

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976.

CARLOS JORGE MARQUES SANTOS

Trabalho realizado sob orientação  
da Prof.<sup>a</sup> Doutora Cristina Queiroz

Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas

2013

## **Resumo**

Na sociedade atual, o Estado é um aliado no combate às desigualdades características da sociedade moderna através da intervenção estatal nos vários âmbitos do poder político. A multifuncionalidade dos direitos e liberdades jusfundamentais abre a via a novas correntes de pensamento. Para além da função clássica de direitos subjetivos de defesa contra o poder público, os direitos ganham outras dimensões objetivas, criando um verdadeiro sistema de valores objetivo. Saber de que modo estes direitos vinculam as entidades públicas e privadas é o principal desafio deste estudo.

Partindo da exposição das teorias clássicas surgidas da jurisprudência e doutrina alemãs do século XX, procura-se chegar a uma conclusão fundamentada que legitime a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A influência desta vinculação do princípio da autonomia privada carece de reflexão e é hoje um problema incontornável no âmbito do Direito Público.

Nas relações de Direito Privado, as partes nem sempre estão ao mesmo nível de igualdade.

É imperativo que o Estado, por via dos seus deveres de proteção, permita o exercício dos direitos fundamentais de forma livre e justa.

## **Abstract**

In today's society the state is an ally to battle inequalities, characteristic of modern society through state intervention in the various arenas of political power. The multifunctionality of the fundamental rights and freedoms opens doors to new currents of thought. In addition to the classic function of subjective rights of defense against the government, make other objective dimensions creating a true system of objective values. Knowing how these rights are binding on the public and private entities is a major ongoing challenge in this study.

From the exposition of the classical theories arising from German jurisprudence and doctrine of the previous century, it seeks to reach a reasoned conclusion that legitimates the binding of fundamental rights on individuals. The influence of this binding by the principle of private autonomy is an essential issue in the study of Public Law.

In the relationships of Private Law, the parties are not always in the same baseline. It is therefore important that the principle of equality rule these relationships without limiting the private autonomy illegitimately, basic principle of private law.

It is imperative that the state by way of their duties to protect allows the exercise of fundamental rights in a free and fair environment.

## **Agradecimentos**

Em primeiro lugar, devo uma palavra de agradecimento à minha família e, em particular, aos meus pais que me proporcionaram a possibilidade de cumprir este objetivo.

Não posso deixar de agradecer à minha “segunda família”, os meus amigos pelo apoio incondicional e pelas palavras de incentivo.

Agradeço também, à Tânia, pela paciência, disponibilidade e carinho que sempre me prestou ao longo deste caminho.

Em especial, agradeço à Prof.<sup>a</sup> Doutora Cristina Queiroz pela orientação cuidada e pelas indicações preciosas que me facultou. Nestas palavras de agradecimento, não posso esquecer que sempre acreditou nas minhas capacidades, mesmo quando a fé em mim próprio esmorecia.

Por último, à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pela formação, não só académica como pessoal, desde 2005.

C.J.M.S

## **INTRODUÇÃO**

Razões de escolha do tema

Metodologia e estrutura proposta

## **CAPÍTULO I**

### **A VINCULAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO**

1. Os termos do problema
2. Vinculação das entidades públicas
  - 2.1. Do legislador
  - 2.2. Da administração pública
  - 2.3. Do poder judicial

## **CAPÍTULO II**

### **EM PARTICULAR, A VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS**

1. A eficácia “horizontal” dos Direitos Fundamentais
2. O inciso do artigo 18º, nº1 da Constituição
3. Entidades privadas dotadas de poder social
4. Os modelos constitucionais de vinculação
  - 4.1. Teoria da negação da oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares
  - 4.2. Teoria monista
  - 4.3. Teoria dualista

## **CAPÍTULO III**

### **EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1. A aplicação do princípio geral de igualdade
2. Liberdade contratual e autonomia privada

## **CAPÍTULO IV**

### **O DEVER DE PROTEÇÃO POR PARTE DO ESTADO**

1. Teoria dos deveres de proteção
2. Vertente objetiva dos direitos fundamentais
3. O problema da subjetivação dos direitos económicos, sociais e culturais e a efetivação do princípio da sociabilidade

## **CONCLUSÃO**

## **BIBLIOGRAFIA**

## **Lista de abreviaturas**

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

BGB – Bürgerlichesgesetzbuch/ Código Civil

BVerfG – Bundesverfassungsgericht/ Tribunal Constitucional Federal

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

Cit. – Citado

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DL – Decreto-Lei

DLG- Direitos, Liberdades e Garantias

Org. – Organização

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

TC – Tribunal Constitucional

V. – Vide

## INTRODUÇÃO

### **Razões de escolha do tema**

Decorrente do conceito de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, extraído do Acórdão Lüth (1958), do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é pela primeira vez abordado.

É tratado, pela primeira vez, em função de uma ordem objetiva de valores. Saber se e de que forma os direitos vinculam os poderes públicos e, por irradiação, os sujeitos de direito privado, é assunto que a jurisprudência e a doutrina alemãs tentaram expor e solucionar.

A este ver, o disposto no artigo 18º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa é inovador. Nesse artigo estabelece-se, pela primeira vez, entre nós, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, não só aos poderes públicos, como também aos sujeitos privados.

A questão da irradiação dos direitos fundamentais na esfera jurídica privada não é pacífica na doutrina. Especialmente, devido ao modo como a irradiação se opera. Desta forma, são desenvolvidas com especial relevância duas teorias, hoje clássicas. São elas, a teoria monista e a teoria dualista.

Enquanto a primeira advoga que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos, se aplicam nas relações jurídico-privadas, a segunda defende que os direitos fundamentais apenas afetam as relações jurídico-privadas enquanto princípios objetivos, que influenciam a interpretação do direito privado.

A teoria dos deveres de proteção, que parte da ideia de que o Estado tem deveres de garantia e proteção contra agressões aos direitos fundamentais providas quer do poder público como dos próprios particulares, afirma-se como postulado superador das teorias monista e dualista quanto à irradiação dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada.

É particularmente importante determinar de que modo e de que forma a autonomia pode ser limitada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tráfego jurídico-privado.

E, em tudo isto, convocando o princípio de igualdade. Na verdade, o princípio geral de igualdade é um postulado estruturante e conformador da ordem jurídico-constitucional, particularmente relevante quer nas relações jurídico-públicas como nas relações jurídico-privadas e destas entre si. E, peculiarmente, nas relações entre privados dotados de poder social.

A dupla natureza dos direitos e liberdades jusfundamentais, não apenas como direitos subjetivos de defesa, mas ainda como normas objetivas do ordenamento jurídico-constitucional, cria um sistema de valores objetivo com efeito imediato face a terceiros. A partir deste conceito os direitos e liberdades irradiam para as várias áreas do direito, direito público e direito privado, conduzindo a uma submissão do direito privado à Constituição.

No século passado, assistiu-se ao fenómeno da constitucionalização do direito privado. Uma ideia que ganha uma maior relevância a partir do fim da I Guerra Mundial. Os direitos fundamentais ganham novas funções de modo a responder a novos desafios numa sociedade em mutação.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo 18º, nº 1, determina, de forma inovadora, que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas. Garante, assim, a vinculatividade dos direitos, liberdades e garantias não apenas na esfera pública, como ainda na esfera privada.

Com este cenário, tornou-se desafiante estudar o efeito externo dos direitos fundamentais.

A própria expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” é controversa. Na doutrina encontram-se várias expressões que se referem a este tema entre as quais “irradiação”, “eficácia em relação a terceiros” ou até o estrangeirismo “*Drittwirkung*”.

O objeto deste estudo será, pois, analisar os efeitos dos direitos fundamentais sobre as normas do direito privado e a sua aplicação. Em suma, saber de que forma estes vinculam os particulares. A atualidade do tema e a sua repercussão na vida da sociedade é razão mais do que suficiente para a realização deste estudo.

### **Metodologia e estrutura proposta**

Com este estudo propomos uma análise da influência dos direitos fundamentais no direito privado, sobretudo nas relações entre particulares.

Para tal analisámos tanto a doutrina nacional como estrangeira, embora com as limitações de conhecimento linguístico, de modo a proporcionar o tratamento do tema de forma mais abrangente. Através da comparação de estudos, de diferentes autores, procurámos dar uma visão mais ampla possível do tema em análise. E de modo a enquadrar o tema na realidade atual, houve necessidade de proceder a uma breve retrospectiva histórica, não apenas do objeto de estudo como das questões que lhe são subjacentes.

O primeiro capítulo trata, de forma genérica, da força jurídica dos direitos fundamentais. Aí iremos analisar a vinculação aos direitos fundamentais. Neste âmbito merecerá a nossa atenção, num primeiro momento, a vinculação das entidades públicas, nomeadamente, do legislador, da administração e do poder judicial.

No segundo capítulo, trataremos, em particular, da vinculação das entidades privadas. Proceder-se-á a uma decomposição do disposto no do artigo 18º, nº 1 da Constituição. E seguiremos com um estudo da problemática relacionada com as entidades privadas dotadas de poder social. Concluiremos este capítulo com uma análise aos modelos constitucionais de vinculação.

O objeto do terceiro capítulo versará a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Neste iremos expor a aplicação do princípio geral de igualdade e trataremos da liberdade contratual e autonomia privada.

No quarto e último capítulo proceder-se-á à análise do dever de proteção por parte do Estado, especificadamente, a teoria dos deveres de proteção e a vertente objetiva dos direitos fundamentais. O último ponto reflete o problema da subjetivação dos direitos económicos, sociais e culturais e a efetivação do princípio da sociabilidade.

Consequentemente, apresentar-se-á uma exposição final decorrente do estudo, deixando questões em aberto para o futuro.

## CAPÍTULO I

### A Vinculação Aos Direitos Fundamentais na Constituição

#### 1. Os termos do problema

Para proceder a um enquadramento histórico da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, deve entender-se, em primeiro lugar, que até ao Estado liberal clássico os direitos fundamentais tinham essencialmente por função proteger o indivíduo de atuações abusivas por parte dos poderes públicos.

Na conceção liberal, os direitos fundamentais apenas tinham relevância na relação indivíduo-Estado.<sup>1</sup> E não se aplicavam às ações entre particulares. Partia-se da ideia de que o Estado podia constituir uma ameaça aos direitos dos indivíduos. Os direitos fundamentais da primeira geração, constituíam, portanto, liberdades negativas, posições que implicavam deveres de omissão por parte do Estado.<sup>2</sup> Eram posições jurídicas individuais, cuja realização consistia não numa intervenção por parte do Estado, mas antes numa sua abstenção.

As revoluções americana e francesa do século XVIII refletem a conceção liberal dos direitos e liberdades dos indivíduos no quadro de uma visão jusnaturalista. Segundo esta, o homem pelo simples facto de o ser possuía um conjunto de direitos inerentes à sua natureza.

O jusnaturalismo afirma que o Direito Natural pré-existe ao Estado, um Estado constituído por princípios normativos de conduta social, impondo-se como necessária consequência da natureza humana. O Direito Natural impõe-se ao poder político que o deve assim respeitar, bem como ao direito positivo. Ambos devem ser conformes ao Direito Natural.

---

<sup>1</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 41 e 42.

<sup>2</sup> Benedita Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 42.

Influenciados por Locke, Montesquieu e Rousseau, os autores das Declarações de Direitos setecentistas tiveram a preocupação de subordinar o poder executivo ao poder legislativo, de acordo com o princípio da separação de poderes.

Isto traduz a desconfiança do homem liberal em relação a quem os governava. A desconfiança pela Coroa, levou a que, por exemplo, em Inglaterra, através da “Petition of Rights” de 1628 e do “Bill of Rights” de 1689 o poder da Coroa fosse restringido face ao Parlamento, símbolo da vontade popular.

Distingue-se, além do mais, entre direitos do homem enquanto ser social e político e direitos inerentes ao homem enquanto sujeito privado. A liberdade política e a liberdade individual são tratadas em separado. Nos termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789:

*Art. 4º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.*

*Art. 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.<sup>3</sup>*

Para que os direitos individuais dos homens permanecessem eficazmente protegidos deve o poder político ser exercido através do modelo definido pelos direitos do cidadão no Estado.

No Estado Liberal a forma de organização do poder e o respeito pela liberdade individual encontram-se intimamente ligados. A liberdade individual, no Estado

---

<sup>3</sup> DDHC, na tradução para língua portuguesa, constante no sítio oficial: [http://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html).

Democrático, é assegurada pela Lei, que é expressão da vontade geral.<sup>4</sup> Daí o papel relevante do Parlamento no quadro do Estado Liberal. A liberdade só pode ser limitada pela Lei, devendo assegurar a todos os membros uma igual medida de direitos, mas também de deveres.

No Estado Social, os direitos fundamentais não têm apenas por base a relação indivíduo-Estado, mas também a relação dos indivíduos entre si.<sup>5</sup> A separação estrita entre o Estado e a sociedade civil vai-se, a pouco e pouco, esbatendo.

A dignidade da pessoa humana continua a ser o ponto de partida da proteção dos direitos fundamentais nas relações inter-privados. Hoje, numa sociedade complexa e desigual, apenas o Estado tem capacidade para impor o respeito pelos direitos, liberdades e garantias do Homem em todas as suas dimensões.

O reconhecimento de uma dimensão objetiva, para além de uma dimensão subjetiva, surge como uma das grandes virtudes do Estado Social de Direito. Se, por um lado, os direitos fundamentais reconhecem às pessoas a titularidade de certas posições jurídicas subjetivas, por outro, implicam a “construção de uma ordem, de um conjunto de princípios e normas que regulam (objetivamente) a realidade, sob um ponto de vista jurídico (constitucional) ”.<sup>6</sup>

Na sociedade atual, o Estado é mais um aliado a combater as desigualdades e a proteger os direitos dos indivíduos do que inimigo. O Estado é um “amigo” dos Direitos Fundamentais. A intervenção estatal nas atividades privadas é cada vez mais direcionada para a regulação, no sentido de as tornar mais justas. Apesar disso, o poder dos grupos sociais tem aumentado até aos nossos dias.

Os grupos privados e o anonimato das relações favorecem o abuso dos mais fortes e a imposição prática de condutas que lesam a dignidade humana.

---

<sup>4</sup> Jean-Jaques Rousseau, na sua obra, *O Contrato Social*, publicada em 1762, defende a democracia direta, reflexo da vontade geral e da soberania popular. Criticando a democracia representativa, sustenta o referendo como instrumento popular e primordial da democracia direta.

<sup>5</sup> Vasco Pereira da Silva, *A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos Liberdades e Garantias*, in: RDES, ano XXIX, nº 2, 1987, p. 262.

<sup>6</sup> José J. Nunes Abrantes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 20.

A cada indivíduo deve ser assegurada a realização e o livre desenvolvimento da sua personalidade, o que implica a defesa do indivíduo em relação não só ao Estado, mas também a terceiros e face à sociedade civil.<sup>7</sup>

Encarado nesta dimensão, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta o alargamento da eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas. A dignidade humana é merecedora de uma tutela e proteção perante qualquer entidade, pública ou privada, e em todas as circunstâncias.

Por conseguinte, há duas vias de extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado. Ou através da proteção da dignidade humana, no âmbito do livre desenvolvimento da personalidade, ou através da dimensão objetiva destes direitos.<sup>8</sup> São duas vias diferentes, mas com um mesmo destino, que é estender às relações entre particulares a proteção dos bens e valores garantidos pelos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias.

Ora, é aqui que surge em toda a sua dimensão a classificação dos direitos fundamentais em direitos objetivos e direitos subjetivos. Os direitos enquanto normas jurídicas objetivas apresentam-se como princípios primários de direito objetivo, de conteúdo imperativo e vinculativo. Essa vinculatividade direta dos direitos, liberdades e garantias traduz-se na concretização desses direitos. Daqui decorre para o legislador uma “tarefa ou dever de ação como obrigação estritamente vinculante”.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais apresentam-se, ainda, como direitos subjetivos. A doutrina diferencia entre direitos de defesa e direitos a prestações. Os primeiros significam liberdades face às intervenções do poder público e a consequente proteção de posições jurídicas subjetivas no âmbito dos direitos e liberdades jusfundamentais. Os segundos equivalem à realização dos preceitos constitucionais, através do legislador ordinário, sob a reserva do possível. O conteúdo da prestação é definido pela Constituição, ou por cláusula geral ou por disciplina regulada, cabendo ao legislador a tarefa de editar medidas para a sua concretização e realização.

---

<sup>7</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 1288.

<sup>8</sup> Cfr. artigos 1º e 26º, nº 1 da CRP.

<sup>9</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, 2ª ed., cit., p. 84.

Nos direitos a prestações o Estado é o único “sujeito passivo”.<sup>10</sup> Numa sociedade livre, não se pode exigir diretamente dos particulares as prestações previstas na Constituição. Os direitos sociais, como o direito à habitação, à saúde, e outros, só fazem sentido nas relações entre os cidadãos e o Estado. As normas consagradoras deste tipo de direitos apenas são aplicáveis face ao Estado, não podendo por esta razão ter efeito nas relações entre privados.

Note-se que o legislador constitucional português, no artigo 18º, nº 1 da Constituição, refere que os direitos liberdades e garantias vinculam as entidades privadas.

Quanto à extensão do regime dos direitos liberdades e garantias, por via do artigo 17º, a outros direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, de igual modo, se deveria verificar a vinculação das entidades privadas. Contudo, essa mesma disposição parece excluir os direitos a prestações.

No âmbito dos direitos dos trabalhadores a questão da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais ganha ainda maior relevância, já que foi a propósito das relações de trabalho, em virtude da diferença do poder real entre as partes, que surgiram, na Alemanha, as primeiras discussões sobre o tema.

## **2. Vinculação das entidades públicas**

Na parte final do nº 1 do artigo 18º, a Constituição portuguesa estabelece que os direitos liberdades e garantias “vinculam as entidades públicas e privadas”.

Quanto aos primeiros destinatários, as entidades públicas, a vinculação dá-se independentemente da sua forma de atuação.<sup>11</sup>

José de Melo Alexandrino divide as entidades públicas, como destinatárias dos direitos, liberdades e garantias, em três planos: funcional, estrutural e procedimental.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> J. C. Vieira de Andrade, *A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos Fundamentais*, Documentação e Direito Comparado, in: Boletim do Ministério da Justiça, nº 5, 1981, p. 240.

<sup>11</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 324.

No plano funcional, as normas de direitos, liberdades e garantias têm como sujeitos passivos o legislador, a administração e os tribunais. Vinculam diretamente todas as funções do Estado.

No plano estrutural, isto é, da natureza e organização dos poderes públicos, os destinatários são todos os órgãos e agentes do Estado. Neste campo, o autor inclui, para além das regiões autónomas e autarquias, as pessoas privadas que exerçam poderes públicos, como os concessionários de serviços públicos.

Quanto aos órgãos da função política, estes encontram-se vinculados, em quaisquer procedimentos ou atos, a não ofender os direitos, liberdades e garantias. Sempre que haja dúvidas quanto à constitucionalidade da ação destes órgãos, deve ser requerida ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade através dos mecanismos previstos.

A doutrina portuguesa, em geral, decompõe a vinculação das entidades públicas face a três poderes e/ou autoridades: o legislador, a administração e o poder judicial.

## **2.1. Do legislador**

O legislador fica vinculado à Constituição tanto na produção legislativa como na concretização de legislação correspondente a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. O legislador resulta vinculado pelas normas constitucionais.

Mesmo quando a Constituição remete para a lei a regulamentação de certos institutos, o legislador encontra-se vinculado ao conteúdo das normas constitucionais correspondentes, conferindo-lhes a orientação que seja conforme ao sentido objetivo da norma constitucional.<sup>13</sup>

As normas que consagram direitos, liberdades e garantias proíbem o legislador de criar atos legislativos que lesem normas e princípios constitucionais. Nesse sentido,

---

<sup>12</sup> José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução geral*, Principia, Estoril, 2007, p. 89.

<sup>13</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, cit., p. 326.

são “*normas negativas de competência*”, já que estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes.”<sup>14</sup>

O legislador atua como um poder constituído, isto é, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e a acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objetivos a que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.

Mas o legislador pode atuar também como uma ameaça às liberdades, ainda que investido pela soberania popular.

Há direitos na Constituição que necessitam de uma regulamentação legal, de uma conformação ou concretização do seu conteúdo. Mas essa regulamentação e/ou concretização, não significa uma restrição de direitos para a qual se requer autorização constitucional.<sup>15</sup>

Apesar do artigo 18º apenas referir expressamente a categoria das normas restritivas, estas podem ser ainda ordenadoras, condicionadoras, interpretativas, constitutivas, protetoras, promotoras e ampliativas dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

A intervenção legislativa em sede de direitos fundamentais, na maior parte dos casos, não implica uma restrição do conteúdo desses direitos.

Decorre, assim, para o legislador um dever de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Aí há necessidade de mediação legislativa.<sup>17</sup>

O legislador deve realizar os direitos, liberdades e garantias otimizando a sua normatividade e realização. Enquanto alguns direitos fundamentais carecem de legislação infraconstitucional que estabeleça o seu regime ordenacional, outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias criadas pelo

---

<sup>14</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 440.

<sup>15</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 208.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Cfr. Ac. do TC nº 182/89, de 2 de Março, e Ac. do TC nº 254/2002, de 27 de Junho, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

legislador.<sup>18</sup> A título exemplificativo, o direito de cidadania, o direito de acesso aos tribunais, entre outros.

Uma vez que os direitos, liberdades e garantias possuem também uma vertente objetiva e, portanto, valem como princípios informadores da ordem jurídica, o legislador deve incorporar e mediatizar estes princípios ao regular as diferentes relações jurídicas. Por exemplo, as leis de imprensa devem concretizar e ter como princípio informador, em primeira instância, o preceito constitucional da liberdade de imprensa e meios de comunicação social.

A vinculação das entidades públicas é extensiva a todos os poderes públicos. E compreende a administração direta, indireta, autónoma e, ainda, todas as pessoas coletivas de direito público. Para além destas, abrange, igualmente, as entidades dotadas de poderes públicos normativos como as ordens profissionais e as federações desportivas.<sup>19</sup>

A questão da natureza jurídica das federações desportivas é controvertida, na medida em que estas não são consideradas juridicamente como entidades públicas. Por outro lado, as federações desportivas exercem funções públicas de regulação e disciplina das relações desportivas.

A partir da entrada em vigor da Lei n.º 1/90, de 13 de Janeiro (Lei de Bases do Sistema Desportivo), e do DL n.º 144/93, de 26 de Abril, que estabelece o regime jurídico das federações desportivas de utilidade pública desportiva, a regulação, organização e gestão do desporto são assumidas como tarefas públicas.<sup>20</sup> E designadamente, é a lei que atribui às federações desportivas funções de regulamentação, administração e disciplina das provas e agentes desportivos.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 472/89, pronunciou-se pela natureza privada da Federação Portuguesa de Futebol recusando-se, nesses termos, a tomar conhecimento da alegada inconstitucionalidade, por entender tratar-se de norma emitida, justamente, por uma entidade não pública.

---

<sup>18</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 440.

<sup>19</sup> Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 553.

<sup>20</sup> Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas Dotadas de Poderes Públicos*, reimpressão, Almedina, Coimbra, p. 851.

A Lei nº 1/90 e o DL nº 144/93 vieram, entretanto, esclarecer que as federações desportivas se constituíam como entidades de direito privado. Não obstante, ao assumir um estatuto de “utilidade pública desportiva”, são-lhe conferidos poderes de regulação e disciplina, razão pela qual os atos praticados pelas federações desportivas de utilidade pública se encontram sujeitos ao contencioso administrativo.<sup>21</sup>

Na sequência desta legislação, por considerar que as normas do regulamento disciplinar são normas públicas, visto ser emitidas no exercício de um poder normativo público, o Tribunal Constitucional decidiu conhecer da constitucionalidade das normas do regulamento disciplinar da Federação Portuguesa de Futebol.<sup>22</sup>

Por delegação ou incumbência do Estado, ao exercer determinados poderes públicos, e estando, por isso, submetidas à jurisdição administrativa, as federações desportivas, nas palavras de Vital Moreira, constituem uma espécie de “pessoas coletivas de utilidade pública administrativa”. A diferença face a estas últimas radica no desempenho de tarefas da administração regulatória, em lugar da prestação de serviços públicos, e que se traduz, designadamente, em poderes regulamentares e disciplinares.<sup>23</sup>

A vinculação das entidades públicas abrange todo o setor estadual, quer numa perspetiva funcional, quer numa perspetiva formal organizacional.<sup>24</sup> Isto é, abrange quer os órgãos ou os titulares dos cargos públicos, como ainda os atos que praticam, sejam estes administrativos, legislativos, deliberativos, ou outros.

No que toca à atividade legislativa, importa salientar que se enquadram neste conceito todos os órgãos que emanem atos normativos. Sejam estes praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos) ou por entidades privadas, mas a que a lei confere força de norma jurídico-pública, como é o caso dos contratos coletivos de trabalho.

As normas editadas por pessoas coletivas privadas, como os regulamentos de empresas ou das federações desportivas, que possuem estatuto de utilidade pública desportiva, podem também ser considerados atos legiferantes para os efeitos do disposto

---

<sup>21</sup> Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., p. 305.

<sup>22</sup> *Ibidem*; e Acórdãos do TC nº 472/89, de 12 de Julho, e nº 730/95, de 14 de Dezembro, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 439.

no artigo 18º, nº 1 da Constituição, e, sobretudo, integram o conceito “funcional” de norma a que se reporta o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 281º da Constituição, isto é, para efeito do controlo abstrato sucessivo de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional.<sup>25</sup>

O Tribunal admitiu expressamente a possibilidade de por via de lei se dar a “atribuição de poderes e funções públicas a entidades privadas”, incluindo a outorga de faculdades normativas.<sup>26</sup>

## **2.2. Da administração pública**

A administração pública encontra-se subordinada à Constituição e à lei, como decorre do princípio geral inscrito no nº 2, do artigo 266º. E, neste preceito, compreendem-se todas as modalidades da administração, incluindo as entidades sob forma jurídico-privada, independentemente do tipo de gestão, pública ou privada, desde que portadoras de *ius imperii*. O que implica não só a atividade de direito público, tais como atos, regulamentos, instruções e contratos administrativos, mas também a atividade de direito privado das pessoas coletivas. No conceito de administração pública inclui-se, ainda, qualquer pessoa coletiva de direito privado que nas suas relações com os particulares beneficie de prerrogativas especiais, de uma posição de supremacia, isto é, em termos breves, todas aquelas que se encontrem numa posição de *imperium* em relação às demais.

Os direitos liberdades e garantias vinculam também o poder administrativo, o que inclui a administração do Estado, das regiões autónomas e as autarquias locais, bem como quaisquer outras entidades públicas.

A primeira questão a relevar é a de saber quando a administração se encontra vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, já que quanto à prossecução dos interesses públicos proliferam formas de organização de direito privado, e até mesmo

---

<sup>25</sup> Ac. do TC nº 472/89, de 12 de Julho, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt); e Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 101/88, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>26</sup> Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., 555; Cfr. Mário Jorge Lemos Pinto, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão. No Contencioso Administrativo Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 149 e ss.

particulares, que realizam tarefas administrativas. O fenómeno da privatização de serviços públicos em muito leva a esbater a linha entre o público e o privado. Existem hoje diversas entidades administrativas que visam a realização de interesses públicos e integram a administração, mas que gozam de estatuto de direito privado. O princípio da constitucionalidade imediata da administração (central, regional, local, direta, indireta, autónoma e concessionada) impõe que o Estado deve executar as leis em conformidade com os direitos, liberdades e garantias, e interpretar e aplicar essas leis de um modo conforme aos direitos liberdades e garantias.<sup>27</sup>

Com a permeabilidade das fronteiras entre o público e o privado importa, pois, determinar o que se entende por entidades públicas para efeito da sua sujeição específica aos direitos fundamentais.

Pela sua natureza ou pela função exercida há entidades que devem necessariamente ser sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Encontram-se neste leque entidades que exercem poderes públicos de “autoridade”. Nas relações jurídicas em que as entidades se encontram numa situação de poder caracterizada como *imperium* impõe-se uma proteção especial dos direitos, liberdades e garantias. Essa vinculação, contrapartida de um privilégio de poder, tem como propósito a defesa face à arbitrariedade e possíveis abusos das entidades públicas. Os direitos, liberdades e garantias como defesa dos sujeitos contra as ingerências da administração é algo que figurava já na função originária dos direitos fundamentais em relação aos poderes estaduais.

Dessa forma, como entidades públicas devem ser consideradas as pessoas coletivas que têm por finalidade o serviço público mesmo que utilizem as vestes de uma atuação privada. Isto é, pessoas coletivas de direito privado, sejam de criação pública, particular ou mista, quando na sua relação com os particulares disponham de poderes públicos de autoridade<sup>28</sup>.

As sociedades comerciais de capitais total ou parcialmente públicos, fundações e associações públicas, pela sua ligação organizativa, funcional ou material ao Estado e à

---

<sup>27</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 443.

<sup>28</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 223 e ss.

administração, devem encontrar-se vinculadas aos direitos, liberdades e garantias. E distinguem-se das entidades privadas, que se movem no âmbito exclusivo da autonomia privada, e que prosseguem interesses próprios, que podem ser o lucro ou outros.

Delineado o conceito de entidades públicas para efeito de vinculação aos direitos, liberdades e garantias, importa conhecer o modo como a administração resulta vinculada.

Através do princípio da legalidade a administração atua respeitando o princípio da “reserva de lei”. Quer dizer, só pode atuar através de autorização legal expressa, e tem de atuar em conformidade com a lei, de acordo com os princípios gerais de precedência de lei e prevalência de lei<sup>29</sup>. Para além disso, o princípio da constitucionalidade imediata da administração impõe que esta respeite e atue de acordo com os princípios e normas constitucionais<sup>30</sup>.

Nas palavras de Vieira de Andrade, a administração não pode restringir, mas pode e deve, no âmbito das suas atribuições, proteger, promover e até concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. Não se trata da simples execução da lei, mas de uma execução vinculada à Constituição<sup>31</sup>.

Não basta a vinculação administrativa por via da lei. A proteção dos direitos individuais enquadra-se na vinculação direta da atividade administrativa às normas e princípios constitucionais, designadamente, às normas relativas aos direitos, liberdades e garantias e aos princípios da igualdade e da imparcialidade, incluindo a proibição do arbítrio<sup>32</sup>.

Os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, medidas de valoração decisivas quando a administração tem de densificar conceitos jurídicos indeterminados (segurança pública, sigilo, segredo de Estado). Isto porque, como refere Gomes Canotilho, quanto mais ténue for a vinculação da administração à lei, mais forte é a sua vinculação imediata aos direitos, liberdades e garantias.<sup>33</sup> Quando a administração pratica atos no exercício de um poder discricionário, encontra-se obrigada a atuar em

---

<sup>29</sup> Cfr. artigo 112º, nº 7 da CRP.

<sup>30</sup> Cfr. artigos 3º, nº 3 e 266º da CRP.

<sup>31</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 224.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 446.

conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, “dada a frouxa predeterminação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração.”<sup>34</sup>

Os atos administrativos que violem os direitos, liberdades e garantias são nulos, e, como tal, insanáveis e impugnáveis a todo o tempo.<sup>35</sup>

### **2.3. Do poder judicial**

Os tribunais encontram-se vinculados a interpretar e aplicar as normas constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias, devendo-lhes conferir a máxima eficácia jurídica. Qualquer tribunal encontra-se vinculado a apreciar a inconstitucionalidade, isto é, a não aplicar normas que violem os preceitos constitucionais ou os princípios neles consignados.<sup>36</sup>

Os tribunais, órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. A vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias concretiza-se através da aplicação do processo equitativo e devido em Direito (*due process of law*), bem como através da aplicação dos direitos fundamentais nas decisões jurisdicionais.

Os tribunais encontram-se vinculados aos direitos, liberdades e garantias, quer no processo, quer no conteúdo das suas decisões. O direito a uma decisão em prazo razoável e mediante um princípio equitativo e devido em Direito tem também como destinatário direto o tribunal. Os direitos fundamentais influenciam a organização e o procedimento que devem ser compreendidos à luz da Constituição e dos princípios nela consignados. Situação que não levanta problemas de maior, a menos que haja desconformidade da lei com as normas e princípios constitucionais.

O juiz deve obediência à lei. Mas, por outro lado, não pode aplicar normas que infrinjam o disposto nas normas constitucionais e os princípios consignados na

---

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> Cfr. art. 133º, nº 2, d) do Código do Procedimento Administrativo.

<sup>36</sup> Cfr. art. 204º da CRP.

Constituição. O que significa a prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação à lei (princípio da legalidade)<sup>37</sup>.

A Constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o direito de acesso à Constituição<sup>38</sup>.

A problemática da fiscalização da constitucionalidade das normas jurídico-públicas tem essencialmente a ver com o poder-dever dos juízes, de, por um lado, aplicar os preceitos constitucionais e interpretar em conformidade com estes o direito ordinário. Por outro lado, não devem aplicar nos feitos submetidos a julgamento normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios gerais nela consignados. Se isso ocorrer, devem invalidar, isto é, não aplicar os atos que nestes se baseavam<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 447.

<sup>38</sup> Cfr. artigos 20º, 202º, nºs. 1 e 2 e 204º da CRP.

<sup>39</sup> Cfr. art. 204º da CRP.

## CAPÍTULO II

### Em Particular, a Vinculação das Entidades Privadas

#### 1. A eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais

Segundo a sua função clássica, os direitos fundamentais têm como único destinatário o Estado. No entanto, há direitos que ostentam uma dupla aplicabilidade: face ao Estado e face a outros particulares. Alguns destes direitos são regulados através de normas infraconstitucionais, o que comprova a irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. Como exemplos, pode citar-se o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º, nº 2), o direito de proibição de acesso de terceiros aos ficheiros de dados pessoais (art. 35º, nº 4), a liberdade negativa de associação (art. 46º, nº 3), direito à segurança no emprego (art. 53º), a proibição do *lock-out* (art. 57º, nº 4) e os direitos dos consumidores à informação, à proteção da saúde, e dos seus interesses económicos, e à reparação de danos (art. 60º, nº 1).<sup>40</sup>

Outros direitos há que pela sua natureza não precisam de regulamentação infraconstitucional para ser considerados oponíveis tanto aos poderes públicos como às interferências de particulares. Por exemplo, a presunção de inocência dos arguidos (art. 32º), o sigilo de correspondência (art. 34º, nº 1), a liberdade de consciência e de religião (art. 41º), a liberdade de reunião e de manifestação (art. 45º), a liberdade de associação (art. 46º), entre outros.

Estes direitos ultrapassam a função clássica dos direitos, liberdades e garantias como meros direitos de defesa contra o Estado, ganhando, desse modo, eficácia nas relações entre particulares. Esta eficácia horizontal implica que tal como os poderes públicos também as entidades privadas se encontram sujeitas a um dever de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais.

Jorge Miranda distingue, neste quadro, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais da mera eficácia externa. Nesta última, a sua finalidade é não interferir no exercício dos direitos dos outros. Na eficácia horizontal deparam-se nos relações

---

<sup>40</sup> Para um leque mais ampliado, v. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 332.

bilaterais sobre as quais se projetam, ou em que podem ser afetados especificamente, determinados direitos, liberdades e garantias.<sup>41</sup>

Existem, assim, situações de foro privado que pela sua natureza podem ser equiparadas às relações do indivíduo com os poderes públicos. Nas relações de poder ou de dependência, como, por exemplo, relações dos trabalhadores com a entidade patronal ou dos inquilinos com o senhorio, a parte mais fraca pode ficar limitada, no pleno exercício e gozo dos seus direitos, liberdades e garantias, por pressão de uma entidade mais forte, detentora de poder social ou económico.

## **2. O inciso do artigo 18º, nº 1 da Constituição**

O nº 1 do artigo 18º da Constituição não deixa grande margem para dúvidas quanto ao âmbito de aplicação dos direitos, liberdades e garantias. Estes, de acordo com a norma em questão, são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas

A ideia da aplicabilidade direta assume-se como princípio estrutural. Mas não dispensa uma análise casuística, em função das normas constitucionais em presença, a sua densidade e a determinabilidade do respetivo conteúdo.

Em particular, a aplicabilidade direta é fortemente influenciada pela tipologia das normas constitucionais, sendo relevante distinguir entre normas preceptivas exequíveis por si mesmas, normas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas.<sup>42</sup>

No caso das normas constitucionais exequíveis por si mesmas, o sentido da aplicabilidade direta consiste na possibilidade imediata de invocação dos direitos junto dos tribunais, por força da Constituição.<sup>43</sup>

No caso das normas não exequíveis por si mesmas, estas carecem de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Idem*, p.333.

<sup>42</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 322 e 323.

<sup>43</sup> Assim, na hipótese do disposto nos arts. 24º, 36º, 48º, 56º, 106º e 130º da CRP.

Esta classificação está presente no artigo 283º, que dispõe que o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, devendo dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

No que concerne às normas não exequíveis por si mesmas, “dir-se-á que nelas se verifica - por motivos diversos de organização social, política e jurídica - um desdobramento: por um lado, um comando que substancialmente fixa certo objetivo, atribui certo direito, prevê certo órgão; e, por outro lado, um segundo comando, implícito ou não, que exige do Estado a realização desse objetivo, a efetivação desse direito, a constituição desse órgão, mas que fica dependente de normas que disponham as vias ou os instrumentos adequados a tal efeito.”<sup>45</sup>

Daí a relevância de se proceder à distinção dos conceitos de aplicabilidade e exequibilidade. O primeiro respeita, fundamentalmente, à relação que se estabelece entre a norma constitucional e as autoridades públicas que são chamadas a proceder à sua aplicação nos casos concretos. O segundo respeita à relação existente entre a norma constitucional e o legislador, que pode ficar obrigado a um dever de concretização ou, no caso das normas programáticas, a um dever de avaliação e eventual concretização.<sup>46</sup>

Assim, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, que são primacialmente consagrados em normas exequíveis por si mesmas, dita o nº 1 do artigo 18º a possibilidade imediata de invocação das correspondentes posições jurídicas ativas por força exclusiva da Constituição.

Os particulares podem invocar diretamente esses direitos em qualquer tribunal comum. Também não se mostra necessária uma concretização legislativa por parte do legislador. O núcleo do direito é suficiente para desencadear uma posição subjetiva que garanta um bem jurídico pessoal ou uma liberdade de ação ou omissão. A aplicabilidade

---

<sup>44</sup> Por exemplo, as hipóteses do disposto nos artigos 40º, 52º, nº 2, 61º, nº 4, 77º, 85º, nº 2, 276º, nº 2 da CRP.

<sup>45</sup> “É a necessidade de complementação por normas legislativas, da *interpositio legislatoris*, integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica, que identifica a norma constitucional não exequível por si mesma.” In: Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, nº 36/89, disponível em [www.dgsi.com](http://www.dgsi.com).

<sup>46</sup> Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 320.

direta dos direitos, liberdades e garantias não depende de concretização pela lei, já que estas se concebem e valem constitucionalmente como normas concretamente definidoras de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*).<sup>47</sup>

Numa primeira fase, os direitos, liberdades e garantias aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora por parte do legislador. Em princípio, constituem direito atual e eficaz. Não se apresentam, pois, como diretivas jurídicas de aplicabilidade futura.

Isto não quer dizer que os direitos, liberdades e garantias consagrados em normas não exequíveis por si mesmas não imputem ao legislador um dever de atuação. Esse dever surge no caso de ausência, insuficiência ou inadequação da lei, e pode traduzir-se num dever de concretização, de complementação ou de correção.

O princípio da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18º, nº 1 da Constituição, significa que as garantias previstas neste tipo de direitos podem ser diretamente invocadas pelos seus beneficiários.

Sendo assim, não podem os tribunais escudar-se na falta de lei para deixar de reconhecer esses direitos a quem deles se pretenda prevalecer. Cumpre aos tribunais tornar a Constituição efetiva, suprindo a falta ou insuficiência de lei, através do recurso aos meios legalmente admitidos.

A aplicabilidade direta proíbe não apenas a omissão de normas legais contrárias à Constituição como também a emanação de prescrições que de alguma forma tendam a impedir a adoção de comportamentos ou a produção de efeitos impostos ou permitidos pelas respetivas normas jusfundamentais, como, por exemplo, a de negação do direito à objeção de consciência por parte dos médicos em caso de interrupção voluntária da gravidez (art. 44º, nº 6), a abolição do limite máximo da jornada de trabalho [art. 59º, nº

---

<sup>47</sup> J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 382.

1, alínea d)] ou a não gratuidade do ensino básico obrigatório [art. 74º, nº 2, alínea a)].<sup>48</sup>

A aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais gera, neste tipo de casos, inconstitucionalidade por ação.

Nos casos de ausência, insuficiência ou inadequação da lei pede-se aos tribunais, com respeito pelos parâmetros metodológicos da interpretação jurídica e do desenvolvimento jurisprudencial do direito, que extraia dos preceitos constitucionais o “máximo possível de conteúdo normativo, atendendo ao seu maior ou menor grau de determinabilidade, de modo a tornar possível a sua efetiva aplicação como critério decisório do caso controvertido.”<sup>49</sup>

Nos casos de ausência absoluta de lei concretizadora e de pouca densidade da norma constitucional, pode ocorrer inconstitucionalidade por omissão, de acordo com o regime de controlo, previsto no artigo 283º da Constituição.<sup>50</sup>

Apesar da Constituição remeter para a lei a concretização de certo direito, podem os tribunais reconhecer posições subjetivas individuais diretamente alicerçadas no respetivo preceito consagrador.<sup>51</sup>

### **3. Entidades privadas dotadas de poder social**

Nos ordenamentos jurídicos em que não há uma norma similar ao nosso artigo 18º, nº 1, a doutrina, tendencialmente, defende que a vinculação dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas apenas deve ocorrer face a relações sociais de poder ou de dependência relevantes.

Em Portugal, a Constituição prevê a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre entidades privadas, sem qualquer restrição ou limitação,

---

<sup>48</sup> Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, cit., p. 321.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 322.

<sup>50</sup> Neste sentido, cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4ª ed., 2007, pp. 985 e ss.

<sup>51</sup> Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, I, cit., p. 322.

não sendo, portanto, legítimo limitar essa eficácia apenas aos casos em que a doutrina estrangeira a admite.<sup>52</sup>

Deste modo, apenas no caso de direitos que só podem valer perante o Estado é que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não é admitida.

Esta aplicação só pode ser restringida legalmente nos mesmos termos das relações Estado-cidadão, podendo servir como fundamento a essa restrição o princípio da autonomia negocial privada, no sentido em que constitui, igualmente, um bem constitucionalmente protegido.

#### 4. Os modelos constitucionais de vinculação

De acordo com o n.º 1 do artigo 18.º, primeira parte, da Constituição da República, os direitos, liberdades e garantias obrigam tanto as entidades públicas como as entidades privadas, deixando de fora qualquer referência à amplitude, forma e intensidade dessa vinculação, o seu *modus vinculandi*<sup>53</sup>.

Os preceitos constitucionais valem em toda a ordem jurídica, quer pública, quer privada. A questão que se coloca é, pois, a de saber até que ponto os direitos fundamentais vinculam os particulares entre si.

A este propósito, diversos autores expressaram posições divergentes, originando várias correntes metodológicas, que se traduziram nas teorias tradicionais, monistas ou dualistas, e posições intermédias. Estas teorias tiveram origem na Alemanha, país onde se reconheceu pela primeira vez nos tribunais a eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter-privados no famoso caso Lüth.<sup>54</sup>

Erich Lüth, crítico de cinema, e conclamou os alemães a boicotar um filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido realizador de cinema da época do nazismo.<sup>55</sup> Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth,

---

<sup>52</sup> J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., p. 386.

<sup>53</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004, p. 355.

<sup>54</sup> Acórdão *Lüth*, de 15 de Janeiro de 1958, *BVerfGE* 7, pp. 198 e ss.

<sup>55</sup> Dirigira, por exemplo, *Jud Süß*, filme ícone da discriminação contra os judeus.

alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão.

Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu para o Tribunal Constitucional Federal. No fim, a queixa constitucional foi julgada procedente. O Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública.

O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em suma, a vinculatividade dos direitos fundamentais na esfera jurídica privada. A partir daí, a doutrina alemã divide a dogmática da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares entre os partidários da negação dessa vinculatividade ou eficácia e os que defendem a aplicabilidade imediata (posições monistas), e ainda aqueles que perante a ordem jurídico-privada defendem apenas a aplicabilidade indireta ou mediata dos direitos fundamentais através de regulação legislativa (posições dualistas).<sup>56</sup>

#### **4.1. Teoria da negação da oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares**

A teoria da negação afirma, como o nome indica, a não vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Considera-se que a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares resultaria numa violação do princípio da autonomia privada.

Esta teoria, porém, constitui hoje uma posição doutrinária minoritária. No entanto, tem ainda defensores. Afirma-se, designadamente, que os direitos têm por função proteger o sujeito privado do poder público e não perante outros particulares. Uma ideia ou conceção baseada na função histórica dos direitos fundamentais, negadora da oponibilidade desses direitos nas relações jurídicas inter-privados.

---

<sup>56</sup> María Venegas Grau, *Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares y el Principio de Autonomía Privada*, Martial Pons, Madrid, 2004, p. 140.

Para os seus defensores, em síntese, pretende-se demonstrar que a lei civil e a lei penal são suficientes na regulação e resolução de conflitos procedentes de particulares.<sup>57</sup> Com fundamento na degradação do princípio da autonomia privada, sustentam, ainda, a irrelevância dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados, que seriam configurados através da lei.

#### **4.2. Teoria monista**

Os defensores desta teoria advogam que os direitos fundamentais gozam de validade absoluta, como posições jurídicas subjetivas, aplicando-se diretamente nas relações jurídico-privadas.<sup>58</sup>

Para Nipperdey, o primeiro a defender a validade absoluta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas inter-privados, a eficácia “*erga omnes*” destes direitos serve não só para proteger o sujeito privado das ameaças do poder público, mas também de situações abusivas de entidades privadas dotadas de poder social relevante e que constituam ameaças nas relações entre privados.

E isto, porque se trata de entidades dotadas de poder social, grupos que detêm na sociedade uma parcela cada vez maior do poder social e económico, e que se traduz num poder real capaz de se impor aos cidadãos.

A determinação dos direitos fundamentais que vinculam os particulares decorre da função e do conteúdo concreto de cada um e não de uma interpretação ou conceção histórica desses direitos. Pelo que, alguns direitos fundamentais, pelo seu conteúdo funcional, detêm uma relevância direta nas relações que os indivíduos estabelecem entre si, visando a proteção dos sujeitos privados contra as ameaças vindas de outros particulares.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Benedita Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 21.

<sup>58</sup> J. J. Nunes Abrantes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 96.

<sup>59</sup> R. Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 512.

A teoria monista acaba por ser criticada devido à insegurança jurídica que pode gerar se for permitido que conflitos privados possam ser resolvidos na base de princípios constitucionais vagos e abstratos.

Critica-se, igualmente, a atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador. Isto é, o acesso direto do juiz às normas constitucionais leva a que aquele tenha de concretizar normas constitucionais no caso “*sub judice*”. Por sua vez, não fica fechada a possibilidade do legislador regular a matéria por via legislativa.<sup>60</sup> O legislador, não o juiz, devia concretizar os direitos fundamentais.

Outra crítica apontada consiste no argumento de violação do princípio da autonomia privada, fundamento já alegado pela teoria que nega qualquer vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Para os defensores desta teoria, os direitos fundamentais constituem irradiações do valor da dignidade da pessoa humana e, por isso, merecem uma proteção que deve ser garantida em todas as direções, incluindo, logicamente, as ameaças provenientes de entidades particulares.

Para Nipperdey, apesar da Constituição Alemã não referir nem definir uma posição quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, considera que a mesma se encontra contemplada no espírito dos preceitos constitucionais. A irradiação dos direitos fundamentais estende-se, de igual modo, à esfera jurídico-privada.

### **4.3. Teoria Dualista**

A principal referência doutrinal daqueles que defendem uma posição dualista é Gunther Dürig. Dürig defende que os direitos fundamentais se apresentam, em primeiro lugar, como direitos de defesa contra o Estado. Os direitos fundamentais apenas afetam as relações jurídico-privadas, enquanto princípios objetivos, influenciando a interpretação do direito privado.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Benedita Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 73.

<sup>61</sup> *Idem*, cit., p. 24.

Para Dürig, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas não é aceitável, posto que colidiria com o princípio da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais foi acolhida no famoso caso *Lüth* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.<sup>62</sup> Aí, pela primeira vez, o Tribunal aplicou o efeito irradiante de uma norma fundamental. O direito fundamental, na sua dimensão “objetiva”, ilumina todos os ramos do direito, incluindo o direito privado.<sup>63</sup>

O Tribunal Constitucional Federal considerou que os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores que deve valer para todas as áreas do direito. Em consequência, compete também ao juiz interpretar as normas de direito civil de acordo com os princípios orientadores presentes na Constituição.

No caso *Lüth*, em particular, tratava-se da interpretação do conceito de “bons costumes”, disposto no artigo 826º do Código Civil alemão. O Tribunal considerou o efeito expansivo e irradiante do direito à liberdade de expressão (direito fundamental). Na posição acolhida pelo Tribunal, a influência dos direitos fundamentais na sua dimensão “objetiva” operaria através das cláusulas gerais de direito privado.

Note-se que a interpretação do direito privado à luz dos preceitos da Lei Fundamental não faz com que o conflito perca a sua natureza material e processual de direito privado.<sup>64</sup>

No entanto, a função meramente interpretativa que as teorias dualistas atribuem à influência dos direitos fundamentais nas relações inter-privados acaba, igualmente, por ser alvo de maior crítica.

Designadamente, afirma-se que os dualistas reduzem o papel dos direitos fundamentais à noção de interpretação conforme à Constituição, quando o que importa é saber se para além dessa função os direitos fundamentais se mostram, de algum modo, oponíveis diretamente face à esfera jurídico-privada.

---

<sup>62</sup> Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 516.

<sup>63</sup> Maria Venegas Grau, *Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares y el Principio de Autonomia Privada*, cit., p. 139.

<sup>64</sup> Benedita Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 27.

Os dualistas sublinham que a teoria da eficácia mediata contribui para uma diferenciação de soluções quanto aos problemas jurídicos decorrentes das ameaças que circundam os direitos fundamentais, quer estas provenham do Estado, quer de outros particulares

Quando muito, afirmam, os preceitos constitucionais serviriam para a interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados presentes nas normas de direito privado.<sup>65</sup> Por isso, os particulares encontram-se de forma “mediata” em face da Constituição, isto é, através da lei, dos princípios e regras do Direito Privado, que, em primeira linha, incorporam as normas e os princípios constitucionais.

---

<sup>65</sup> José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução geral*, cit., 2007, p. 93.

### CAPÍTULO III

#### A Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais

##### 1. A aplicação do princípio geral de igualdade

O princípio geral de igualdade encontra-se consagrado no artigo 13º da Constituição. E recorta-se como um princípio estruturante e conformador da ordem jurídico-constitucional. Foi mesmo denominado de “valor supremo do ordenamento”.<sup>66</sup> Este princípio é de tal modo importante que merece assento na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950).

Na relação Estado-Cidadão, a obrigação de igualdade de tratamento mostra-se imperativa, sendo uma das máximas jurídicas do Estado de Direito Democrático, que prevê uma igual proteção de direitos.

Gomes Canotilho e Vital Moreira levantam a questão de saber se constitucionalmente existe apenas um princípio de igualdade, de natureza simplesmente objetiva, ou se existe (e em que medida) um autêntico direito fundamental de igualdade. Neste último caso, aplicar-se-ia a regra da eficácia direta dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares.<sup>67</sup>

Se se considerar o princípio da igualdade como um autêntico direito fundamental de igualdade, aplica-se a regra do artigo 18º, nº 1 da Constituição. Neste caso, o princípio geral de igualdade pode ser visto como uma garantia acrescida de proteção contra discriminações estruturais.<sup>68</sup>

A doutrina, em geral, aceita que a liberdade implicada no princípio da autonomia privada prevalece sobre os critérios objetivos da contratação. No âmbito do direito privado, é-se livre de contratar ou de recusar contratar, sem que isso indique uma violação do princípio geral de igualdade.

---

<sup>66</sup> José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução geral*, cit., p. 71.

<sup>67</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., p. 346.

<sup>68</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 128.

Há, todavia, situações em que poderá ser legítima a imposição por via legislativa de deveres específicos de igualdade de tratamento.<sup>69</sup> Isto para não permitir que, em virtude de circunstâncias concretas de assimetrias na sociedade, se gere determinados tipos de discriminação.<sup>70</sup>

A possibilidade de escolha ou diferenciação faz parte da ideia de autonomia privada. Esta não é limitada por qualquer regra de proibição do arbítrio, como se pode observar no disposto no artigo 13º, nº 1 da Constituição quanto à atuação das entidades públicas.

No domínio das relações entre privados não só as escolhas podem ser livres como os motivos não têm de ser revelados. Há uma margem de arbítrio que faz parte da liberdade da pessoa humana.

No entender de Vieira de Andrade, estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade, da mesma forma do que à atuação das entidades públicas, afigura-se “em princípio, impróprio, absurdo e insuportável.”<sup>71</sup> No entanto, enquanto proibição de discriminações, o princípio da igualdade já terá de ser aplicado nos casos em que as discriminações atinjam intoleravelmente a dignidade da pessoa humana. O espaço de liberdade assegurado pelo princípio da autonomia privada tem os seus limites na exigência do respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>72</sup>

O conteúdo de um negócio ou a recusa de contratar com base numa violação das cláusulas de não discriminação, por exemplo, por motivos de origem étnica (ou raça) ou em razão de sexo.

Neste sentido, a lei e os tribunais não podem admitir atos discriminatórios mesmo que entre entidades particulares. Esta obrigação é imposta não só pela Lei nº 18/2004, mas, sobretudo, pela Constituição. Os atos de discriminação mostram-se

---

<sup>69</sup> Sobre a irradiação do princípio geral de igualdade para a legislação ordinária, cfr. Armino Ribeiro Mendes, *Irradiação das Normas e Princípios Constitucionais*, in: *Perspetivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 309 e ss.

<sup>70</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 260.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 259.

<sup>72</sup> Paulo Mota Pinto, *Autonomia e Discriminação*, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 341.

atentatórios da dignidade da pessoa humana, especialmente os que colidem com as cláusulas de não discriminação enunciadas no nº 2 do artigo 13º da Constituição.<sup>73</sup>

Fora dos casos em que certos direitos fundamentais gozam de eficácia imediata nas relações entre particulares, como, por exemplo, o disposto no artigo 59, nº 1, que se refere aos direitos dos trabalhadores, o princípio da igualdade deve considerar-se, em primeiro lugar, como um postulado informador de toda a ordem jurídica. Em segundo lugar, a transposição do princípio da igualdade para o direito privado impõe algumas adaptações, a fim de não destruir o âmbito de autonomia privada.<sup>74</sup>

A vinculação do direito privado ao princípio geral de igualdade, no entender de Gomes Canotilho e Vital Moreira, consubstancia, pelo menos, nas seguintes dimensões:<sup>75</sup>

- a) Como proibição de discriminações, funcionando, o princípio geral de igualdade como um limite externo da liberdade negocial.
- b) Ainda como aplicação geral do princípio da igualdade, impondo um dever de tratamento igual por parte dos indivíduos ou organizações que sejam titulares de posições de poder social. Isto não só nas suas relações jurídicas, como, em especial, no que concerne ao seu poder normativo, v.g., através de regulamentos internos de associações, regulamentos de empresas, acordos coletivos, normas de autorregulação privada, entre outros.
- c) O princípio de igualdade nas relações entre particulares implica a exigência de tratamento igual, no caso de particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público, como, por exemplo, táxis, farmácias, cinemas, escolas, restaurantes, etc.

Nestas circunstâncias, haverá que constatar se existe ou não um tratamento desigual de situações iguais sem razão objetiva que a justifique. A doutrina e a jurisprudência têm dado respostas ao nível do direito infra-constitucional, relacionadas com o cálculo das consequências ou os efeitos sociais que possam fundamentar a

---

<sup>73</sup> *Idem*, p. 342.

<sup>74</sup> J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., p. 347.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

razoabilidade da decisão tomada com base no senso comum ou em outra qualquer categoria objetiva.<sup>76</sup>

Neste sentido, o legislador português acolheu uma diretiva comunitária, relativa ao princípio da igualdade entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica. Trata-se da Diretiva 2000/43/CE, de 29 de Junho. Este diploma tem como objetivo, nos termos do seu artigo 1º, estabelecer um quadro jurídico de combate à discriminação, baseada em motivos de origem racial ou étnica. Deve entender-se, de acordo com o disposto no artigo 2º, por princípio da igualdade de tratamento a ausência de qualquer discriminação, direta, ou indireta. Esta Diretiva foi transposta, parcialmente, para a ordem jurídica portuguesa pela Lei nº 18/2004, de 11 de Maio, relativa ao princípio de igualdade de tratamento.

A Lei nº 18/2004 não deixa dúvidas quanto à sua aplicação aos sujeitos privados, já que o seu âmbito de aplicação se estende, entre outros, à proteção social, segurança social, cuidados de saúde, benefícios sociais, educação e acesso a fornecimento de serviços e bens.

Num quadro em que as partes não se encontrem no mesmo patamar social, revela-se particularmente relevante distinguir as entidades privadas que atuam numa relação permanente com o público. No caso dos particulares que têm “portas abertas ao público”, através de estabelecimentos comerciais ou dos prestadores de serviços sujeitos a licenciamento como os táxis, por exemplo, por se tratar manifestamente de serviços de interesse direto das populações, têm especial relevância os princípios da igualdade de tratamento e da proibição da discriminação. Pela relação permanente com o público esta questão toca na esfera pública do indivíduo, ou seja, obriga-o a critérios de racionalidade a que ele de outra forma não teria de obedecer.

No nosso ordenamento jurídico, no que concerne a práticas individuais restritivas da concorrência, dispõe o artigo 4º do Decreto-Lei 370/93 de 29 de Outubro<sup>77</sup>: “é proibido a um agente económico recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a outro agente económico, segundo os usos normais da respetiva atividade ou de acordo com as disposições legais ou regulamentares aplicáveis, ainda que se trate de bens ou

---

<sup>76</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, 2ª ed., cit., p. 130.

<sup>77</sup> Alterado pelo DL nº 140/98, de 16 de Maio, e pelo DL nº 10/2003, de 18 de Janeiro.

serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento de mercado.”

Quando estejam em causa situações em que certas pessoas coletivas, grupos ou indivíduos, detentores de uma posição de domínio económico-social, em virtude do desequilíbrio das partes, há um maior risco de violação do princípio geral de igualdade.

Quando estamos perante situações de desequilíbrio negocial, a intensidade com que o princípio de igualdade deve ser atuado pode variar em função de elementos materiais do caso concreto, de maneira a que quanto maior for o desequilíbrio tanto maior será a intensidade de aplicação daquele princípio.

O direito laboral é uma área na qual a legislação comunitária é mais interventiva. Segundo o disposto no artigo 1º da Diretiva 2000/78/CE, esta tem por objeto estabelecer um quadro geral de luta contra a discriminação. No quadro nacional, o Código do Trabalho de 2009, na sua redação atual, contém uma série de artigos que incidem especialmente sobre o princípio da igualdade nas relações laborais.<sup>78</sup>

De facto, a aplicação do princípio da igualdade nas relações laborais reveste-se de uma relevância fundamental, já que se trata de relações situacionais nas quais, normalmente, se constata um desequilíbrio entre as partes negociais. É esta situação assimétrica que poderá determinar, por razões eminentemente sociais, a vinculação de entidades privadas ao princípio geral de igualdade.

Em suma, ao analisar o problema da aplicação do princípio geral de igualdade a entidades privadas detentoras de poder social ou económico relevante deverá ter-se em consideração uma razão social forte ou suficiente que possa justificar essa vinculação. Deverá analisar-se se a atividade discriminatória se enquadra na esfera pública ou na esfera privada do cidadão tendo como critério a relação permanente com o público. O mesmo ocorrendo em presença de um desequilíbrio negocial decorrente de diferenças de poder de facto entre as partes. Quanto maior for o desequilíbrio, maior será a intensidade de aplicação do princípio geral de igualdade ao caso concreto e em função do mesmo.

---

<sup>78</sup> Cfr. arts. 23º a 28º do Código do Trabalho.

## 2. Liberdade contratual e autonomia privada

O princípio da autonomia privada tem a sua dimensão mais visível na liberdade contratual.<sup>79</sup> No plano constitucional, a autonomia privada não se encontra consagrada expressamente em nenhuma das normas da Constituição, mas poderá ser inferida a partir do disposto nos artigos 26º, nº 1 e 61º uma manifestação desse princípio, que se refere, respetivamente, ao desenvolvimento de personalidade e ao direito de livre iniciativa privada.<sup>80</sup>

Menezes Cordeiro observa que a autonomia privada deve ser inferida das disposições que consagram os princípios da igualdade e liberdade. Refere ainda que o princípio da autonomia privada se encontra implícito nos institutos da propriedade individual, liberdade de trabalho e liberdade da empresa.<sup>81</sup>

Ana Prata considera não ser possível encontrar na Constituição “qualquer norma que expressa ou inequivocamente consagre o princípio da autonomia privada”.<sup>82</sup> Não obstante, o seu não reconhecimento expresso, o princípio reveste dignidade constitucional, encontrando-se implícito em vários preceitos da Constituição.

Para Ana Prata, a autonomia privada surge como um dos aspetos internos e essenciais da tutela constitucional da liberdade. Considera, ainda, inquestionável a conexão histórica entre os institutos da propriedade privada e da iniciativa económica privada e a autonomia privada.<sup>83</sup> Nas duas vertentes, a autonomia privada beneficia, indiretamente, da tutela constitucional do exercício daqueles direitos e liberdades jusfundamentais.

Para Joaquim Sousa Ribeiro, antes da Revisão Constitucional de 1997,<sup>84</sup> não se podia estabelecer uma direta conexão entre a “autonomia privada e uma tutela global da

---

<sup>79</sup> Art. 405º do Código Civil.

<sup>80</sup> A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, 3ª ed., Coimbra, 2005, pp. 391 e ss.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 393.

<sup>82</sup> Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 75.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 215.

<sup>84</sup> Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro.

autodeterminação”.<sup>85</sup> Apenas se nos deparavam normas atinentes a específicas manifestações da liberdade, que pelo bem em causa e o objeto de proteção, necessariamente, nelas se compreendia a liberdade contratual. É este o caso da liberdade de associação, da liberdade de escolha de profissão, do direito ao trabalho, da iniciativa privada e do direito de propriedade.

Com a consagração expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade, nos termos do disposto no artigo 26º, nº 1 da Constituição, a “situação alterou-se substancialmente, colocando-se hoje a questão da constitucionalidade do princípio da liberdade contratual em termos em tudo idênticos aos do ordenamento alemão.”<sup>86</sup>

Noutra perspetiva, João Caupers considera que a autonomia privada não se encontra expressamente reconhecida como princípio ou direito fundamental na Constituição, mas revela-se claramente implícita em diversas disposições.<sup>87</sup> A Constituição reconhece, de forma expressa, alguns corolários da autonomia privada, como a liberdade de escolha de profissão (art. 47º) e o direito de contratação coletiva (art. 56º, nº 3).

Por autonomia privada deve entender-se, pois, o “poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”.<sup>88</sup> Um poder de autorregulação e autogoverno que se encontra presente em domínios nos quais o direito civil prossegue uma função de modelação e disciplina positiva da vida social.<sup>89</sup>

É, neste sentido, que a autorregulamentação ou autogoverno da esfera jurídica individual se manifesta, desde logo, quer pela realização de negócios jurídicos, quer pela regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o respetivo conteúdo.

---

<sup>85</sup> Joaquim Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 147.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>87</sup> João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Lisboa, 1985, p. 168.

<sup>88</sup> Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral de Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, 2005, p. 103. E acrescenta: “a autonomia privada também se manifesta no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares”.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

Ainda assim, não é só através do negócio jurídico que a autonomia privada se manifesta. Esta revela-se, igualmente, no poder de livre gozo dos bens e direitos pelos particulares. Consiste, essencialmente, numa liberdade de atuação. É, sobretudo, no quadro dos negócios jurídicos bilaterais que a autonomia privada tem uma manifestação mais expressiva.

É enquanto liberdade contratual que o princípio da autonomia privada melhor se manifesta no domínio do direito civil. Do disposto no artigo 405º do Código Civil, consagrador dessa liberdade, reconhece-se, explicitamente, uma liberdade de modelação ou de estipulação do conteúdo contratual e ainda uma liberdade de celebração. A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar acordos ou recusar a sua celebração. Isto é, a ninguém pode ser imposto contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar. Nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar.<sup>90</sup>

Este princípio geral sofre, porém, algumas exceções, nomeadamente: a consagração de um dever jurídico de contratar, por exemplo, a celebração obrigatória do contrato de seguro de responsabilidade civil; a proibição de celebrar contratos com determinadas pessoas, no caso dos artigos 877º e 953º do Código Civil; a sujeição do contrato a autorização de outrem, nos termos dos artigos 1682º, 1682º-A e 1682º-B, igualmente do Código Civil.<sup>91</sup>

A liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de estipulação do conteúdo contratual, traduz-se na suscetibilidade das partes em fixar livremente esse mesmo conteúdo. Podendo realizar contratos previstos e regulados na lei (contratos típicos ou nominados) ou celebrar contratos mistos, nos quais as partes acrescentam aos contratos típicos, cláusulas características de outros tipos de contratos.

Podem igualmente as partes concluir contratos diferentes dos previstos e tipificados na lei (contratos atípicos ou inominados). No entanto, há restrições a estas situações que são apenas permitidas “dentro dos limites da lei”, de acordo com o disposto no artigo 405º do Código Civil. Restrições que visam assegurar uma justiça efetiva e substancial nas relações entre os particulares.

---

<sup>90</sup> Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral de Direito Civil*, cit., p. 107.

<sup>91</sup> *Idem*, pp. 108 e 109.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, na estipulação contratual deve-se atender ainda aos valores ou interesses da coletividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade e a segurança do comércio jurídico, com o objetivo de atingir uma justiça efetiva e substancial nas relações entre as partes.

Na mesma linha de orientação, se num ordenamento jurídico não houver limitações à liberdade de fixação do conteúdo contratual, não há justiça objetiva nessa liberdade. O que pode determinar uma situação de limitação de liberdade negocial ou de desigualdade dos contraentes.

Importa, por conseguinte, garantir condições para que a formação dos contratos seja efetuada num quadro de retidão legal, um quadro que impeça desenvolvimentos ilimitados da liberdade contratual e, ao mesmo tempo, assegure uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes.

Além disso, é importante que se assegure que o conteúdo dos contratos não ofenda os interesses coletivos da justiça social, dos bons costumes e da ordem pública.

A autonomia privada e, em particular, a liberdade contratual, é também objeto de proteção constitucional. Até à revisão constitucional de 1997, a proteção da liberdade contratual seria, pelo menos, indireta.<sup>92</sup> A partir daí, com a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade a autonomia privada e, em particular, a liberdade contratual, ganharam um reconhecimento e tutela constitucionais.<sup>93</sup>

Antes de 1997 a garantia constitucional decorria “do reconhecimento da iniciativa privada, devendo esta articular-se com os preceitos constitucionais que tutelam a propriedade privada e com os que consagram o direito de livre escolha de profissão ou género de trabalho”, ou seja, a liberdade contratual já protegida. Só que a partir da consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade, tal tutela ganhou uma clara conformação. No caso português, o exato alcance da proteção constitucional é deixado à liberdade de conformação do legislador.

---

<sup>92</sup> Paulo Mota Pinto, *Autonomia e Discriminação*, cit., p. 335, nota de rodapé 43, e Paulo Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in: Portugal: Brasil ano 2000, Studia Iuridica, Coimbra, 2000, p. 215.

<sup>93</sup> Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral de Direito Civil*, cit., pp. 122 e 123.

O direito constitucional tutela a autodeterminação do indivíduo na vida jurídica e “a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais de reservar à autonomia privada um campo de atuação adequado e não previr limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação”.<sup>94</sup>

Quer isto dizer que a autonomia privada e, mais especificamente, a sua expressão como liberdade contratual, se encontra sujeita a limites de ordem legal e, conseqüentemente, de ordem constitucional. Isto porque, todas as normas jurídicas devem encontrar-se formal e materialmente em conformidade com a Constituição. Conseqüentemente, uma violação da liberdade contratual é considerada também uma violação do princípio constitucional ao (livre) desenvolvimento da personalidade, consagrado no disposto no nº 1 do artigo 26º da Constituição.

No quadro geral dos direitos de personalidade encontra-se jacente a liberdade geral da pessoa. No seu aspeto específico de liberdade jurídica, podemos aí enquadrar a autonomia privada. Esta é fundamental para o funcionamento da sociedade e para o relacionamento entre sujeitos privados. O negócio jurídico é a expressão mais evidente da autonomia privada. E, é imprescindível para o desenvolvimento da sociedade.

A autonomia privada, enquanto liberdade de modelação da própria esfera jurídica, é justamente o poder de fazer escolhas.<sup>95</sup> O que não implica que as escolhas sejam feitas através de critérios objetivos, antes segundo o livre arbítrio dos sujeitos privados.<sup>96</sup> O indivíduo goza de uma liberdade implicada no princípio da autonomia privada que lhe permite, através de critérios subjetivos de vontade individual, escolher e modelar com quem e de que forma quer realizar os seus negócios jurídicos. Esta é reflexo dos princípios da liberdade de celebração contratual e da livre estipulação dos contratos.

---

<sup>94</sup> Paulo Mota Pinto, *Autonomia e Discriminação*, em Estudos em Homenagem Conselheiro Cardoso da Costa, cit., p. 337.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 338.

<sup>96</sup> No mesmo sentido, J. C. Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, cit., p. 258.

No que concerne às relações entre particulares, importa que o sujeito contrate por livre decisão, isto é, isenta de coação, e que possa “contrair obrigações que os poderes públicos não podem impor de *motu proprio* aos cidadãos.”<sup>97</sup>

Infere-se da Constituição que o conceito de dignidade da pessoa humana tem como postulado a ideia de dignidade de homens livres e iguais em Direito. Os indivíduos devem poder autodeterminar os seus comportamentos, no uso da liberdade negocial, ajustando entre si os seus direitos e interesses.

A dignidade, enquanto conteúdo essencial absoluto do Direito, nunca pode ser afetada. Nos casos em que o titular do direito fundamental, por autorrestricção, atingir aquele mínimo de conteúdo do direito, reduzindo o indivíduo à condição de “objeto” ou de “não-pessoa” deve o bem jurídico ser considerado indisponível.<sup>98</sup>

As relações jurídicas entre privados constituem-se entre titulares de direitos fundamentais. Quando o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outros direitos fundamentais por parte de terceiros dá-se uma colisão “autêntica” de direitos fundamentais.<sup>99</sup> Neste caso, a solução passa por um critério de harmonização de direitos, e, caso necessário, pela prevalência de um direito sobre o outro.

O juízo de ponderação e a valoração de prevalência tanto podem efetuar-se a nível legislativo como a nível judicial.<sup>100</sup> Em caso de colisão entre dois ou mais bens jurídicos tutelados por normas constitucionais de idêntico estalão, o que se pede é, justamente, que o legislador ou o poder judicial “ordenem *critérios objetivos* de ‘prioridade’ e ‘harmonização’.”<sup>101</sup>

Como aponta Cristina Queiroz, as declarações de consentimento, no caso de tratamentos de saúde, na recolha e tratamento de dados pessoais informatizados, incluindo os *dados pessoais sensíveis*, não constituem renúncia a direitos

---

<sup>97</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 367.

<sup>98</sup> Neste sentido, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 256.

<sup>99</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1270 e 1271, define a colisão entre vários titulares de direitos fundamentais como “autêntica” e a colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado como “não autêntica”.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 1274.

<sup>101</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 367.

fundamentais.<sup>102</sup> Importa é que essa concordância ou o consentimento sejam efetuados de modo voluntário, isto é, isento de pressões ou de outras formas de coação ilegítimas.

Por isso não entra no conceito de renúncia a direitos fundamentais aquelas situações em que o particular detém um direito, mas não faz uso dele. Por exemplo, ninguém pode renunciar ao voto mesmo que não se faça uso sistemático desse direito.<sup>103</sup>

No âmbito das relações entre privados, o indivíduo não tem que obedecer a critérios objetivos como a conveniência económica, a razoabilidade ou a igualdade social, entre outras.

Regra geral, não está aqui em causa uma violação do princípio geral da igualdade. Os particulares nas relações entre si também são destinatários do princípio geral de igualdade. O que está em causa é saber se este princípio tem eficácia imediata ou meramente mediata nas relações intersubjetivas, na medida em que, como princípio objetivo da ordem constitucional, vier a ser concretizado pelo legislador na ordem jurídica infraconstitucional.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> *Ibidem.*

<sup>103</sup> *Ibidem.*

<sup>104</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, cit., p. 346.

## CAPÍTULO IV

### O dever de proteção por parte do Estado

#### 1. A teoria dos deveres de proteção

No seguimento das teorias tradicionais, que reconhecem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a teoria dos deveres de proteção parte da distinção entre direitos de defesa e deveres de proteção (*Schutzpflichten*).<sup>105</sup> Cabe ao Estado, afirmam os seus defensores, proteger os cidadãos contra agressões aos seus direitos fundamentais, inclusive quando estas tenham como autores outros particulares.

Na primeira decisão sobre a interrupção voluntária da gravidez, de 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que a Lei Fundamental alemã impunha um dever ao Estado de proteger os direitos fundamentais contra intromissões de terceiros<sup>106</sup>.

Um direito fundamental enquanto direito negativo requer uma não intervenção, ou uma abstenção por parte dos poderes públicos, incumbindo-lhes primacialmente um dever de respeitar. Se o Estado intervir no âmbito do direito fundamental há que verificar se essa intervenção é excessiva ou não. Em caso afirmativo, isto é, em caso de ausência de razão objetiva que fundamente essa atuação, deverá ser tido por violado o princípio da proporcionalidade.

Tratando-se de uma consagração do direito fundamental como direito objetivo incumbirá ao Estado um dever de proteger. O Estado tem de atuar, fazer algo, nomeadamente, proteger e promover o direito em causa. Se não o fizer, há uma omissão, ou, então, omissões parciais, aquilo a que os alemães chamam de “proteção insuficiente”, havendo lugar, entre nós, a inconstitucionalidade por omissão, e na Alemanha, atos de controlo da constitucionalidade por ação, isto é, do não cumprimento de um dever constitucionalmente exigível.

---

<sup>105</sup> J. J. Nunes Abrantes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 96.

<sup>106</sup> BVerfGE, p. 39, 1, p. 42 e ss., *apud*, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., 2010, p. 377.

Tal como o dever de respeitar os direitos fundamentais, o dever de proteger vincula todos os ramos do Direito. Porém, esse dever incumbe, em primeira instância, ao legislador. E isto, porque os perigos e os riscos contra os quais o Estado está obrigado a proteger os cidadãos emerge, quer dos poderes públicos quer dos poderes privados. Também eles próprios gozam de proteção dos seus direitos fundamentais.

A realização da função protetora, muitas vezes, requer a limitação de certas liberdades (por exemplo, a liberdade de propriedade, liberdades económicas) no interesse de outros (por exemplo, direito à vida, integridade física, personalidade). Limitações dos direitos fundamentais, no entanto, que apenas podem ser efetuadas através de uma lei geral.<sup>107</sup>

Quer dizer, no que concerne aos direitos fundamentais, o Estado deve observar uma posição de respeito, de proteção e de promoção. O Estado encontra-se duplamente sujeito a uma obrigação de respeito, mas também a uma obrigação de proteção dos direitos fundamentais implicados. A teoria dos deveres de proteção impõe, por último, um dever de promoção dos direitos fundamentais associado a essa proteção e garantia.

Nota-se, porém, uma tendência geral para a subjetivação dos elementos objetivos dos direitos fundamentais. Isto significa que caso o bem constitucionalmente protegido possa ser prejudicado por terceiros se abre uma via de recurso perante os tribunais. E se as leis existentes não o protegerem em medida considerada suficiente os direitos implicados pode existir censura por violação de normas e princípios constitucionais.

A partir da formulação da teoria dos deveres de proteção associa-se aos direitos e liberdades fundamentais um imperativo de proteção suficiente, formulado, negativamente, como princípio de proibição do défice ou princípio de proibição da ação insuficiente (*Untermassverbot*).<sup>108</sup>

Um dos grandes impulsionadores da teoria dos deveres de proteção é C. W. CANARIS. O autor confere um papel relevante ao legislador e ao juiz no que respeita às

---

<sup>107</sup> Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, in: Georg Nolte (ed.), "European and U.S. Constitutionalism", Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 137 e ss.

<sup>108</sup> C. W. Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2003, p. 40, obra traduzida por Paulo Mota Pinto.

relações jurídicas entre particulares.<sup>109</sup> Afirma, designadamente, que compete ao legislador determinar a forma e a extensão da proteção do direito fundamental. Compete, assim, ao legislador, em primeira linha, a função protetora dos direitos fundamentais.

Se o legislador não cumprir a sua função de proteção dos direitos fundamentais, incluindo os direitos fundamentais dos particulares, cabe supletivamente ao poder judicial fazer cumprir a Constituição e as leis, nos termos do disposto na Constituição.<sup>110</sup>

De qualquer modo, a teoria dos deveres de proteção não se confunde com o problema da aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A Constituição alemã, ao contrário do que dispõe o artigo 18º, nº 1 da Constituição portuguesa, apenas refere a vinculação dos direitos e liberdades às autoridades públicas. Neste sentido, a teoria dos deveres de proteção não pretende alterar os destinatários dos direitos fundamentais.

Antes, sublinha-se que o Estado se encontra numa dupla posição face aos direitos fundamentais: tem o dever de os respeitar, mas também o dever de os proteger. Ao Estado cabe um dever de respeito, que se traduz na omissão de atos que violem os direitos fundamentais. Diferentemente, o dever de proteção requer uma ação estatal que defenda os direitos e as liberdades ameaçadas. A ação estatal, sobretudo, ocorre por via legislativa.

De um lado, o Estado deve a sua existência ao fato de a vida, liberdade, e propriedade se encontrarem constantemente ameaçadas, necessitando de ser protegidas por uma autoridade pública. O Estado é um “amigo” dos direitos fundamentais.<sup>111</sup>

Isto significa que a ideia do dever de proteção que é realizada através de limitações legislativas aos direitos individuais pode traduzir-se num aumento de restrições. Mas o objetivo é realçar a liberdade geral na sociedade e fazer dela uma realidade para todos os detentores de direitos fundamentais.

---

<sup>109</sup> C. W. Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., pp. 39 e 40.

<sup>110</sup> Cfr, arts. 204º e 277º, nº 1 da CRP.

<sup>111</sup> Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, cit., p. 137 e ss.

Visto deste ângulo, o que parece como uma diminuição de liberdade de gozo e/ou ação para um grupo de pessoas pode ser visto como um aumento para outro. O legislador, num sistema constitucional que reconhece a função protetora do Estado, encontra-se condicionado na sua atividade legislativa.

Por outro lado, e em contraste com os direitos fundamentais na sua capacidade como direitos negativos, a Constituição muitas vezes não determina como se deve realizar esse dever de proteção. Contudo, há uma diferença significativa entre os aspetos positivos e negativos dos direitos fundamentais.

O dever de proteger os direitos fundamentais, ao contrário do dever de respeitar, requer que o Estado aja no interesse das liberdades em perigo. Esse dever pode ser cumprido de várias formas, todas elas de acordo com a Constituição. O legislador é livre para escolher o meio para cumprir os “seus” deveres de proteção.<sup>112</sup>

Deste modo, assiste ao legislador uma margem de escolha de meios para efetivar a proteção. No entanto, essa margem encontra-se sujeita a um controlo de razoabilidade, através do princípio da proporcionalidade.

Quer dizer, tratando-se de um direito a uma ação negativa, o princípio da proporcionalidade atuará, sobretudo, sob a forma de uma proibição do excesso (*Übermaßverbot*). A proibição da insuficiência constitui a garantia de um *standard* mínimo, o limite mínimo de proteção dos direitos fundamentais que o legislador não pode ultrapassar. Por isso, tratando-se de um direito a uma ação positiva, o princípio da proporcionalidade atua, preferentemente, sob a forma de uma proibição de uma ação deficiente (*Untermaßverbot*).<sup>113</sup>

O Tribunal Constitucional Federal alemão tem acolhido a teoria dos deveres de proteção. Entre as suas decisões mais famosas encontram-se os acórdãos sobre a interrupção voluntária da gravidez. Na primeira, de 1975, o Tribunal considerou que compete ao Estado, proteger e promover a vida do nascituro.<sup>114</sup> Os direitos fundamentais constituem, na sua dimensão objetiva, linhas de orientação e impulsos para o legislador, a administração e os tribunais.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 384.

<sup>114</sup> BVerfGE, p. 39, 1, p. 42 e ss. *apud*, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 377.

O Tribunal entendeu que descriminalizar, sem limites, o aborto implicaria a violação de um dever de proteção da vida do nascituro que o Estado tem a obrigação de proteger, punindo a sua eventual violação através do Direito Penal.

Na segunda decisão sobre a interrupção voluntária da gravidez, de 1993, o Tribunal colocou a questão da determinação e extensão ao caso do princípio da proteção da confiança.<sup>115</sup> A atuação do legislador encontra-se sujeita a um controlo da razoabilidade decorrente do princípio da proporcionalidade. O dever de atuar, por si só, não chega. A ação dentro da margem de que dispõe o legislador tem como limite mínimo um *standard* que deve ser salvaguardado, sob pena de violação da proibição constitucional do défice de atuação.<sup>116</sup>

O Tribunal entendeu que cabe à Constituição estabelecer a proteção como objetivo, mas a sua configuração concreta é tarefa do legislador, das atividades sob controlo do poder judicial.

## **2. Vertente objetiva dos direitos fundamentais**

O Acórdão Lüth constitui um marco na jurisprudência e doutrina constitucional alemãs. Segundo o Tribunal, os direitos fundamentais não constituem apenas posições jurídicas subjetivas dos indivíduos face ao Estado, mas também princípios ou valores objetivos na ordem jurídico-constitucional. Se se descreve esses valores como expressão da ideia geral de liberdade e autonomia dos vários subsistemas da sociedade, é possível concluir que a defesa contra a ação estatal não é um fim em si mesmo, mas um meio de assegurar a autonomia e a liberdade individuais.

Nesse entendimento, a teoria dos deveres de proteção apresenta-se como meio idóneo de proteger a liberdade e autonomia. E apenas em conjunto o dever de respeitar e o dever de proteger conseguem atingir o fim máximo da Constituição. Hoje, na

---

<sup>115</sup> BVerfGE 88, p. 203 de 1993 *apud*, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 380.

<sup>116</sup> Cfr. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 147.

Alemanha os deveres de proteção, do ponto de vista normativo, vêm geralmente aceites como a segunda função básica dos direitos fundamentais.<sup>117</sup>

Isto significa que o dever de proteger não se confunde com a aplicação horizontal dos direitos fundamentais. O que foi alargado é meramente o modo da configuração da obrigação. O Estado não é só obrigado a abster-se de certas ações que possam ferir os direitos fundamentais. É também obrigado a agir quando os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais se veem ameaçados por atores privados. Isto significa que os poderes públicos se encontram numa dupla posição face aos direitos fundamentais.

Por um lado, na sua dimensão subjetiva os direitos apresentam-se como liberdades individuais, uma faculdade para realização de interesses próprios de um titular reconhecidos por uma norma jurídica.<sup>118</sup> Por outro, na sua dimensão objetiva constituem princípios e decisões valorativas que irradiam para todo o ordenamento jurídico.<sup>119</sup> Os direitos fundamentais aplicam-se, por esta via, não só na relação Estado-cidadão, mas também às relações jurídicas entre os próprios cidadãos. Daqui resulta uma vinculação do tráfego jurídico-privado à Constituição e aos princípios nela consignados.

Nesta ordem de considerações, qualquer ramo do direito, seja ele público ou privado, encontra-se vinculado à ordem de valores que os direitos fundamentais constituem. As normas constitucionais, dada a força expansiva da Constituição, formam o vértice da estrutura normativa do Estado.

E visto que quase toda a lei contém alguma limitação a algum direito fundamental, ou a um valor reconhecido constitucionalmente, a tarefa do legislador é preservar tanto quanto possível a tutela dos bens constitucionais (e por essa via a dos valores em conflito) mediante um princípio de concordância prática.

---

<sup>117</sup> Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, cit., p. 149. Para outra perspetiva, Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in: Georg Nolte (ed.), "European and U.S. Constitutionalism", Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 169.

<sup>118</sup> José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 50 e ss.

<sup>119</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 507.

Os direitos a proteger são primariamente cumpridos pela legislação. De acordo com o princípio da legalidade, pouco espaço de manobra é deixado para outros órgãos da administração. E porque os deveres de proteção derivam dos direitos fundamentais na sua capacidade como princípios objetivos, a questão radica em saber de que modo e com que extensão aqueles se transformam “subjetivamente” em direitos individuais.<sup>120</sup> Isto é, até que ponto se pode falar aqui numa “subjetivação” de um dever de proteção num direito de proteção.

Os direitos fundamentais apresentam-se como direitos subjetivos quando a estes corresponde um interesse ou um bem individual juridicamente protegido. Mas não deixam de ser “valores” constitucionais. A doutrina fala aqui na “dupla natureza” dos direitos fundamentais.<sup>121</sup>

A questão crucial aqui presente é saber quando de um dever de proteção, que corresponde à dimensão objetiva de um direito, se pode fazer derivar uma posição jurídica subjetiva, isto é, um direito subjetivo para efeito de recurso aos tribunais.<sup>122</sup> Na Alemanha esta questão foi respondida afirmativamente face ao recurso direto para o Tribunal Constitucional Federal alemão.<sup>123</sup> Os deveres de proteção encontram-se suficientemente enraizados na ideia e no propósito por detrás dos direitos fundamentais.

E embora caiba ao legislador a primazia na concretização dos direitos fundamentais, independentemente da sua configuração subjetiva ou objetiva, a atuação dos tribunais e, em particular, do Tribunal Constitucional, é sempre vista, subsidiariamente, como um instrumento de controlo. O que significa que a proteção dos tribunais e, em particular do Tribunal Constitucional, é vista como subsidiária face à concretização legislativa.

---

<sup>120</sup> Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>121</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 85.

<sup>122</sup> J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 144 e ss.

<sup>123</sup> Para uma avaliação crítica do sistema português, em defesa da figura do recurso de amparo, cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais. Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 155 e ss.

### **3. O Problema da Subjetivação dos Direitos Económicos e Sociais e a Efetivação do Princípio da Sociabilidade**

O que distingue, tradicionalmente, os direitos económicos, sociais e culturais dos direitos, liberdades e garantias é a posição que o Estado detém perante uns e outros. Enquanto os direitos, liberdades e garantias exigem uma abstenção ou omissão por parte do Estado, os direitos sociais requerem, diferentemente, uma ação positiva, uma obrigação de “facere”, que consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa.<sup>124</sup>

Os direitos económicos, sociais e culturais não gozam do regime jurídico do disposto no artigo 18º, nº 1, uma vez que esse preceito apenas se refere aos direitos, liberdades e garantias. Os direitos económicos, sociais e culturais, gozam de um regime específico mas que não se compreende no disposto no artigo 18º, nº 1.

No entanto, nem todos os direitos sociais implicam prestações estaduais, como é o caso dos chamados “direitos, liberdades e garantia dos trabalhadores”. Estes direitos têm uma natureza negativo-defensiva o que os faz beneficiar do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias<sup>125</sup>.

Se comparados com os direitos liberdades e garantias, os direitos sociais fundamentais, para além de conterem uma componente negativa de direito à abstenção por parte do Estado ou de terceiros, dispõem de um conteúdo nuclear, ao qual se reconhece uma especial força jurídica que remete imediatamente para a dignidade da pessoa humana como núcleo irredutível. Ela própria, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais.

O conteúdo típico dos direitos sociais a prestações depende das opções políticas do legislador.

Os direitos a prestações implicam por parte do Estado o dever de criação de pressupostos materiais para o exercício desses direitos. O cidadão não tem a faculdade de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

---

<sup>124</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 386; Cfr. Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 6 e 25 e ss.

<sup>125</sup> Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*, cit., p. 183.

O pressuposto de uma atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos leva uma significativa parte da doutrina a negar a configuração dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais. O entendimento dos direitos económicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos originários sob a “reserva do possível”.<sup>126</sup> Significa que a efetividade desses direitos se encontra dependente dos recursos económicos disponíveis.

Mas esse entendimento não tem o condão de transformar as normas constitucionais reconhecedoras desses direitos em normas não vinculantes. Pelo contrário, traduzem-se numa imposição constitucional, legitimadora de transformações económicas e sociais, de estabelecimento de prioridades políticas, necessárias à efetivação desses direitos e liberdades fundamentais.

A inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação desses direitos e liberdades pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão.<sup>127</sup> A violação das normas consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implica a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental em causa ou a realizam diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida.

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar e garantir prestações, resulta para os cidadãos o direito a um igual acesso, a obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelo Estado.

Esses direitos são o que a doutrina apelida de direitos “derivados” a prestações. São entendidos como direitos dos cidadãos a uma participação “igual” nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo as capacidades existentes. Os poderes públicos não podem eliminar, sem alternativa ou compensação, o núcleo essencial desses direitos, sob pena da violação do princípio da proibição do retrocesso social.

O legislador não pode, sem alternativas ou compensações, eliminar os direitos sociais garantidos. Mas não se trata de uma proibição absoluta, antes relativa. Ou seja, a proibição só incide sobre retrocessos que afetem o mínimo social, que afetem o

---

<sup>126</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in: J. J. Gomes Canotilho, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 66.

<sup>127</sup> Cfr. art. 283º da CRP.

conteúdo essencial dos direitos em causa. O retrocesso é ainda inadmissível quando se mostre desproporcionado ou desrazoável, afete a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade humana<sup>128</sup>.

Os direitos sociais encontram-se dependentes da reserva do possível, isto é, da disponibilidade económica do Estado, mas não podem ser reduzidos a qualquer preço, nem existir apenas quando há dinheiro. O Estado encontra-se vinculado em sede de direitos sociais à garantia do mínimo social.<sup>129</sup> Esta garantia do mínimo social “resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer intensificação jurídico-constitucional de direitos sociais.”<sup>130</sup> É o caso do “rendimento mínimo garantido” como exemplo do cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>131</sup>

Porém, os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativa constitucional geral. Não são normas meramente programáticas, apesar de conterem diretivas ao legislador. São normas impositivas de legislação. Têm força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.<sup>132</sup> Ao Estado é proibido o *non facere*, podendo este justificar uma inconstitucionalidade por omissão.

A concretização dos direitos sociais não é deixada à livre disponibilidade do legislador. Este beneficia de uma ampla liberdade de conformação, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 138 e ss.

<sup>129</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 190 e ss.

<sup>130</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 481.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 363 e ss.

<sup>133</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 482.

## **Conclusão**

Com o findar da I Guerra Mundial a relação entre o direito constitucional e o direito privado sofre uma mutação qualitativa essencial.

A formulação atual dos direitos fundamentais designa-lhes uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva. Enquanto na dimensão subjetiva os direitos se apresentam como liberdades individuais oponíveis ao Estado, na segunda dimensão, objetiva, constituem princípios e decisões valorativas que se projetam sobre o conjunto do ordenamento jurídico. Formam um sistema de valores objetivo que se estende a todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais não são unicamente aplicáveis na relação vertical Estado-cidadão, mas também na vertente horizontal cidadão-cidadão. Estando as relações jurídicas de direito privado submetidas a uma ordem de valores objetivos, decorrente dos direitos e liberdades fundamentais positivados na Constituição, daqui resulta uma vinculação do tráfico jurídico-privado à Constituição e aos princípios nela consignados.

É impensável que se possa considerar que o direito civil ou qualquer outro ramo do Direito, público ou privado, se coloque à margem da Constituição. Não pode haver duas ordens distintas e dois sistemas em separado. As normas constitucionais colocadas no topo da hierarquia normativa valem para todo o ordenamento jurídico.

A vinculação dos sujeitos privados, porém, não pode operar nos mesmos termos em que é realizada para as entidades públicas. A autonomia privada enquanto princípio constitucional não pode ser reduzida a um poder nem a uma discricionariedade administrativa.

A faculdade de poder dispor dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas faz parte do âmbito da autonomia privada. Encontra-se, todavia, submetida aos limites e aos requisitos materiais que o legislador induziu para garantir que a vontade das partes seja realmente livre. Isto é, se as partes contratantes se encontram numa relação assimétrica, há maior risco de que a renúncia de um direito por parte de um dos sujeitos esteja condicionada pelo maior poder do outro e que, portanto, não seja expressão da livre vontade da parte mais débil.

A Constituição de 1976, no disposto no seu artigo 18º, nº 1 estatui que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias se aplicam a entidades públicas e privadas. Mas essa vinculação, no caso das entidades privadas, deverá ocorrer de uma forma diferenciada.

Aqui a Constituição mostra-se intencionalmente “aberta” no que concerne ao *modus vinculandi* da respetiva ação.

Parece-nos que os direitos económicos, sociais e culturais enquanto direitos fundamentais positivados se mostram eficazes nas relações jurídico-privadas, pelo menos, dada a exigência de uma interpretação conforme às normas da constituição económica e social e até mesmo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por isso, as normas que concretizam os direitos fundamentais sociais devem ser interpretadas, em primeira linha, à luz dos princípios gerais, mas sempre tendo em consideração o núcleo essencial dos respetivos direitos económicos, sociais e culturais.

É, neste sentido, que no direito de acesso aos tribunais, se coloca o problema da “subjetivação” dos direitos económicos, sociais e culturais. E, sobretudo a questão da sua dependência face ao legislador. Aqui, julgamos, que a teoria dos deveres de proteção poderá ser chamada a desenvolver uma ação positiva.

O Estado não é já o “inimigo” dos direitos fundamentais, antes o seu *protetor e garante último*.

## **Bibliografia**

ABRANTES, José J. Nunes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990.

ALEXANDRINO, J. Melo, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007.

- *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

- *A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos Fundamentais*, Documentação e Direito Comparado, in: Boletim do Ministério da Justiça, nº 5, 1981.

CANARIS, Claus Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, 2003.

CAUPERS, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

GOMES CANOTILHO, J.J., e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I e Vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. (5ª reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- *Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias*, in: Estudos Sobre Direitos Fundamentais, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 85 ss.

- *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado*, in: J.J. Gomes Canotilho, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 191 ss.

- *Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in: J.J. Gomes Canotilho, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 35 ss.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008.

GRAU, Maria Venegas, *Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares y el Principio de Autonomia Privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GRIMM, Dieter, *The Protective Function of the State*, in: Georg Nolte (ed.), “European and U.S. Constitutionalism”, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 137 e ss.

MAC CRORIE, Benedita, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

MENDES, Armindo Ribeiro, *Irradiação das Normas e Princípios Constitucionais para a Ordem Legislativa (direito privado)*, in: Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

MICHELMAN, Frank, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in: Georg Nolte (ed.), “European and U.S. Constitutionalism”, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 137 e ss.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., editada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in: Portugal-Brasil, ano 2000, Studia Iuridica, Coimbra, 2000.

- *Autonomia Privada e Discriminação - algumas notas*, in: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PEREIRA DA SILVA, Vasco, *A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos Liberdades e Garantias*, in: Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIX, Abril-Junho, 1987.

PINTO, Mário Jorge Lemos, *A Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão. No Contencioso Administrativo Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

-*Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais. Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

-*Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim, *O Problema do Contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

## Índice

<b>Introdução.....</b>	<b>7</b>
Razões de escolha do tema .....	7
Metodologia e estrutura proposta.....	9
<b>I – A Vinculação Aos Direitos Fundamentais na Constituição.....</b>	<b>11</b>
1. Os termos do problema.....	11
2. Vinculação das entidades públicas.....	16
2.1. Do legislador.....	16
2.2. Da administração pública.....	20
2.3. Do poder judicial.....	23
<b>II – Em Particular, a Vinculação das Entidades Privadas.....</b>	<b>25</b>
1. A eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais.....	25
2. O inciso do artigo 18º, nº 1 da Constituição .....	26
3. Entidades privadas dotadas de poder social.....	29
4. Os modelos constitucionais de vinculação.....	30
4.1. Teoria da negação da oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares.....	31
4.2. Teoria monista.....	32
4.3. Teoria dualista.....	33
<b>III – Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>36</b>
1. A aplicação do princípio geral de igualdade.....	36
2. Liberdade contratual e autonomia privada.....	41
<b>IV – O Dever de Proteção por Parte do Estado.....</b>	<b>48</b>
1. Teoria dos deveres de proteção .....	48
2. Vertente objetiva dos direitos fundamentais.....	52
3. O problema da subjetivação dos direitos económicos, sociais e culturais e a efetivação do princípio da sociabilidade.....	55
<b>Conclusão .....</b>	<b>58</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>60</b>