

JORGE PEREIRA DA SILVA

**DEVERES DO ESTADO
DE PROTECÇÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Fundamentação e Estrutura
das Relações Jusfundamentais Triangulares**



UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2015

Nota Prévia

A dissertação de doutoramento que agora é dada à estampa foi apresentada, em Abril de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, e aí discutida publicamente, em Março de 2014, perante um júri presidido pela Professora Doutora Maria da Glória Garcia e constituído pelos Professores Doutores Jorge Miranda (orientador), Vieira de Andrade (arguente), Bernardo Xavier, Manuel Afonso Vaz (arguente), Rui Medeiros e Jorge Reis Novais.

A todos sem excepção devo sentidas palavras de agradecimento, por terem aceitado integrar o júri das minhas provas e, sobretudo, pela sabedoria, empenho e generosidade com que desempenharam as funções em que foram investidos.

O mais elementar sentido de justiça manda, porém, que sublinhe aqui a especial dívida de reconhecimento que tenho para com aqueles membros do júri que, há mais tempo e de forma mais próxima, têm acompanhado e apoiado incondicionalmente o meu percurso académico. Ao longo dos últimos anos, tem sido um singular privilégio trabalhar, numa relação de verdadeira comunhão de ideias e convicções, com a Professora Maria da Glória Garcia. Por sua vez, do Professor Jorge Miranda – de quem genuinamente me sinto discípulo – tenho recebido sempre o mais eloquente exemplo de académico justo e de cidadão responsável. Para com o Professor Rui Medeiros tenho incontáveis dívidas de gratidão, que só poderei saldar retribuindo-lhe a amizade com que me tem distinguido.

Por fim, devo à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa as condições institucionais – incluindo três anos de dispensa de serviço docente – que me permitiram realizar a longa investigação que agora culmina.

PLANO DA OBRA

INTRODUÇÃO

1. Preliminares
2. Sequência

§ 1.º

FUNDAMENTAÇÃO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTECÇÃO

3. Fundamentação no plano da teoria política
4. Fundamentação no plano da teoria dos direitos fundamentais
5. Estrutura das relações jurídicas de direitos fundamentais

§ 2.º

O AGRESSOR:

PRIMEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

6. Caracterização geral do perigo
7. Fontes do perigo e do risco

§ 3.º

O LESADO:

SEGUNDO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

8. Objecto do dever de protecção: bens jusfundamentais
9. Bens fundamentais susceptíveis de exigir protecção estadual
10. Caracterização do bem jusfundamental e do respectivo titular

§ 4.º

O ESTADO:

TERCEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

11. Destinatários do dever de protecção
12. Função legislativa
13. Nota sobre a função administrativa
14. Função jurisdicional
15. Entidades privadas

EPÍLOGO

16. Sobre a natureza dos deveres estaduais de protecção

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	7
PLANO DA OBRA	9
INTRODUÇÃO	11
1. Preliminares	11
1.1. Ambiente sociocultural e jurídico	13
1.2. Aproximação conceptual	23
1.3. Delimitação conceptual	31
2. Sequência	40

§ 1.º FUNDAMENTAÇÃO E ESTRUTURA DOS DEVERES DE PROTECÇÃO

3. Fundamentação no plano da teoria política	45
3.1. Thomas Hobbes	46
3.2. John Locke	54
3.3. Confronto de perspectivas	58
4. Fundamentação no plano da teoria dos direitos fundamentais	63
4.1. Aproximação histórica	63
4.2. Dimensão de defesa	72
4.3. Dimensão de prestação	80
4.4. Dimensão de eficácia entre privados	87
4.5. Conteúdo objectivo dos direitos fundamentais	106

4.6. Dignidade da pessoa humana	113
4.7. Pontos firmes na Constituição de 1976	125
4.7.1. Deveres gerais: artigo 18.º	126
4.7.2. Deveres especiais: protecção diplomática (14.º) e policial (272.º)	135
5. Estrutura das relações jurídicas de direitos fundamentais	147
5.1. Relações triangulares	148
5.2. Relações bipolares e multipolares	159

§ 2.º

O AGRESSOR:

PRIMEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

6. Caracterização geral do perigo	167
6.1. Distinção dos conceitos de perigo e risco	170
6.1.1. Perspectiva do decisor público	171
6.1.2. Modelos tripartidos: risco residual	175
6.1.3. Prevenção <i>versus</i> precaução	179
6.1.4. Relevância dogmática	184
6.2. Análise e regulação de (perigos e) riscos	188
6.2.1. Percepção	190
6.2.2. Avaliação	200
6.2.3. Gestão	209
6.3. Perigo, risco e lesão	216
7. Fontes do perigo e do risco	220
7.1. Co-responsabilidade estadual por perigos de origem privada	224
7.1.1. Aceitação passiva	228
7.1.2. Permissão expressa	230
7.1.3. Fomento	243
7.1.4. Possibilitação material	248
7.1.5. Posição de garante	250
7.1.6. Dirigismo público	255
7.2. Perigos humanos e perigos da natureza	256
7.3. Perigos com conexões internacionais	271

7.3.1. Perigos internos com efeitos internos	275
7.3.2. Perigos internos com projecção externa	279
7.3.3. Perigos externos com projecção interna	286
7.3.4. Perigos externos com efeitos externos: protecção diplomática	292
7.4. Perigos causados pelo próprio titular do direito	310
7.4.1. Autocolocação em perigo, autolesão e renúncia	315
7.4.2. Capacidade de autodeterminação e défice informativo	318
7.4.3. <i>Harm principle</i> : direitos alheios e interesses comunitários	325
7.4.4. Protecção em face e contra o titular do direito	334

§ 3.º

O LESADO:

SEGUNDO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

8. Objecto do dever de protecção: bens jusfundamentais	343
9. Bens fundamentais susceptíveis de exigir protecção estadual	357
9.1. Os direitos negativos eficazes nas relações entre privados	359
9.1.1. Conteúdos fundamentais negativos: direitos sociais, propriedade e igualdade	360
9.1.2. Conteúdos fundamentais eficazes entre privados	388
9.2. Os direitos das gerações futuras	403
9.2.1. Perspectiva filosófica e ética	406
9.2.2. Perspectiva política	415
9.2.3. Perspectiva jurídico-constitucional	421
9.2.4. Questões dogmáticas	432
9.3. Disponibilidade dos direitos fundamentais afectados	442
9.3.1. Debate teórico sobre o problema da (in)disponibilidade	446
9.3.2. Limites: dignidade da pessoa, conteúdo essencial e princípios estruturantes	459
9.3.3. Disponibilidade da própria protecção estadual	482
10. Caracterização do bem jusfundamental e do respectivo titular	487
10.1. Posição na ordem de valores constitucional	489
10.2. Reversibilidade das lesões do bem jurídico protegido	507

10.3. Possibilidade de defesa própria	522
10.3.1. Heterotutela pública <i>versus</i> defesa própria	525
10.3.2. Pretensa subsidiariedade da protecção pública	534
10.3.3. Situações pessoais de especial vulnerabilidade	544

§ 4.º

O ESTADO:

TERCEIRO PÓLO DA RELAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

11. Destinatários do dever de protecção	551
12. Função legislativa	558
12.1. Primado do legislador e liberdade de conformação	558
12.2. Limites à liberdade de conformação do legislador	570
12.2.1. Princípios gerais, princípios específicos e princípios exclusivos	572
12.2.2. Reserva do possível	578
12.2.3. Não reconstituição de omissões inconstitucionais	582
12.3. Princípio da proibição de protecção insuficiente	585
12.3.1. Identidade própria	589
12.3.2. Princípio da proporcionalidade	595
12.3.3. Conteúdo essencial	605
12.3.4. Imperativos de optimização	612
12.3.5. Limites funcionais da justiça constitucional	617
12.3.6. Questões operativas	630
12.4. Aproximação tipológica às normas de protecção	635
12.4.1. Normas sancionatórias	641
12.4.2. Normas de organização, procedimento e processo	642
12.4.3. Normas sobre informação	646
12.4.4. Normas de segurança	649
12.4.5. Normas de compensação de posições factualmente desigualitárias	651
12.4.6. Estratégias complexas de protecção	653
13. Nota sobre a função administrativa	655
13.1. Protecção <i>secundum legem</i>	656
13.2. Protecção <i>praeter legem</i>	658
13.3. Protecção <i>contra legem</i>	665

14. Função jurisdicional	668
14.1. Conceito material de omissão legislativa	670
14.2. Tribunais comuns	674
14.2.1. Fiscalização concreta	675
14.2.2. Preenchimento dos défices de protecção	681
14.2.3. Responsabilidade civil por omissão legislativa	688
14.3. Tribunal Constitucional	697
14.3.1. Jurisprudência	698
14.3.2. Processos e instrumentos decisórios	703
15. Entidades privadas	712
15.1. Premissas do problema	714
15.2. Deveres de protecção privados e públicos	726
15.3. Privatização de deveres estaduais de protecção	729
EPÍLOGO	735
16. Sobre a natureza dos deveres estaduais de protecção	735
16.1. Alternativas em confronto	737
16.2. Protecção eminentemente subjectiva	744
16.3. Centralidade do problema metodológico	750
BIBLIOGRAFIA	757