitáveis e, mais concretamente, a tomar as providências adequadas a prevenir os danos das situações perigosas ou arriscadas que criaram ou que mantiveram[2340]. Chega mesmo a sustentar-se, a este respeito, que os inúmeros deveres específicos longamente enumerados pela doutrina – deveres de aviso, de informação, de organização, de selecção, de indagação, de cuidado, de assistência, de protecção, etc[2341] – devem ser coroados com um *dever geral de prevenção do perigo*[2342].

Naturalmente, não é de todo possível aqui aprofundar tão vasto tema[2343] – que aliás tem ramificações noutros sectores da ordem jurídica, como o das relações juslaborais[2344] –, mas parece óbvio que o legislador não está impedido de alargar os elencos de deveres de protecção acima apresentados ou, tão-só, de os particularizar relativamente a determinadas categorias de sujeitos ou tipos contratuais (*v.g.*, empregadores, educadores e instrutores, cuidadores formais ou informais, produtores de bens e prestadores de serviços, agentes de segurança) ou em relação a certas fontes de perigos e riscos (*v.g.*, emissões poluentes, utilização de tecnologias e substâncias perigosas, investigação e experimentação científica)[2345]. Os órgãos legislativos têm apenas que ter em conta que o estabelecimento desses deveres de protecção nas relações jurídicas entre particulares não é neutro do ponto de vista de quem a eles vem a ficar submetido: terá sempre evidentes custos jusfundamentais, que podem por vezes revelar-se bastante pesados. Por essa razão, uma exigente análise à luz do princípio da proporcionalidade nunca poderá ser dispensada.

Significativo parece ser, outrossim, o modo diferenciado como a ordem jurídica incorpora as duas dimensões jusfundamentais – a de defesa e a de protecção – nas relações intersubjectivas privadas. Por uma banda, a máxima *neminem laedere* é integrada como um "princípio nuclear de direito", de aplicação genérica e dirigido à tutela de todos os direitos e interesses protegidos[2346]. Por outra banda, é notório o

---

[2339] Caso em que se confundem com os denominados *deveres laterais* ou *deveres acessórios* próprios de uma compreensão complexa das relações obrigacionais: M. ROUXINOL, *A obrigação*, pp. 126 e 129.

[2340] A. VARELA, *Anotação*, pp. 35 ss.; S. MONTEIRO, *Responsabilidade*, p. 313.

[2341] Classificando os deveres cujo cumprimento visa permitir às potenciais vítimas lidar responsavelmente com o perigo (*v.g.*, evitando-o) e os deveres que implicam uma actuação directa sobre a fonte do perigo (*v.g.*, eliminando-o), S. MONTEIRO, *Responsabilidade*, pp. 320 ss..

[2342] S. MONTEIRO, *Responsabilidade*, p. 316; M. CORDEIRO, *Da boa fé*, pp. 831 ss..

[2343] Com inúmeras referências, M. CORDEIRO, *Da boa fé*, 516-518, 547 ss., 604 ss., e 831 ss.; A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 571 ss.; também a obra fundamental de BAR, *Verkehrspflichten*, *passim*; confrontando deveres do tráfego e deveres de protecção em sede de responsabilidade civil (a meio termo entre a responsabilidade delitual e contratual), CANARIS, *Schutzgesetze*, pp. 45 ss..

[2344] No tocante aos deveres de protecção nas relações laborais, sustentando a natureza contratual das obrigações de segurança e saúde do empregador, M. ROUXINOL, *A obrigação*, pp. 136 ss..

[2345] Num contexto delitual, MÖLLERS, *Rechtsgüterschutz*, esp. pp. 105 ss., e pp. 193 ss.; no âmbito contratual, FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 132 ss., e (de certa forma) pp. 262 ss.; já numa perspectiva de intercepção entre deveres privados e deveres do Estado, STOLL, *Sicherheit*, esp. pp. 27 ss., e pp. 213 ss..

[2346] A. CORTÊS, *Jurisprudência*, p. 273, recordando que "*alterum non laedere* era, na verdade, um dos três *iuris praecepta*".

propósito de configurar a responsabilidade por omissão em termos necessariamente mais estreitos do que os da responsabilidade por acção. O legislador impõe uma determinação prévia dos parâmetros de exigibilidade dos deveres de protecção dos bens jurídicos de terceiros em face das ameaças de que são alvo: a própria possibilidade fáctica de acção do obrigado *(ad impossibilia nemo obligatur)*; o tipo de relação existente entre sujeito obrigado e o titular dos direitos lesados ou sob ameaça; os elementos que influenciam o conteúdo da obrigação positiva de acção; o nexo de causalidade requerido, etc. Essa fixação prévia, mesmo quando não é feita da maneira absolutamente pontual e especificada que caracteriza a tipicidade criminal – reservando-se a responsabilidade penal, no caso das omissões puras, para a tutela dos mais elementares bens jurídicos (como a vida, a integridade física, a liberdade ou outros direitos pessoais) – está sempre dependente de um significativo grau de positivação e densificação normativa (que só parcialmente pode ser substituído pela construção jurisprudencial e doutrinária).

II – Por sua vez, no que tange à segunda premissa, a autonomia dos deveres de protecção dos sujeitos privados, nas relações que entre si estabelecem, no confronto com os deveres estaduais de protecção jusfundamental e aos precipitados legais em que se traduz o seu cumprimento, depende essencialmente da possibilidade de encontrar um *fundamento* diferenciado para cada uma das duas categorias de deveres em causa.

Este problema não deve ser confundido, porém, com o da determinação das *fontes* concretas dos diversos deveres referenciados para valerem nas relações intersubjectivas privadas. Olhando no essencial ao que dizem os penalistas, de acordo com a teoria formal, a solução é relativamente simples: essas fontes são a lei, o contrato (ou, mais amplamente, o negócio jurídico) e a ingerência. Por sua vez, a teoria material entende que os deveres privados de protecção existem na medida em que assumem uma justificação substantiva suficiente, fruto das relações de proximidade entre as pessoas, da confiança que estas depositam umas nas outras, na posição de garantia que por vezes assumem, ou ainda na posição de domínio que detêm em determinadas circunstâncias. Não obstante, no seu esforço por quebrar a rigidez da concepção formal, e na busca de soluções materialmente mais justas, esta teoria deixa um pouco na sombra a questão da origem da vinculatividade jurídica desses mesmos deveres. A afirmação da sua existência não é complementada com a apresentação das fontes jurídicas onde, com segurança, os indivíduos possam certificar-se previamente da sua própria vinculação aos deveres em apreço – ao ponto de se questionar muito seriamente a sustentação constitucional de uma linha argumentativa que não faz repousar na lei a determinação dos deveres dos sujeitos privados uns para com os outros, apesar de estes deveres representarem um importantíssimo elemento constitutivo do tipo criminal[2347].

[2347] Sobre esta questão de constitucionalidade (que, aliás, não é exclusiva das teorias materiais), embora sem fornecerem uma justificação convincente: F. DIAS, *Direito,* I, pp. 923-925; T. BELEZA, *Direito,* II, pp. 475-478 e pp. 489-492.

Em compensação, quanto ao fundamento último dos deveres em apreço, é relativamente pacífico na doutrina (criminalista) que o mesmo reside na solidariedade humana, "na força das exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade". Pelo que serão "a «proximidade existencial do eu e do outro», o princípio dialógico do «ser-com-os-outros» e «ser-para-os-outros», o exercício da virtude cristã da «caridade» e do «amor ao próximo» (…) que *criam* os deveres e as posições de garantia"[2348]. Ou melhor, o fundamento destes deveres é a solidariedade que os antigos enalteceram enquanto virtude moral e cívica, os escolásticos celebraram numa perspectiva religiosa sob as formas de caridade e de piedade, e os renascentistas incorporaram nos seus projectos sociais utópicos, já numa visão mais laica, como um princípio da boa organização comunitária[2349]. Mas é sobretudo a solidariedade que os modernos – mormente sob inspiração dos revolucionários franceses e da divisa da *fraternidade* – transformaram paulatinamente num "princípio jurídico e político, cuja realização passa pela comunidade estadual, seja enquanto comunidade política, seja enquanto comunidade social"[2350]. Já não, portanto, a solidariedade apenas como virtude ou como bem referente à perfeição individual, mas como valor que se assume estruturante de um projecto político e que se destina a ser realizado na sociedade através do direito – numa sociedade que se quer de integração e não apenas de coordenação[2351].

Este entendimento está, aliás, em perfeita sintonia com a Constituição e, em especial, com a imagem de homem que ela mesma encerra: um homem que não apenas se encontra comunitariamente inserido – isto é, que se sabe inscrito numa comunidade com a qual compartilha valores e interesses –, como está empenhado na construção de uma sociedade mais (livre, justa e) solidária e que só nessa integração e nesse empenhamento consegue realizar plenamente a sua dignidade (artigo 1º)[2352-2353]. Nem se julgue que a solidariedade de que fala a Constituição logo no seu pórtico se confina ao departamento dos direitos sociais e, por consequência, à dimensão vertical que a mesma assume quando é realizada através do Estado, do seu sistema fiscal e das suas prestações materiais. Ou que respeita apenas a relações dificilmente apreensíveis pelo direito, como (ainda) sucede com as relações de solidariedade intergeracional. Pelo contrário, são inúmeros os lugares da Lei Básica em que a solidariedade horizontal marca presença, como destaque para os deveres fundamentais *proprio sensu*, para os direitos-deveres, mas também no reino das restrições e limitações aos direitos, liberdades e garantias e da sua justificação constitucional[2354]. Desde logo, "a solidariedade chega aos direitos partindo dos deveres que gera" para

[2348] F. DIAS, *Direito*, I, p. 938.
[2349] P.B. MARTINEZ, *Curso*, pp. 263 ss..
[2350] C. NABAIS, *Por uma liberdade*, p. 135.
[2351] P.B. MARTINEZ, *Curso*, p. 276.
[2352] Sobre o sentido desta referência constitucional, afirmando que "só a solidariedade garante plenamente a dignidade em todas as circunstâncias da vida", J. MIRANDA / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 1º*, p. 90.
[2353] Quanto aos efeitos da *imagem do homem da Lei Fundamental* no direito privado, RUFFERT, *Vorrang*, pp. 476 ss..
[2354] Para a distinção entre solidariedade vertical e horizontal: C. NABAIS, *Por uma liberdade*, pp. 136 ss.; apresentando projecções concretas de uma e de outra, J. MIRANDA / A. CORTÊS, *Anotação ao artigo 1º*, pp. 90-92.

cada um dos membros da comunidade[2355]. A solidariedade faz necessariamente parte dos "alicerces conceptuais que sustentam os direitos fundamentais"[2356] – onde rivaliza com os valores da liberdade, da igualdade e da segurança[2357] – e espraia-se indistintamente pelos direitos sociais (que requerem uma maior institucionalização e burocratização dessa mesma solidariedade) e pelos direitos pessoais e de liberdade (que são menos exigentes do ponto de vista institucional).

Esta ideia de solidariedade humana garante, assim, aos deveres de protecção nas relações entre privados um *fundamento teórico suficientemente diferenciado* e autónomo daquele que está na base dos deveres de protecção jusfundamental do Estado, independentemente de estes encontrarem o seu esteio na conjugação da vinculação positiva dos poderes públicos e da vinculação dos entes privados – como se julga mais acertado –, na dimensão objectiva dos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana, ou até na função de segurança do Estado decorrente ao monopólio do uso legítimo da força. Em todo o caso, sem incorrer numa *panconstitucionalização* do direito privado, isto não significa que o princípio constitucional da vinculação das entidades privadas, expresso na parte final do nº 1 do artigo 18º, não possa também constituir um fundamento (paralelo) dos deveres de protecção nas relações jurídicas entre particulares, onde o legislador ordinário vai beber quando pretende tutelar mais eficazmente este ou aquele bem jusfundamental, em face desta ou daquela fonte de perigos[2358]. Ou, o que vai dar ao mesmo, que a ideia matriz da solidariedade humana que marca presença no artigo 1º da Constituição, e que se projecta em diversos outros direitos e institutos constitucionais, se reflecte igualmente na máxima da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, do nº 1 do artigo 18º, emprestando-lhe um conteúdo positivo que justifica materialmente os deveres intersubjectivos de protecção de bens jurídicos, mormente aqueles que os penalistas e os civilistas vêm identificando de forma meticulosa.

Por uma via ou por outra, parece difícil negar que os direitos fundamentais possam assumir, também quando aplicados nas relações jurídicas entre privados, um conteúdo positivo, que serve de base à vinculação de certas pessoas a deveres de actuação em benefício de direitos alheios. Bem vistas as coisas, aliás, que razões poderiam justificar que os direitos fundamentais só de forma truncada se pudessem aplicar nas relações privadas? Isto é, expurgados de uma parte do seu conteúdo material e de uma parte das suas funções jurídicas[2359]. Num exemplo extremo, nenhum sentido faria afirmar-se que A está vinculado ao direito à vida de B e, por isso, não o pode matar – ou não pode actuar de modo a pôr em

---

[2355] P.B. MARTINEZ, *Curso*, p. 281.

[2356] AMARTYA SEN, *A ideia*, p. 490, embora referindo-se literalmente a *simpatia* e não a *solidariedade*. Sobre a distinção entre simpatia e outros *sentimentos morais*, como a generosidade, pp. 260 ss..

[2357] P.B. MARTINEZ, *Curso*, pp. 207 ss..

[2358] Distinguindo, em sede de responsabilidade civil, os deveres de tráfico dos deveres de protecção, CANARIS, *Schutzgesetze*, pp. 51 ss. e, esp., pp. 84-85. Procurando preservar globalmente a autonomia do direito privado em face da prevalência (da Constituição e) dos direitos fundamentais, nas suas diferentes manifestações nas relações privadas, RUFFERT, *Vorrang*, pp. 75 ss..

[2359] Transpondo para as relações regidas pelo direito privado a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, RUFFERT, *Vorrang*, pp. 75 ss..

perigo a vida deste –, mas já não está constitucionalmente obrigado a não o deixar morrer, apesar de dispor das condições para o salvar.

III – No que toca à terceira premissa, a verdade é que o problema não estará tanto na *vexata quaestio* da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais. Essa é cada vez mais uma questão de segunda linha, cujas consequências práticas são aliás tidas por escassas[2360]. Mais relevante é a questão de fundo do verdadeiro significado – do alcance real – do princípio na conformação das relações entre os entes privados. Estarão os privados vinculados aos direitos fundamentais como um todo, na sua imensa complexidade intrínseca?

Quanto a este ponto, porém, não obstante a ruptura que representou historicamente, a teoria da eficácia entre privados dos direitos fundamentais permanece ainda muito marcada pela concepção tradicional destes enquanto direitos de defesa[2361]. Mesmo quando não é confundida com a vinculação do *legislador de direito privado* à Constituição – ou com a simples *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais *(Austrahlungwirkung)*[2362]–, ela é muitas vezes apresentada como um mero alargamento (dos sujeitos passivos) da teoria dos direitos de defesa, como resulta do recurso insistente à ideia de poderes privados: onde quer que a pessoa humana se encontre ameaçada pelo poder, seja ele público ou privado, aí estão também os direitos fundamentais[2363]. Quase se diria *ubi potestas ibi ius*. Outras vezes, como dá conta a própria expressão *eficácia quanto a terceiros (Drittwirkung)*, a vinculação dos privados é vista como um acidente lateral relativamente à essência da relação jusfundamental – a linha vertical (ascendente) entre o titular do direito e o Estado –, à semelhança do que sucede na teoria da eficácia externa das obrigações entre credor, devedor e eventuais terceiros[2364].

Só raramente a teoria em causa é acompanhada da preocupação de operar uma verdadeira expansão (essencialmente horizontal) do campo dos direitos fundamentais, com base na ideia de unidade da ordem jurídica – afinal, "não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurada apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações entre as pessoas entre si"[2365]. E, mais raramente ainda, esse movimento de expansão horizontal surge estribado na complexidade material dos direitos fundamentais e devidamente enquadrado dentro da ideia de multifuncionalidade ou pluridimensionalidade dos mesmos[2366]. Que se

[2360] Sobre esta escassez de consequências, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 335-336.
[2361] Supra, §1º, ponto 4.4, e §3º, ponto 9.1.2.
[2362] DOLDERER, *Objecktive Grunrechtsgehalte*, pp. 220 ss., preservando a autonomia desta função (essencialmente no campo da hermenêutica jurídica).
[2363] V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 245 ss. e pp. 250 ss., distinguindo o problema das *relações privadas de poder* e das *relações privadas típicas*; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 87 ss.; J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 338; de forma bastante mais esbatida, J. MIRANDA /J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 333 ss..
[2364] Na doutrina portuguesa, em termos paradigmáticos, V.P. SILVA, *A vinculação*, pp. 259 ss..
[2365] J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 304.
[2366] O que é mais comum, precisamente, nos textos que consideram também a dimensão jusfundamental dos deveres de protecção: RUFFERT, *Vorrang*, esp. pp. 61 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 19 ss., esp. pp. 37-41;

saiba, sobretudo, nunca nenhuma concepção defensora da eficácia imediata dos direitos fundamentais reivindicou com clareza para a mesma uma abrangência que lhe permitisse gerar autónomos deveres de protecção nas relações jurídicas entre privados[2367-2368].

Pelo contrário, o que sugere uma das concepções doutrinais que mais adeptos tem vindo a ganhar – e que supostamente corresponderia a uma terceira via entre a eficácia mediata e a eficácia imediata[2369] – é que a efectiva vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais resulta do cumprimento por parte do Estado dos imperativos constitucionais de tutela que sobre ele impendem[2370]. Por isso, quando se pensa hoje sobre a vinculação dos particulares, pensa-se ainda e sempre no dever dos sujeitos privados se *absterem* de condutas que possam representar agressões para os direitos de terceiros e, inversamente, na possibilidade de estes invocarem os seus direitos fundamentais para se *defenderem* de condutas agressivas dos seus semelhantes. A lógica tem sido (e provavelmente continuará a ser por bastante tempo) a de que o Estado *respeita e protege* os direitos fundamentais, ao passo que pela própria natureza das coisas os particulares estão tão-só constitucionalmente obrigados a *respeitá-los* e, quando for esse o caso, a cumprir as eventuais leis destinadas à sua protecção (e que podem incrementar os já referidos deveres de segurança no tráfico).

Reflexo desta visão é, igualmente, a orientação doutrinal que enjeita a qualificação dos deveres de protecção como verdadeiros direitos a prestações – o que os aproximaria dos direitos sociais e, por essa via, permitiria realizar a unidade (estrutural e de regime) de todos os direitos fundamentais[2371] – e prefere salientar uma outra perspectiva – precisamente a dos privados que se encontram na base da pirâmide jusfundamental. Quer dizer, a perspectiva segundo a qual aqueles deveres surgem ao serviço de uma determinada estirpe de direitos de defesa, não em face do Estado, mas frente aos outros particulares, já

DOLDERER, *Objective Grundrechtsgehalte*, pp. 201 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 99 ss.; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 66 ss.

[2367] Vejam-se as resenhas sobre as teorias da vinculação dos privados: STERN / SACHS, *Das Staatsrecht*, III/1, pp. 1511 ss. (e, pp. 1533, com referências ao direito comparado); PAPIER, *Drittwirkung*, pp. 1331 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 19 ss.; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss.; SCHWABE, *Bundesferfassungsgericht*, pp. 442 ss.; OETER, *"Drittwirkung"*, pp. 529 ss.; J. NEUNER, *A influência*, pp. 213 ss.; J.B. UBILLOS, *La eficacia*, esp. pp. 233 ss. e, esp., pp. 270 ss.; P.B. MARTINEZ, *Curso*, pp. 617 ss.. Em Portugal, mais recentemente, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 71 ss.; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 277 ss.; e *A influência*, pp. 145 ss.; A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 405 ss..; I. SARLET, *A influência*, pp. 111 ss.; J.J. ABRANTES, *O contrato*, pp. 65 ss.; B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 20 ss..

[2368] Nem mesmo a concepção que mais claramente sustenta a multifuncionalidade dos direitos fundamentais nas relações entre privados – isto é, como garantias institucionais, como direitos de defesa, como deveres de protecção e como direitos a prestações sociais – RUFFERT, *Vorrang*, pp. 75 ss..

[2369] Defendendo que se trata apenas de mais uma variante (mais sofisticada) da tese da eficácia mediata, que abrange tanto o direito constituído como o direito a constituir, J. MIRANDA / J.P SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 335. No mesmo sentido, TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, pp. 185-187. Ainda sobre a (suposta) mudança de paradigma da vinculação das entidades privadas através da figura dos deveres de protecção, RUFFERT, *Vorrang*, pp. 20-24.

[2370] CANARIS, *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss.; e *Direitos*, pp. 52 ss., e pp. 101 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 155 ss.; J. NOVAIS, *Os direitos*, pp. 69 ss..

[2371] Sobre a tese dos *direitos a prestações em sentido amplo*: ALEXY, *Teoria*, pp. 419 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 237 ss.. Abraçando uma linha que procura a unidade entre todos os direitos fundamentais, J. NOVAIS, *Direitos sociais*, esp. pp. 251 ss..

que o seu objectivo último é a não ingerência numa esfera jurídica existente – e não propriamente reclamar de outrem determinadas prestações materiais[2372].

15.2. Deveres de protecção privados e públicos

Ante a situação descrita, sobretudo a concernente ao alcance real da vinculação dos entes privados – à qual, como é óbvio, não pode deixar de apensar-se o persistente cepticismo que a tese da vinculação imediata só por si concita (entre civilistas e não só) –, responder positivamente à interrogação formulada seria construir uma casa sobre a areia. Tal não invalida, porém, que o Estado possa delegar em privados alguns dos seus próprios deveres de protecção.

I – De facto, com alicerces tão frágeis, não seria avisado abrir mais uma frente de batalha, transformando no seu conjunto os direitos fundamentais numa (nova) fonte directa de exigências positivas nas relações entre os indivíduos – para mais correndo o risco de os converter, senão no seu próprio contrário, pelo menos em algo que eles nunca foram antes: fontes autónomas de deveres positivos de uns cidadãos referentes à protecção efectiva (jurídica ou material) de bens jurídicos fundamentais de outros cidadãos. Mais do que isso, a instituição desses deveres cívicos com carácter generalizado poderia conduzir a um cenário, muito pouco desejável, de sistemática (e abusiva) interferência dos indivíduos na esfera jurídica dos seus semelhantes, para assim obviarem à sua própria responsabilidade (civil, contraordenacional e até criminal) pelo incumprimento desses deveres[2373]. A vida em sociedade poderia bem tornar-se sufocante, com a responsabilidade cruzada dos cidadãos pela segurança dos bens jurídicos uns dos outros – cada qual transformado em polícia e tutor de todos os demais –, assim se diluindo paulatinamente a parcela de responsabilidade de cada um tem na protecção dos seus próprios bens jurídicos, quando não também a das próprias autoridades estatais.

As razões que explicam tal resposta negativa transcendem, no entanto, as capacidades de uma argumentação estritamente dogmática e prendem-se, no fundo, com o papel algo limitado que a solidariedade humana tem enquanto sustentáculo dos direitos fundamentais[2374]. É certo que, sendo "uma má coisa (ou uma má realização social) que ocorram violações – ou não realizações – das liberdades que subjazem a direitos importantes, mesmo aqueles que não estão na origem das violações em causa, mas que estão em posição de ajudar, têm razões para pensar no que deveriam fazer em relação ao caso". Porém, "passar de uma *razão* para agir (…) a um efectivo *dever* de praticar tal acção não é, nem simples,

[2372] KRINGS, *Grund*, pp. 257-259. Sobre os "direitos fundamentais como direitos subjectivos de defesa no direito privado", RUFFERT, *Vorrang*, pp. 88 ss..
[2373] F. DIAS, *Direito*, I, p. 908.
[2374] P.B. MARTINEZ, *Curso*, pp. 263 ss..

nem passível de ser razoavelmente reduzido a uma fórmula clara e linear" [2375]. Desde logo, um eventual dever de praticar acções determinadas com o objectivo de proteger direitos alheios sempre terá, inevitavelmente, de "levar em consideração as próprias circunstâncias em que cada um se encontra e as probabilidades de eficácia" dessas mesmas acções. Para que esse dever possa surgir é indispensável que alguém se encontre "em posição de fazer algo que eficazmente impeça a violação do dito direito" e não apenas que se sinta de algum modo tocado com a violação (ou com a possibilidade de ela ocorrer) e, nesse sentido, humanamente solidário com o titular do direito[2376]. Na falta de preenchimento dessa condição, estar-se-á quanto muito perante uma "obrigação especificada em termos largos"[2377] – que Kant denominava por *obrigações imperfeitas* e que contrapunha às *obrigações perfeitas*, estas sim verdadeiros imperativos exaustivamente especificados[2378].

É precisamente por causa desta necessidade de especificação exaustiva que não podem existir deveres privados de protecção jusfundamental directa e exclusivamente fundados na Constituição, sem uma intervenção medidora do legislador democrático – em princípio, sublinhe-se, de natureza pontual. Certamente por pressupor um grande distanciamento em relação a concepções antropologicamente pessimistas do homem (como lobo do homem), o valor da solidariedade nunca se afirma socialmente por si mesmo, de forma espontânea – nem nas relações horizontais entre privados, nem nas relações verticais de solidariedade institucionalizada –, sendo imprescindível, em maior ou menor medida, que o mesmo seja concretizado normativamente e assegurado (senão mesmo imposto) pelo Estado. Implicando a solidariedade a apreensão de margens da liberdade individual não despiciendas, é essencial que o legislador democrático tome uma opção política precisa quanto à medida e ao modo de a realizar – seja ela uma opção de política criminal, de política social, de política económica ou de qualquer outra política sectorial. A solidariedade, nas suas múltiplas formas, exige invariavelmente uma efectiva mediação estatal e um nível de densificação normativa superior ao das simples relações de respeito mútuo entre os cidadãos. Daí que o próprio objectivo constitucional de construção de uma sociedade mais solidária, firmado logo no artigo 1º da Constituição, não possa ter por base apenas uma ideia acerca da dignidade da pessoa humana e do homem como ser solidário. Nesse mesmo preceito constitucional se convoca também a vontade popular, que legitima democraticamente as deliberações do legislador sobre a *exigibilidade* de condutas solidárias, definindo os critérios de *proximidade* e de *oportunidade* que fundam deveres específicos de auxílio, de cuidado e de protecção entre os cidadãos.

[2375] A. SEN, *A ideia*, p. 490.
[2376] A. SEN, *A ideia*, pp. 491-492.
[2377] A. SEN, *A ideia*, p. 492.
[2378] KANT, *Metafísica dos costumes*, II, segunda parte, §§ 23º ss., apontando o *amor* como o sentimento que acompanha o cumprimento das primeiras e o *respeito* como o sentimento que acompanha o cumprimento das segundas.

II – Isto não invalida que existam verdadeiros e próprios deveres de protecção de direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, mas apenas que esses deveres sejam directamente dedutíveis da Constituição, dos direitos fundamentais em especial e em articulação com o segmento normativo final do nº 1 do artigo 18º[2379]. Esses deveres privados, apesar de poderem (e deverem) ser lidos à luz da Lei Fundamental, carecem para adquirir consistência jurídica de um grau de especificação que somente o direito ordinário e a correspondente hermenêutica permitem atingir. Por essa razão, ainda quando não ocorre no plano legislativo um efectivo entrelaçamento entre deveres privados de protecção de bens jurídicos alheios e deveres estaduais de protecção jusfundamental propriamente ditos, de um ponto de vista prático, será sempre muito difícil delimitar os primeiros daquilo que constitui já o cumprimento dos segundos pela mão do legislador. Com efeito, saber se o dever de protecção que certa lei impõe aos cidadãos nas suas relações recíprocas representa, originariamente, um dever de solidariedade humana que o legislador identificou e impôs formalmente ou se, pelo contrário, se trata antes de um dever fundado na vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais (e na sua função de segurança), cujo cumprimento implicou a produção de uma lei e a imposição de obrigações positivas aos particulares, pode revelar-se uma tarefa espinhosa, senão mesmo votada ao insucesso[2380].

Não parece, em todo o caso, que pudessem retirar-se consequências de monta desta (difícil) distinção relativa à ontologia – originariamente privada ou pública – dos deveres de protecção jusfundamental que ligam os particulares nas suas relações recíprocas. Existem efectivamente deveres de protecção nas relações entre privados. No essencial, eles fundam-se numa imagem do homem como ser solidário que a Constituição acolhe e, paralelamente, podem filiar-se também no princípio da vinculação dos particulares aos direitos liberdades e garantias. Possuindo um fundamento autónomo, não são uma mera projecção dos deveres de protecção jusfundamental que impendem sobre o próprio Estado, nem se podem reduzir a um simples precipitado da actividade legislativa de cumprimento destes. Não podendo os deveres privados de protecção ser directamente deduzidos das normas constitucionais sobre direitos fundamentais – e, consequentemente, não havendo aí vinculação imediata dos entes particulares – eles acabam por convergir com os deveres estaduais *proprio sensu* na necessidade de uma intervenção densificadora do legislador ordinário, que acaba por ser determinante na definição e conformação das vinculações jusfundamentais a que as pessoas privadas estão efectivamente sujeitas. No fundo, por um caminho ou por outro, o desfecho não há-de ser muito diferente: primado do legislador e cooperação –

[2379] Excepcionalmente, pode considerar-se apenas a hipótese de deveres de protecção privados directamente decorrentes do direito-dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (nº 5 do artigo 36º). Mas o mesmo já não parecer ser possível relativamente aos empregadores, na sua relação com os trabalhadores (artigo 59º, nº 2), ou aos produtores de bens e serviços, na sua relação com os consumidores (artigo 60º).

[2380] CANARIS, *Schutzgesetze*, pp. 27 ss., tomando as *leis de protecção*, do §823 do BGB, como ponto de convergência entre os deveres de tráfico e os deveres de protecção.

escalonada em diferentes níveis – entre Estado e sociedade na tarefa de preservação dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais[2381].

15.3. Privatização de deveres estaduais de protecção

Por último, importa ter em atenção que a generalidade das situações em que é possível encontrar particulares envolvidos em tarefas de protecção de terceiros não advém sequer da sua vinculação solidária aos direitos fundamentais destes últimos, correspondendo antes a fenómenos de *privatização* de funções do Estado – ou, para ser mais rigoroso, de delegação em privados do cumprimento de deveres estaduais de protecção[2382] –, que foram efectuados e são regulados através de lei ordinária. Como se referiu noutro contexto, uma coisa é imputar ao Estado certos deveres de protecção, outra coisa bem diferente seria lançar sobre o Estado a obrigação de desenvolver pela sua própria mão todas as actividades jurídicas e materiais – mormente de natureza prestacional – exigidas por um grau de tutela constitucionalmente aceitável dos bens jusfundamentais. Com frequência, portanto, quando se fala de um dever estadual de protecção de direitos fundamentais, do que se trata em rigor é apenas de um *dever de organização e coordenação* de uma actividade complexa e estratificada de protecção jusfundamental[2383].

I – Em muito casos, aliás, os sujeitos privados que assumem funções de protecção jusfundamental são, eles mesmos, os principais responsáveis pelos perigos e riscos que o Estado pretende ver minimizados ou afastados. Isto nada tem de estranho, traduzindo antes o reconhecimento de que os agentes causadores desses perigos e riscos, pelos seus conhecimentos e pelos meios técnicos de que dispõem, estão muitas vezes em bastante melhor posição do que o Estado no que respeita à investigação, à prevenção, à publicitação e ao controlo das ameaças jusfundamentais que a sua actividade comporta[2384-2385]. Se a este facto se juntar a circunstância de serem tais particulares aqueles que mais beneficiam social e economicamente com a prossecução de tais actividades, bem como o carácter limitado da acção e dos recursos estaduais, afigura-se ser da mais elementar justiça que na repartição dos encargos com a gestão

[2381] Nas duas perspectivas, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 154-156 e pp. 165-169, respectivamente. Sobre a ideia de uma cooperação escalonada entre Estado e sociedade na promoção da segurança dos bens jurídicos, STOLL, *Sicherheit*, esp. pp. 408 ss..

[2382] Enquadrando a "privatização da gestão" de tarefas públicas entre outras modalidades do fenómeno global da privatização: P. OTERO, *Coordenadas*, pp. 37 ss.; EHLERS, *Aushölung*, pp. 37 ss.; WEIS, *Privatisierung*, pp. 28 ss..

[2383] SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 168-169; de certa forma ainda, WEIS, *Privatisierung*, pp. 291 ss..

[2384] Sobre a partilha de responsabilidades entre Estado e sociedade na produção do conhecimento e no desenvolvimento técnico, STOLL, *Sicherheit*, resp. pp. 277 ss., e pp. 295 ss..

[2385] Em especial, sobre as funções de informação dos privados, MÖLLERS, *Rechtsgütterschutz*, pp. 11-13 e pp. 86 ss.; o que não exclui a informação pública, FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss.; nem a intercomunicabilidade entre uma e outra, STOLL, *Sicherheit*, pp. 284 ss..

dos perigos e riscos em apreço os primeiros a ser convocados sejam precisamente aqueles que os despoletaram.

Por isso, estes sujeitos não podem de todo ser confundidos com destinatários vinculados a originários e autónomos deveres privados de protecção, sejam eles de raiz constitucional, legal, contratual ou outra. Nem isso faria qualquer sentido, porquanto, à semelhança do que sucede com o Estado, *também os particulares não podem estar adstritos a deveres de protecção contra si próprios*. Daí que mesmo as situações ditas de *ingerência* correspondam, no fundo, à violação de um dever de respeito, que só num segundo momento se convola num dever de protecção *sui generis*. Mas, naturalmente, os particulares já podem estar vinculados ao cumprimento das obrigações – tanto de *non facere* quanto também *de facere* – resultantes dos regimes jurídicos de protecção que o Estado emanou, exigindo a sua intervenção activa na gestão das ameaças jusfundamentais que até certo ponto controlam ou, pelo menos, em cuja gestação se encontram directa ou indirectamente envolvidos.

Diversamente, noutros casos, os particulares são chamados a desempenhar funções de protecção de direitos fundamentais inseridos no âmbito de estruturas relacionais tetrapolares (ou multipolares), em que à relação triangular original se vem juntar um outro sujeito privado que – a par do Estado ou em sua substituição – é encarregado de zelar pela protecção dos bens jurídicos do titular dos direitos sob ameaça[2386]. É claro que a circunstância de as ordens profissionais terem em Portugal natureza jurídico-pública, bem como o facto de certas empresas que actuam em domínios aqui relevantes se encontrarem intimamente ligadas à Administração através de contratos de concessão – por exemplo, as concessionárias de auto-estradas[2387] –, reduz bastante a possibilidade de o Estado se associar a verdadeiros parceiros privados, de modo a desenvolver *estratégias de conformação cooperativa de perigos e riscos*, transferindo para instituições sociais uma parte mais ou menos significativa da gestão dos mesmos e limitando a sua actividade ao estabelecimento de padrões de controlo e a intervenções fiscalizadoras (e sancionatórias) a título pontual (ou subsidiário)[2388]. Ainda assim, há um conjunto muito significativo de entidades privadas que podem ser convocadas pelo legislador – em moldes preferentemente não imperativos – a desempenhar tarefas de protecção de direitos fundamentais, nos mais diversos campos de actividade: associações empresariais e sindicais, instituições particulares de solidariedade social, associações de defesa do ambiente e dos direitos dos consumidores, universidades e instituições de investigação (privadas), federações desportivas, organizações de moradores, farmácias e outras categorias de estabelecimentos abertos ao público, etc[2389].

[2386] Sobre estratégias de protecção tetrapolares, KRINGS, *Grund*, pp. 268-269.

[2387] Acórdãos nº 596/2009 e nº 597/2009, que não julgam a inconstitucionalidade das normas que, em caso de acidente rodoviário, atribuem à concessionária da auto-estrada o ónus da prova do cumprimento concreto da sua *obrigação de segurança do tráfego*. Sobre este tema: M. CORDEIRO, *Igualdade rodoviária*, pp. 56 ss.; S. MONTEIRO, *Acidentes*, pp. 29 ss.; C. FRADA, *Sobre a responsabilidade*, pp. 407 ss..

[2388] FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 457-458; ISENSEE, *(§111º) Das Grundrecht*, p. 219.

[2389] Quanto à natureza jurídica de algumas destas entidades (algumas delas afins das associações públicas): D.F. AMARAL, *Curso*, I, pp. 443 ss.; V. MOREIRA, *Administração*, pp. 292 ss..

II – Por certo que esta possibilidade de o Estado proceder à delegação – expressa nuns casos, implícita noutros – do cumprimento dos seus deveres de protecção depende em parte das concepções que cada um perfilha sobre a natureza indeclinável da função estadual de segurança e, mesmo, sobre o significado do monopólio público do uso da força[2390]. Contudo – sem prejuízo de uma ou outra voz dissonante[2391] –, é relativamente pacífico que, observadas as regras gerais que parametrizam as soluções de privatização de funções públicas – soluções que, como é sabido, nem sempre são inócuas do ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais[2392] –, o problema não respeita tanto à admissibilidade da transferência para entes privados do cumprimento de deveres públicos de protecção, mas sim à natureza das tarefas privatizáveis e à extensão dessa mesma privatização[2393].

Por um lado, é evidente que certas modalidades de protecção são absolutamente indelegáveis, como as que envolvem o exercício do próprio poder legislativo ou a actuação do poder punitivo do Estado. Sem negar a possibilidade de adopção de mecanismos de auto-regulação institucional ou até do fomento de mecanismos mais ou menos espontâneos de auto-regulação social, o princípio da reserva de lei sempre canalizará para a imposição heterónoma própria das disposições legais o essencial da definição normativa da protecção jusfundamental[2394]. Não só a protecção legislativa em si mesma tem de permanecer responsabilidade exclusiva do Estado, como só marginalmente pode ser substituída – ou a sua insuficiência ser compensada – por quaisquer normas de origem privada, emanadas ao abrigo de sistemas de auto-regulação (*v.g.*, normas deontológicas, códigos de conduta, regras de boas práticas[2395]). Da mesma forma, ainda que possa delegar-se em entidades privadas tarefas ancilares do exercício de poderes sancionatórios, quando não mesmo a própria aplicação de normas sancionatórias de segundo grau – desde que os respectivos procedimentos de contraordenação ou disciplinares sejam rodeados das indispensáveis garantias constitucionais dos direitos dos potenciais arguidos –, a forma mais paradigmática (e mais eficaz) de protecção de direitos fundamentais – a protecção penal – está absolutamente excluída de qualquer pulsão privatizadora[2396].

[2390] Para o enquadramento destas ideias: GUSY, *Rechtsgüterschutz*, pp. 573 ss.; ENDERS, *Die Privatiesirung*, pp. 351 ss.; GRAMM, *Privatisierung*, pp. 114 e ss., e pp. 190 ss.; GUTMANN, *Die Grenzen*, pp. 33 ss.; PIEROTH, *Das Staatliche Gewaltmonopol*, pp. 53 ss..

[2391] DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 168 ss., e esp., pp. 199 e 203.

[2392] WEIS, *Privatisierung*, pp. 147 ss..

[2393] GRAMM, *Privatisierung*, pp. 114 ss.; WEIS, *Privatisierung*, esp. pp.291 ss.. Na perspectiva da legitimidade democrática do poder executivo e da sua responsabilidade perante o Parlamento, EHLERS, *Aushölung*, pp.122 ss..

[2394] Sobre a auto-regulação social como economizadora de protecção estatal: FABER, *Gesundheitliche Gefahren*, pp. 752-753; sobre as diferentes modalidades de regulação privada, V. MOREIRA, *Auto-regulação*, esp. pp. 78 ss..

[2395] A respeito da função de protecção das ordens profissionais (e das respectivas regras deontológicas) na relação médico / paciente, HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 111 ss.. Confiando também na deontologia médica para a protecção do embrião e da gestante, Acórdão nº 101/2009 (procriação medicamente assistida).

[2396] Apontando diferentes limites à privatização de tarefas estaduais: GRAMM, *Privatisierung*, pp. 237 ss., e pp. 395 ss.; também EHLERS, *Aushölung*, pp. 108-119. Numa perspectiva diferente, elencando as vinculações que a privatização não pode pôr em causa, M.J. ESTORNINHO, *Fuga*, pp. 167 ss..

Por outro lado, fora destes dois âmbitos particulares, quase tudo está por definir, existindo inúmeras incumbências estaduais de protecção jusfundamental – sobretudo tarefas administrativas de *produção de bens públicos*, que implicam a realização de prestações jurídicas e materiais[2397] – em que é legítimo discutir se ou em que medida elas podem com proveito ser atribuídas ou transferidas para entidades privadas. Como seria de esperar, a protecção de direitos fundamentais não escapa ao problema dos paradigmas de superação da crise do Estado-providência, no contexto da actual sociedade de risco global, sejam eles o Estado-regulador, o Estado-planificador, o Estado-garantia ou outro qualquer modelo mais ou menos flexível e criativo de interpenetração entre o sector público e o sector privado[2398]. Todavia, contando que, a pretexto de uma qualquer interpretação peculiar do princípio da subsidiariedade, não se pretenda transferir para os titulares dos direitos ameaçados a responsabilidade pela sua própria protecção, nem se procure dissolver a responsabilidade do Estado como último garante da segurança dos direitos dos seus cidadãos através da sua disseminação pelo conjunto das instâncias sociais, este é um tema que terá de ser aqui deixado em aberto.

[2397] GRAMM, *Privatiesierung*, pp. 272 ss..
[2398] CALLIESS, *Rechtsstaat*, pp. 53 ss.; M.J. ESTORNINHO, *Fuga*, pp. 47 ss.; M.G. GARCIA, *O lugar*, p. 309; P. GONÇALVES, *A concessão*, pp. 7-12; V. MOREIRA, *Auto-regulação*, pp. 34-52; FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 397.

EPÍLOGO

16. Sobre a natureza dos deveres estaduais de protecção

Os deveres do Estado de protecção jusfundamental são um claro sinal dos tempos. Mudou a realidade social, mudaram com ela os direitos fundamentais.

Estes direitos viram a luz do dia numa época da história em que a ciência e a técnica se integravam um processo civilizacional linear, onde o saber humano e a correspondente habilidade transformadora do meio aumentavam continuamente e se acumulariam em camadas sucessivas. Inserida nessa inelutável marcha do progresso, a humanidade podia mostrar-se confiante na sua própria capacidade para dominar o mundo através da razão e da inteligência. Sobretudo, "o progresso técnico-científico parecia levar emparelhado um progresso da civilização, e este por sua vez moral e político. No século XVIII, o progresso das ciências devia transformar-se no progresso moral através da ilustração de um público composto por pessoas individuais; no século XIX, o avanço da técnica devia fazer saltar as correntes de um marco institucional já estreito e desembocar na emancipação dos homens através da acção revolucionária do proletariado. O progresso da ciência identificou-se com a reflexão (…) e o progresso da técnica com a libertação da repressão, tanto dos poderes repressivos da natureza como dos poderes repressivos da sociedade"[2399]. Cada geração de homens apoia-se nos ombros da anterior e acrescenta-lhe algo da sua própria lavra. A história das diferentes gerações de direitos fundamentais é ainda um eco desse optimismo determinista, em que aos direitos civis oitocentistas se somam, numa segunda camada, os direitos políticos novecentistas e, numa terceira leva, se juntam os direitos sociais, que algures no decurso do século XX estavam predestinados para libertar os homens da necessidade[2400].

Não obstante a ciência e a técnica terem continuado o seu percurso triunfante, os derradeiros anos do século XX não deixaram pedra sobre pedra daquela ingénua utopia de base cienticista e tecnológica. Nas actuais sociedades desenvolvidas – apesar de "a ciência, enquanto motor do progresso técnico, se ter convertido na primeira força produtiva"[2401] –, ninguém mais espera dela contributos significativos para o

[2399] HABERMAS, *Teoría*, p. 314.
[2400] MARSHALL / BOTTOMORE, *Citizenship*, pp. 3 ss..
[2401] HABERMAS, *Teoría*, p. 314.

progresso ético ou para a emancipação política do homem. Bem pelo contrário: teme-se pelo futuro do humano enquanto tal, devido ao facto de a tecnociência trazer consigo um crescimento considerável dos mecanismos de controlo social; assim como se receia igualmente que a "técnica independentizada" venha a "confrontar-se com o homem"; uma vez que "também os homens podem integrar-se nas instalações técnicas", a relação entre o ser humano e a máquina pode bem inverter-se. "O homem renunciou à função de controlo do emprego de meios técnicos" e, em alguns domínios sociais e vivenciais, há mesmo "segmentos da conduta humana que se vêem rebaixados ao nível de peças mecanicamente controladas"[2402]. A desumanização ou a despersonalização do homem torna-se assim uma hipótese real e a eterna interrogação sobre o seu lugar no mundo ganha novos contornos e uma premência não antes sonhada.

Como se afirmou logo de início, é este cenário inquietante que explica em larga medida o sucesso presente – ou a redescoberta recente – dos deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais, dado que estes se apresentam também como um produto da "sociedade de risco global". Ainda que não exclusivamente – relembre-se a sua pré-história liberal, mas sobretudo o seu momento emancipatório nas decisões germânicas sobre o aborto e o seu posterior reencaminhamento para os procedimentos autorizativos do funcionamento das centrais nucleares –, eles constituem uma construção jurídica que o direito público tem vindo a mobilizar na esperança de transpor algumas das aporias daquele novo paradigma social, mormente para dar satisfação às crescentes exigências de segurança que de forma contínua os cidadãos dirigem contra o Estado. Num contexto marcado pela multiplicação e pela globalização da incerteza, em que os membros da comunidade – por vezes dominados por uma sobreconsciência de si e dos seus direitos imediatos – reclamam do poder público níveis de segurança cada vez mais elevados, é fundamental encontrar um critério capaz de presidir à gestão dos recursos escassos do Estado. Uma construção jurídica, sublinhe-se, que toma a sério a preservação dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais e que tem plena consciência de que, na complexidade das presentes sociedades em rede, a segurança daqueles nunca resultará da intervenção de uma qualquer mão invisível, antes carecendo da mão firme e cirurgicamente precisa do Estado.

A questão que agora importa retomar – escolhida entre tantas outras que não puderam receber tratamento adequado ao longo do texto –, é no fundo a de saber se, tendo os direitos fundamentais mudado tanto ao longo da sua história, mudaram o suficiente nos anos mais recentes ao ponto de se reconhecer que possuem hoje – na figura da protecção jusfundamental – uma segunda dimensão subjectiva, a par da sua tradicional dimensão de defesa. Quer dizer: se as ditas exigências de segurança que os cidadãos desferem continuamente contra o Estado, a respeito dos seus bens jurídicos mais preciosos, não passam de pretensões dependentes de concretização político-legislativa – ainda que *ab initio* equacionáveis pelas vias do Estado de Direito democrático (direito de participação na vida pública,

[2402] HABERMAS, *Teoría*, p. 317 e p. 333.

direito de petição, controlo objectivo de constitucionalidade) – ou se apresentam, logo no plano constitucional, como verdadeiras pretensões jurídicas, accionáveis subjectivamente pelos seus titulares perante as instâncias jurisdicionais competentes (artigo 20º).

16.1. Alternativas em confronto

Como seria de esperar, a literatura jurídica oferece a este respeito um leque muito variado de alternativas, que não obstante são susceptíveis de se arrumar em três grupos essenciais: teses que defendem a natureza puramente objectiva dos deveres estaduais de protecção; teses intermédias que sustentam a possibilidade de, caso a caso ou em função de certos parâmetros, se dar uma *transmutação subjectiva* de alguns dos deveres originariamente objectivos de protecção estadual; e, finalmente, teses que defendem, ainda que por diferentes vias, a existência constitucional de verdadeiras pretensões subjectivas à protecção de bens jusfundamentais[2403-2404-2405].

I – As orientações objectivistas são naturalmente as mais apegadas a uma visão clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa dos indivíduos contra o poder público e, por isso também, as mais cépticas e restritivas quanto à própria figura dos deveres estaduais de protecção. Não se estranhará, assim, ver entre os argumentos contrários à natureza imediatamente subjectiva ou mediatamente subjectivável dos deveres de protecção algumas das críticas e objecções que se encontraram já, por exemplo, na sustentação da dita "solução dos direitos de defesa".

Por um lado, sublinha-se – o que é aliás inteiramente verdade – que não existe qualquer contradição lógica na existência de deveres jurídicos do Estado sem que lhes correspondam quaisquer direitos dos cidadãos. Há deveres *relacionais* e deveres *não relacionais*. Os textos constitucionais estão cheios de vinculações positivas dos poderes públicos que, sem prejuízo do seu maior ou menor grau de densidade jurídica, não passam disso mesmo: fins ou tarefas do Estado; incumbências prioritárias relativas

---

[2403] Monograficamente, EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, esp. pp. 106 ss..

[2404] Na doutrina portuguesa: V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 149-154; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1255-1258; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 93-95; P.M. PINTO, *O direito*, pp. 192-193; J. LOUREIRO, *O procedimento*, pp. 180-185, e pp. 228 ss.; D.F. AMARAL / R. MEDEIROS, *Responsabilidade*, pp. 362-365; J.P. SILVA, *Dever*, pp. 41-44; numa visão mais favorável à subjectivação dos deveres de protecção, embora por referência ao direito à segurança do artigo 27º da Constituição, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 99-109, esp. p. 104; J. SAMPAIO, *O dever*, pp. 159 ss.; F.P. MARQUES, *As relações*, p. 129 e p. 242.

[2405] Na doutrina germânica: UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 58 ss.; DIETLEIN, *Die Lehre*, pp. 133 ss.; JAECKEL, *Schutzpflichten*, pp. 58-62; ISENSEE, *Das Grundrecht*, pp. 48 ss.; ISENSEE, *(§ 111º) Das Grundrecht*, pp. 183-185; STREUER, *Die positiven Verpflichtungen*, pp. 179 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 144 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 208 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 234 ss.; ALEXY, *Teoria*, pp. 437 ss., e pp. 459 ss.; BOROWSKY, *Grundrechte*, pp. 241 ss.; STERN, *(§ 69º) Die objective-rechtlichen Grundrechtsgehalte*, pp. 978 ss.; BADURA, *Die verfassungsrechtliche Pflicht*, pp. 489 ss.; SCHMITZ, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, pp. 130-132; DIRNBERGER, *Recht*, pp. 169 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 216 ss.; HOLLENBACH, *Grundrechtsschutz*, pp. 53-55; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, pp. 354 ss., 383 ss.; MAYER, *Untermaß*, pp. 51 ss., esp. pp. 65-67; CORNILS, *Die Ausgestaltung*, pp. 567-574; MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 244 ss.; FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 41 ss, esp. pp. 48 ss..

a determinados sectores da sua actividade; garantias institucionais de vária ordem; normas programáticas relativas à efectivação de direitos sociais; imperativos de concretização de princípios jurídicos fundamentais; afirmações valorativas de efeito meramente irradiante; obrigações de criação de órgãos ou entidades públicas. Umas vezes trata-se de incumbências dirigidas indistintamente ao conjunto dos poderes públicos, mas outras vezes o destinatário mais directo é logo apontado como sendo o legislador – como sucede com as chamadas ordens de legislar. Em qualquer dos casos, o dever de actuação encontra-se constitucionalmente prescrito em razão de um interesse público de carácter geral – a melhoria das condições de vida das pessoas, a criação de um ambiente propício ao exercício dos direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade democrática, o bom relacionamento institucional, a maior transparência da vida pública, etc –, sem uma específica referenciação individual. E, ainda quando do lado dos particulares existe efectivamente um direito – como sucede com frequência no âmbito dos direitos sociais –, este não tem necessariamente o mesmo conteúdo ou a mesma extensão que o dever a que o Estado está constitucionalmente adstrito. Não há uma relação sinalagmática. Esse direito será por regra bastante mais curto – quer no seu conteúdo imediato, quer na sua extensão (*v.g.*, um direito de quota parte ou um direito de acesso procedimentalmente justo) – do que a obrigação que impende sobre o Estado.

Por outro lado, todavia, sustenta-se igualmente que tudo o que está para lá da linha que delimita os direitos fundamentais na sua função de defesa não pode por natureza possuir – ou não será desejável que tenha – qualquer conteúdo subjectivo. Tomado como um todo, o direito fundamental divide-se como que em dois hemisférios, separados por uma linha intransponível: um hemisfério de *superior* dignidade, de natureza eminentemente subjectiva, em que o respectivo titular pode fazer valer a sua posição jurídica individual contra o poder estadual, impedindo-o pela via judicial de praticar actos lesivos do bem jusfundamental em causa ou exigindo por essa mesma via a sua imediata cessação; e um hemisfério de dignidade *inferior*, colocado por definição ao serviço daquele primeiro, em que uma série diversificada de conteúdos jurídicos prepara o terreno, fornece o enquadramento normativo ou paira valorativamente sobre o cerne subjectivo do direito. Esses conteúdos objectivos, no seu conjunto, apenas se podem justificar como uma escolta (ainda que nem sempre bem ordenada e disciplinada) em torno do verdadeiro núcleo do direito fundamental, esse sim por definição eminentemente negativo e accionável.

Em suporte deste *status quo* conceptual, duas ordens de razões são previsivelmente aduzidas. Em termos materiais: a subjectivação dos deveres constitucionais de protecção não respeitaria a liberdade de conformação do legislador democrático, colocando em causa a sua primariedade na concretização da Constituição; essa mesma subjectivação – além da imensa torrente de demandas judiciais contra o Estado que poderia desencadear – introduziria um inaceitável desequilíbrio na separação de poderes, reforçando sobremaneira o papel dos órgãos de fiscalização da constitucionalidade e abrindo o caminho para um Estado de jurisdição. Em termos adjectivos, não há previsão de um qualquer meio processual capaz de acomodar pretensões individuais de protecção jusfundamental contra aquele que é o principal obrigado pelos deveres em questão – o legislador ordinário. Ou seja, não está previsto – porque simplesmente não

pode conceber-se – uma via para fazer valer em tribunal um direito individual à emanação de uma norma legal.

II – Por sua vez, as orientações intermédias são em geral meramente remissivas, sendo o alvo preferencial dessa remissão as conhecidas teorias (renovadas) dos direitos subjectivos públicos, nomeadamente nas formulações que procedem ao entrelaçamento dos direitos fundamentais na ideia da norma legal de protecção.

Estas orientações partem, em todo o caso, dos mesmos pressupostos dogmáticos das teses objectivistas – como a referida dualidade de hemisférios do direito fundamental – e partilham, inclusivamente, grande parte das suas preocupações. Por uma banda, com a preservação da soberania do legislador democrático e com o perigo de um excessivo protagonismo dos tribunais encarregados do controlo da constitucionalidade e, com este, do eventual reconhecimento de direitos individuais a medidas de protecção estadual. Por outra banda, com a dificuldade prática em configurar uma via jurisdicional que, sem perturbar os equilíbrios do sistema, seja capaz de processar adequadamente pretensões tão específicas como as que vão implícitas num direito material a uma actuação positiva de protecção jusfundamental. Todavia, estas concepções consideram-se a si mesmas mais flexíveis e abertas, não só porque reconhecem a prioridade do direito material sobre o direito adjectivo – tanto à luz do nº 4 do artigo 19º da *Grundgesetz*, como segundo o nº 1 do artigo 20º da Constituição, a todo o direito tem inevitavelmente de corresponder uma acção –, mas também porque entendem que a chave do problema tem de achar-se no plano constitucional e não nos humores mais ou menos momentâneos do legislador ordinário. Admitem, por isso, que os deveres de protecção de direitos fundamentais que vinculam objectivamente o Estado podem, caso a caso, em função do seu próprio conteúdo concreto, passar por um processo de transformação estrutural interna – a que por vezes chamam de *transmutação subjectiva* (ou até de *ressubjectivização*) –, findo o qual permitem ao titular do direito correspondente recorrer a tribunal em busca de tutela efectiva para os bens jusfundamentais em perigo. Aliás, a sua principal preocupação é precisamente a de encontrar um filtro jurídico onde verter todos os deveres objectivos de protecção e que, afinal, só deixe passar para a outra margem aqueles que, mais ou menos pontualmente, tenham aptidão para se convolar subjectivamente.

É justamente para presidir a tal tarefa de conversão selectiva dos deveres de protecção que os constitucionalistas se socorrem da velha teoria administrativista dos direitos subjectivos públicos, obviamente depois de expurgada dos seus vícios legalistas originais e uma vez concluído o processo, nem sempre linear, de integração dos direitos fundamentais entre as múltiplas posições jurídicas que os particulares podem fazer valer perante as instâncias administrativas[2406]. Assim, seguindo os passos desta teoria – ainda que, em rigor, existam tantas teorias dos direitos subjectivos públicos quantos os autores

[2406] V.P. SILVA, *Em busca*, pp. 231 ss.; J. NOVAIS, *As restrições*, pp. 111 ss.; P. MACHETE, *Estado*, pp. 484 ss..

que a defendem – e, mais precisamente, fazendo apelo à *doutrina da norma de protecção*: os indivíduos são titulares de um direito subjectivo à protecção estadual sempre que a norma constitucional que permite a dedução de um dever de protecção e o impõe ao Estado em termos juridicamente vinculativos, quando interpretada correctamente, não vise tão-só a satisfação de um interesse público (objectivo), mas se destine, ou se destine também, a tutelar interesses dos particulares, investindo-os por isso numa especial posição de vantagem (subjectiva). Independentemente da formulação mais ou menos aprimorada em que redunde a aplicação das teorias em referência ao problema específico da protecção de direitos fundamentais mediante actuações positivas dos poderes públicos – tal como este se encontra aqui em análise –, o reconhecimento de um direito subjectivo dependerá sempre do estudo do direito objectivo e, em boa verdade, o critério fundamental para a decisão dos casos concretos está na referência "quando interpretada correctamente" a norma constitucional. Só com uma leitura adequada da norma constitucional sobre o direito fundamental em apreço é que se poderá avaliar se, sim ou não, o dever que ela cria para o Estado é *primariamente* – ou apenas *reflexamente* – estabelecido no interesse dos indivíduos.

Compreensivelmente, dado que a circularidade é aqui indisfarçável, acabam por ressurgir neste passo do raciocínio considerações sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais: só é possível admitir um direito subjectivo a protecção quando a norma constitucional apresente um *nível de determinabilidade* que permita extrair dela um conteúdo preciso para o concreto dever de protecção; só é viável deduzir um direito subjectivo à protecção do Estado naqueles casos particulares em que, diante de uma ameaça a bens jusfundamentais, a *discricionariedade legislativa está reduzida a zero* e, por consequência, é possível saber de antemão quais as medidas de protecção que devem ser aplicadas; só é razoável extrair da norma interpretada um direito subjectivo a protecção estadual se aquela apresentar um *grau de precisão* tal que forneça ao decisor indicações seguras sobre o *se*, o *como* a até o *quando* da protecção constitucionalmente prescrita. E ressurgem também considerações sobre problemas que, em bom rigor, respeitam (ainda) ao processo dedutivo dos próprios deveres (objectivos) de protecção: só pode aceitar-se a invocação de direitos a protecção se o sujeito em questão estiver a ser *directamente afectado* na sua esfera jusfundamental; apenas quando existe um perigo ou um risco concreto para um bem jurídico individual, que apresente nível de gravidade significativo, é aceitável atribuir ao titular desse bem uma pretensão subjectiva para demandar o Estado.

Em verdade, porém, mesmo quando os deveres objectivos de protecção passam com sucesso o teste da sua própria transmutação subjectiva – o que, para uns, *só excepcionalmente ocorre*, ao passo que para outros *sucederá na generalidade dos casos* –, fica muitas vezes sem resposta cabal a questão da efectivação prática do direito entretanto nascido. Como fazer respeitar um direito individual a uma intervenção normativa do legislador[2407]?

[2407] Não obstante, buscando uma resposta estruturada: EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, esp. pp. 180 ss..

III – Por último, as visões (mais) favoráveis à natureza subjectiva dos imperativos constitucionais de tutela jusfundamental não seguem propriamente uma linha argumentativa única. Longe disso, é possível identificar pelo menos quatro ideias-mestras diferentes:

a) Uma dessas visões recusa terminantemente a descaracterização objectiva de qualquer uma das dimensões dos direitos fundamentais, bem como a degradação destes em meras decisões valorativas, dotadas de simples efeitos irradiantes sobre a ordem jurídica no seu conjunto. Integrando o conteúdo dos direitos fundamentais, os deveres estaduais de protecção assumem originariamente – sem terem que se submeter a qualquer processo de conversão interna – uma natureza subjectiva. Por defeito, os deveres de protecção constituem na esfera dos particulares faculdades subjectivas de conteúdo simétrico. Se é verdade que nem sempre assim poderá ser, também é certo que, à luz da ideia da aplicabilidade directa e imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, o ónus argumentativo recai sobre quem pretenda sustentar que certos deveres de protecção têm alcance meramente objectivo;

b) Numa linha próxima desta – embora com uma inegável acentuação retórica –, invoca-se inclusivamente a própria ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida na conhecida fórmula do objecto. Com efeito, com a colocação deste princípio constitucional basilar no pórtico dos direitos fundamentais, será sempre inaceitável tratar os titulares destes direitos como simples objecto passivo do agir estadual. Assim será independentemente das circunstâncias, mas por maioria de razão quando em concreto a actividade jurídico-pública se destina à protecção efectiva de bens jusfundamentais. A dignidade da pessoa humana exige que o cidadão seja visto também como sendo chamado a defender, ele próprio, na sua qualidade de sujeito jurídico de corpo inteiro, os direitos fundamentais que o protegem – e não como mero beneficiário reflexo das actuações do poder;

c) Por sua vez, para as concepções que tomam os direitos fundamentais como princípios, cabe presumir o carácter subjectivo dos deveres de protecção – quer dizer, cabe assumir que estes deveres têm *prima facie* uma natureza subjectiva. Uma vez afirmada a existência de um princípio geral de protecção dos direitos fundamentais, este, como qualquer outro princípio jurídico, exige a sua realização na maior medida possível dentro das disponibilidades fácticas e jurídicas. E é evidente que o reconhecimento de direitos subjectivos significa uma maior medida de realização do que a mera configuração de mandatos puramente objectivos. Assim como, aliás, a mera proibição objectiva de intervenção estadual sempre seria menos do que um direito subjectivo de defesa com o mesmo conteúdo. No fundo, "só a subjectivização dos direitos a protecção faz inteira justiça «ao sentido originário e permanente dos direitos

fundamentais» como direitos individuais"[2408] – ainda que seja necessário reconhecer que com isto pouco se diz sobre o conteúdo dos próprios direitos a protecção (como direito a *exigir* o emprego de apenas *uma* medida de protecção *efectiva*);

d) De resto, tem-se assistido também a várias tentativas de criação de um direito fundamental à segurança, dotado de alguma autonomia em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados e destinado no essencial a garantir a integridade de um conjunto mais ou menos alargado de bens jurídicos pessoais (vida, integridade física, liberdade, saúde, etc). Se nuns casos esse direito tem um significado mais metafórico do que jurídico – como síntese das pretensões individuais a uma protecção efectiva decorrentes do conjunto dos direitos fundamentais –, noutros ele parece apresentar-se como um direito fundamental *a se*, com apoio num determinado preceito constitucional (*v.g.*, artigo 27º) ou estribando-se no princípio da cláusula aberta. Se nuns casos ele resulta da elevação à categoria de direito subjectivo do lado activo dos deveres estaduais de protecção, noutros ele baseia-se na já referida fundamentação contratualista daqueles deveres: a renúncia que cada um dos membros da sociedade faz ao direito de assegurar a sua autoprotecção só pode ser justificada racionalmente se, como o contrato social, cada um desses membros receber em troca um direito equivalente de heterotutela, que lhe permita assegurar a sua protecção efectiva.

16.2. Protecção eminentemente subjectiva

Em larga medida, a questão acabada de colocar sobre a natureza dos deveres estaduais de protecção já foi sendo respondida ao longo do texto. Ou melhor, foi sendo desmistificada, já que em rigor é disso que se trata: a qualificação dos deveres de protecção como meramente objectivos resulta de um acaso histórico, ligado aos arestos que estiveram na génese da (re)construção recente da figura; a disseminação dessa ideia – com frequência associada ao teste da transmutação subjectiva – resulta de um enviesamento teórico que via os direitos fundamentais exclusivamente como instrumentos de defesa contra o poder público; as orientações que defendem a impossibilidade de atribuir natureza subjectiva aos deveres de protecção respondem por regra a uma questão mal colocada – pode existir um direito à emanação de uma lei?

I – Recorde-se, assim, que a índole meramente objectiva dos deveres de protecção, que acompanha a consolidação recente dos imperativos constitucionais em causa, constitui uma reminiscência

[2408] ALEXY, *Teoria*, p. 440.

da estratégia jurisprudencial seguida na primeira decisão germânica sobre a interrupção voluntária da gravidez: olhando à circunstância de a vida intra-uterina não reunir ainda as condições para se subjectivar – dado que a personalidade jurídica começa com o nascimento completo – o problema foi reencaminhado para o plano puramente objectivo dos direitos fundamentais, que vinha ganhando forma desde a jurisprudência *Lüth*. De forma coerente, a natureza meramente objectiva dos imperativos de tutela jusfundamental está omissa na decisão *Schleyer*,' mas ressurge sem uma explicação cabal na subsequente decisão *Kalkar I*, apesar de aqueles que neste processo se sentiam lesados serem inequivocamente pessoas jurídicas, com inteira capacidade para encabeçar os direitos fundamentais que pretendiam fazer valer judicialmente. Da natureza objectiva do bem jurídico protegido – não havendo direito, o dever de protecção não poderia ser senão objectivo –, resvalou-se para o carácter objectivo da própria vinculação dos poderes públicos – o dever de protecção é objectivo e *não relacional*, pelo que não lhe pode corresponder qualquer direito dos cidadãos.

O alargamento do carácter objectivo dos deveres de protecção para além dos casos particulares em que efectivamente não existe, ou não existe ainda, um sujeito jurídico de acordo com os cânones tradicionais da teoria geral do direito – certamente os nascituros, mas também os embriões humanos e as próprias gerações futuras – só encontra justificação na relação de simbiose que entretanto se estabeleceu entre essa ideia e o paradigma dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Somente a arrumação dos deveres de protecção do lado do conteúdo objectivo dos direitos fundamentais – isto é, desse lado mais obscuro e nebuloso dos direitos básicos, para onde se iam enviando sem especial critério afirmações valorativas, garantias institucionais, efeitos irradiantes, dimensões processuais e organizativas, etc – permitia preservar o essencial da compreensão clássica dos próprios direitos: esferas de liberdade individual que podem ser defendidas pelos respectivos titulares contra agressões do poder público. A natureza objectiva dos deveres de protecção foi assim, de certa forma, posta ao serviço da pureza original dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Mais ainda, esse objectivo estava facilitado pelo percurso muito atribulado do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais. Considerando que os deveres de protecção partilham com os direitos sociais alguns aspectos importantes da sua morfologia – mormente, a sua estrutura positiva e a sua acentuada dependência do legislador ordinário –, mais uma razão para se confinar o núcleo subjectivo dos direitos fundamentais àquela dimensão que melhor corresponde à sua vocação originária: o seu conteúdo negativo (e reactivo), directamente exercível sem intervenção do legislador.

Uma vez compreendidos os direitos fundamentais como um todo, na sua complexidade material única e na sua multifuncionalidade estrutural, a dicotomia subjectivo *versus* objectivo perde obviamente muita da sua importância dogmática e, sobretudo, cada um dos seus termos deixa de poder ser aplicado como um rótulo que valoriza ou desvaloriza os respectivos conteúdos jusfundamentalmente protegidos. Os conteúdos subjectivos e os conteúdos objectivos, assim como os negativos e os positivos encontram-se

hoje, na estrutura normativa hipercomplexa e plurifuncional dos direitos fundamentais, dispersos um pouco por todo o lado[2409].

II – Simplesmente, não tendo ocorrido entretanto um verdadeiro desmantelamento daquela dicotomia – uma vez que grande parte da referida multifuncionalidade acontece agora (ou ainda) dentro do hemisfério dito objectivo –, um eventual êxodo dos deveres de protecção para o hemisfério subjectivo haveria de continuar dependente de uma pergunta quase sacramental, mas cuja importância não deixa de estar sobrevalorizada pelas características do sistema alemão de tutela de direitos fundamentais, muito centrado na queixa constitucional e na dependência desta em relação à titularidade material de um direito (artigo 93º, nº 4a.). Como pode configurar-se um direito a uma conduta positiva do legislador? Ou, numa formulação que pretende realçar o paradoxo: como pode admitir-se um direito *individual* a uma lei *geral e abstracta*[2410]? Ou substituindo um paradoxo por outro: será aceitável um direito dos cidadãos a uma lei *individual*[2411]? Ora, esta pergunta, quando não é pura retórica, contém já o argumento para a sua resposta. E quem de forma deliberada pede o impossível não pode genuinamente surpreender-se se a resposta vier a ser negativa. A pergunta está, bem entendido, distorcida de raiz.

Em primeiro lugar, pergunta-se por um direito novo e autónomo – um suposto direito a uma lei feita por medida –, quando esse direito não é necessário para nada, uma vez que o cidadão cujos bens jusfundamentais se encontram ameaçados por determinado perigo ou risco já é titular de todos os direitos de que necessita. Precisamente o direito fundamental que tutela os bens jurídicos que estão sob ameaça e cuja protecção se reclama. O direito à lei é como uma areia colocada na engrenagem e, como tal, nada aclara e tudo complica. Aliás, em geral, a questão do carácter subjectivo dos deveres de protecção não é sequer uma demanda por um qualquer novo direito. Com excepção daquelas orientações que, com sucesso muito relativo, procuram conformar um direito fundamental à segurança, o problema sempre tem sido o da qualificação de um segmento ou dimensão dos direitos fundamentais. Mesmo quando, por simplificação de linguagem, se contrapõe o *direito à protecção estadual* e o *dever de protecção estadual*, não é de um qualquer direito inovador que se trata, mas tão-só de um conteúdo jurídico – uma faculdade, se se preferir – que integra o direito fundamental como um todo.

Em segundo lugar, parte-se do princípio que o dever de protecção é exclusivo do legislador e que sem ele nada é possível fazer pelo direito fundamental que se encontra ameaçado. Que assim não é prova-o, desde logo, o reconhecimento claro da existência de *deveres especiais de protecção* que, de um modo geral, não reclamam qualquer intervenção legislativa específica. Deveres a que, para mais, crescentemente a doutrina tem feito corresponder pretensões subjectivas dos cidadãos a medidas de protecção diplomática

[2409] Supra, §1º, ponto 4.5.
[2410] EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, pp. 108 ss.. Em termos mais genéricos, MORGENTHALER, *Freiheit*, pp. 244 ss..
[2411] G. CANOTILHO, *Direito à emanação, passim.*

(artigo 14º) e a intervenções policiais (artigo 272º)[2412]. Mas que assim não é demonstra-o, sobretudo, o facto tantas vezes sublinhado de que os direitos fundamentais – incluindo, naturalmente, os deveres de protecção que transportam consigo – vinculam todos os poderes públicos e todas as funções do Estado: legislativo, executivo e jurisdicional. É claro que se aceita que o legislador democrático goza de primariedade na densificação normativa da Constituição e que, nessa medida, a função de protecção jusfundamental corresponde a uma tarefa estadual legislativamente mediatizada. Daí não decorre, porém, que possa absolutizar-se o princípio da legalidade da actividade administrativa (266º) e o princípio da subordinação dos tribunais à lei (203º) – como se estes não tivessem também que ser ponderados com outras regras e princípios constitucionais –, fazendo os agentes administrativos e os juízes moverem-se ao sabor dos silêncios do legislador, numa área tão sensível como é a dos direitos fundamentais. Neste sentido, sem transformar os deveres de protecção no cavalo-de-Troia do caos administrativo ou do Estado de jurisdição, é possível sustentar soluções equilibradas de superação das falhas de protecção deixadas pelo legislador. Soluções em que, por um lado, a Administração é chamada a proteger direitos fundamentais *praeter legem* (e até *contra legem*) e, por outro lado, os tribunais são convocados, nos feitos submetidos a julgamento, não apenas para a fiscalização dos défices de proteção legislativa, mas igualmente para procurar em concreto preencher esses mesmos défices[2413]. A questão da subjectividade dos deveres de protecção tem de ser encarada articulando, simultaneamente, as três principais funções do Estado, de modo a que nenhuma delas possa considerar-se isenta da responsabilidade de dar satisfação prática às pretensões individuais de protecção de bens jurídicos fundamentais[2414].

Em terceiro lugar, assume-se que a uma pergunta colocada em termos contundentes tem de corresponder uma resposta igualmente forte e que, portanto, qualquer solução que se proponha para o enigma em causa tem de ser acabada, plenamente satisfatória e sem lacunas. Infelizmente, a realidade não funciona desse modo. Na actual fase de desenvolvimento do Estado de Direito não existe – e, porventura, nunca virá a existir – um superdireito dos cidadãos a reclamar do legislador democrático uma lei que sirva a causa dos seus bens jusfundamentais. Mesmo o direito recentemente consagrado no nº 1 do artigo 26º à "protecção legal contra todas as formas de discriminação" terá de passar, perante situações de inércia do legislador, sem a lei que aparentemente é objecto do próprio direito. Mas existe sempre a possibilidade, limitada, de reclamar junto das instâncias administrativas e jurisdicionais competentes uma pequena medida de protecção – a medida possível, em função das circunstâncias factuais e do enquadramento normativo do caso – que seja capaz de evitar a consumação do perigo ou do risco que atinge os bens jusfundamentais ameaçados. Pode ser uma decisão baseada na interpretação conforme de uma cláusula geral em vigor, uma actuação administrativa em estado de necessidade, uma providência de tutela de direitos de personalidade, a decretação de uma qualquer medida provisória, uma intimação para a prática

[2412] Supra, §1º, ponto 4.7.2.
[2413] Supra, §4º, respectivamente ponto 13.2. e ponto 14.2.
[2414] HERMES, *Das Grundrecht*, p. 209.

de um qualquer acto juridicamente devido, etc. Não será este o local indicado para fazer o elenco dos tipos de medidas que, pontualmente, poderá contribuir para dar satisfação às múltiplas pretensões subjectivas de protecção estadual. Nem será fácil fazer esse rol, porque obviamente isso depende do próprio conteúdo, em larga medida irrepetível, do direito que estiver em jogo e do modo concreto como ele está a ser posto em crise. O que importa sublinhar é, isso sim, que em obediência aos nºs. 1 e 5 do artigo 20º e ao nº 4 do artigo 268º, o direito adjectivo segue necessariamente o direito material e que é com esse sentido que as próprias regras procedimentais e processuais vigentes devem ser interpretadas e aplicadas.

III – Uma análise casuística de cada imperativo constitucional de tutela à luz das teorias (administrativistas) do direito subjectivo público e da norma de protecção, mesmo que aceitável do ponto de vista dogmático, pouco ou nada acrescentaria do ponto de vista prático. E, sem resultados palpáveis, não se justifica aqui entrar em discussões algo saturadas sobre os conceitos de direito subjectivo, interesse legítimo, pretensão jurídica, direito de acção, justiciabilidade, e afins.

Por um lado, os critérios formulados por aquelas duas teorias conjugadamente foram desenhados para decantar o direito objectivo, em ordem a extrair os direitos subjectivos que nele se contêm. Operação que equivale, no fundo, no reino dos deveres estaduais de protecção, a fazer uma análise de cada um destes destinada a aferir da possibilidade da sua transfiguração subjectiva. Ora, esta forma de apresentação do problema dá conta de um enviesamento teórico já antes denunciado, assente no pressuposto de que os direitos fundamentais, na sua essência, são apenas direitos (subjectivos) de defesa contra actuações estaduais, aos quais se admite juntar, ancilarmente, uma dimensão derivada de uma *ordem de valores objectiva* e da qual resultam (entre outras coisas) os deveres estaduais de protecção. Só pode haver transmutação – ou passagem para o lado subjectivo – se *ab initio* os deveres de protecção integrarem a vertente menor dos direitos fundamentais, sem participarem de raiz do carácter subjectivo próprio da sua vertente maior. Em coerência, portanto, aqueles critérios – que estão, aliás, muito longe de corresponder a *fórmulas mágicas* – só poderiam ser usados em sentido inverso, em vista da confirmação da estrutura relacional dos deveres de protecção. Isto é, aceitando uma *presunção* de subjectividade dos deveres de protecção.

Por outro lado, é sabido que a teoria dos direitos subjectivos públicos foi pensada para direitos, interesses, pretensões ou posições jurídicas fundadas exclusivamente no direito ordinário, na lei como instrumento por excelência de regulação das relações entre os poderes administrativos e os particulares. Ela teve, por isso, de se sujeitar mais tarde a um processo de profunda reforma, não apenas para abandonar a perspectiva algo legalista que a caracterizava, mas também para se acomodar a uma realidade decorrente da presença, numa nova ordem constitucional, de direitos fundamentais contidos em normas directamente aplicáveis. Foi modificada para incluir os direitos fundamentais, ou para lhe aditar um capítulo relativo aos direitos fundamentais. Ora, ainda que se desvalorizem as vozes daqueles que

defendem que, com a nova ordem entretanto surgida, a teoria em apreço se tornou obsoleta ou que o direito subjectivo público se transformou num mero conceito-quadro, aberto a uma multiplicidade de conteúdos sem unidade, a verdade é que as chamadas teorias reformuladas não são absolutamente convincentes num ponto importante. Ao procurarem integrar no mesmo universo os direitos legais e os direitos fundamentais, o direito ordinário e as normas constitucionais, elas lembram inevitavelmente as tentativas de misturar água com azeite. Mais tarde ou mais cedo, o azeite vem sempre ao cimo. Os dois planos não se misturam e os direitos fundamentais acabam necessariamente por emergir.

Sem entrar em jogos conceptuais, não faz sentido perguntar se as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais e os assistem de deveres estaduais de protecção o fazem com uma *orientação individual* ou apenas no *interesse geral*. Esta interrogação, que é razoável quando dirigida ao direito ordinário, na sua multiplicidade de regulamentações legais e regulamentares – mas também de regimes contratuais e planificadores, de informações vinculativas, advertências e compromissos mais ou menos informais – não tem cabimento quando direccionada para os próprios deveres de protecção de direitos fundamentais. Admitir que um qualquer dever de protecção estadual – que é deduzido e fundamentado em nome de um perigo ou de um risco efectivo e bem caracterizado, que afecta bens jurídicos particularmente sensíveis, como são os tutelados pelos direitos fundamentais – pode ser formulado tão-somente em benefício geral, sem qualquer referenciação individual, representa uma contradição nos seus próprios termos[2415]. Excepto porventura naqueles casos especialíssimos em que não há (ainda) pessoa jurídica – o feto, o embrião e as gerações vindouras –, se a interpretação da norma constitucional não revelar nenhuma intencionalidade de tutela individual, então é porque não há verdadeiramente dever de protecção. Se, pelo contrário, esse dever existe, o problema só poder ser o do conteúdo – mais ou menos extenso, mais ou menos determinado – da correspondente dimensão subjectiva.

16.3. Centralidade do problema metodológico

Como desde cedo se anunciou, o problema mais delicado dos deveres de protecção não é de subjectividade – ou, menos ainda, de subjectivização –, mas sim o de uma metodologia rigorosa que permita a sua dedução concreta. Por essa razão, mais do que cercear a jusante o alcance dos deveres de protecção, levantando obstáculos artificiais à sua efectivação por parte dos cidadãos, importa investir a montante, no momento de deduzir esses mesmos deveres. É curioso notar, aliás, que grande parte dos argumentos esgrimidos contra a natureza subjectiva dos deveres de protecção – desde logo os que se estribam na liberdade de conformação do legislador e no princípio da separação de poderes – nada dizem de específico sobre a questão da subjectividade dos ditos deveres. Se estes representassem de facto uma

[2415] EISELE, *Subjektive öffentliche Rechte*, p. 184.

limitação funcional aos poderes do legislador democraticamente legitimado, em face da jurisdição constitucional, isso valeria antes de mais para a própria vertente objectiva da protecção jusfundamental.

I – A dedução concreta de deveres de protecção e a sua imposição ao Estado constitui uma tarefa que tem de ser sujeita a uma metodologia específica, que inclui o cumprimento de um pesado ónus de fundamentação. Compreende-se que assim seja, porquanto só muito excepcionalmente a protecção de um certo direito é neutra do ponto de vista dos restantes direitos fundamentais. A função de protecção não só implica limitações e restrições, como se apoia em larga medida na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, neste domínio, os direitos de uns são quase sempre os deveres de outros. O que está em jogo, frequentemente, é o correcto balanceamento entre os valores da segurança e da liberdade, os quais, não sendo em rigor antitéticos – porque a segurança é condição *sine qua non* da própria liberdade[2416] –, se relacionam de modo conflitual: o risco está no cerne da liberdade e o aumento da segurança faz-se por regra à custa de uma compressão mais ou menos sensível dessa mesma liberdade.

Neste sentido, o percurso metodológico possível – e que foi já parcialmente apresentado[2417] – passa, num primeiro momento, pela recolha e consideração dos elementos normativos e factuais relativos a cada um dos três pólos da relação jusfundamental triangular e, em momentos subsequentes, pelo cruzamento progressivo de todos esses dados, em ordem à sua ponderação global. Assim:

a) Consideração da origem e natureza do perigo ou do risco em causa, com particular atenção à sua intensidade e potencial lesivo;

b) Consideração do bem jurídico fundamental exposto ao perigo ou risco, atendendo nomeadamente à sua posição na ordem de valores constitucional, à reversibilidade das eventuais lesões e à capacidade do titular do direito para promover a sua própria defesa;

c) Consideração dos instrumentos normativos disponíveis para levar a cabo uma eventual tarefa de protecção, confrontando os resultados previsíveis da sua aplicação, isolada ou conjunta, com os respectivos custos, tanto em compressão de direitos fundamentais como em dispêndio de recursos materiais (financeiros, humanos e burocráticos).

Em ordem a uma ponderação global – que corresponde no fundo à ideia de um "sistema móvel"[2418] –, os resultados parcelares entretanto recolhidos deverão depois ser arrumados, consoante os casos, segundo esquemas relacionais do tipo *"quanto mais, mais"*, *"quanto menos, mais"* ou *"quanto mais, menos"*. Nomeadamente:

[2416] KRINGS, *Grund*, p. 221.
[2417] Supra, §3º, ponto 10.
[2418] CANARIS, *Direitos*, p. 114.

a) Quanto maior for a intensidade do perigo ou do risco – como produto resultante da dimensão da eventual lesão e da probabilidade da sua ocorrência[2419] –, mais se justifica a afirmação de um dever de protecção;

b) Quanto maior se afigurar, pela sua proximidade ou pela sua natureza intrínseca, a controlabilidade de um perigo ou risco, mais fácil é fundamentar a existência de um dever de protecção;

c) Quanto mais elevada é, na escala de valores constitucional, a posição do bem jurídico sob ameaça, mais sólido será em princípio o imperativo de protecção dirigido contra o Estado;

d) Quanto mais difícil a reversão das eventuais lesões a que o bem jusfundamental se encontra exposto, maior é a necessidade de impor ao Estado um dever de protecção, privilegiando intervenções de carácter preventivo;

e) Quanto maior for a facilidade com que o titular do direito se pode colocar a salvo das ameaças que o afectam, designadamente por conhecer bem os perigos e riscos em questão, menos importante será o papel da protecção a conceder pelo Estado;

f) Quanto mais acentuada for a fragilidade natural ou circunstancial dos titulares concretos dos direitos fundamentais, e menor a capacidade para procederem autonomamente à sua defesa, maior e mais premente é a necessidade de uma intervenção estadual protectora;

g) Quanto mais eficazes se revelarem os instrumentos de protecção acessíveis, quer empregues isoladamente, quer actuando de forma articulada, mais se justifica a vinculação do Estado à sua utilização;

h) Quanto menores se apresentarem os custos dos instrumentos de protecção – em limitação ou restrição de direitos fundamentais e em meios materiais –, mais se impõe a sua mobilização imediata e efectiva;

i) De um modo geral, quanto maior a evidência dogmática de um dever de protecção ou maior a urgência do respectivo cumprimento, mais enérgicos e agressivos (poderão e) deverão ser os meios a utilizar.

Finalmente, a dedução definitiva do imperativo concreto de tutela implica uma ponderação valorativa global de todos os elementos que, já devidamente analisados e graduados, integram a relação complexa entre *o perigo ou o risco*, o *bem jusfundamental ameaçado* e os *instrumentos de protecção* que apresentem uma melhor relação entre custo e benefício[2420]. E aqui, quanto maior for a exigência ou a premência colocada pelo primeiro pólo da relação triangular – o agressor –, menor tem de ser em princípio a exigência ou a premência vinda do segundo – o lesado. Uma sintonia entre os resultados do

[2419] Supra, §2º, ponto 6.2.2.
[2420] CALIESS, *Rechtsstaat*, p. 220.

primeiro e do segundo pólos confrontam o terceiro – o Estado – com uma enorme pressão para proteger eficaz e prontamente o bem jusfundamental em causa. Mas graves dificuldades neste terceiro pólo – por exemplo, por indisponibilidade de meios eficazes, pela sua falibilidade ou pela sua excessiva onerosidade – acabam inevitavelmente por relativizar as exigências provindas dos dois primeiros.

A difusão neste âmbito alcançada pela fórmula germânica *je größer → desto weniger* denuncia, aliás, o facto de serem raros os casos em que todas as equações parciais relevantes propendem para o mesmo lado[2421]. Dados que num certo momento poderiam ser indiciadores da vinculação do Estado a certos imperativos de tutela podem, num momento posterior, ser desfeiteados pela consideração de elementos recolhidos noutra sede, dentro ou fora do mesmo vértice da relação jusfundamental. E, vice-versa, resultados preliminares conducentes à desoneração do Estado de quaisquer deveres de protecção podem, depois, ser contrabalançados com informações provindas de outros quadrantes. É por isso que certos perigos remotos ou longínquos, aparentemente situados abaixo de um limiar mínimo de relevância, permitem a dedução de deveres de protecção, ao passo que outros, mais significativos em intensidade e potencial lesivo, não têm capacidade para desencadear tais deveres. Pela mesma razão, alguns perigos muito frequentes e persistentes, claramente situados acima daquele limiar de relevância, porque já rodeados de uma armadura de protecção relevante, não impõem a imediata dedução de deveres suplementares de tutela. Quando o benefício retirado da actividade perigosa é socialmente considerado como muito importante, ou quando os custos económicos e sociais da sua redução são tidos como demasiado elevados, é normal encontrar uma grande resistência quanto à intensificação dos deveres estaduais de protecção.

II – Estas equações simples são naturalmente insusceptíveis de produzir por si, em termos aritméticos, uma solução jurídica para a infinidade de combinações envolvidas na problemática global da descoberta e configuração dos deveres estaduais de protecção. Elas não são regras de ouro, capazes de dizer a partir de que ponto o Estado tem um dever de actuação protectora[2422]. São um contributo singelo, que realça a necessidade de ponderação valorativa dos trunfos jogados num sentido e noutro. Por isso, importante é nunca perder de vista que tanto a decisão de protecção de certos bens jusfundamentais, quando a decisão inversa de não protecção, são verdadeiramente *decisões de risco*, que não podem ser tomadas à margem do perfil da sociedade presente – em que o condicional se tornou no modo verbal dominante[2423].

Esta derradeira invocação do paradigma da sociedade de risco global – que multiplica os factores de incerteza ao mesmo tempo que reclama *níveis crescentes de segurança*, por vezes a resvalar para uma espécie de *utopia securitária* –, como quadro de referência para as operações argumentativas de dedução

[2421] No caso da protecção da vida intra-uterina, R. MEDEIROS / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 24º*, p. 511.
[2422] PASCUAL, *Derechos*, pp. 324-327; HERMES, *Das Grundrecht*, p. 237
[2423] BECK, *A Europa*, p. 23.

de deveres estaduais de protecção, não se destina a relativizar o papel dos poderes públicos na garantia efectiva dos bens jusfundamentais, elevando o nível dos perigos e riscos que os cidadãos têm já de suportar na sua vida quotidiana. Nada autoriza a colocação generalizada dos direitos fundamentais *sob reserva dos perigos e riscos socialmente adequados* – sejam os da ciência e da tecnologia, os do funcionamento dos mercados ou, mais amplamente, os do desenvolvimento económico –, nem tão-pouco permite a sua *vinculação situacional* ao conjunto de circunstâncias socioeconómicos consideradas como naturais ou estatisticamente comuns. Destina-se, bem pelo contrário, a convocar as referências que, no campo do direito público, têm sido desenvolvidas para tornar aquele modelo social mais calculável e juridicamente mais amigo das pessoas[2424]. Ainda que "o propósito de proteger com a técnica contra os riscos da técnica seja evidentemente limitado", o tópico da sociedade de risco visa precisamente colocar o progresso científico e tecnológico ao serviço da segurança dos bens jurídicos fundamentais e o Estado de Direito tem de bater-se nesse sentido[2425] – incluindo quando estabelece as suas prioridades em investigação e desenvolvimento. O alargamento do conhecimento científico e tecnológico significa também maior capacidade de protecção dos direitos fundamentais em face de perigos e riscos conhecidos e, consequentemente, uma mais forte obrigação de empenhamento nessa protecção e no aperfeiçoamento dos mecanismos disponíveis para o efeito[2426].

De resto, para evitar que o doente venha a morrer da cura, não basta olhar para os seus males – os perigos ou riscos a que estão expostos os titulares de certos bens jurídicos –, mas também para os potenciais remédios – os custos e os resultados das possíveis medidas de protecção –, verificando no terreno se os segundos se ajustam convenientemente aos primeiros. O processo de dedução de deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais deve ser encarado como um percurso argumentativo em que se aplicam de forma sucessiva diferentes critérios de selectividade, ainda que todos necessariamente valorativos: ora rejeitando a protecção em face de certos perigos e riscos; ora negando a tutela de determinados bens jusfundamentais em atenção às circunstâncias; ora ainda pondo de lado por inadequação alguns instrumentos protectores que *prima facie* poderiam parecer utilizáveis. As decisões públicas sobre *se*, *quando* e *como* proteger – independentemente de qual seja a função do Estado que mais imediatamente as protagoniza – implicam escolhas difíceis e que, por requererem critérios objectivos de selectividade, têm necessária e simultaneamente de integrar no seu processo de formação alguns valores fundamentais: a democracia participativa, baseada num diálogo inteligível entre o conhecimento dos diferentes especialistas, por um lado, e a experiência dos políticos e dos leigos, por outro; a transparência, que implica o escrutínio permanente dos seus próprios pressupostos jurídicos e fácticos e que põe nas decisões tomadas a marca da plasticidade, da provisoriedade e da revisibilidade. O caminho tem de ser percorrido tacteando, porque afinal, numa sociedade como a presente – em que a realidade se apresenta

[2424] M.G. GARCIA, *O lugar*, pp. 433 ss..
[2425] LUHMANN, *Sociología*, p. 144.
[2426] HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 241 ss.; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, pp. 146-149.

como uma incessante batalha de percepções – sempre haverá mais perigos e riscos do que aqueles que, alguma vez, poderão ser prevenidos ou combatidos eficazmente.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, V. / COURTIS, C.	Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, 2004
ABRANTES, J.	Contrato de trabalho e direitos fundamentais, Coimbra, 2005
ABRANTES, J.	Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, Lisboa, 1990
ABREU, J.C.	Insconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento – A inércia do legislador e as suas consequências, Lisboa, 2011
ACHTERBERG, N.	Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, in Rechtstheorie, 9, 1987, p. 385.
ADRAGÃO, P.	A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares, Lisboa, 1995
AGIUS, E.	Intergenerational justice, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 317.
AKEHURST, M.	Introdução ao Direito Internacional, trad., Coimbra, 1985
ALBERS, M.	Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl, 1996, p. 233.
ALCAZAR, B.	Regimen juridico de la intervencion administrativa en la economia, Madrid, 1966
ALEXANDRINO, J.	A estruturação dos direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, Coimbra, I e II, 2006
ALEXANDRINO, J.	Direitos fundamentais – Introdução geral, Estoril, 2007
ALEXANDRINO, J.	O discurso dos direitos, Coimbra, 2011
ALEXY, R.	Diskurstheorie und Menschenrechte, in Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995, p. 127.
ALEXY, R.	El concepto y la validez del derecho, trad., Barcelona, 2004
ALEXY, R.	Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat, 29, 1990, p. 49.
ALEXY, R.	Sobre los derechos sociales a protección, org. R. Alexy, Derechos sociales y ponderación, Madrid, 2ª ed., 2009
ALEXY, R.	Teoria de los derechos fundamentales, trad., Madrid, 1997
ALMEIDA, C.P.	O crime de lenocínio no artigo 170º, nº 1, do Código Penal, Jurisprudência Constitucional, 7, 2005, p. 21.
ALMEIDA, M.A.	Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes, Coimbra, 2002
ALPA, G.	Il danno biológico, 2ª ed., Padova, 1994
AMARAL, D.F. / MEDEIROS, R.	Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – O caso Aquaparque, RDES, 2000, p. 299.
AMARAL, D.F.	A execução das sentenças dos tribunais administrativos, Coimbra, 1998
AMARAL, D.F.	Curso de Direito Administrativo, II, 2ª ed., col. P. Machete e L. Torgal, Coimbra, 2012
AMARAL, D.F.	História das ideias políticas, I, Coimbra, 1998
AMARAL, D.F.	História do pensamento político ocidental, Coimbra, 2012
AMARAL, D.F.	O princípio da justiça no artigo 266º da Constituição, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, p. 685

AMARAL, M.L. — A forma da República – Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional, Coimbra, 2005

AMARAL, M.L. — Dever de legislar e dever de indemnizar – A propósito do caso «Aquaparque do Restelo», Themis, 2000, p. 67.

AMARAL, M.L. — O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional, Jurisprudência Constitucional, 13, 2007, p. 4.

AMARAL, M.L. — O Provedor de Justiça: garantia constitucional ou garatia de uma função?, in O cidadão, o Provedor de Justiça e as entidades administrativas independentes, Lisboa, 2002, p. 53.

AMARAL, M.L. — Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador, Coimbra, 1998

AMARAL, M.L. — Responsabilidade do Estado-legislador: reflexões em torno de uma reforma, Themis, 2001, p. 5.

AMARAL, M.L. — Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa, CJA, 40, 2003, p. 39.

AMARO, A.L. — O princípio constitucional da sustentabilidade, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra, 2012, I, p. 405.

AMELUNG, K. — Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Berlin, 1981

AMELUNG, K. — El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 227.

AMELUNG, K. — Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt, 1972

AMERASINGHE, C — Diplomatic protection, Oxford / New York, 2008

AMORIM, P. — A garantia do bem jurídico «segurança (interna)» no Direito do Urbanismo, in Urbanismo, segurança e lei, M.G. Valente (coord.), I, Coimbra, 2007, p. 137.

ANABITARTE, A.G. — Derechos fundamentales y garantias institucionales: analisis doctrinal y jurisprudencial, Madrid, 1994

ANDRADE, M.C. — Consentimento e acordo em Direito Penal, Coimbra, 1991

ANDRADE, V. — A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada, RLJ, 3929, 2001, p. 226.

ANDRADE, V. — O "direito ao mínimo de existência" condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002, Jurisprudência Constitucional, nº 1, 2004, p. 21.

ANDRADE, V. — O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais, in A lei de saúde mental e o internamento compulsivo, Coimbra, 2000, p. 71.

ANDRADE, V. — Os direitos fundamentais na Constituição de 1976, 5ª ed., Coimbra, 2012

ANDRADE, V. — Supletividade do Estado e desenvolvimento, in *Gaudium et Spes*, Uma leitura pluridisciplinar 20 anos depois, coord. M. Pinto / L. Garcia / J. Seabra, Lisboa, 1988

ANTUNES, H. — Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco, in Direito e Justiça, 2003, p. 171.

ANTUNES, H. — Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual, Coimbra, 2012

ANTUNES, H.	Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz, Lisboa, 2000
ANZON, A.	Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale, Giur. Cost., 1992
ARAÚJO, F.	A hora dos direitos dos animais, Coimbra, 2003
ARAÚJO, F.	A procriação assistida e o problema da santidade da vida, Coimbra, 1999
ASCENSÃO, O.	A participação popular na defesa do ambiente: uma inconstitucionalidade por omissão?, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II, Coimbra, 2012, p. 249.
ASCENSÃO, O.	Direito Civil – Teoria Geral, III, Coimbra, 2002
ASCENSÃO, O.	O Direito – Introdução e Teoria Geral, 13ª ed., Coimbra, 2005
ATAÍDE, A	Elementos para um Curso de Direito da Economia, Ciência e Técnica Fiscal, 140/141, 1970.
AULEHNER, J.	Grundrechte und Gesetzgebung, Tübingen, 2011
AUSSEM, U.	Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, Köln, 1994
BADURA, P.	Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz –Verfassungsauftragen zur Existenz und Tätigkeit der neuen «Jugendreligionen», Tübingen, 1989
BADURA, P.	Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur «Nachbesserung» von Gesetzen, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/..., 1982, p. 481.
BADURA, P.	Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, I, Heidelberg, 2004, p. 783.
BADURA, P.	Langzeitrisiken und Verfassung, in Die Bewältigung von Langzeitrisiken im Umwelt- und Technikrecht, Berlin, 1998, p. 43.
BADURA, P.	Persönlichkeitrechtsliche Schutzpflichten des States im Arbeitsrecht, in Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift für Karl Monitor zum 60 Geburtstag, F. Gamillscheg (Hrsg.), München, 1988, p. 1.
BAHNSEN, U.	Zur Internalisierung grenzüberschreitender externer Efekte durch internationele Vereinbarungen, Münster /…, Lit Verlag, s/d.
BAR, C.	Verkehrpflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Koln/…, 1980
BARRETO, I.C.	A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Coimbra, 1999
BAUMANN, W.	Der Grundrechtsvorbehalt der «sozialadäquaten technisch-zivilisatorichen Risiken» und der «exekutiv Gestaltungsspielraum» im Amtomrecht, JZ, 1982, p. 749.
BECK, U.	La irresponsabilidad organizada, in http://inicia.es/de/cgarciam /Beck01.htm
BECK, U.	La sociedade del riesgo global, trad., Madrid, 2006
BECK, U.	La sociedade del riesgo, Hacia una nueva modernidad, trad., Barcelona, 2006
BECK, U.	A Europa alemã, trad, Lisboa, 2013
BECKERMAN, W. / PASEK, J.	Justice, posterity, and the environment, Oxford, 2004
BECKERMAN, W.	The impossibility of a theory of intergenerational justice, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 53.

BÉGUIN, J.C.	Le controle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, Paris, 1982
BEILFUSS, M.G.	Tribunal Constitucional y reparation de la discriminacion normativa, Madrid, 2000
BELEZA, T.	Direito Penal, II, Lisboa, 1997
BELLANTONI, D.	Lesione dei diritti della persona – Tutela penal, tutela civile e ressarcimento del danno, Padova, 2000
BENDA, E	Technische Risiken und Grundgesetz, in Technische Risiken und Recht, W. Blümel / H.Wagner (Hrsg.), Nov., 1981, p. 5.
BENDA, E.	Nontwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öfentlichen Dienst, Hamburg, 1986
BENDA, E.	Technische Risiken und Grundgesetz, ET, 1981, p. 868.
BENNOUNA, M.	Preliminary report on diplomatic protection, A/CN.4/484, 1998, in http:/www.un.org/law/ilc/index, htm
BERGNER, D.	Grundrechtsschutz durch Verfahren, München, 1998
BERKEMANN, J.	Realitätsfremde Steuergesetzgebung und gesetzgeberisches Unterlassen, EuGRZ, 1985, p. 137.
BERKEMANN, J.	Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen, in Rechtstheorie, 20, 1989, p. 451.
BERLIN, I.	Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade, trad., Lisboa, 2005
BERND, W.	Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Mainz, 1989
BERNS, L.	Thomas Hobbes, in History of political philosophy, ed. L. Straus / J. Cropsey, 3ª ed., Chicago/London, 1987, p. 396.
BETHGE, H.	Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW, 1982, 1/2, p. 1.
BETTERMANN, K.-A	Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?, DVBl, 1982, p. 91.
BEYERLIN, U.	Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens? NJW, 1987, p. 2713.
BIRNBACHER, D.	Responsability for future generations – Scope and limits, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 23.
BIRNBACHER, D.	Läβt sich die Diskontierung der Zukunft rechtfertigen?, in Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, Birnbacher / Brudermüller (Hrsg.), Würzburg, 2001, p. 117.
BIRNBACHER, D. / SCHICHA,C.	Vorsorge statt Nachaltigtigkeit – Ethische Grundlagen der Zukunftsverantwortung, in Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, Birnbacher / Brudermüller (Hrsg.), Würzburg, 2001, p. 17.
BLECKMANN, A.	Staatsrecht, II, Grungrechte, 4. Auf., Köln/..., 1997
BLOOM, H.	Jean-Jacques Rousseau, in History of political philosophy, ed. L. Strauss / J. Cropsey, Chicago/London, 1987
BOBBIO, N.	A era dos direitos, trad., Rio de Janeiro, 1992
BOBBIO, N.	Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos, org. M.A. Bovero, trad., Rio de Janeiro, 2000
BÖCKENFÖRDE, E.W.	Grundrechte als Grundsatznormen, Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29, 1990, p. 1.
BÖCKENFÖRDE, E.W.	Grundrechtsteorie und Grundsrechtsinterpretation, NJW, 1974, p. 1529.

BONA, M. Luci ed ombre nella sentenza della Corte Cost. 233/2003, in Persona e danno, cura di P. Cendon, I, Milano, 2004, p. 583.

BOROWSKY, M. Grundrechtlich Leistungsrechte, JöR, 2002, p. 301.

BOROWSKY, M. Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden, 1998

BOROWSKY, M. La estructura de los derechos fundamentales, trad., Bogotá, 2003

BÖSE, M. Derechos fundamentales y Derecho penal como „Derecho coactivo", in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 137.

BOTELHO, C.S. A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional, Coimbra, 2010

BOTELHO, C.S. Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva, in Liberdade e Compromisso, II, Estudos dedicados ao Prof. Mário Fernando Campos Pinto, Lisboa, 2009, p. 79.

BOTHA, H. Human dignity in comparative perspective, Stellenbosch Law Review, 20, 2009, p. 171.

BOURDEAU, G. O liberalismo, s/l, EA, 1980

BOURG, D. The French Constitutional Charter for the environment: as effective instrument?, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 230

BRAGA, A. A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual, Coimbra, 2005

BRANCO, R. O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, Coimbra, 2009

BRANDT, R. Über die einzige mögliche Aufgabe des Staates: Die globale Rechtsverwirklichung, Der Staat, 1988, p. 505.

BRAUSER-JUNG, G. Kriminalprävention durch Sicherheitspartnerschaften – Kriminalitätskontrolle als gemeinsame Aufgabe von Polizei, öffentlichen Institutionen und Privaten, DVBl, 1999, p. 1636.

BREUER, R. Anlagensicherheit und Störtfälle – Vergleichende Risikowertung im Atom- und Immissionsschutz, NVwZ, 1990, p. 211.

BRITO, M.N. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional, Coimbra, 2008

BROWNLIE, I. Princípios de Direito Internacional Público, Lisboa, 1997

BRUMLIK, M. Gerechtigkeit zwichen den Generationen, Berlin, 1995

BRYDE, B.-O. Programmatik und Normativität der Grundrechte, in D. Merten / H. J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, I, Heidelberg, 2004, p. 679.

BUBNOFF, D. Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht, Berlin, 2001

BULL, H. Die «Sicherheitsgesetze» im Kontext von Polizei- und Sicherheitspolitik, in Sicherheit durch Gesetze?, H. Bull (Hrsg.), Baden-Baden, 1987, p. 15.

BUNZEL, M. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 147.

BURGER, K. Das Verfassungsprinzip der Menschenwürde in Österreich, Frankfurt/..., 2002

CADILHA, C. Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, 2ª ed., Coimbra, 2011

CAFLISCH, L.	La pratique Suisse de la protection diplomatique, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 73.
CALLIESS, C.	Schutzpflichten, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 963.
CALLIESS, C.	Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Tübingen, 2001.
CALVÃO, F.U.	Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo, Porto, 1998
CÂMARA, M.B.	A acção de responsabilidade civil por omissão legislativa e a norma do nº 5 do artigo 15º da Lei 67/2007, Coimbra, 2011
CANARIS, C.W.	Grundrechte und Privatrecht, Berlin/..., 1999, trad. P.M. Pinto, Direitos fundamentais e direito privado, Coimbra, 2003
CANARIS, C.W.	Grundrechtswirkungen und Velhältnismäßigkeitsprinzip in der ricterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161.
CANARIS, C.W.	Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, trad., Lisboa, 1989
CANARIS, C.W.	Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, Festschrift fur Karl Larenz: zum 80. Geburstag am 23. April 1983, Hrgs. C.W. Canaris, München, 1983
CANARIS, C.W.	Verstöße gegen verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenser-satzrecht, 42, JZ, 1987, p. 993.
CANAS, V.	A proibição do excesso como instrumento medidador de ponderação e optimização, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra, 2012, III, p. 811.
CANAS, V.	O princípio da proporcionalidade, in Perspectivas Constitucionais, II, org. Jorge Miranda, Coimbra, 1997, p. 323.
CANOTILHO, G. / MACHADO, J.	"Reality shows" e liberdade de programação, Coimbra, 2003
CANOTILHO, G. / MOREIRA, V.	Constituição da República Portuguesa anotada, I e II, Coimbra, 2007 e 2010
CANOTILHO, G.	A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in Nos dez anos da Constituição, Lisboa, 1986
CANOTILHO, G.	Acórdão de 7 de Maio de 2002 – Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do não exercício culposo da função legislativa, RLJ, 134º, p. 202.
CANOTILHO, G.	Anotação ao Acórdão nº 617/2006, in RLJ, Mai-Jun, 2007, p. 311.
CANOTILHO, G.	Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra, 1982
CANOTILHO, G.	Dignidade e constitucionalização da pessoa humana, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra, 2012, II, p. 285.
CANOTILHO, G.	Direito à emanção de normas legais individuais?, RLJ, ano 127º, 1995, p. 290.
CANOTILHO, G.	Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, 2005
CANOTILHO, G.	O direito ao ambiente como direito subjectivo, in A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro, Coimbra, 2005

CANOTILHO, G.	Omissões normativas e deveres de protecção, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, II, Coimbra, p. 111.
CANOTILHO, G.	Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do não exercício culposo da função legislativa – Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002, RLJ, ano 134º, p. 202.
CANOTILHO, G.	Tópicos para um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização, Coimbra, 1990
CARMONA, M.	Liberdade negativa e liberdade positiva, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II, Coimbra, 2012, p. 511.
CARMONA, M.	O acto administrativo conformador de relações de vizinhança, Coimbra, 2012
CARREIRA, H.M.	As políticas sociais em Portugal, Lisboa, 1996
CARVALHO, A.T.	Anotação ao artigo 200º, Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, I, dir. F. Dias, Coimbra, 1999
CARVALHO, A.T.	Anotação ao artigo 29º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa anotada, I, 2ª ed., 2010
CARVALHO, A.T.	Direito Penal, Parte geral, I e II, Porto, 2003 e 2006
CARVALHO, P.N.	Omissão e dever de agir em Direito Civil, Coimbra, 1999
CASPAR, J.	Generationen-Gerechtigkeit und moderner Rechtsstaat, in Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, Birnbacher / Brudermüller (Hrsg.), Würzburg, 2001, p. 73.
CASTRO, C.S.	A questão das polícias municipais, Coimbra, 2003
CASTRO, R.	As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional português, Coimbra, 2012
CASTRONOVO, C.	Danno biológico – Un itinerário di diritto giurisprudenziale, Milano, 1998
CECCHERINI, G.	Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica, Milano, 1989
CENDON, P. / ZIVIS, P.	La sentenza 233/2003 della Corte Costituzionale, in Persona e danno, cura di P. Cendon, I, Milano, 2004, p. 563.
CHABY, E. *et alli*	A omissão legislativa na jurisprudência constitucional, Anuário Português de Direito Constitucional, VI, 2007-2008, p. 47.
CHARTIER, Y.	La réparation du préjudice, Paris, 1983
CHEVALLIER, J.	L'État post-moderne, Paris, 2 ed., 2004
CHOI, Y.	Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzmängeln, Hamburg, 2002
CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO	Das Ganze des Rechts – Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, Berlin, 2007.
CLASSEN, C.D.	Die Ableitung von Schutzplichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten, JöR, 36, 1987, p. 29.
COCCONI, M.	Il diritto alla tutela della salute, Padova, 1998
COLLAÇO, J.M.	Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português, Coimbra, 1915
CONDORELLI, L.	L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 3.
CORDEIRO, M.	Da boa fé no Direito Civil, Coimbra, 1997
CORDEIRO, M.	Da responsabilidade dos administradores das sociedades anónimas, Lisboa, 1997

CORDEIRO, M.	Igualdade rodoviária e acidentes de viação nas auto-estradas – Estudo de Direito Civil português, Coimbra, 2004
CORDEIRO, M.	Tratado de Direito Civil, I-I,3ª ed./I-II/I-III, Coimbra, 2011, 2009 e 2002
CORNILS, M.	Die Ausgestaltung der Grundrecht, Tübingen, 2005
CORREIA, A.	Risco e Direito do Urbanismo, Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 1109.
CORREIA, S.	Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Coimbra, 1987
CORREIA, S.	O direito de manifestação – Âmbito de protecção e restrições, Coimbra, 2006
CORREIA, S.	Revisitanto o estado de necessidade, Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 719.
CORTÊS, A.	Jurisprudência dos princípios, Lisboa, 2010
COSTA, A.	Direito das Obrigações, 9ª ed., Coimbra, 2001
COSTA, M.I.	Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, RMP, 111, 2007, p. 161.
CREMER, W.	Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, Tübingen, 2003
CRISAFULLI, V.	Giustizia costituzionale e potere legislativo, Scritti in onore di Costantino Mortati, IV, Milano, 1997
CRISAFULLI, V.	La Corte Costituzionale há vent'anni, in La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Bolonha, 1978
CROZIER/HUNTINGTON/WATANUKI	The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the trilateral comission, Triangel papers nº 8, 1975
CUNHA, J.D.	Anotação ao artigo 247º, Comentário conimbricense do Código Penal, dir. F. Dias, III, Coimbra, 1999
CUNHA, M.F.	«Constituição e crime» – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Porto, 1995
CUNHA, M.F.	Vida contra vida – Conflitos existenciais e limites do Direito Penal, Coimbra, 2010
CUNHA, P.F.	A Constituição do crime – Da substancial constitucionalidade do Direito Penal, Coimbra, 1998
D'ADDA, A.	Il resarcimento in forma specifica – Oggetto e funzione, Padova, 2002
D'ORAZIO, G.	Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione, RTDP, 1992
DAHL, R.	Democracia, trad., Braga, 2000
DAMÁSIO, A.	O erro de Descartes – Emoção, razão e cérebro humano, 17ª ed., Mem Martins, 1994
DE CUPIS, A.	Il danno: teoria generale della responsabilità civile, Milano, 3 ed., 1979
DENNINGER, E.	Menschenrechte und Grundgesetz, Zwei Essays, Weinheim, 1994
DENNINGER, E.	Menschenrechte und Staatsaufgaben – Ein europäiches Thema, JZ, 1996, p. 585.
DENNINGER, E.	Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren – Organisation und Finanzierung, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, V, 2000, Heidelberg, p. 291.
DETERMANN, L.	BverfG zur staatlichen Pflicht zum Schutz der Gesundheit vor elektromagnetischen Feldern, NJW, 1997, p. 2501.

DETERMANN, L.	Entwicklung der Rechtsprechung zur Gesundheitsvertäglichkeit elektromagnetischer Felder, NVwZ, 1997, p. 647.
DETERMANN, L.	Neue gefahrverdächtige Technologien als Rectsproblem – Beispiel: Mobilfunk-Sendeanlagen, Berlin, 1996
DIAS, A.S.	«Delicta in se» e «delicta mere prohibita»: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstituição de uma distinção clássica, Coimbra, 2008
DIAS, F.	A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal, RLJ, Mar.-Abr., 2008, p. 202.
DIAS, F.	Direito Penal, Parte Geral, I, 2ª ed., Coimbra, 2007
DIAS, F.	O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco", Estudos em homenagem do Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, p. 583.
DIAS, J.A.	Dano corporal – Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios, Coimbra, 2001
DÍAS, J.C.	Estado social y derechos de prestación, CEC, Madrid, 1989
DIAS, J.F.	O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras, BFDUC, 75, vol. com., 2002
DIERKSMEIER, C.	John Rawls and the rights of future generations, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 72.
DIETLEIN, J.	Das Untermaßverbot – Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur, ZG, 1995, p. 131.
DIETLEIN, J.	Die Lehre von den der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin, 1992, (2 Aufl., 2005).
DINH / DAILLIER / PELLET	Direito Internacional Público, Lisboa, 1999
DIRNBERGER, F.	Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung grundrechtlicher Achtung- und Schutzpflichten für das subjektive öffentliche Recht, Berlin, 1991
DOEHRING, K.	Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, deutsches Recht und Rechtsvergleichung, Köln, 1959
DOEHRING, K.	Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomastischen Schutz eingefordert wird, um eine solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?, in Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Ress / Stein (Hrsg.), Baden-Baden, 1996, p. 13.
DOLCINI, E. / MARINUCCI, G.	Constituição e escolha dos bens jurídicos, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IV, 2, 1994, p. 151.
DOLDE, K.P.	Grundrechtsschutz durch eifaches Verfahrensrecht? NVwZ, 1982, p. 65.
DOLDERER, M.	Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin, 2000.
DOUGLAS, M. / WILDAVSKY, A.	Risk and culture – An essay on the selection of technological and environmental dangers, Berkeley, 1983.
DRAY, G.M.	O princípio da igualdade no Direito do Trabalho, Coimbra, 1999
DREIER, H.	Subjectiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalt, Jura, 1994, p. 505.
DREIER, H.	Dimensionen der Grundrechte – Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtsgehalten, Hannover, 1993.
DRÖGE, C.	Positive Verpflichtungen des Staaten in der Europäischen Menchenrechtskonvention, Berlin, 2003

DUARTE, M.L.	O direito de petição: cidadania, participação e decisão, Coimbra, 2008
DÜRIG, G.	Der Grundrechtssatz der Menschenwürde, AöR, 81, 1956, p. 117.
DÜRIG, G./ HERZOG, R./ SCHOLZ, R.	Artikel 3, in Maunz / Dürig, Grundgesetz Kommentar, I, München, 1973, 1994 e 1996-7
DUGARD, J.R.	First report on diplomatic protection, A/CN.4/506, 2000, in http:/www.un.org/law/ilc/index, htm
DWORKIN, R.	El domínio de la vida, trad., Barcelona, 1998
DWORKIN, R.	Taking rights seriously, London, 1996
DWORKIN, R.	The sovereign virtue – The theory and practice of equlity, Harvard, 2000
EHLERS, D.	Der Schutz wirtchaftlicher Unternehmen vor terroristichen Anschlägen, Spionage und Sabotage, Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln/..., 1989, p. 337.
EHLERS, J.F.	Aushölung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?, Frankfurt, 2003
EISELE, M.	Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin, 1999
ELIA, L.	Le senteze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici, Giur. Cost., 1966, II.
ENDERS, C.	Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatswecken, Der Staat, 35, 1996, p. 351.
ENDERS, C.	Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen, 1997
ENDERS, C.	Neubegründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes aus der grundrechtlichen Schutzpflicht? Konsequenzen aus dem Gentechnikbeschluß des VGH Kassel von 6.11.1989, AöR, 115, 1990, p. 610.
ENTERRÍA, G. / FERNANDÉZ, T.R.	Curso de Derecho Administrativo, II, 6ª ed., Madrid, 1999
ERICHSEN, H.U.	Der Schutz der Allgemeinheit und individuellen Rechte durch die polizei- und ordnunsrechtlichen Handlungsvollmachten der Executive, VVDStRL, 35, 1977, p. 177.
ERICHSEN, H.U.	Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura, 1997, p. 85.
ESPADA, J.C.	Direitos sociais de cidadania, Lisboa, 1997
ESTORNINHO, M.J.	A fuga para o direito privado, Lisboa, 1996
FABER, A.	Gesundheitliche Gefahren des Tabakrauchens und staatliche Schutzpflichten, DVBl, 1998, p. 745.
FABIO, U.	Der Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 1031.
FABIO, U.	Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, Jura, 1996, p. 566.
FABIO, U.	Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispeil der Arzneimittelüberwachung, Tübingen, 1994
FARBER, D.	From here to etenity: environmental law and future generations, University of Minesota Law School, Research paper nº 02-7
FARIA, P.R.	Anotação ao artigo 144º, Comentário conimbricense do Código Penal, dir. F. Dias, I, Coimbra, 1999, p. 223.
FAVOREAU, L. / PHILIP, L.	Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 14 ed, Paris, 2007

FEINBERG, J.	Harm to self – The moral limits of criminal law, III, New York, 1986
FERNANDES, L.C.	Teoria Geral do Direito Civil, I, Lisboa, 2012
FERREIRA, E.P.	Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado, Coimbra, 1995
FEUCHTHOFEN, J.	Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren, DVBl, 1984, p. 170.
FINUCANE, *et alli*	The affect heuristic of judgements of risks and benefits, Journal of behavioral decision making, Jan/Mar, 2000
FISCHER, K.	Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt, 1997
FISCHER, M.	Der Mensch als Konstruktion – Über einige Paradoxa unserer Gegenwartskultur, in Der Begriff der Menschenwürde, M. Fischer (Hrsg.), Frankfurt, 2004, p. 277.
FISCHHOFF	Debiasing, in Judgment under uncertainty: heuristics and biases, ed. Kahneman / Slovic / Tversky, Cambridge, 2011, p. 422.
FLAUSS, J.F.	Le contentieux des decisions de refus d'exercice de la protection diplomatique, in Revue Génerale de Droit International Public, 2005, 109, p. 407.
FLAUSS, J.F.	Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 29.
FLOREN, D.	Grundrectsdogmatik im Vertragsrecht, Berlin, 1999
FLUCK, J.	Grundrechtliche Shutzpflichten und Gentechnik, UPR, 1990, p. 81.
FRADA, M.C.	A própria vida como dano?, Estudos em honra do Prof. José de Oliveira Ascensão, I, Coimbra, 2008, p. 165.
FRADA, M.C.	Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos nas auto-estradas, ROA, Set. 2005, p. 407.
FRANCO, S./ MARTINS, O.	A Constituição Económica Portuguesa, Ensaio Interpretativo, Coimbra, 1993
FREITAS, T.	O princípio da proibição do retrocesso social, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, II, Coimbra, 2007
FRIEDMAN, M. / FRIEDMAN, R.	Liberdade para escolher, trad., Mem Martins, s/d.
FRUMER, P.	La renontiation aux droits et libertées – La Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la vollonté individuele, Bruxelles, 2001
GAJA, G.	Droits des Etats e droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 63.
GARCIA, M..G. / CORTÊS, A.	Anotação ao artigo 266º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, III, Coimbra, 2007, p. 554
GARCIA, M.G.	O lugar do Direito na protecção do ambiente, Coimbra, 2007
GARCIA, M.G.	Poder e Direito do feminino ou simplesmente poder e Direito?, in Congresso da Cidadania, nº 1, Açores, 2005, p. 183.
GARCIA, M.G.	Princípio da igualdade. Fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido, BMJ, 398, 1986.
GARCIA, M.G.	Responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas, Lisboa, 1997
GARCIA, M.G.	Sociedade de risco e legislação urbanística, in Urbanismo, segurança e lei, M.G. Valente (coord.), I, Coimbra, 2007, p. 201.

GARCIA-AMADOR, F.	Fourth report on State responsability, A/CN.4/119, 1959, in http:/www.un.org/law/ilc/index, htm
GARCIA-AMADOR, F.	Report on international responsibility, A/CN.4/96, 1956, in http:/www.un.org/law/ilc/index, htm
GARCIA-AMADOR, F.	State responsibility – Some new problems, in Hague Receuil, 1958, II, 94
GASSET, O.	Meditações sobre a técnica, trad., Lisboa, 2009
GAY, L.	Les "droits-créances" constitutionnels, Bruxelles, 2007
GEDDERT-STEINACHER, T.	Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin, 1990
GELLERMANN, M.	Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, Tübingen, 2000
GERBER, P.	Die Rechtsetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DöV, 1989, p. 698.
GERONTAS, A.	Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl, 1982, p. 486.
GETHMANN, C. / KAMP, G.	Gradierung und Diskontierung bei der Langzeitverpflichtung, in Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, Birnbacher / Brudermüller (Hrsg.), Würzburg, 2001, p. 137.
GIMÉNEZ, T.V.	La exigibilidad de los derechos sociales, Valencia, 2006
GIWER, E.	Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik – Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzplichten, Berlin, 2001
GLAZER, N.	The limits of social policy, Harvard, 1990
GLEIXNER, W.	Die Normerlaßklage: der Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen und formeller Gesetze, Frankfurt/..., 1993.
GOERLICH, H.	Grundrechte als Verfahrensgarantien, Baden-Baden, 1981
GOERLICH, H.	Nachbarschutz durch Verfahrensrechte, DÖV, 1982, p. 631.
GOERLICH, H.	Shutzpflicht – Grundrechte – Verfahrensschutz, NJW, 1981, p. 2616.
GOMES, C.A.	As imunidades parlamentares no Direito Português, Coimbra, 1998
GOMES, C.A.	Defesa da saúde pública *vs.* liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública, Lisboa, 1999
GOMES, C.A.	Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção ambiental, Coimbra, 2007
GONÇALVES, C.	Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, XII, Coimbra, 1937
GONÇALVES, M.E. (coord.)	Os portugueses e os novos riscos, Lisboa, 2007
GONÇALVES, M.E.	O princípio da precaução no Direito Europeu ou a difícil relação do Direito com a incerteza, Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 565.
GONÇALVES, P.	A concessão de serviços públicos, Coimbra, 1999
GONÇALVES, P.	As advertências da Administração Pública, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, p. 723.
GÖTZ, V.	Innere Sicherheit, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, III, 1996, Heidelberg, p. 1007.
GOUVEIA, J.B.	A lei da anti-discriminação racial no novo direito português da igualdade social, in Themis, III, 2002, nº 5, p. 19.
GOUVEIA, J.B.	Os direitos fundamentais atípicos, Lisboa, 1995
GRAMM, C.	Privatisierung und notwendige Staatsaufgabe, Berlin, 2001

GRAU, M.V.	Derechos fundamentales y derecho privado, Madrid/Barcelona, 2004
GREGORY / FLYNN / SLOVIC	Technological stigma, in The perception of risk, P. Slovic (dir.), London, 2000, p. 341.
GRILLER, S.	Der Schutz der Grundrechte vor Verletzung durch Private, JBl, 1992, p. 205.
GRIMM, D.	Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, Recht, 1988, p. 41.
GRIMM, D.	Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ, 1985, p. 865.
GUSY, C.	Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985
GUSY, C.	Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der Staatsaufgabe Sicherheit, DÖV, 1996, p. 573.
GUTMANN, T.	Die Grenzen staatlicher Gewalt, in Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Gutmann / Pieroth (Hrsgs.), Baden-Baden, 2011, p. 33.
HÄBERLE, P.	A constitutional law for future generations – The other form of the social contract: the generation contract, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 215.
HÄBERLE, P.	Die Mesnchenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, I, Heidelberg, 1987
HÄBERLE, P.	Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3 Aufl., Heidelberg, 1983
HÄBERLE, P.	El Estado constitucional, trad., México, 2001.
HÄBERLE, P.	Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL, 30, 1972, p. 43.
HÄBERLE, P.	Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat – Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes, AöR, 114, 3, 1989, p. 361.
HÄBERLE, P.	Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ, 1989, 20, p. 913.
HÄBERLE, P.	La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, trad., Madrid, 2003.
HÄBERLE, P.	La libertad fundamental en el Estado constitucional, trad., Granada, 2003
HÄBERLE, P.	Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht – Eine Textstufenanalyse, in Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Hrsg. W. Kahl, Tübingen, 2008
HÄBERLE, P.	Pluralismo y constitucionon, trad., Madrid, 2002
HÄBERLE, P.	Zeit und Verfassungsstaat – Kulturwissenschaftlich betrachtet, Jura, Heft 1, 2000, p. 1.
HABERMAS, J.	Facticidad y validez – Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, trad., Madrid, 2001
HABERMAS, J.	Técnica e ciência como «ideologia», trad., Lisboa, 2006
HABERMAS, J.	Teoría y praxis – Estudios de filosofia social, trad., Madrid, 2002
HABERMAS, J.	Um ensaio sobre a Constituição da Europa, trad., Lisboa, 2012
HAGER, J.	Grundrechte im Privatrecht, JZ, 8, 1994, p. 373.
HAILBRONNER, K.	Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit, in Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Ress / Stein (Hrsg.), Baden-Baden, 1996, p. 27

HAIN, K.E.	Das Untermaßverbot in der Kontroverse – Eine Antwort auf Dietlein, ZG, 1996, p. 75.
HAIN, K.E.	Der Gesetzgeber in der Klemme zwichen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl, 1993, p. 982.
HAMPSHER-MONK, I.	A history of modern political thought, Oxford, 1997
HAMPTON, J.	Hobbes and the social contract tradition, Cambridge, 1990
HASSEMER, R.	Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Berlin, 1981
HASSEMER, W.	Lineamientos de una teoria personal del bien jurídico, Doctrina Penal, 12, nº 45-48, Buenos Aires, 1989, p. 275.
HASSEMER, W.	Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 95.
HASSEMER, W.	Theorie und Soziologie des Verbrechens – Anzätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre, Frankfurt, 1973
HÄUβLER, R.	Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, Berlin, 1994
HAYEK, F.	O caminho para a servidão, trad., Lisboa, 1977
HAYEK, F.	The Constitution of liberty, London, 1993
HECKMANN, D.	Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtstaat – Neue Polizeibefugnisse zwischen gestalterischer Freiheit und grundrechtlicher Statik, in Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin, 2005.
HEFENDEHL, R.	Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köhln/..., 2002
HEINEGG, W.H. / HALTERN, U.	Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, Jura, 1995, p. 305.
HELD, J.	Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Berlin, 1984
HERMES, G.	Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Satz 1 GG, Heidelberg, 1987
HERMES, G.	Grundrechtsschutz durch Privatrecht aus neuer Grundlage? NJW, 1990, p. 1764
HERZOG, R.	Der Verfassungsauftrag zum Schutz des ungeborenen Lebens, JR, 1969, 12, p. 441.
HERZOG, R.	Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, Festschrift für Wolfgang Zeidler, 2, Berlin/…, 1987, p. 1415.
HERZOG, R.	Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, (§ 72), in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, IV, 2006, Heidelberg, p. 81.
HESSE, H. / KAUFFMANN, P.	Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, JZ, 1995, p. 219.
HESSE, K.	Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGZR, 1978, p. 427.
HESSE, K.	Derecho Constitucional y Derecho Privado, trad., Madrid, 1995
HESSE, K.	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1999
HESSE, K.	Significado de los derechos fundamentales, in Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde, Manual de Derecho Constitucional, trad., Madrid, 1996, p. 83.
HEUN, W.	Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden, 1992
HILLGRUBER, C.	Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, 1992

HIRSCHMAN, A. — A retórica da intransigência, trad., São Paulo, 1992

HOBBES, T. — Do cidadão, São Paulo, 2002

HOBBES, T. — Leviatã, INCM, Lisboa, 1995

HOFFMANN-RIEM, W. — Experimentelle Gesetzgebung, in Festschrift fur Werner Thieme zum 70 Geb., Becker (Hrsg.), Köln, 1993, p. 55.

HÖFLING, W. — Intergenerationelle Verantwortung und Verfassungsrecht, in Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität, Birnbacher / Brudermüller (Hrsg.), Würzburg, 2001, p. 107.

HOFMANN, H. — Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, Stuttgart, 1981

HOLLENBACH, A. — Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältniss, Berlin, 2003

HOLMES / SUNSTEIN — The cost of rights – Why liberty depends on taxes, New York / London, 1999

HOLOUBEK, M. — Grundrechtliche Gewährleistungspflichten – Ein Beitrag zu einer algemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien/..., 1997

HONG, M. — Grundrechte als Instrumente der Risikoallokation, in Risiko im Recht – Recht im Risiko, Baden-Baden, 2011, p. 111.

HORN, H.-D. — Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin, 1989

HUBER, F. — Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch Sicherheit- und Bewachungsgewerbe, Berlin, 2000

HUBER, P.-M. — Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem, in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, München, 1987

HUMBOLDT, W. — Os limites da acção do Estado, trad., Porto, s/d.

HUND, M. — Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte? Zum Grundrechtsverständnis des BVG vor uns nach dem Urteil zur Privatschulfinazierung, Festschrift für Wolfgang Zeidler, 2, Berlin/..., p. 1445.

HUNTINGTON, S. — O choque de civilizações e a mudança da ordem global, trad., Lisboa, 1996

IHERING, R. — Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwiklung – Driter Teil, Leipzig, 1906

IPSEN, J. — Gesetzliche Einwirkung auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, JZ, 1997, p. 473.

IPSEN, J. — Staatsrecht, II – Grundrechte, München, 2005

ISENSEE, J. — Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Shutzpflichten (§ 111), in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, V, 2000, Heidelberg, p. 143.

ISENSEE, J. — Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/…, 1983

ISENSEE, J. — Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR, 2006, 131-2, p. 173.

ISENSEE, J. — Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 42.

JACKSON, V. — Constitutional dialogue and human dignity – States and transnational constitutional discourse, Montana Law Review., 15, 2004, p. 15.

JAECKEL, L. — Shutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001

JAENSCH, M. — Die unmitellbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Baden-Baden, 1997

JAKOBS, G. — Derecho Penal – Parte General, trad., 2ª ed., Madrid, 1997

JARASS, H.	Die Grundrechte als Wertsentscheidungen bzw. Objektiv-rechtlich Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassunsgerichts, AöR, 110, 1985, p. 363.
JARASS, H.D.	Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in D. Merten / H. J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 625.
JÁVOR, B.	Institutional protection of succeeding generations – Ombudsman for future generations in Hungury, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 282.
JEAND'HEURE, B.	Grunderechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, JZ, 1995, p. 161.
JESCHECK, H.H. / WEIGEND, T.	Tratado de Derecho Penal – Parte General, trad., 5ª ed, Granada, 2002
JESSBERGER, F.	Von der Pflicht des Staates – Menchenrechtsverletzungen zu untersuchen, KJ, 1996, p. 290.
JESTAEDT, M.	Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen, 1999
JONAS, H.	El principio de responsabilidade – Ensayo de una ética para a civilización tecnológica, trad., Barcelona, 1995
JÜLICHER, F.	Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteil bei gesetzgeberischen Unterlassen, Berlin, 1972
JÜRGENSEN, T. / SCHLÜNDER, I.	EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR, 1996, p. 200.
JUSTO, S.A.	Introdução ao estudo do Direito, 4ª ed., Coimbra, 2009
KAHL, W.	Einleitung, in Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Hrsg. W. Kahl, Tübingen, 2008
KAHNEMAN, D. / TVERSKY A.	Choices, values, and frames, Cambridge, 2000
KAHNEMAN, D. / TVERSKY A.	Jugement under uncertainty: heuristics and biases, in Kahneman / Slovic / Tversky, Jugement under uncertainty: heuristics and biases, New York, 1982 (reed. 1999)
KALKBRENNER, H.	Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV, 1963, p. 41.
KANT, I.	Fundamentação da metafísica dos costumes, Lisboa, 1995
KANT, I.	Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita, in A paz perpétua e outros opúsculos, Lisboa, 1990, p. 21.
KANT, I.	La metafísica de las costumbres, Madrid, 2002
KAUFMANN, A.	Filosofia do Direito, trad. A. Cortês, Lisboa, 2004
KAUFMANN, A.	Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, Festschrift für Claus Roxin, Berlin/..., 2001
KAYßER, M.	Abtreibung und die Grenzen des Strafrechts, Berlin, 1997
KIRCHHOF, P.	Der allgemeine Gleichheitssatz, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des BD, V, Heidelberg, 2000, p. 837.
KIRCHHOF, P.	Gleichheit und Funktionenordnung, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des BD, V, Heidelberg, 2000, p. 973.
KLEIN, E.	Anspruch auf diplomatischen Schutz?, in Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Ress / Stein (Hrsg.), Baden-Baden, 1996, p. 125.
KLEIN, E.	Diplomatischer Schutz und grunrechtliche Schutzpflich, DÖV, 1977, p. 704.
KLEIN, E.	Grundrechtliche Shutzpflicht des Staates, NJW, 1989, p. 1633.

KLEIN, H. Die grundrechtliche Shutzpflicht, DVBl, 1994, p. 489.

KLENNER, H. Thomas Hobbes, trad., Bogotá, 1999

KLOEPFER, M. Einrichtungsgarantien, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 921.

KLOEPFER, M. Grenzüberschreitende Umweltbelastungen als Rechtsproblem, DVBl, 1984, p. 245.

KNEMEYER, F.-L. Der Schutz der Allgemeinheit und individuellen Rechte durch die polizei- und ordnunsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL, 35, 1977, p. 221.

KOCH, G. Ein Beitrag zur Lehre vom Grundrechtsverzicht, Heidelberg, 1983

KOCH, T. Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen – Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen, 2000

KÖCK, W. Risikovorsorge als Staataufgabe, AöR, 121, 1996, p. 1.

KOKOTT, J. Zum Spannungsverhältnis zwischen nationality rule und Menschenrechtsschutz bei der Ausübung diplomatischer Protektion, in Ress / Stein, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Baden-Baden, 1996, p. 45.

KÖNIG, S. Drittschutz – Der Rechtsschutz Drittbetrofenner gegen Bau- und Anlagengenehmigungen im öffentlichen Baurecht, Immissionsschutzrecht um Atomrecht, Berlin, 1993.

KOPP, F. Grundrechtliche Schutz- und Förderlichten der öffentlichen Hand, NJW, 1994, p. 1753.

KRAUS / MALMFORS / SLOVIC Intuitive toxicology: expert and lay judgments of chemical risks, in The perception of risk, dir. P. Slovic, London, 2000, p. 285.

KREMSER, H. Die rechtliche Bewertung elektromagneticher Strahlungen (sog. Elektrosmog) nach der Verordnung über elektromagnetische Felder, DVBl, 1997, p. 1360.

KREUZBAUER, G. Argumentationsanalystische Betrachtungen zum Begriff der Menschenwürde, in Der Begriff der Menschenwüde, M. Fischer (Hrsg.), Frankfurt/..., 2004, p. 45.

KRINGS, G. Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche – Die subjektiv-rechtliche Rekonstrution der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts, Berlin, 2003

KUNIG, P. Grundrechtlicher Schutz des Lebens, Jura, 1991, 8, p. 415.

LAGODNY, O. El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 129.

LAGODNY, O. Menschenwürde im Strafrecht – Am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafens, in Der Begriff der Menschenwürde, M. Fischer (Hrsg.), Frankfurt, 2004, p. 65.

LAGODNY, O. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen, 1996

LANGE, F. Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, Tübingen, 2010

LANGLOIS, J.I. Doutrina Social da Igreja, trad., Lisboa, 1994

LANGNER, T. Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Frankfurt, 1998

LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, I, 13 Aufl., München, 1982

LARENZ, K. Metodologia da Ciência do Direito, trad., 2ª ed., Lisboa, 1989

LAUBINGER, H.-W. Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch, 1982, p. 60.

LAWRENCE, C.	Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationenverantwortung, Berlin, 1989
LECHNER, H.	Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers, NJW, 1955, p. 1817.
LEGE, J.	Nochmals: Staatliche Warnungen – Zugleich zum Paradigmawechsel in der Grundrechtsdogmatik und zur Abgrenzung von Regierung und Verwaltung, DVBl, 1999, p. 569.
LEISNER, W.	Grundrechte und Privatrecht, München, 1960
LEITÃO, A.M.	Normas de protecção e danos puramente patrimoniais, Coimbra, 2009
LEITÃO, L.M.	Direito das obrigações, I, Coimbra, 2010
LERCHE	Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR, 1965
LERCHE, P.	Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtesprägung und Grundrechtseingriff, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, V, 2000, Heidelberg, p. 739.
LIMA, P. / VARELA, A.	Código Civil anotado, I, Coimbra, 4ª ed., 1987
LIPPOLD, R.	Gilt im deustchen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze? Der Staat, 29, 1990, p. 185.
LITTWIN, F.	Grundrechtsschutz gegen sich selbst: das Spannungsverhältnis von grundrechtlichen Selbsbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezoheit des Individuums, Frankfurt/…, 1993
LOCKE, J.	Dois tratados do governo civil, trad., Coimbra, 2006
LORENZ, D.	Der grunrechtliche Anspruch auf efektiven Rechtschutz, AöR, 105, 1980, p. 623.
LOUREIRO, J.	Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco – Prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001.
LOUREIRO, J.	O direito à (protecção da) saúde, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Lisboa, 2006, p. 657.
LOUREIRO, J.	Sobre o aborto: algumas questões em tempo de referendo, in Revista de Estudos do CADC nº 6, 2006.
LÜBBE-WOLFF, G.	Die Grundrechte als Eingriffsabweherrechte, Baden-Baden, 1988
LÜBBE-WOLFF, G.	Stufen des Grundrechtsschutzes gegen Verfahrensvertöße, Festschrift für Werner von Simson, Baden-Baden, 1983
LUHMANN, N.	Grundrechte als Institution – Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4 Aufl., Berlin, 1999
LUHMANN, N.	Sociología del riesgo, trad., México, 2006
LUMER, C.	Principles of generational justice, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 39.
MAC CRORIE, B.	A renúncia ao direito à intimidade sobre a vida privada, DJAP, 3º supl., Lisboa, 2007
MAC CRORIE, B.	A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Coimbra, 2005
MACHADO, B.	Introdução ao Direito e ao discurso legitimador, Coimbra, 1991
MACHADO, B.	Lições de introdução do Direito Público – Obra dispersa, II, Braga, 2003
MACHADO, B.	Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76, Coimbra, 1982

MACHADO, J.	Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, Coimbra, 2002
MACHETE, P.	A polícia na Constituição da República Portuguesa, Homenagem da FDL ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos, Coimbra, 2007, p. 1111.
MACHETE, P.	Anotação ao artigo 272º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, III, Coimbra, 2007, p. 649.
MACHETE, P.	Estado de Direito democrático e Administração paritária, Coimbra, 2007
MAGER, U.	Einrichtungsgarantien, Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen, 2003
MAINZER, C.	Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, Baden-Baden, 2003
MANSSEN, G.	Grundrechte, München, 2000
MARBURGER, P.	Die Bewertung von Risiken chemischer Anlagen, in Technische Risiken und Recht, W. Blümel / H.Wagner (Hrsg.), Karlsruhe, Nov., 1981, p. 27.
MARELLA, M.R.	La reparazione del danno in forma specifica, Padova, 2000
MARIANO, J.C.	A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do direito à vida, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra, 2012, II, p. 93.
MARQUES, F.P.	As relações jurídicas administrativas multipolares, Coimbra, 2011
MARQUES, P.G.	Anotação ao artigo 25º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa anotada, I, 2º ed., Coimbra, 2010
MARSHALL, T.H. / BOTTOMORE, T.	Citizenship and social class, London, 1996
MARTINEZ, P.B.	Curso de derechos fundamentales – Teoría general, Madrid, 1999
MARTINS, M.O.	Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais, Coimbra, 2007.
MARX, M.	Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut» – Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köhln/..., 1972
MATIAS, G. / MARTINS, P.	A Convenção Internacional sobre Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ACIDI, Lisboa, 2007
MATOS, A.S.	A ficalização administrativa da constitucionalidade, Coimbra, 2004
MATOS, A.S.	Princípio da legalidade e omissão regulamentar, Estudos em homenagem ao Prof. Marcello Caetano, I, FDUL, Coimbra, 2006
MATTEIS, R.	Danno biologico e patrimonialità della lesione, in Persona e danno, cura di P. Cendon, II, Milano, 2004, p. 1071.
MAURER, H.	Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, III, 1196, Heidelberg, p. 211.
MAYER, C.	Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden, 1996
MAYER, M.	Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie – Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, Baden-Baden, 2005
MCCRUDDEN, C.	Human dignity and judicial interpretation of human rights, The European Journal of International Law, 19, nº 4, 2008, p. 655.
MEDEIROS, R. / SILVA, J.P.	Anotação ao artigo 24º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição da República Anotada, I, 2ª, ed., Coimbra, 2010

MEDEIROS, R.	A decisão de inconstitucionalidade, Lisboa, 1999
MEDEIROS, R.	A força expansiva do conceito de norma fiscalizável no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes, Coimbra, 2004, p. 183.
MEDEIROS, R.	Anotação aos artigos 20º, 22º, 62º, 64º, e 67º a 72º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição da República Anotada, I, 2ª, ed., Coimbra, 2010
MEDEIROS, R.	Anotação aos artigos 277º e 283º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição da República Anotada, III, Coimbra, 2007
MEDEIROS, R.	Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade, Estudos em homenagem a Sérvulo Correia, Coimbra, 2010, p. 657.
MEDEIROS, R.	Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos, Coimbra, 1992
MEDEIROS, R.	Intervenção – A responsabilidade civil pelo ilícito legislativo no quadro da reforma do Decreto-Lei nº 48 051, in Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, MJ, Coimbra, 2002
MEDEIROS, R.	O Estado de direitos fundamentais: alcance, limites e desafios, Anuário Português de Direito Constitucional, II, 2002, p. 23.
MEDICUS, D.	Naturalrestitution und Geldersatz, JuS, 1969, 10, p. 449.
MEDICUS, D.	Schuldrecht, I-II, 15-12 Aufl, München, 2004
MENDES, E.	Anotação ao artigo 61º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição da República Anotada, I, 2ª, ed., Coimbra, 2010
MENDES, J.C.	Direitos, liberdades e garantias – Alguns aspectos gerais, Estudos sobre a Constituição, I, Lisboa, 1977, p. 93.
MENÉNDEZ	L'íncostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore, Giur. Cost., Nov./Dec., 1996
MENÉNDEZ, M.V.	La inconstitucionalidad por omisión, Madrid, 1997
MERTEN, D.	Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in Akademische Gedenkfeier zu Ehren Professor Willi Geiger, Speyerer Vorträge H 27, 1994, p. 15.
MERTEN, D.	Negative Grundrechte, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 741.
MICHAEL, L.	Die drei Argumentationstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – Zur Dogmatik der Über- und Untermassverbotes und der Gleichheitsätze, JuS, 2001, p. 148.
MIERNIK, H.	Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Leipzig, 1997
MILL, J.S.	On liberty, 1859, Penguin classics, ed. 1985
MIRANDA, J	Manual de Direito Constitucional, Coimbra: II, 6º ed., 2007; IV, 5ª ed., 2012; V, 4ª ed., 2010; VI, 4º ed., 2013; VII, 1ª ed, 2007
MIRANDA, J. / CORTÊS, A.	Anotação ao artigo 1º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed, Coimbra, 2010
MIRANDA, J. / SILVA, J.P.	Anotação ao artigo 18º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed, Coimbra, 2010
MIRANDA, J.	A unicidade do Provedor de Justiça, in O Direito, I, 2004, p. 215.
MIRANDA, J.	Anotação ao artigo 13º, 49º, 60º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed, Coimbra, 2010

MIRANDA, J.	Anotação ao artigo 157º, in J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, II, Coimbra, 2006
MIRANDA, J.	Curso de Direito Internacional Público, 5ª ed., Lisboa, 2012
MIRANDA, J.	Ensino de religião e moral nas escolas públicas, in O Direito, ano 120º, 1988
MIRANDA, J.	Ideias para uma revisão constitucional, Lisboa, 1996
MIRANDA, J.	Intervenção – Responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa, in Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, MJ, Coimbra, 2002, p. 185.
MIRANDA, J.	O referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez, in Escritos vários sobre direitos fundamentais, Estoril, 2006
MIRANDA, J.	O regime dos direitos, liberdades e garantias, in Estudos sobre a Constituição, III, Lisboa, 1979, p. 41.
MIRANDA, J.	O Tribunal Constitucional em 2005, 2006, 2008, 2009 e 2010, in O Direito, Coimbra, resp. ano 2006-II, 2007, 2008-III, 2010-II e 2011-I
MIRANDOLA, G.P.	Discurso sobre a dignidade humana, trad., Lisboa, 2008
MODUGNO, F.	La Corte Costituzionale italiana oggi, Scritti in onore di Vezio Crisafulli, II, Padova, 1895
MÖLLERS, T.	Rechtsgüterschutz im Umwel- und Haftungsrecht – Präventive Verkehrpflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Tübingen, 1996
MONCADA, C.	Filosofia do Direito e do Estado, I e II, Coimbra, 1995
MONCADA, L.C.	As relações especiais de poder no direito português, Estudos de Direito Público, Coimbra, 2001
MONCADA, L.C.	Contributo para uma teoria da legislação, in Estudos de Direito Público, Coimbra, 2001, p. 251.
MONCADA, L.C.	Ensaio sobre a lei, Coimbra, 2002
MONCADA, L.C.	Lei e regulamento, Coimbra, 2002
MONIZ, A.G.	Aproximação a um conceito de *norma devida* para efeitos do artigo 77º do CPTA, CJA, 87, 2011, p. 3.
MONTEIRO, J.P.	Prefácio (à edição portuguesa do Leviatã, da INCM), Lisboa, 1995
MONTEIRO, S.	Acidentes na auto-estrada – Natureza e regime da responsabilidade da concessionária, RLJ, 133, p. 29.
MONTEIRO, S.	Reparação de danos pessoais em Portugal – A lei e o futuro, CJ, 1986, IV, p. 5.
MONTEIRO, S.	Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações, Coimbra, 1989
MONTESQUIEU	O espírito das leis, trad., São Paulo, 1996
MORAIS, C.B.	Justiça constitucional, I e II, 2ª ed., Coimbra, 2006 e 2011
MORANA, D.	La salute nella Costituzione italiana – Profili sistamatici, Milano, 2002
MOREIRA, I.	A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa, Coimbra, 2007
MOREIRA, V.	Administração autónoma e associações públicas, Coimbra, 1997
MOREIRA, V.	Auto-regulação profissional e Administração Pública, Coimbra, 1997
MOREIRA, V.	O direito de resposta na comunicação social, Coimbra, 1994
MORENO, F.D.	El Estado Social, CEC, Madrid, 2004
MORGADO, M.	A aristocracia e os seus críticos, Lisboa, 2008

MORGENTHALER, G. Freiheit durch Gesetz – Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen, 1999

MORROW, J. A history of political thought, New York, 1998

MORTATI, C. Apunti per uno studio sui remedy giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatori, in Raccolta di Scritti, III, Milano, 1972

MÖSTL, M. Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen, 2002

MÖSTL, M. Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgebericher Schutzpflichten – Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen, DöV, 1998, p. 1029.

MOUTINHO, J. Anotação ao artigo 27º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed, Coimbra, 2010, p. 633.

MOWBRAY, A. The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford, 2004

MÜLLER, F. Die Einheit der Verfassung, Berlin, 1979

MÜLLER, F. Discours de la méthode juridique, trad., Paris, 1996

MÜLLER, J. Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Der Staat, 1990, 1, p. 33.

MÜLLER-DIETZ, H. Zur Problematik verfassunsrechtlicher Pönalisierunsgebot, Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin/..., 1977, p. 97.

MÜNCH, I. Grundrechtsschutz gegen sich selbts? in Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1977, p. 113.

MÜSSIG, B. Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt, 1994

MURRAY, C. Losing ground: american social policy, 1950-1980, 10th ann. ed., 1994

MURSWIEK, D. Grundrechte als Teilhaberechte: soziale Grundrechte (§112º), in J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BD, V, 2 Aufl., Heidelberg, 2000, p. 243.

MURSWIEK, D. Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik – Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin, 1985

MURSWIEK, D. Zur Bedeutung der grundrechtliche Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw, 1986, p. 179.

NABAIS, C. O dever fundamental de pagar impostos, Coimbra, 1998

NABAIS, C. Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, 2007

NEGRO, A. La quantificazione del danno biológico, in Persona e danno, cura di P. Cendon, II, Milano, 2004, p. 1213.

NETO, L. O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo, Coimbra, 2004

NEUNER, J. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, in JZ, 2003, p. 57.

NEVES, A.C. O Direito como alternativa humana – Notas de reflexão sobre o problema actual do Direito, in Digesta, I, Coimbra, 1995, p. 287.

NEVES, A.C. O papel do Direito no nosso tempo, in Digesta, I, Coimbra, 1995, p. 9.

NEVES, C. Metodologia jurídica – Problemas fundamentais, Coimbra, 1993

NEVES, C.	Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade, Coimbra, 1967
NIERHAUS, M.	Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? – Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG. AöR, 116, 1991, 1, p. 72.
NOVAIS, J.	«Direitos, liberdades e garantias»: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? – Ac. do TCA Sul de 6.6.2007, in CJA, nº 73, 2009, p. 48.
NOVAIS, J.	As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra, 2003 (2ª ed., 2010)
NOVAIS, J.	Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria, Coimbra, 2006
NOVAIS, J.	Direitos sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra, 2010
NOVAIS, J.	Princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa, Coimbra, 2004
NOVAIS, J.	Renúncia a direitos fundamentais, in Perspectivas Constitucionais, I, Nos 20 anos da Constituição de 1976, org. J. Miranda, Coimbra, 1996, p. 263.
NOZIK, R.	Anarchy, state and utopia, Oxford, 1974 (rep. 1996)
OBERNDORFER, P.	A justiça constitucional no quadro das funções estaduais (relatório austríaco), in Justiça constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas, II, Lisboa, 1987
OETER, S.	«Drittwirkung» der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts, AöR, 119, 1994, p. 529.
OETKER, H.	§§ 249-251, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Säcker / Rixecker / Oetker, 6 Aufl., München, 2012
OLIVEIRA, A.P.	Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental, Coimbra, 2007
OLIVEIRA, E./GONÇALVES/AMORIM	Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª ed., Coimbra, 1999
OPSTAL, R. / TIMMERHUIS, J.	The role of CPB in dutch economic policy, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 299
OSKAMP, S.	Overconfidence in case-study judgements, in Judgment under uncertainty: heuristics and biases, ed. Kahneman / Slovic / Tversky, Cambridge, 2011, p. 287.
OSSENBÜHL, F.	Die Bewertung von Risiken kerntechnischer Anlagen, in Technische Risiken und Recht, Blümel / Wagner (Hrsg.), Karlsruhe, Nov., 1981, p. 45.
OSSENBÜHL, F.	Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BverfG, in Starck (org.), BverfG und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bunsdesverfassungsgerichts, I, Tübingen, 1976, p. 458.
OSSENBÜHL, F.	Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW, 1986, p. 2805.
OSSENBÜHL, F.	Grundrechtschutz im und durch Verfahrensrecht, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60 Geburtstag, Basel/..., 1982, p. 183.
OTERO, P.	Direito da vida, Coimbra, 2004
OTERO, P.	Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública, in Os caminhos da privatização da Administração Pública, Coimbra, 2001
OTERO, P.	Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana, Estudos em honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, I, Coimbra, 2008, p. 117.

OTERO, P.	Instituições políticas constitucionais, I, Coimbra, 2007
OTERO, P.	Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra, 2003
OTERO, P.	O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional, I e II, Lisboa, 1995
OTERO, P.	Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano, Coimbra, 1999
PALMA, F.	Direito Constitucional Penal, Coimbra, 2006
PALOMBELLA, G.	Reasons for justice, rights and future generations, EUI Working papers, Law 2007/07
PAPIER, H. J. / MÖLLER, J.	Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR, 122, 1997, p. 177.
PAPIER, H. J.	Drittwikung der Grundrechte, in D. Merten / H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 1031.
PARDO, J.E.	Técnica, riesgo y Derecho, Barcelona, 1999
PARREIRA, I.R.	O assédio moral no trabalho, V Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, 2003, p. 209.
PARTRIDGE, E.	On the rights of future generations, 1990, in www.igc.org/gadfly
PARTRIDGE, E.	Should we seek a better future?, 1998, in www.igc.org/gadfly
PASCUAL, G. D.	Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos, Madrid, 2006
PASQUINELLI, E.	Normazione e frantumazione del danno biológico, in Persona e danno, cura di P. Cendon, II, Milano, 2004, p. 1
PAUSTENBACH, D. (ed.)	Human and ecological risk assessment: theory and practice, New York, 2002
PEINE, F.J.	Systemgerechtigkeit: Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden, 1985
PEREIRA, A.D.	O consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de Direito Civil, Coimbra, 2004
PEREIRA, A.G. / QUADROS, F.	Manual de Direito Internacional Público, 3ª ed., Coimbra, 1993
PEREIRA, R.S.	A responsabilidade dos danos não patrimoniais – Do incumprimento das obrigações no Direito Civil português, Coimbra, 2009
PESTALOZZA, C.	«Noch verfassungsmäßig» und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen, in BverfG und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bunsdesverfassungsgerichts, Starck (Hrsg.), I, Tübingen, 1976, p. 519.
PICARDI, N.	Le sentenze "integrative" della Corte Costituzionale, in Scritti in oneore di Costantino Mortati, IV, Roma, 1977
PIEROTH, B. / SCHLINK, B.	Grundrechte – Staatsrecht, II, Heidelberg, 2004
PIEROTH, B.	Das staatliche Gewaltmonopol – ein Verfassungsrechtssatz?, in Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Gutmann / Pieroth, (Hrsgs.), Baden-Baden, 2011, p. 53.
PIETRZAK, A.	Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte, JuS 1994, p. 748.
PIETZCKER, J.	Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, JuS, 1982, p. 106.
PIETZCKER, J.	Drittwirkung, Schutzpflicht, Eingriff, in Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift fur Günter Dürig zum 70 Geb., Maurer (Hrsg.), München, p. 345.

PIETZKER, J.	Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat, 17, 1978, p. 527.
PINA, E.	Responsabilidade dos médicos, Lisboa, 1994
PINTO, M.C.	Sobre os direitos fundamentais de educação, Lisboa, 2009
PINTO, P.M.	A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português, in Direitos fundamentais e direito privado – Uma perspectiva de Direito Comparado, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 145
PINTO, P.M.	A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, II, Coimbra, 2001, p. 527.
PINTO, P.M.	Autonomia privada e discriminação – Algumas notas, Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, II, Coimbra, 2005, p. 313.
PINTO, P.M.	O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, BFDUC, 69, Coimbra, 1993, p. 479.
PINTO, P.M.	O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in Portugal – Brasil Ano 2000, Coimbra, 2000, p. 149.
PIOTTE, J.M.	Les grands penseurs du monde ocidental – L´étique et la politique de Platon à nos jours, Québec, 1997
PIOVESAN, F.	Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injução, São Paulo, 1995
POSCHER, R.	Gefahrenabwehr – Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin, 1999
POSCHER, R.	Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen, 2003
POSITANO / POSITANO	La tutela del danno alla persona, Padova, 2001
POSNER, R.	The meaning of judicial self-restraint, Indiana Law Journal, 59.1, 1983, p. 1.
PRAÇA, J.L.	Direito Constitucional portuguez, I, reimp., Coimbra, 1997
PRÉLOT, M. / LESCUYER, G.	História das ideias políticas, I, trad., Lisboa, 2000
PREU, P.	Freiheitsgefährdung durch dir Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten – Überlegungen aus Anlaß des Gentechnikanlagenbeschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichthofs, JZ, 1990, p. 88, 1991, p. 265.
PROENÇA, J.B.	A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracorporal, Porto, 1996
PUENTE, G.	La inactividade del legislador: una realidade susceptible de control, Madrid, 1997
PULIDO, C.	El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales, Madrid, 2003
QUADROS, F.	A protecção da propriedade privada no Direito Internacional Público, Coimbra, 1998
QUEIROZ, C.	O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, Coimbra, 2006
RAMALHO, M.P.	Direitos de personalidade e direitos fundamentais em matéria laboral, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra, 2012, II, p. 619.
RAMALHO, M.P.	O direito da igualdade no Código do Trabalho – Contributo para uma reflexão, in A reforma do Código do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 173.

RANDELZHOFER, A. / SIMMA, B. Das Kernkraftwerk an der Grenze, Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, München, 1973, p. 389.

RAPOSO, V.L. O poder de Eva, Coimbra, 2004

RAUSCHNING, D. Staatsaufgabe Umweltchutz, in VVDStRL, 38, 1980, p. 167.

RAWLS, J. A lei dos povos, trad., Coimbra, 2000

RAWLS, J. Liberalismo político, trad., Lisboa, 1997

RAWLS, J. Palestras sobre a história da filosofia política, trad., Lisboa, s/d.

RAWLS, J. Uma teoria da justiça, trad., Lisboa, 1993

RAZ, J. Ethics in the public domain, Oxford, 1995

REBELO, M. A doutrina da pós-modernidade dos direitos fundamentais, in Scientia iuridica, LIV, 2005

REDEKER, K. Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, NJW, 1980, p. 1593.

REDINHA, M.G. Assédio moral ou *mobbing* no trabalho, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra, II, 2003, p. 833.

REGO, C.L. Os recursos de fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional, Coimbra, 2010

REICH, A. Gefahr – Risiko – Restrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Imissionsshutzrechts, Düsseldorf, 1989

RENUCCI, J.F. Traité de droit européen des droits de l´homme, Paris, 2007

RESS, G. / STEIN, T. (Hrsg.) Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Baden-Baden, 1996

RESS, G. La pratique allemande de la protection diplomatique, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 121.

REVORIO, F.D. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Valladolid, 2001

RIBEIRO, R.L. Obrigações de meios e obrigações de resultado, Coimbra, 2010

RIBEIRO, T.M. O princípio da imparcialidade da Administração Pública, Coimbra, 1996

RIBES, D. Existe-t-il un droit a la norme? Contôle de constitutionnalité et omission lègislative, Revue Belge de Droit Constitutionnel, 3, 1999

RIBES, D. L´État protecteur des droits fondamentaux – Recherches en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées, Aix-Marseille, 2005

RIDRUEJO, J.P. La pratique espagnole de la protection diplomatique, in La protection diplomatique: mutations contemporaines e pratiques nationals, Flauss (dir.), Bruxelles, 2003, p. 109.

RITTER, E.-H. Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten, Bonn, 1967

ROBBERS, G. Anspruch auf Normerlaß – OVG Koblenz, NJW 1988, 1684; JuS, 1988, p. 949.

ROBBERS, G. Sicherheit als Menschenrecht – Aspeckte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden, 1987

ROBSON, M. / TOSCANO, W. (ed.) Risk assessment for environmental helth, San Francisco, 2007

RODRIGUES, A.R. Pessoa, sociedade e Estado, Lisboa, 1991

RODRIGUES, J.V. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português, Coimbra, 2001

RODRIGUEZ, J.F. — La figura de la inconstucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI, in La Constitución portuguesa de 1976, coord. J.T. Tejada, Madrid, 2006

RODRIGUEZ, J.F. — La inconsttucionalidad por omisión – Teoria general, Madrid, 1998

RÖHL / RÖHL — Allgemeine Rechtslehre: ein Lehrbuch, München, 2008

ROLFS, C. — Neues zur Delickthaftung Minderjähriger, JZ, 54, 1999, p. 233.

ROMBOLI, R. — La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre da constitucionalidade de las leys planteado en via incidental, REDC, 48, 1996

ROSANVALLON, P. — A crise do Estado providência, trad., Lisboa, s/d.

ROßNAGEL, A. — Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers im Atomrecht, JZ, 1985, p. 714.

ROTH. A. — Das Integritätsinteresse des Geschädigten und das Postulat der Wirtchaftlichkeit der Shadensbehebung, JZ, 1994, 22, p. 1091.

ROUSSEAU, J.J. — Contrato social, trad., 3ª ed., Mem-Martins, s./d.

ROUXINOL, M. — A obrigação de segurança e saúde do empregador, Coimbra, 2008

ROXIN, C. — Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 443.

ROXIN, C. — La proteccion al vida humana mediante el Derecho Penal, trad., Salamanca, 2002

ROYO, J.P. — Curso de Derecho Constitucional, 9 ed., Madrid-Barcelona, 2003

RÜFNER, W. — Grundrectsadressaten (§117), in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, V, 2000, Heidelberg, p. 525.

RUFFERT, M. — Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen, 2001

RUFNER, W. — Leistungsrechte (§40), in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der BD, II, 2006, Heidelberg, p. 679.

RUIZ, M.A. — El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas, in R. Centro de EC, 8, 1991

SÁ, C. — Abuso do Direito, Coimbra, 1997

SACHS, M. — Besondere Gleichheitsgarantien, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des BD, V, Heidelberg, 2000, p. 1017.

SACHS, M. — Die Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, in J. Isensee / P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des BD, V, Heidelberg, 2000, p. 1085.

SACHS, M. — Zur dogmatische Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrechte, DÖV, 10, 1984, p. 411.

SACHS, U. — Volenti non fit iniuria, VerwArch., 76, 1985, p. 398.

SALADIN, P. / ZENGER, C. — Rechte künftiger Generationen, Basel / Frankfurt, 1988

SALEMA, M. — O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política, Coimbra, 2003

SAMPAIO, J.S. — O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias, Coimbra, 2012

SANDS, P. — Principles of environmental law, Cambridge, 2003

SANTOS, J.A. — Finanças Públicas, Oeiras, 2010

SARAIVA, R. — Sobre o princípio da subsidiariedade, Lisboa, 2001

SARLET, I. — A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro, in Direitos fundamentais e direito privado – Uma

perspectiva de Direito Comparado, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 111.

SARLET, I. — Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição do excesso e a insuficiência, BFDUC, 81, 2005

SARLET, I. — Estado social de Direito, proibição de retrocesso e garantia fundamental da propriedade, in Revista Electrônica sobre a Reforma do Estado, nº 9, 2007

SAVY, R. / FROMONT, M. — L'intervention des pouvoir publics dans la vie économique, tomo 1, Institutions et Politiques, Limoges, 1978

SCHENKE, W.R. — Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen, VerwArch, 1991, p. 307.

SCHERZBERG, A. — «Objectiver» Grundrechtschutz und subjectives Grundrecht – Überlegungen zur Neukonzeption des grundrechtliches Abwehrechts, DVBl, 1989, p. 1128.

SCHERZBERG, A. — Grundrechtsschutz und «Eingriffsintensität», Berlin, 1989

SCHERZBERG, A. — Risiko als Rechtsproblem – Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrechtsrechts, VerwArch, 84, 1993, p. 484.

SCHEU, G. — In Dubio Pro Securitate, Baden-Baden, 2003

SCHIEMANN, G. — §§ 249-254, Shadenersatzrecht, Staudinger BGB, Berlin, 2005

SCHLENKER, R.U. — Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz – Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen, Berlin, 1986

SCHLOELER, A. — Durch neue Gesetze zu mehr innerer Sicherheit? Lehren aus den siebziger Jahren, in Sicherheit durch Gesetze?, H. Bull (Hrsg.), Baden-Baden, 1987, p. 45.

SCHMIDT-AßMANN, E. — Der öffentlich-rechtliche Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung, DVBl. 1987, p. 216.

SCHMIDT-AßMANN, E. — Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien, in D. Merten / H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 993.

SCHMIDT-AßMANN, E. — La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, trad., Madrid, 2003

SCHMITT, C. — Die Tyrannei der Werte, Säcularisation und Utopie, Festschrift für E. Forsthoff, Stuttgart/..., 1967, p. 37.

SCHMITZ, S.C. — Grundrechtliche Schutzpflichten und der Anspruch auf Straßenverkehrssicherung, Berlin, 2010

SCHNEIDER, H.P. — Grundrechte und Verfassungsdirektiven, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, I, Heidelberg, 2004, p. 707.

SCHNEIDER, H.P. — Nichtraucherschutz durch staatlichen Eingriff oder individuelle Konfliktlösung? Baden-Baden, 1998

SCHNEIDER, K. — Unsicherheit im Gesetz – Der Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, in Risiko im Recht – Recht im Risiko, Baden-Baden, 2011, p. 177.

SCHNEIDER, R. — Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR, 89, 1964, p. 26.

SCHÜNEMANN, B. — El princpio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 179.

SCHUMANN, E. Die Problematik der Urteils- Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberichen Unterlassen, AöR, 88, 1963, p. 331.

SCHWABE, J. Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte, AöR, 100, 1975, p. 442.

SCHWABE, J. Der Schutz des Menchen vor sich selbst, JZ, 1998, p. 66.

SCHWABE, J. Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte, München, 1971

SCHWABE, J. Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagengenehmigung? Oder: Schuldet der Staat aktiven Schutz gegen sich selbs, NVwZ, 1983, p. 523.

SCHWABE, J. Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt, 1977

SCHWABENBAUER, T. Legislative Reaktionen auf Risiken, in Risiko im Recht – Recht im Risiko, Baden-Baden, 2011, p. 157.

SCHWARZ, K.-A. Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin, 2005

SEETZEN, U. Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW, 1975, p. 429.

SEEWALD, O. Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Königstein, 1981

SEIDL, O. Grundrechtsschutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin/New York, 1987, p. 1459.

SEIWERTH, J. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin, 1962

SEN, A. A ideia de justiça, Coimbra, 2010

SENDIM, J.C. Responsabilidade civil por danos ecológicos – Da reparação do dano através de restauração natural, Coimbra, 1998.

SENDLER, H. Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, NVwZ, 1990, p. 231.

SEQUEIRA, E.V. Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil, Lisboa, 2004

SERRA, V. Obrigação de indemnizar, BMJ, 84, Lisboa, 1959, p. 5.

SGARBOSSA, L. Crítica à teoria dos custos dos direitos – Reserva do possível, I, Porto Alegre, 2010

SHOHAM, S. / LAMAY, N. Comission for future generations in the Knesset: lessons learnt, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 244.

SIÉYÈS Préliminaire de la Constituition françoise – Reconaissance et exposition raisonée des droits de l´homme et du citoyen, Paris, 1989.

SILVA, G.M. Direito Penal português – Parte Geral, II, Lisboa, 1998.

SILVA, J.P. A interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II, Coimbra, 2012, p. 185.

SILVA, J.P. Anotação ao artigo 15º, in Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado, UCP, Lisboa, 2013 (no prelo)

SILVA, J.P. Anotação aos artigos 14º e 15º, J. Miranda / R. Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed, Coimbra, 2010

SILVA, J.P. Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras, Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 459.

SILVA, J.P.	Cidadania e Estado de direitos fundamentais, in Congresso da Cidadania, 2, Açores, 2005, p. 173.
SILVA, J.P.	Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas, Lisboa, 2003
SILVA, J.P.	Direitos de cidadania e direito à cidadania, ACIME, Lisboa, 2004
SILVA, J.P.	Regime jurídico interno dos auxílios públicos à iniciativa económica privada, inédito, Biblioteca João Paulo II, UCP Lisboa, s/d.
SILVA, M.G.	O dever de prestar e o dever de indemnizar, I, Lisboa, 1944
SILVA, V.P.	A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias, RDES, Ab./Jun., 1987
SILVA, V.P.	Em busca do acto administrativo perdido, Coimbra, reimp., 1998
SILVA, V.P.	Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente, Coimbra, 2002
SINGER, P.	Um só mundo – A ética da globalização, trad., Lisboa, 2004
SINGER, R.	Os direitos fundamentais no Direito do Trabalho, in Direitos fundamentais e Direito Privado, Uma perspectiva de Direito Comparado, org. Monteiro / Neuner / Sarlet, Coimbra, 2007
SINGER, R.	Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ, 1995, p. 133.
SJÖBERG, L.	Myths of the psychometric paradigm and how they can misinform risk communication, Stockholm, 2006
SJÖBERG, L.	The psychometric paradigm revisited, Warwik, 1999
SLOVIC, P. / WEBER, E.	Perception of risk posed by extreme events, New York, 2002
SLOVIC, P.	Informing and educationg the public about risk, in The perception of risk, London, 2000, p. 182.
SLOVIC, P.	Introduction and overview, in The perception of risk, London, 2000, p. xxi.
SLOVIC, P.	Perceived risk, trust and the politics of nuclear waste, in The perception of risk, London, 2000, p. 275.
SLOVIC, P.	Trust, emotion, sex, politics and science: surveying the risck-assessment battlefield, in The perception of risk, London, 2000, p. 390.
SLOVIC/FISCHHOFF/LICHTENSTEIN	Facts versus fears: understanding perceived risk, in P. Slovic, The perception of risk, London, 2000, p. 137.
SÖHN, H.	Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, Frankfurt, 1974
SOMMERMANN, K.P.	Staatsziel und Staatszielbestimungen, Tübingen, 1997
SOUSA, M.R. / MATOS, A.S.	Direito Administrativo – Actividade administrativa, III, Lisboa, 2007
SOUSA, R.C.	O direito geral de personalidade, Coimbra, 1995
SPAETH, W.	Grundrechtseingriff durch Information – Zur Verfassungsmässigkeit von verhaltenssteuernden Warnungen und Empfehlungen der Bundesregierung, Frankfurt, 1995
SPIEß, G.	Der Grundrechtsverzicht, Frankfurt, 1997
STACHEL, C.	Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für dir Grundfreiheiten des EG-Vetrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft, Berlin, 2007
STARCK, C.	Praxis der Verfassungsauslegung, Baden-Baden, 1994
STARCK, C.	Teilnahmerechte, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, II, Heidelberg, 2006, p. 709.

STARR, C. — Social benefits versus tecnological risks, in Science, vol. 165, 1969, p. 1232.

STEIN, T. — Die Regulung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäischen Union, in Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, Ress / Stein (Hrsg.), Baden-Baden, 1996, p. 97.

STEINBERG, R. — Verfassungsgerichtliche Kontrolle der «Nachbesserungspflicht» des Gesetzgebers, Der Staat, 1987, p. 161.

STEINBERG, R. — Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW, 1996, p. 1985.

STEMMLER, J. — Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, Frankfurt, 1998

STERN K. / SACHS, M. — Die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung (§76), in Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, München, 1994, p. 1511.

STERN K. / SACHS, M. — Der Grundrechtsverzicht (§86), in Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2, München, 1994, p. 887.

STERN, K. / SACHS, M. — Die objective-rechtlichen Grundrechtsgehalte (§69), in Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, München, 1988, p. 890.

STERN, K. — Die Würde des Menchen, in K. Stern / M. Sachs / J. Dietlein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, IV/1, München, 2006, p. 8.

STERNBERG-LIEBEN, D. — Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, in La teoría del bien jurídico, org. R. Hefendehl, trad., Madrid, 2007, p. 105.

STETTNER, R. — Die Verpflichtung des Gesetzgebers zum erneuten Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl, 1982, p. 1123.

STETTNER, R. — Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, NVwZ, 1989, p. 806.

STOLL, P.T. — Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft – Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko, Tübingen, 2003

STÖRRING, L. — Das Untermaβverbot in der Diskussion – Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur, Berlin, 2009

STRAUSS, L. — The political philosophy of Hobbes, Chicago/London, 1984

STRECK, L. — Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermaßverbot) à proibição de protecção deficiente (Untermaßverbot), BFDUC, 80, 2004, p. 303.

STREURER, W. — Die positiven Verpflichtungen des Staates, Baden-Baden, 2003

SUDRE, F., et alli — Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 4ª ed., Paris, 2007

SÜSSMUTH / WEIZSÄKER — Institutional determinants of public debt: a political economy perspective, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 170.

SZCZEKALLA, P. — Die sogenannten grundrechtliche Schutzpflichten in deutschen und europäichen Recht, Berlin, 2002

TEPPERWIEN, J. — Nachweltschutz im Grundgesetz, Baden-Baden, 2009

TOUCHARD, J. — História das ideias políticas – Do renascimento ao iluminismo, II, Mem Martins, s/d.

TOUZÉ, S. — La protection des droits des nationaux a l'etranger – Recherches sur la protection diplomatique, Paris, 2007

TREMMEL, J.	Establishing intergenerational justice in national constitutions, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 187.
TREMMEL, J.	Introduction / The «generational justice principle»: a vision for the 21st century, in http://www.intergenerationaljustice.org
TREVIRANUS, H.	Nochmals: Diplomatische Schutz und grundrechtliche Schutzpflichten, DÖV, 1979, p. 35.
TRÖNDLE, H.	Der Schutz des ungeborenen Lebens in unserer Zeit, ZRP, 1989, p. 54.
TZEMOS. V.	Das Untermaßverbot, Frankfurt, 2004
UBILLOS, J.	La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid, 1997
UNRUH, P.	Zur Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichen, Berlin, 1996
URBANO, M.B.	Representação política e Parlamento, Coimbra, 2009
VALE, L.M.	A jurisprudência do TC sobre o direito à protecção da saúde, Jurisprudência Constitucional, 12, 2006
VARELA, A.	Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Março de 1980, RLJ, 1981-1982, p. 35 e p. 72.
VARELA, A.	Das obrigações em geral, I, 10ª ed., Coimbra, 2000
VAZ, M.A.	Lei e reserva da lei – A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976, Porto, 1992
VELOSO, M.M.	Danos não patrimoniais, in Comemorações dos 35 do Código Civil, III, Coimbra, 2007, p. 495.
VILHENA, M.R.	O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário, Coimbra, 2002
VOSGERAU, U.	Grenzen der liberalen Gewährleistungstheorie: Schutzpflichten und Gemeinwohl im staatlichen Risikomanagement, in Risiko im Recht – Recht im Risiko, Baden-Baden, 2011, p. 135.
WAGNER, H / ZIEGLER, E / CLOSS, K	Risikoaspekte der nuklearen Entsorgung, Baden-Baden, 1982
WAHL, R. / MASING, J.	Schutz durch Eingriff, JZ, 1990, 12, 553.
WAHL, R.	Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl, 1996, 12, p. 641.
WAHL, R.	Die objectiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in D. Merten / H.J. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, I, Heidelberg, 2004, p. 745.
WALL, H.	Die Einrichtungsgarantien des Gesetzgebers als Grundlagen subjektiver Rechte, Der Staat, 38, 1999, p. 377.
WALLACK, M.	Justice between generations: the limits of procedural justice, in Handbook of intergenerational justice, ed. J. Tremmel, Oxford, 2006, p. 86.
WEBER, A.	Beteiligung und Rechtsschutz ausländicher Nachbarn im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, DVBl, 1980, p. 330.
WEINBERGER, O.	Einheit oder Pluralität der Moral?, in Der Begriff der Menschenwürde, M. Fischer (Hrsg.), Frankfurt, 2004, p. 77.
WEISS, W.	Privatisierung und Staatsaugaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrectlichen Staatsaugabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen, 2002
WESTBOMKE, K.	Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, Berlin, 1976

WIESBROCK, K.	Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, Berlin, 1999
WINKLER, M.	Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen, Berlin, 2000
WITTRECK, F.	Achtung- gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion um Menschenwürde und Folterverbot, in Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin, 2005
WOLFRUM, R.	Die grenzüberschreitende Luftverschmutzung im Schnittpunkt von nationalen Recht und Völkerrecht, DVBl, 1984, p. 493.
WOLIN, S.	Hobbes and the culture of despotism, in Thomas Hobbes and political theory, ed. M. Dietz, Kansas, 1999
XAVIER, B. / CARVALHO, A.N.	O princípio da igualdade: a trabalho igual, salário igual, in RDES, 39, nº 4, 1997
XAVIER, L.B.	Âmbito espacial de aplicação da lei penal portuguesa, in Direito e Justiça, I, 1997, p. 49.
ZAGREBELSKY, G.	La giustizia costituzionale, Bologna, 1988
ZAGREBELSKY, G.	Objet e portée de la protection des droits fondamentaux, in Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, org. L. Favoureau, Paris, 1982
ZEIDLER, W.	A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas, II, Lisboa, 1987
ZIPPELIUS, R.	Teoria Geral do Estado, 3ª ed., trad., Lisboa, 1994