

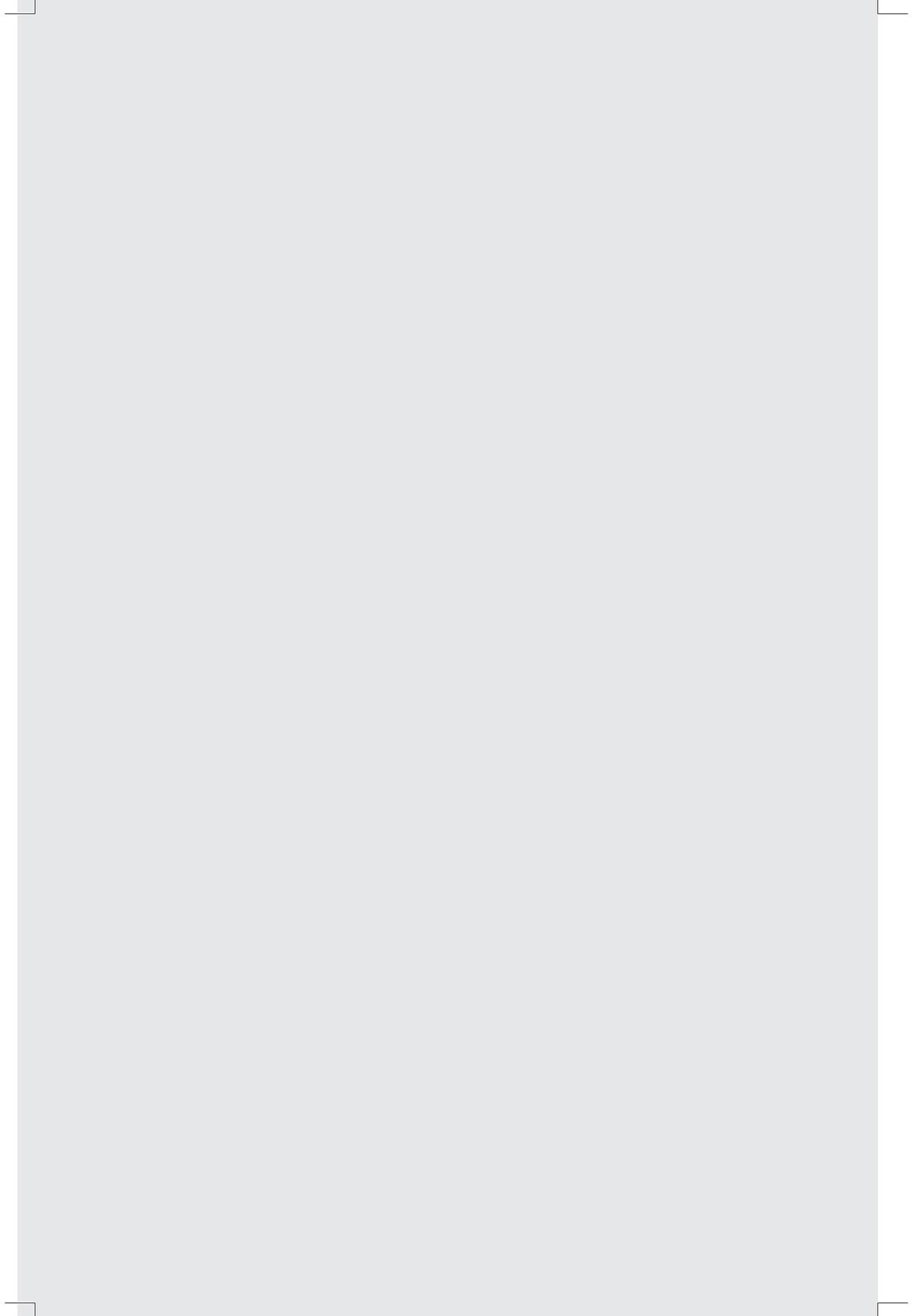
A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados.
Um problema de geometria viariável

Jorge Pereira da Silva¹

SUMARIO

1. Introdução.
2. Os múltiplos sentidos da vinculação dos privados.
3. A superação da dicotomia tradicional: eficácia mediata v. eficácia imediata.
4. A divisão em três grupos do universo dos direitos.
5. A autonomia em face dos deveres estaduais de protecção.
6. A conclusão possível.
7. Bibliografia.

¹ Este texto corresponde, com outra sistematização e com adaptações de conteúdo, ao que se escreveu em *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 87 ss. e 388 ss.



I. INTRODUÇÃO

Se há tema que, na dogmática jusconstitucional, tem vivido enredado em inúmeras incompreensões é o da comumente designada “vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias” – ou, numa designação mais abrangente e rigorosa, o tema da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados”. A primeira incompreensão é, desde logo, a de que se trata de um problema relativamente novo na história já longa dos direitos fundamentais, cujas raízes se encontram na jurisprudência dos tribunais de trabalho alemães da década de 70 do século passado – o que explicaria também a originalidade da sua consagração expressa na parte final do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição portuguesa de 1976.² Isto como se a primeira geração de direitos fundamentais não se designasse “direitos civis”, precisamente porque os bens jurídicos que protegia e protege – como a vida, a integridade física, a propriedade, o bom nome e reputação, o segredo da correspondência, etc. – eram já tutelados pela lei civil (e pela lei penal) nas relações entre sujeitos privados, mesmo antes das próprias revoluções liberais. Tais bens jurídicos – tanto bens de personalidade quanto bens de natureza patrimonial –, bastante antes de serem protegidos nas relações verticais contra os poderes públicos estaduais, já vinculavam os sujeitos privados nas relações sociais que entre si estabeleciam, sob os ditames do direito civil (e do direito penal). Aliás, o próprio instituto da responsabilidade civil – fundado no princípio *neminem laedere* – desde há muito que desempenha uma incontornável função de tutela de bens jurídicos básicos, sentidos como tal pela comunidade e a cujo respeito os seus membros não poderiam deixar de estar individualmente vinculados. Numa palavra, mesmo antes do constitucionalismo se ter instalado, a responsabilidade

² Preceito onde se lê: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias (...) vinculam as entidades públicas e privadas”.

civil já tinha uma função constitucional de garantia de bens jurídicos que, mais tarde, viriam a ser protegidos (também) por normas de direitos fundamentais.

As declarações de direitos e as primeiras constituições do período liberal bem podem ter consagrado inovadoramente os direitos políticos, assim como um conjunto de direitos que por definição só fazem sentido contra o poder – máxime, as garantias em matéria de processo penal –, mas seguramente não criaram a generalidade dos chamados direitos civis a partir do nada. Em larga medida, aliás, aqueles textos limitaram-se a verticalizar estes direitos, nascidos nas relações entre privados e que a partir desse momento se tornaram também direitos contra o Estado.

Por conseguinte, se existe algo de novo a registar nas últimas décadas em matéria de direitos fundamentais e de relações jurídicas privadas não é por certo o respeito devido pelos particulares aos bens jurídicos por aqueles protegidos. O que se renova é o interesse dogmático e prático desta vinculação, como consequência da sociedade de risco global em que estamos imersos, com uma diversificação dos riscos sociais e em que as ameaças para dos bens jusfundamentais têm, cada vez mais, origem não estadual. Isto é, em que os poderes públicos se assumem crescentemente como amigos dos direitos fundamentais e em que, sem paradoxo, se assiste à multiplicação de atores privados dotados de instrumentos de poder (económico, tecnológico, científico, comunicacional) e que em consequência granjeiam de uma posição de supremacia relativamente à generalidade dos demais privados.

Ironicamente, o que há de novo é que os anos mais recentes têm permitido a Thomas Hobbes - um dos autores mais incompreendidos e injustiçados da teoria política - vingar-se de John Locke - o autor que colheu os louros da história como o grande arauto do liberalismo -, demonstrando que os perigos que ameaçam os bens jurídicos que mais prezamos não têm origem apenas no Estado, mas crescem e multiplicam-se continuamente na própria sociedade. Afinal, depois de dois séculos a apontar o dedo ao Estado, a guerra de todos contra todos - em que o principal medo do homem é o de ser vítima do seu semelhante - regressa a uma sociedade marcada de forma crescente pela necessidade de segurança, precisamente porque a sente desaparecer por entre os dedos das mãos. Ou seja, porque a sociedade atual vive em permanente estado de alerta, acossada por perigos de diversíssima índole, desde os decorrentes da criminalidade e do terrorismo, aos perigos ambientais e biológicos, passando pelos novos perigos tecnológicos e informáticos.

Seja como for, numa visão panorâmica do problema – excluindo orientações radicalmente negativistas, por manifesta incompatibilidade com a parte final do n.º 1 do artigo 18.º - é possível alinhar nada menos do que dez entendimentos diver-

sos a respeito do que seja a dita vinculação dos privados, aos quais podem acrescer os múltiplos cruzamentos que entre eles se estabelecem na literatura especializada

2. OS MÚLTIPLOS SENTIDOS DA VINCULAÇÃO DOS PRIVADOS

Sublinhando que se pretendem apresentar meros arquétipos, que não têm necessariamente de representar posições doutrinárias concretas, são eles os seguintes:

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

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

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

—A interpretação de conceitos indeterminados e preenchimento cláusulas gerais (bons costumes, boa fé, abuso do direito, ordem pública);

—Os direitos de personalidade;

—Mais recentemente, os deveres de segurança no tráfego jurídico que têm vindo a ser identificados pela doutrina e reconhecidos pela jurisprudência.

d) Tese da eficácia relativamente a terceiros (em sentido restrito) (Drittwirkung) - apesar de a expressão se confundir, na maior parte dos textos jurídicos, com o próprio problema global da vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais, a verdade é que, no seu sentido mais rigoroso, esta orientação está ainda profundamente marcada pela visão dos direitos fundamentais como simples direitos de defesa contra o poder. Estes são direitos que têm um credor – que é um sujeito privado – e um devedor – que é o poder público estadual, colocados numa posição de clara desigualdade. Primariamente, é apenas entre estes dois personagens que se estabelece a relação jusfundamental. É essa a sua *eficácia interna*. Só num segundo momento, é que se admite que os direitos fundamentais (ou alguns deles) podem também, lateralmente ou incidentalmente, produzir alguns efeitos horizontais fora dessa relação primacial, denominados no seu conjunto por eficácia quanto a terceiros ou *eficácia externa*. Por outras palavras, um pouco à semelhança da teoria da eficácia externa das obrigações, a vinculação dos sujeitos privados é, aqui, meramente lateral, secundária ou mesmo acidental – e sempre mitigada ou enfraquecida – em face dos efeitos que se produzem na estrutura nuclear do direito, que continua a desenvolver-se verticalmente.

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

f) Tese dos deveres estaduais de protecção - na sua formulação mais simplificada, o legislador não tem apenas um dever (negativo) de respeito pelos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, mas está igualmente vinculado a

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

g) Tese da vinculação (supletiva ou excepcional) dos tribunais – sublinha-se agora que os tribunais – em paralelo (ou não) com a orientação anterior –, na sua qualidade de entes públicos, se encontram constitucionalmente sujeitos tanto a deveres de respeito como a deveres de protecção de direitos fundamentais. Os primeiros deveres cumprem-se, essencialmente, pela não prolação de decisões judiciais em si mesmas violadoras de direitos fundamentais ou pela não aplicação de leis que os desrespeitem. Por sua vez, os segundos deveres poderão ser cumpridos, consoante os casos, ou pelas vias mais consensuais da hermenêutica jurídica e do desenvolvimento jurisdicional do direito, em conformidade com os elementos normativos disponíveis, ou, em situações de evidente omissão legislativa e de grave ameaça para bens jusfundamentais de primeira grandeza, por meio de uma directa intervenção judicial na relação interprivada em causa, com o objectivo de tutelar aqueles bens.

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

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

j) Tese da vinculação intersubjectiva plena (ou tese da eficácia imediata em sentido estrito) - de acordo com a sua estrutura jurídica própria, definida expressa ou implicitamente pela Lei Fundamental, os direitos fundamentais têm plena aplicação nas relações intersubjectivas entre todos os entes privados. Esta vinculação jusfundamental dos sujeitos privados, nas relações que entre si estabelecem - independentemente de as mesmas serem regidas por ramos do direito privado (*v.g.*, direito civil, comercial ou laboral) ou do direito público (*v.g.*, direito penal, do ambiente, do consumo ou da concorrência) -, não é meramente lateral ou acidental, nem está *a priori* dependente da existência de poderes privados ou do carácter marcadamente assimétrico daquelas relações, nem tão-pouco está confinada à defesa da intangibilidade da dignidade humana. Não obstante, sendo as relações jurídicas entre particulares relações entre titulares de direitos fundamentais, a aplicação do princípio da vinculação das entidades privadas tem sempre de ser objecto de uma ponderação adequada com os outros princípios constitucionais que mais directamente se lhe contrapõem - como sucede com o princípio da autonomia privada ou com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

3. A SUPERACÇÃO DA DICOTOMIA TRADICIONAL: EFICÁCIA MEDIATA V. EFICÁCIA IMEDIATA

A conhecida dicotomia entre teses da eficácia mediata e teses da eficácia imediata não se cinge naturalmente ao confronto entre as suas formulações mais típicas ou mais puras - constantes das alíneas *c)* e *j)* -, perpassando antes, quando tomadas aquelas em sentido amplo, em muitas das outras concepções elencadas. Se umas se encontram mais próximas das teses mediatistas - como sucede com as

ideias da irradiação e da vinculação do legislador privado (alíneas *b* e *e*) –, outras terão maior afinidade com as teses imediatistas – como ocorre com as ideias da vinculação dos poderes privados e do respeito pela dignidade da pessoa humana (alíneas *b* e *i*). Se umas começam do lado das teses mediatistas e acabam do lado rigorosamente oposto – como se viu acontecer com a associação entre as doutrinas dos deveres estaduais de protecção e da adstrição através dos tribunais (alíneas *f*) e *g*) –, outras parecem manter uma relativa neutralidade nesse debate doutrinário – será o caso das ideias da formulação constitucional expressa e da eficácia quanto a terceiros (alíneas *a* e *d*). Importante é realçar que o extenso elenco apresentado demonstra à saciedade o quão simplificador é o tradicional dilema entre eficácia mediata e eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados.³

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

Em suma, para o que agora interessa reter, percebe-se assim, em primeiro lugar, que a interrogação sobre a vinculação dos sujeitos privados nunca pode ser respondida em abstracto, à margem de uma aproximação analítica a cada um dos direitos fundamentais, desmembrando-os previamente nas suas diferentes dimensões e nas diversas faculdades que o compõem. Mesmo sem aderir às teses

³ J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 335-337.

que pretendem restringir a um número mínimo de direitos os efeitos em análise, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjectivas privadas obedece a uma geometria variável, na medida em que está em larguíssima medida dependente da estrutura normativa dos direitos concretamente envolvidos e, em particular, do modo como o seu conteúdo se encontra constitucionalmente consagrado – e, quando for o caso, da concretização legal que deles já tenha sido efectuada.

Em segundo lugar, compreende-se também melhor que o problema em apreço não se restringe às situações ou relações jurídicas tipicamente regidas pelo direito privado, onde impera a autonomia da vontade (direito civil e comercial) – ao contrário do que parece deduzir-se de algumas análises civilistas, que esquecem a própria origem juslaboralista da figura constitucional–,⁴ antes abarcando situações ou relações disciplinadas por quase todos os ramos do universo jurídico, incluindo do direito público (direito do ambiente, da economia, da saúde ou, inclusive, direito sancionatório). Não é justificada, assim, a ansiedade que alguns civilistas revelam perante o tema em apreço, receando que o direito constitucional entre de rompante pela obra dogmática longamente burilada pela literatura do direito civil. Nada disso acontecerá, não apenas porque muitas das situações de vinculação dos sujeitos privados são, na realidade, regidas por normas de direito público – ou já por normas imperativas de direito privado, como é comum no direito do consumo –, como porque os conhecidos *hard cases* da vinculação dos privados são bastante marginais (*v.g.*, análise de disposições testamentárias ou de decisões de contratação à luz do princípio da igualdade).

Em terceiro lugar, comprova-se que a vinculação dos privados não é necessariamente sinónimo de efeito externo ou quanto a terceiros – porque em causa podem estar efeitos principais dos direitos, primariamente destinados a aplicar-se nas relações entre privados –, nem sequer de eficácia horizontal – dado que entre dois particulares tanto podem constituir-se relações simétricas, como relações assimétricas ou verticais, em que um deles é detentor de uma clara posição de supremacia sobre o outro. No que respeita à própria terminologia, portanto, falar de *eficácia nas relações entre sujeitos privados* representa, só por si, um passo em frente relativamente às tradicionais designações de eficácia quanto a terceiros ou eficácia horizontal – ou, inclusive, em relação às menos usuais referências à eficácia no direito privado ou nas relações privadas.

⁴ Sobre a precedência temporal dos estudos juslaboralistas sobre os civilistas, J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 74 ss..

Por último, o exercício analítico efectuado permite concluir que – considerando o nº 1 do artigo 18º, onde o legislador constituinte tomou a opção ousada de aduzir a um (evidente) efeito de vinculação dos poderes públicos ou outro efeito (menos óbvio) de vinculação dos entes privados⁵ não é possível dissolver o segundo no primeiro, a pretexto de que se não definiu também o *modus vinculandi* daquele. A questão relevante nunca foi a de saber se o legislador – ou o legislador civil, como se houvesse mais do que um – ou mesmo se o poder judicial estariam vinculados aos direitos fundamentais. Como poderia ser de forma diferente? A questão tem sido sempre a de saber em que medida os particulares o poderiam estar, por si, competindo ao legislador e aos tribunais, em caso de resposta afirmativa, apenas providenciar no sentido de tornar essa vinculação efectiva (também) nas relações entre eles e retirando sempre que necessário as devidas consequências. A decisão, inequívoca e verdadeiramente estruturante, de vinculação dos privados foi *ab initio* tomada pela Constituição, que não se limita a conceder um cheque em branco ao legislador ordinário e, menos ainda, aos tribunais para decidir se o sujeito “A” têm ou não que respeitar certo direito fundamental de “B”. A liberdade de conformação do legislador e as margens de discricionariedade judicial que, inevitavelmente, existem quanto ao *como* da vinculação dos sujeitos privados não se propagam à questão prévia, essa sim verdadeiramente determinante, que diz respeito ao *se* dessa mesma vinculação. A parte final do nº 1 do artigo 18º não se traduz, portanto, numa autorização dirigida aos poderes constituídos para, em termos gerais ou caso a caso, obrigar os particulares a respeitar os direitos fundamentais alheios, nem tão-pouco nela se contém uma qualquer espécie de delegações de poderes para decidir sobre *quem* está obrigado ou *quando* se está obrigado pelos direitos fundamentais.

Por conseguinte, no contexto português, as orientações doutrinárias que defendem que o efeito vinculativos dos privados surge apenas *por intermédio de* – seja através do órgão tal ou por meio do instituto tal – ignoram que a decisão fundamental já está tomada e que não pode dar-se ao intermediário mais poder do que aquele que alguma vez ele poderá exercer validamente. Ainda que, nalguns quadrantes, a ideia de introduzir a pauta valorativa dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados seja vista com indisfarçável desconfiança, não parece aceitável o argumento de que o legislador democrático *sabe melhor* quando (e como) intervir, porquanto por essa via – e pelo carácter intrinsecamente limitado

⁵ Sustentando a especificidade do direito português, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 116, em nota.

do desenvolvimento jurisprudencial do direito – se reduz o alcance normativo de uma opção constitucional claramente assumida. Neste sentido, aliás, já se disse que só há vinculação dos entes privados quando esta é directamente decorrente das normas constitucionais⁶ nos restantes casos, em rigor, só os poderes públicos estarão comprometidos com os direitos fundamentais.

4. A DIVISÃO EM TRÊS GRUPOS DO UNIVERSO DOS DIREITOS

Neste contexto problemático, atenção particular merece a conhecida divisão do universo dos direitos fundamentais em três grupos distintos, gizada pela doutrina maioritária em resposta à questão (prévia) da delimitação dos direitos abrangidos pelo debate entre as teorias da eficácia (mediata, imediata ou outra) dos direitos fundamentais nas relações entre privados.⁷

Com efeito, implícita ou explicitamente, a discussão sobre o tema da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados assenta, para uma parte significativa da doutrina, na divisão tendencial do universo dos referidos direitos em três magnas categorias. Começa-se por delimitar uma *zona de exclusão por natureza* de uma *zona de inclusão expressa*, reconduzindo o essencial daquele dilema dogmático ao perímetro de uma, porventura mais ampla, *zona central de incerteza*. Esquemáticamente:

Exclusão por natureza

Incerteza

Inclusão expressa

4.1. Embora os elencos variem um pouco – e deixando de lado os direitos a prestações de tipo social, dado o seu carácter eminentemente positivo –, na *primeira destas três zonas* é possível encontrar direitos como a tutela jurisdicional efectiva, a responsabilidade civil do Estado, o direito de petição, a proibição da tortura e de penas desumanas ou degradantes, a proibição da pena de morte, o direito à cidadania, o *habeas corpus*, as garantias em processo criminal, os direitos

⁶ De forma paradigmática, LEISNER, *Grundrechte*, p. 378.

⁷ Embora traçando de forma não coincidente as fronteiras entre os três grupos referidos: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 332-333; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1290 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 386; V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 120-122; B. MAC CRORE, *A vinculação*, pp. 9-12; J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 29-32, e *Contrato*, pp. 72-73. Embora em sentido crítico: J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98. Compartimentações semelhantes encontram-se também noutros contextos nacionais: B. UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355-360; STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1570 ss., esp. p. 1585; HESSE, *Grundzüge*, p. 157; PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte*, p. 44.

de asilo e de não extradição e expulsão, as garantias em matéria de expropriação, a objecção de consciência, assim como em geral todos os direitos de participação política, com o direito de voto à cabeça.⁸ O sujeito passivo destes direitos seria sempre e só o Estado, independentemente de o adstringirem a obrigações de *non facere*, de *facere* ou de ambas as naturezas em simultâneo. Consequentemente, todos estes direitos, bem como outros que com eles mantenham afinidades materiais ou estruturais, ficariam de fora da discussão sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais – e, por inerência, teriam também agora de ser colocados do lado exterior da linha delimitadora dos direitos que poderiam desencadear deveres estaduais de protecção.

Todavia, não é seguro que assim seja. Com efeito, uma coisa é saber quem é indicado pela Constituição como principal sujeito passivo de um determinado direito, outra bem diferente é saber se, para além daquele, o mesmo direito não pode também vincular outros sujeitos secundários, acidentais ou laterais. Só este segundo problema pode ser reconduzido, com propriedade, à ideia de raiz civilista da *Drittwirkung*. Aliás, não deixa de ser curioso verificar a facilidade como que – num contexto em que a complexa problemática da *vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais*, tal como ela é introduzida pela Constituição portuguesa, é com frequência reduzida à dita figura jurídica da eficácia externa ou perante terceiros daqueles mesmos direitos–,⁹ se afasta do centro da discussão, justamente, aquele conjunto de direitos em relação ao qual se colocam questões de efeito externo ou quanto a terceiros.

Recorde-se, na verdade, o que acima se disse sobre a impossibilidade de o fenómeno global da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados:

a) Ser retratado com um mínimo de fidelidade através da ideia de *eficácia horizontal* – dada a crescente ausência de paridade de posições nas relações privadas (eficácia vertical privada), tanto motivada pela multiplicação dos denominados poderes factuais privados, como pelos problemas de inserção dos indivíduos no seio das organizações.¹⁰

⁸ B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 9-10; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 344 ss., e esp. sobre o direito de asilo, p. 350; também sobre o direito de asilo, KRINGS, *Grund*, pp. 201-202.

⁹ Embora o texto constitucional se refira apenas a direitos, liberdades e garantias, as vertentes negativas (e até positivas) de direitos sociais não podem ser excluídas: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 340.

¹⁰ Esta segunda vertente do problema é, muitas vezes, obnubilada em detrimento da primeira: no entanto, J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 336-337; amplamente, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 241 ss.; também STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, pp. 1588 ss..

b) Ser reconduzido a uma questão de *eficácia no direito privado* – não obstante a complexidade adicional que no domínio das relações regidas pelo direito civil é trazida pelo princípio da autonomia privada, ele espalha-se por diversos outros ramos da ordem jurídica, como o direito laboral, o direito da economia (*v.g.*, no domínio da protecção do consumidor), o direito administrativo (*v.g.*, como sucede nas relações poligonais em matéria de ambiente e urbanismo) ou o direito penal (*v.g.*, sempre que os tipos criminais incorporem bens jusfundamentalmente protegidos).¹¹

c) Ser reduzido à ideia de *eficácia externa* ou *quanto a terceiros* dos direitos fundamentais, uma vez que esta é apenas uma manifestação específica de uma figura mais vasta, que compreende outras modalidades de vinculação bem mais consistentes do ponto de vista jurídico. Concretamente, daquelas outras modalidades – aliás tomadas como regra pela parte final do n.º 1 do artigo 18.º,¹² em que os particulares assumem a posição de obrigados principais dos direitos fundamentais ou de co-obrigados juntamente com o Estado e em que, bem entendido, a vinculação dos sujeitos privados não é apenas lateral, remota ou acidental, mas se traduz numa eficácia normal e a título principal – independentemente de se processar com ou sem intermediação do legislador, de forma mediata ou imediata.

Quer isto dizer, portanto, que apesar de a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais não se confinar à denominada eficácia externa ou quanto a terceiros, ela não deixa de compreender também esta mesma modalidade específica de vinculação, que por sua vez encontra o seu âmbito privilegiado de aplicação, precisamente, entre os direitos fundamentais deste primeiro grupo, caracterizados por se dirigirem contra o Estado. É que o facto de estes direitos convergirem na eleição do Estado como seu sujeito passivo principal – por natureza têm no Estado o seu destinatário – não significa que todos os sujeitos privados se possam considerar no terreno em apreço absolutamente isentos de toda e qualquer vinculação dimanada desses mesmos direitos.

Tomando o exemplo paradigmático do direito de petição, é evidente que ele “pode encontrar nas relações (...) entre indivíduos alguns obstáculos ao seu exer-

¹¹ Versando o tema da protecção penal a propósito da vinculação dos entes privados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 293-294; porém, reduzindo expressamente este problema ao âmbito de vigência do princípio da autonomia privada, sem prejuízo da necessidade de reequacionamento deste, V. GRAU, *Derechos*, esp. pp. 81 ss..

¹² Referindo este preceito como revelador da superação do paradigma liberal dos direitos fundamentais como “direitos de defesa contra o Estado”, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 384-385.

cício”, pelo que é importante sublinhar que “nenhuma entidade privada pode proibir, impedir ou dificultar o exercício do direito de petição, designadamente no tocante à recolha de assinaturas e à prática dos demais actos necessários” à sua actuação prática.¹³ Na mesma linha de raciocínio, pensando nas denominadas garantias processuais, não pode igualmente excluir-se – bem pelo contrário – que o direito ao segredo de justiça (nº 3 do artigo 20º) ou os direitos de audiência e defesa em processos sancionatórios (nº 10 do artigo 32º) vinculem também sujeitos privados, ora interditando-lhes a revelação de factos susceptíveis de contender com o bom nome e com a presunção de inocência de quem está a ser investigado, ora impondo o respeito por aqueles dois direitos às pessoas ou instituições privadas que disponham legal ou estatutariamente da faculdade de aplicar sanções disciplinares ou outras.¹⁴ E, num último exemplo, apesar de ninguém poder exigir votar senão dirigindo-se ao Estado, que tem a seu cargo a organização do processo eleitoral, salta à vista que não é só o Estado que pode comprometer o exercício do direito de voto, sendo muito fácil configurar situações em que sujeitos privados procuram impedir ou condicionar de forma ilegítima aquele exercício. Daí que os cidadãos em geral estejam vinculados a obrigações de facilitação do exercício do direito de voto – *maxime*, no caso dos empregadores – e de não coacção sobre os eleitores.¹⁵

Desta forma, não deve dar-se por adquirido que os direitos situados na dita *zona de exclusão por natureza* possam ser liminarmente arredados do âmbito de vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais, na medida em que esta figura se pode traduzir também na produção de simples efeitos vinculativos externos, dirigidos a sujeitos privados que são terceiros numa relação jurídica que se configura verticalmente e se processa, nuclearmente, entre o titular do direito e o Estado. É indispensável efectuar sempre, não apenas uma análise casuística do conteúdo de cada direito, mas também uma decomposição das suas diferentes dimensões jusfundamentais. Nem tão-pouco é legítimo dar por adquirido que tal eficácia externa ou que essa vinculação de terceiros se confine sempre à imposição de simples *deveres gerais de respeito* ou de *não interferência* com posições jusfundamentais alheias e, bem assim, de *deveres negativos de suportar o seu gozo*.

¹³ M.L. DUARTE, *O direito*, p. 83.

¹⁴ G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 526, se bem que, em rigor, no tocante aos direitos do nº 10 do artigo 32º, esteja em causa mais até do que a sua mera eficácia externa.

¹⁵ Sobre os crimes eleitorais, regem especialmente os artigos 340º (coacção de eleitor), 341º (fraude e corrupção de eleitor) e 342º (violação do segredo de escrutínio) do Código Penal; J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 304-306.

Porventura assim sucederá na generalidade dos casos, mas os exemplos apresentados suscitam dúvidas sobre a possibilidade de os efeitos vinculativos externos decorrentes dos direitos em causa extravasarem para o campo das *obrigações positivas* ou de *cooperação activa* de particulares no exercício de direitos fundamentais pelos respectivos titulares.¹⁶

Por tudo isto, não será difícil achar vinculações do Estado a imperativos constitucionais de tutela, frente a potenciais agressores privados, de determinados aspectos (negativos) de direitos como o direito de petição, o direito ao segredo de justiça – será por acaso que o n.º 3 do artigo 20.º se refere à “protecção” deste? –, os direitos de audiência e defesa, o direito de voto, bem como de outros de idêntica estrutura e comumente registados nesta pretensa zona de exclusão necessária.¹⁷

4.2. Por sua vez, na denominada *zona de inclusão expressa* pontuam direitos como o direito de resposta e de rectificação, (a liberdade de expressão e) o direito de intervenção dos jornalistas na orientação dos órgãos de informação, a liberdade de associação (na sua vertente negativa), o direito à greve, senão mesmo também alguns dos direitos cuja defesa pode fazer-se com recurso à acção popular.¹⁸ Ou, mais amplamente, ainda direitos como os respeitantes à protecção de informações sobre pessoas e famílias (n.º 2 do artigo 26.º), ou a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (n.º 1 do artigo 34.º), o direito à reserva dos dados pessoais informatizados (n.º 2 do artigo 35.º), os direitos dos cônjuges e dos filhos nascidos fora do casamento (n.ºs 3 e 4 do artigo 36.º), o direito a tempos de antena nas emissoras de rádio e televisão (n.º 3 do artigo 40.º), a liberdade de criação cultural e a protecção dos direitos de autor (n.º 2 do artigo 42.º), o direito à segurança no emprego (artigo 53.º), assim como alguns dos direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais em face dos respectivos empregadores e seus representantes (artigos 54.º e 56.º).¹⁹ No que toca a estes direitos, a Lei Fundamental teria *explicitamente* tomado partido em favor da sua eficácia nas relações entre privados – ou, melhor dizendo, teria adoptado essa posição caso a caso, uma vez que seria difícil encontrar uma opção mais clara do que a da parte final do n.º 1 do artigo 18.º.

¹⁶ E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 123-124; em sentido diferente, J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 333.

¹⁷ Em sentido próximo, I. SARLET, *A influência*, p. 123.

¹⁸ V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243, em nota; identicamente, J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 31-32; e Contrato, p. 72.

¹⁹ G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1290.

No entanto, sem prejuízo de alguma surpresa que uma análise na especialidade de cada um dos exemplos avançados poderia pôr a descoberto – *v.g.*, porquê considerar que a Constituição consagra *expressamente* a eficácia entre privados da inviolabilidade do domicílio e da correspondência quando, na realidade, os n.ºs 2 e 4 do artigo 32.º somente se preocupam com intervenções restritivas das autoridades públicas? –, ²⁰ é evidente o carácter algo heterogéneo deste segundo lote de direitos. Nele se congregam alguns direitos que podem considerar-se primacialmente dirigidos às relações entre privados – *maxime*, os direitos dos cônjuges –, mas sobretudo direitos destinados a valer tanto nas relações com o poder público como em contextos privados, assim sejam públicos ou particulares os respectivos sujeitos passivos (*v.g.*, empregador público ou privado, associação pública ou privada, órgão de comunicação social público ou privado). Por conseguinte, esta dita zona de inclusão necessária não é, ao contrário do que por vezes parece ser sugerido, um domínio em que se consagram direitos fundamentais destinados principalmente a reger relações jurídicas entre sujeitos privados – consignam-se antes direitos para valer *também* aí –, nem muito menos um espaço aproblemático na óptica da prescrição da parte final do n.º 1 do artigo 18.º.

Desde logo, o facto de a Constituição determinar explicitamente a valência de um certo direito também nas relações entre particulares não resolve só por si o dilema maior que está em cima da mesa: eficácia imediata ou simples eficácia mediata? Estando hoje completamente obsoletas as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como as suas herdeiras mais directas que se limitam a reconhecer a *vinculação do legislador* de direito privado àqueles mesmos direitos – ²¹ ambas irremediavelmente improcedentes à luz do próprio texto constitucional –, a única dúvida razoável só pode referir-se ao modo como aquela eficácia se equaciona a propósito de cada direito. E essa não é de todo esclarecida pelas disposições que procedem à chamada *consagração expressa* da eficácia entre particulares. Pelo contrário, os preceitos constitucionais em apreço são profícuos na utilização de expressões como “a lei estabelecerá” (n.º 2

²⁰ Referindo-se antes à existência de “legislação ordinária secular” no sentido da sua aplicação nas relações privadas (como direitos de personalidade), E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 121. Também no sentido da existência de direitos de personalidade constitucionalizados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 730 ss..

²¹ No início da década de 70, considerando toda a teoria da *Drittwirkung* supérflua (com base na ideia de vinculação directa do legislador e de imputação ao Estado das agressões privadas), SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung*, passim; sobretudo sobre a decisão “Lüth” (BVerfGE, 7, 198), Bundesverfassungsgericht, pp. 442 ss.. Na mesma linha, naturalmente, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, esp. pp. 57 ss., e esp. pp. 93 ss..

do artigo 26º), “a lei define” (nº 2 do artigo 35º), “nos termos da lei” (nº 3 do artigo 40º), “protecção legal” (nº 2 do artigo 42º), entre outras que indiciam que nem tudo está resolvido no plano constitucional. O mínimo que se pode dizer a este respeito é que o carácter não exequível de algumas das normas constitucionais aqui envolvidas não se compagina bem com uma orientação que, no tocante a todos os direitos integrados no círculo em análise, pretenda ver reconhecida a sua eficácia plena (e imediata) nas relações jurídicas entre os sujeitos privados.

Por outro lado, mesmo não aceitando a tese segundo a qual os preceitos constitucionais que, explicitamente, decretam a eficácia *inter privatos* de certos direitos fundamentais se limitam a proceder à positivação destes numa perspectiva exclusivamente objectiva – ou seja, cumprindo apenas a função de impor ao Estado-legislador o cumprimento de deveres concretos de protecção dos correspondentes bens jusfundamentais nas relações entre sujeitos privados–,²² ela vem demonstrar que a questão da vinculação das entidades privadas não pode ser resolvida à margem da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e sem desagregar os respectivos conteúdos.²³ Com efeito, semelhante tese, que com o intuito de preservar até às últimas consequências o dogma dos direitos fundamentais como posições dirigidas exclusivamente contra o Estado, não hesita em dissolver todas as outras dimensões subjectivas dos direitos fundamentais em questão – bem entendido, porque essas teriam inevitavelmente de ser actuadas em face de entes particulares –, revela ao mesmo tempo que a aptidão ou inaptidão para produzir efeitos nas relações entre sujeitos privados não pode, claramente, ser decidida com apelo a uma suposta natureza ou vocação intrínseca de cada direito fundamental como um todo, mas é algo que carece de ser analisado a propósito de cada dimensão jusfundamental – de defesa, de protecção, de organização e procedimento, institucional – e, também, de cada uma das facultades que o compõem.²⁴ A eficácia ou ineficácia *inter privatos* não é, em suma, algo que possa ser colado como um rótulo a cada uma dos direitos fundamentais globalmente considerado, nem, menos ainda, algo que possa ser decidido de modo a abarcar amplas categorias ou grupos jusfundamentais.

²² J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; também J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 96-97.

²³ G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1289.

²⁴ Apresentando um complexo modelo (em três planos) de vinculação dos privados que entra em linha de conta com as diferentes dimensões jusfundamentais, ALEXY, *Teoria*, pp. 515 ss.; para a sua crítica, STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, p. 1559. Tentando uma reabilitação da *Drittwirkung* mediata através do “entendimento reflexivo” dos direitos fundamentais, POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss..

Somente numa perspectiva analítica se conseguirá compreender o que se julga ser uma evidência: que a eficácia dos direitos fundamentais apresenta uma geometria variável. Só assim será possível explicar que um mesmo direito – como, por exemplo, o direito à greve – tenha simultaneamente como sujeito passivo exclusivo o Estado, quando considerado na sua dimensão de protecção, ou nas suas eventuais dimensões de organização e procedimento, mas já possa ter como destinatários passivos quaisquer entidades empregadoras públicas ou privadas, sempre que encarado sob o prisma das respectivas dimensões subjectivas. E, bem assim, que esse mesmo direito tenha apenas o Estado como destinatário se considerado na sua vertente negativa, destinada a vedar a todas as autoridades públicas a proibição do recurso à greve ou a repressão do seu exercício, muito embora o leque dos destinatários se alargue a todos e quaisquer empregadores quando em causa está a correspondente vertente positiva, a qual permite aos trabalhadores decretar a greve, como forma de autotutela dos seus direitos num conflito laboral.²⁵

4.3. Por último, colocados na denominada *zona de incerteza* ficariam todos os direitos fundamentais relativamente aos quais a Constituição não dá nenhuma indicação, nem num sentido nem noutro. Nem sempre é claro, em todo o caso, se a incerteza se refere apenas à questão da eficácia imediata – como parece mais razoável, dado o teor literal do n.º 1 do artigo 18.º –, se respeita à questão logicamente anterior da própria eficácia nas relações privadas. Seja como for, a colocação nesta zona residual de incerteza de todos os direitos não referidos até ao momento, sendo aparentemente inócua, encerra uma contradição valorativa difícil de aceitar. Como explicar que, supostamente, sobre a intrincada questão da eficácia entre privados dos direitos fundamentais, a Constituição tenha tomado partido em termos expressos a propósito do direito de antena ou dos direitos das comissões de trabalhadores e se tenha bastado com uma afirmação genérica a respeito de direitos tão relevantes como a vida, a integridade física ou a liberdade religiosa? Que margem de incerteza a Constituição exclui quanto àqueles e que, ao mesmo tempo, admite quanto a estes últimos?

Numa Constituição como a portuguesa, em que o n.º 1 do artigo 18.º revela ostensivamente a superação definitiva do paradigma liberal dos direitos fundamentais como direitos de defesa, não faz sequer sentido a pergunta sobre a eficácia destes últimos direitos nas relações entre os particulares – nem mesmo, em

²⁵ B. XAVIER, *Direito da greve*, pp. 175 ss., quantos aos efeitos da greve, e pp. 223 ss., quanto à estrutura subjectiva do direito.

sintonia com a jurisprudência dos tribunais comuns, sobre a possibilidade de essa eficácia se produzir *directa e imediatamente*.²⁶ Não é por certo apenas em virtude dos regimes que o legislador ordinário estabeleceu em diplomas como o Código Penal, o Código Civil ou a lei da liberdade religiosa que os sujeitos privados se encontram vinculados a respeitar aqueles direitos basilares, especialmente nas dimensões que também a eles se dirigem. É sim por causa daquilo que está prescrito *ex constitutione* e que só depois, tomando esta como esteio, irradia valorativamente para toda a ordem jurídica. Se incertezas subsistem quanto ao alcance normativo da parte final do n.º 1 do artigo 18.º, elas não podem ser generalizadas a todos os direitos não integrados em nenhum dos dois frágeis grupos de direitos anteriormente versados e, acima de tudo, elas hão-de cingir-se regra geral à intensidade, ao alcance material e ao *modus operandi* concreto dessa eficácia directa e imediata – e só muito excepcionalmente ao *se* dessa mesma forma de eficácia entre privados. Não podendo negar-se que a norma contida no trecho final n.º 1 do artigo 18.º não implica, por si só, uma resposta global à questão tradicional da eficácia mediata ou imediata²⁷ da mesma forma que a regra da vinculação de todas as entidades públicas não exclui as dificuldades de aplicação suscitadas pelos direitos contidos em normas constitucionais não exequíveis por si mesmas²⁸, também não pode aceitar-se a ideia da sua absoluta neutralidade, mormente quando se trata de direitos fundamentais de primeira grandeza e de inquestionável ressonância valorativa. Em se tratando de direitos fundamentais marcantes do código genético da axiologia constitucional, repugna a ideia de que a vinculação dos sujeitos privados pode ser deixada para mais tarde, para o momento da intervenção do legislador, ao sabor dos critérios de conveniência e oportunidade deste.

4.4. Em resumo, a repartição dos direitos fundamentais em três conjuntos distintos, tal como usualmente apresentada na doutrina, é bem menos sólida do que à primeira vista poderia parecer e pode mesmo revelar-se enganadora.

Concretamente, aquela tripartição dos direitos fundamentais não pode obnubilar o facto de o vasto problema da vinculação das entidades privadas se poder colocar *a priori* em relação a todos os direitos fundamentais, tal como aliás resulta

²⁶ Sobretudo a propósito de casos ditos de colisão de direitos é comum o recurso directo aos direitos fundamentais. Apresentando ampla resenha jurisprudencial: E.V. SEQUEIRA, *Dos pressupostos*, pp. 257 ss..

²⁷ V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 241-242.

²⁸ J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 326-327.

da letra do nº 1 do artigo 18º. Assim como não pode também escamotear a circunstância de o problema não ser resolúvel tomando cada um dos direitos fundamentais como um bloco unitário, antes exigindo uma perspectiva analítica, que proceda à desagregação das diferentes faculdades compreendidas no seu conteúdo e distinga claramente as suas várias dimensões objectivas e subjectivas, activas e passivas, horizontais e verticais.²⁹ Em regra, chegar-se-á por esta via a um quadro complexo de eficácia: onde diferentes efeitos terão diferentes destinatários, cumulativa ou alternativamente; onde pontuarão em simultâneo destinatários primaciais e secundários, públicos e privados; onde se cruzarão efeitos relativos e efeitos *erga omnes*; enfim onde marcarão presença efeitos de maior e menor intensidade, quer como efeitos principais, quer como efeitos externos, laterais ou quanto a terceiros.

5. A AUTONOMIA EM FACE DOS DEVERES ESTADUAIS DE PROTECÇÃO

A exposição precedente é reveladora de quão delicados - mas incontornáveis - se apresentam os problemas respeitantes à autonomia da função de vinculação das entidades privadas relativamente à da figura dogmática dos deveres de protecção, sua sucessora imediata no percurso histórico de diversificação funcional dos direitos fundamentais.

Difícilmente, aliás, esses problemas poderão ser resolvidos sem compreender na globalidade a referida dimensão de protecção, pela análise das características dos bens jurídicos que reclamam protecção estadual, por uma banda, e pela definição do elenco dos sujeitos jurídicos constitucionalmente vinculados a deveres de tutela, por outra banda. Ainda assim, num primeiro olhar sobre as tentativas entretanto empreendidas de delimitação do campo problemático ocupado por cada uma das figuras constitucionais em causa - isto é, do conjunto de situações concretas da vida a que uma e outra procuram dar resposta -, verifica-se que não tem sido possível alcançar resultados minimamente convergentes. Longe disso, as soluções avançadas dispersam-se antes por um amplo leque de possibilidades e apresentam contornos nem sempre bem definidos.³⁰

²⁹ STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1561 ss.; em termos semelhantes, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355 ss..

³⁰ Entre a muita doutrina que se tem debruçado especificamente sobre a relação entre os dois conceitos: CANARIS, *Direitos*, passim, esp. p. 58; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss.; OETER, "Drittwirkung", pp. 549-551; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 71 ss.; ISENSEE, (§III) *Das Grundrecht*, pp. 213 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 435 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 201 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 99 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 321 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 66-68; LANGNER, *Die Problematik*, esp. pp. 82 ss.; HAGER, *Grundrechte*, pp. 373 ss.; V. GRAU, *Derechos*,

5.1. Mais precisamente, enxergam-se quatro grandes tipos de orientações - as quais, por sua vez, podem comportar ainda significativas variantes.³¹

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

b) A segunda hipótese - que pode apresentar-se através de duas circunferências concêntricas - é a da *inclusão*. As duas realidades em presença teriam um campo de aplicação comum, embora apenas em parte. Se bem que, mais até do que na hipótese anterior, sob esta ideia de abarcamento parcelar, escondem-se duas alternativas diametralmente opostas. Para uns, a figura dos deveres estaduais de protecção é representada pela circunferência maior, o que faz da vinculação dos privados um simples capítulo deste mais vasto tema constitucional. A vinculação dos privados aos direitos fundamentais constituiria assim uma manifestação especial - mormente, por se cingir ao âmbito do direito privado - dos deveres de protecção de direitos fundamentais - os quais se espriam (antes de mais) por diversos ramos do direito público, com particular ênfase no domínio penal. Pelo contrário, para outros é a ideia de vinculação dos sujeitos privados aos direitos

pp. 136 ss., e esp. pp. 174-178; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 198 ss..

³¹ Numa outra tentativa de sistematização, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss., identifica as seguintes teses: identidade absoluta e relativa; separação, complementação, fundamentação, esclarecimento, pressuposto, colisão ou ultrapassagem (pontual).

fundamentais que deve ocupar a circunferência exterior, dado que tal adstrição dos particulares nem sempre se opera através dos deveres de protecção ou, mais precisamente, através das normas emanadas pelo legislador em cumprimento dessas obrigações estaduais. Bem pelo contrário, a efectiva vinculação dos entes privados seria (ou deveria ser) o resultado de um conjunto mais ou menos diversificado de instrumentos jurídicos, que começam logo nos planos mais elementares da interpretação e da integração de lacunas em conformidade com a Constituição.

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

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

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

Sobreposição total (1A)
or identificação substantiva

Sobreposição total (1B)
por simples coincidência do âmbito de aplicação

Inclusão (2A)
da vinculação dos privados nos deveres de protecção

Inclusão (2B)
dos deveres de protecção na vinculação dos privados

Sobreposição parcial (3)

Separação total (4A)
por divergência do âmbito de aplicação

Separação total (4B)
por razões de natureza substantiva

Por agora, importa sobretudo sublinhar que, com excepção das duas variantes mais extremas - quer dizer, da primeira variante da primeira orientação (1A) e da segunda variante da quarta orientação (4B) -, nenhuma das outras hipóteses de trabalho implica de *per se* uma posição firme e definitiva sobre a questão da autonomia dogmática das duas figuras constitucionais em confronto. Mesmo a tese da sobreposição total por mera coincidência dos campos de aplicação (1B) não é incompatível com a ideia de autonomia recíproca, uma vez que para garantir esta última seria suficiente que entre os deveres de protecção e a vinculação dos privados se demonstrasse a existência de uma relação meio/fim: os deveres de protecção representariam o instrumento (único) de efectivação do objectivo constitucional de imposição da vigência dos direitos fundamentais também nas relações entre privados. Ou porque, inclusivamente, a figura da vinculação dos privados constituiria o (único) argumento constitucionalmente válido para alicerçar a dedução

de deveres do legislador de protecção jusfundamental.³² De igual modo, as duas declinações da tese da inclusão (2A/B) são também compagináveis com um relativo grau de autonomia dos imperativos de tutela jusfundamental em relação à vinculação dos entes privados: não tanto por o todo nunca ser igual à parte, mas sobretudo porque aqui a parte - independentemente da figura constitucional que ocupar essa posição mais restrita - pode apresentar em qualquer dos casos características específicas que impedem a sua simples dissolução no seio do todo. No quadro dos deveres de protecção, a tutela da posição jurídica da parte mais fraca numa relação contratual nunca será equiparável, por exemplo, à protecção de um bem jurídico fundamental pela via penal. Ou, inversamente, no contexto global da vinculação das entidades privadas, por certo que os instrumentos legais especificamente desenhados para garantir a protecção de bens jurídicos não são assimiláveis a meras operações de interpretação (em conformidade com a Constituição) dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais existentes na lei civil.

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

5.3. Acima de tudo, é nesta última linha de pensamento que deve ser integrada aquela que é, certamente, uma das orientações mais em voga, tanto na Alemanha como em Portugal, a respeito da *vexata quaestio* da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.³³ Nas palavras do seu principal arauto, C.W. Canaris, “estamos, assim, a chegar à decisiva «palavra-chave»”. E aqui a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a «eficácia

³² Sobre outras teses da “relação meio/fim” e da “fundamentação”, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 252-253.

³³ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.. Também, I. SARLET, *A influência*, esp. pp. 124 ss.; B. MACCRORE, *A vinculação*, pp. 28 ss., mas também pp. 66-67; J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 98-100;

mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros», da qual, em substância se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos). Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são igualmente atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a defender um cidadão perante o outro.³⁴ Neste quadro, seria “justamente através da mais fraca eficácia da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência” – em comparação com a proibição de intervenção e com o princípio da proibição do excesso – que ficaria garantido “o respeito pela autonomia do direito privado e, em especial, pela autonomia privada”.³⁵

Que esta posição se enquadra no modelo da sobreposição parcial (3) resulta, por um lado, da afirmação segundo a qual compete ao direito ordinário – e não à própria Lei Fundamental, naturalmente – “disponibilizar os instrumentos de protecção” exigidos pelos “imperativos jurídico-constitucionais de tutela”, os quais “vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até ao direito privado”.³⁶ Com efeito, “à disposição do direito infraconstitucional, existe (...) um amplo espectro de diferentes instrumentos”.³⁷ Os deveres de protecção correspondem a uma figura mais ampla do que a sua eficácia no âmbito do direito privado e das relações jurídicas por este regidas, espalhando-se antes de mais por outros ramos da enciclopédia jurídica (a começar pelo direito penal, de onde aliás são originários). Neste sentido, a afectação dos privados pelos direitos fundamentais no âmbito das suas relações intersubjetivas constitui-se, pois, como um sub-caso da mais abrangente função do Estado de protecção jusfundamental.

Mas, em contrapartida, correspondendo esta tese específica, tal como apresentada até ao momento, a uma variante mais evoluída ou mais requintada das tradicionais teorias da eficácia mediata dos direitos fundamentais, não é de crer que se pretendam abandonar os antigos caminhos através dos quais, tipicamente, se fazia a irradiação dos direitos fundamentais para as relações jurídico-privadas, a come-

³⁴ CANARIS, *Direitos*, p. 58, apresentando em nota uma extensa lista dos (supostos) defensores da mesma posição dominante. No original, *Grundrechte*, p. 38.

³⁵ CANARIS, *Direitos*, p. 67.

³⁶ CANARIS, *Direitos*, p. 115.

³⁷ CANARIS, *Direitos*, p. 117.

çar pelos próprios conceitos de flexibilização do direito privado (*v.g.*, boa fé, bons costumes, ordem pública), mas passando também por outros institutos privatistas estruturantes (*v.g.*, direitos de personalidade, “responsabilidade civil extracontratual, responsabilidade pelo risco, acções negatórias”),^{38,39} Aliás – numa formulação que parece estar na origem de uma aparente justaposição entre teses da vinculação dos privados “através da mediação do legislador” e “através da mediação do juiz”⁴⁰ –, a convocação dos imperativos de protecção de direitos fundamentais, enquanto fundamento de concretos deveres de legislar, só ocorre quando não seja possível obter o desejado efeito de adstrição por meios hermenêuticos comuns: “o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de protecção de direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um acto do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”.⁴¹ Assim, por exemplo, com o aprofundamento e consolidação das teorias sobre os chamados deveres de segurança no tráfego, enquanto instituto civilista *a se*, reduz-se significativamente a necessidade de convocação autónoma da figura dos imperativos constitucionais de tutela.⁴² Pelo que, em suma, os próprios deveres de protecção jusfundamental – ou a necessidade de proceder ao seu cumprimento através de uma intervenção legislativa *ad hoc* – representam apenas uma forma particular, entre várias outras, de alcançar a vinculação efectiva e recíproca dos sujeitos privados ao conteúdo dos direitos fundamentais. Se se preferir, é mais um instituto (de raiz constitucional), a par de outros (por regra com raízes privatistas), que contribui para alcançar o desiderato civilizacional de pôr fim à *dualidade ética* que, em matéria de direitos fundamentais, caracterizou o período liberal.

Esta conclusão não é alterada pelo facto de se reconhecer que, afinal, o juiz – ele próprio destinatário dos deveres constitucionais de protecção – tem também um papel importante no estabelecimento da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, mormente quando o legislador não cumpriu em termos adequados as suas tarefas: “para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controlo jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judicial do direito. Mas, uma

³⁸ CANARIS, *Direitos*, p. 116.

³⁹ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 74.

⁴⁰ M.V. GRAU, *Derechos*, pp. 148 ss., e pp. 163 ss..

⁴¹ CANARIS, *Direitos*, p. 116. No original, *Grundrechte*, p. 81.

⁴² CANARIS, *Direitos*, p. 110; e *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss..

vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir essa tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional défice de protecção”.⁴³ Com efeito, esta ideia de atribuir ao juiz um papel supletivo ou complementar do legislador no cumprimento dos deveres de protecção e, por essa via, na garantia de uma vigência real dos direitos fundamentais nas relações privadas – justificando agora mais claramente a já referida tese da vinculação dos privados “através da mediação jurisdicional” –, diz apenas respeito ao problema das funções do Estado que são destinatárias (primárias e secundárias) dos imperativos constitucionais de protecção. O papel atribuído à jurisdição em nada bule com a explicação das relações entre as duas figuras cotejadas com recurso ao modelo da sobreposição parcial.

No entanto, adiante-se desde já, que assim fica em causa a integração da posição doutrinária em análise no grupo das tradicionais teses da eficácia mediata dos direitos fundamentais – contrariando a visão do seu principal autor, que vê no apelo à figura dos deveres de protecção, recorde-se, “uma explicação dogmática convincente para a «eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros»”.⁴⁴ Quem, inclusivamente, responde em termos afirmativos à questão de saber “se a jurisdição (...) pode, em certas circunstâncias, ir além do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente imposto, porque e na medida em que o legislador (ordinário) também o poderia fazer”, não pode, ao mesmo tempo, colocar-se entre as teses mais conservadoras da eficácia meramente indirecta ou mediata. Não se trata sequer de uma orientação intermédia – uma espécie de “terceira via” entre as teorias da eficácia mediata e as teorias da eficácia imediata, tal como benevolmente já foi sustentado-.^{45,46,47} Trata-se antes de uma orientação

⁴³ CANARIS, *Direitos*, p. 124. No original, *Grundrechte*, p. 87.

⁴⁴ CANARIS, *Direitos*, p. 58. No original, *Grundrechte*, p. 38.

⁴⁵ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 75, onde se lê: “mesmo nas situações em que não há lei ou cláusula geral aplicável, considera a tese dos deveres de protecção que os direitos fundamentais projectam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, não enquanto direitos subjectivos oponíveis a particulares, mas mediadamente, através do reconhecimento de uma dimensão objectiva (...) de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judicial, especiais deveres de protecção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a protecção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares”.

⁴⁶ Criticando a ideia de uma “terceira via”, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 335. Contudo, reconhece-se hoje que a crítica não está bem fundamentada, por se basear apenas na distinção entre vinculação mediata através do *direito (privado) legislado* e a vinculação mediata através do *direito*

que vive numa contradição insanável entre os seus pressupostos, que quer manter à viva força – só os poderes públicos, legislador e tribunais, estão vinculados directamente pelos direitos fundamentais, mas não os sujeitos privados –, e os resultados que pretende (e diz conseguir) alcançar: a real vinculação dos particulares nas suas relações recíprocas, em conformidade com os padrões de tutela definidos pela própria Lei Fundamental. Com premissas *mediatas* não se podem obter consequências práticas tipicamente *immediatas*.

Na melhor das hipóteses, esta será uma orientação em trânsito: começa por uma vinculação mediatizada pela lei existente (e pelo seu desenvolvimento jurisprudencial), passa depois para uma vinculação mediatizada pelas leis que o legislador (ainda) deve editar, e termina – quando confrontada com o seríssimo problema das omissões legislativas – por reconhecer a necessidade (pontual) de uma vinculação apenas intermediada pela função jurisdicional, no que acaba por se mudar definitivamente para o outro lado da barricada: o da eficácia directa ou imediata.⁴⁸ Nem mesmo a mais aprofundada (re)fundamentação nacional desta teoria – para a qual os deveres de protecção constituem o sétimo céu do *modus vinculandi* dos privados, como se aqueles não estivessem carregados de problemas⁴⁹ – consegue explicar este percurso desviante, limitando-se a acusar as orientações defensoras da vinculação imediata de darem com uma mão, aquilo que depois tiram com a outra (por meio de vários expedientes de ponderação), bem como a caricaturá-las como um modo de entregar de bandeja ao arbítrio dos juízes (em detrimento do legislador democrático) a resolução de todos os conflitos jusfundamentais no seio das relações privadas.⁵⁰

No fundo, os deveres de protecção de direitos fundamentais são utilizados numa estratégia argumentativa de dissolução do problema complexo da vinculação das entidades privadas no problema, bem mais pacífico, da vinculação das

(privado) a legislar, esquecendo o papel que se pretende atribuir ao poder judicial. O que não significa que uma teoria que encerra uma *contradictio in adjecto* possa ser considerada uma verdadeira “terceira via”. Igualmente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118.

⁴⁷ Também ALEXY, *Teoria*, p. 513, autonomiza uma “terceira teoria”, onde curiosamente integra quer a doutrina da “convergência estatista” – que, em rigor, é negativista –, quer a doutrina dos deveres de protecção.

⁴⁸ Assimilando abertamente esta posição às teses da eficácia imediata, B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 66-67.

⁴⁹ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 111, invocando contra as teses da eficácia imediata o mais típico dos argumentos contrários aos deveres de protecção: o argumento da perversidade: “assistiríamos, nas relações entre privados, a uma verdadeira inversão dos direitos fundamentais, ou seja, à instrumentalização dos direitos fundamentais contra a liberdade”.

⁵⁰ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 103 e pp. 108-109.

entidades públicas. Mesmo quando se procura construir um modelo em três níveis – “o dos deveres do Estado, o dos direitos contra o Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado”⁵¹ –, só o terceiro destes é que respeita efectivamente ao problema da vinculação das entidades privadas. Mas aquela estratégia falha quando (ou precisamente porque) se convocam os tribunais – ainda que supletivamente ou até excepcionalmente⁵² – à concretização, nos casos *sub judice*, dos deveres de protecção que sobre eles próprios impendem e simultaneamente da adstrição de privados aos direitos fundamentais dos seus concidadãos. A não ser que se queira mesmo defender a quadratura do círculo – conferir aos juízes o (exorbitante) poder de vincular os privados a obrigações de respeito pelos direitos dos seus congéneres que, para eles, não resultariam nem das normas constitucionais nem de nenhuma outra fonte normativa prévia! –, o chamamento dos tribunais à tarefa em questão, à margem do legislador, desloca inapelavelmente a posição doutrinal em causa para o campo da eficácia imediata (onde, como é sabido, nunca se excluíram formas paralelas de eficácia mediata). Numa palavra: “vincular o juiz a estes direitos implica, na prática, que os particulares também o estejam”⁵³.

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

5.4. Por conseguinte, várias razões permitem afirmar que a relação entre a figura da vinculação dos entes privados – tal como agora se apresentou – e os deveres estaduais de protecção obedece ao suprarreferido modelo da sobreposição parcial (posição 3). Nem aquela primeira figura é um capítulo desta segunda, nem esta segunda é um capítulo daquela primeira.⁵⁴

Por uma banda, ainda que na generalidade dos casos os deveres estaduais de protecção se destinem a prevenir ou a resolver situações em que os bens jurídicos garantidos pelos direitos fundamentais de certos privados se encontram ameaçados pela conduta de outros privados, nem sempre assim acontece. Como adiante se verá, há relações jusfundamentais que não se desenvolvem segundo uma estrutura triangular típica (e simétrica) – *titular-agressor* → *Estado-protector*

⁵¹ ALEXY, *Teoria*, p. 516.

⁵² J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 106-109.

⁵³ B. MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 67.

⁵⁴ SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 333 ss..

→ *titular-vítima* –, desde logo porque há perigos para os bens protegidos pelos direitos fundamentais que justificam uma intervenção protectora do Estado, mas que não têm origem noutros sujeitos privados. Ou, pelo menos, noutros sujeitos privados sob jurisdição nacional e facilmente identificáveis – isto é, em termos que permitam aos poderes públicos a sua colocação efectiva sob o influxo dos direitos básicos. Será o caso, desde logo, dos vulgarmente chamados perigos da natureza, mas também o dos perigos originados por ou em Estados estrangeiros e, embora de uma forma menos clara, dos perigos humanos de origem muito difusa. Com efeito, mais do que a origem concreta dos perigos ou riscos jusfundamentais, que é em princípio indiferente, a dedução dos deveres de protecção é uma operação argumentativa muito centrada na análise da gravidade das ameaças e da natureza dos bens potencialmente atingidos.

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

Entre estas duas constelações opostas, existe efectivamente um núcleo problemático comum, em que as duas figuras constitucionais em confronto acabam por confluir. É certo que os deveres de protecção são em si mesmos um instituto moldado, antes de mais, pelo princípio da vinculação das entidades públicas e pe-

los elevadíssimos padrões de exigências que a Constituição lhes impõe. São obrigações do Estado, que se encontra posicionado no vértice superior da pirâmide jusfundamental. Eles comportam duas dimensões verticais distintas – uma de salvaguarda de bens fundamentais e outra de restrição – e não são apenas algo que respeite às relações que se processam na base da pirâmide – sejam elas horizontais ou, no caso dos poderes privados, também verticais (ou diagonais). Mas não é menos verdade que, na generalidade dos casos, os imperativos constitucionais de protecção têm como pano de fundo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que intervém. A função de protecção e a função de vinculação intersubjectiva privada intersectam-se reciprocamente: não porque caiba aos poderes públicos obrigados pelos deveres de protecção levantar do chão essa eficácia vinculativa dos sujeitos privados; ao invés, o dever de protecção existe precisamente porque (e na exacta medida em que) os particulares se encontram de antemão constitucionalmente vinculados, num sentido muito amplo, ao respeito pelos direitos fundamentais uns dos outros.⁵⁵ Os deveres de protecção representam, assim, um *plus* que assenta sobre a ideia de uma vinculação preexistente dos sujeitos privados aos direitos fundamentais. Se “A” não está vinculado pelo direito de “B”, juridicamente, é óbvio que também não o pode violar. Como justificar, então, uma intervenção protectora do Estado com o objectivo de evitar a *violação* de tal direito, sabendo-se para mais que isso implicará certamente a restrição de posições jusfundamentais de “A”?

6. A CONCLUSÃO POSSÍVEL

Em suma, como conclusão possível, pode sustentar-se que a autonomia da função de eficácia intersubjectiva privada e da função de protecção apresenta um duplo sentido.⁵⁶

Em primeiro lugar, apesar de a figura dos deveres estaduais de protecção assumir tipicamente como pressuposto a efectiva vinculação dos sujeitos privados, nas relações entre si, aos direitos fundamentais em causa – ou, para ser mais preciso, às faculdades e dimensões jusfundamentais que reclamam essa mesma tutela protectora –, ela integra-se na problemática constitucional da vinculação das entidades públicas, que começa naturalmente pela vinculação do próprio legislador.⁵⁷ O

⁵⁵ I. SARLET, *A influência*, p. 132. Na mesma linha, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 117.

⁵⁶ Também em defesa da ideia de autonomia: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 387; ISENSEE, (§III) *Das Grundrecht*, pp. 216-217; e igualmente *Das Grundrecht*, pp. 35-36; RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 182-185.

⁵⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 156.

que significa, designadamente, que, numa perspectiva de regime constitucional, os deveres estaduais de protecção não se regem pelos padrões resultantes da parte final do n.º 1 do artigo 18.º, estando antes submetidos aos cânones aplicativos, por certo mais exigentes, do segmento imediatamente anterior desse mesmo preceito. Dever de protecção e vinculação recíproca dos entes privados não são uma e a mesma coisa, mas realidades distintas que têm uma única premissa em comum, mas que seguem a partir dele caminhos submetidos a lógicas e a regras razoavelmente distintas.⁵⁸

Em segundo lugar, uma vez destronadas, por evidente contradição com as opções do legislador constituinte, as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e centrando-se hoje a maior parte dos esforços doutrinários na determinação do *como* e da *intensidade* dessa mesma vinculação – ou seja, na alternativa entre eficácia mediata e eficácia imediata e na sua (superação ou) matização através de soluções intermédias e diferenciadoras –, é importante sublinhar que a afirmação autónoma do instituto dos deveres de protecção não está dependente da posição adoptada quanto a esta querela. E não é tanto porque se acumulam indícios do eminente esboroamento daquela dicotomia, com várias vozes a advogar o seu artificialismo e a professar a ideia de que ambas as teses chegam a resultados idênticos.⁵⁹ De um lado, tomando por referência o mesmo direito fundamental, a aceitação da mera vinculação mediata não desemboca necessariamente na imposição de deveres estaduais de protecção. Em primeira linha, há que contar com as muitas virtualidades da via hermenêutica, com o preenchimento dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, ou com os próprios direitos de personalidade, ou ainda com os deveres de segurança no tráfego. De outro lado, o reconhecimento de uma vinculação imediata não inviabiliza a dedução de imperativos de protecção, concretizadores ou complementares dos efeitos directamente produzidos pelos direitos fundamentais.⁶⁰

Compreende-se agora melhor por que motivo não merece aceitação a tendência segundo a qual é basicamente através do cumprimento (legislativo) dos deveres de protecção que se processa a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais – ou, por outras palavras, a tendência que pretende abrir, no

⁵⁸ No sentido de que partem (antes) de um problema comum, isto é, a existência de perigos não estaduais para os bens jusfundamentalmente protegidos, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 99.

⁵⁹ Designadamente: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 337; V. ANDRADE, *Os direitos*, p.244; ALEXY, *Teoria*, pp. 511-515; fazendo notar que essa proximidade remonta à origem do problema, STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, p. 1531. Contra, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 79.

⁶⁰ I. SARLET, *A influência*, p. 131.

espaço que supostamente medeia entre a eficácia mediata e a eficácia imediata, uma espécie de *terceira via* de relacionamento entre os direitos fundamentais e os sujeitos privados.^{61,62,63} Com efeito, não obstante esta tendência sincrética estar a ganhar terreno, é evidente que em larga medida ela se constrói à custa da independência dos deveres estaduais de protecção – assim como, no caso português, a expensas de um menor alcance da parte final do n.º 1 do artigo 18.º. Não se vislumbra como pode ser atribuída competência ao legislador ordinário, com a margem de livre conformação de que sempre dispõe – e, segundo alguns, só muito excepcionalmente também aos tribunais⁶⁴ – para decidir sobre se, e em que termos, podem os direitos fundamentais valer nas relações entre os respectivos titulares. Conquanto exista mesmo quem defenda que esta corrente coloca fora de moda a teoria da eficácia mediata, supostamente sufragada há mais de 50 anos pela tão controversa decisão *Lüth*⁶⁵ – no sentido em que a vetusta questão da *Drittwirkung* é agora atirada para as margens da teoria dos deveres de protecção⁶⁶ –, semelhante orientação em pouco difere das clássicas teses da eficácia meramente indirecta ou mediata.⁶⁷ Simplesmente, em vez de a vinculação dos particulares se efectuar com recurso ao direito previamente legislado – pensando-se, em regra, de modo redutor, apenas no direito privado vigente e, em particular, na interpretação

⁶¹ Como principal arauto: CANARIS, *Direitos*, esp. pp. 55-75; mas também STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1560-1561, e pp. 1573 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 37 ss.; KLEIN, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, pp. 489 ss.; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss., esp. pp. 285-289; PIETZCKER; *Drittwirkung*, pp. 345 ss.. Em Portugal, na respectiva senda, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 72 ss.; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 153 ss. Manifestando-se claramente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118. Dando ainda conta da referida tendência: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 337-338; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 137 ss., e pp. 239-240; A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 414 ss.; B. UBILLOS, *La eficacia*, pp. 289 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 136 ss..

⁶² Em rigor, porém, a origem desta orientação remonta ao próprio Dürig, que baseia a sua tese da eficácia mediata no *dever de protecção da dignidade humana* do artigo 1.º da Lei Fundamental: MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz*, I, Art. 1, Abs. III, n.m. 132.

⁶³ A tendência terá chegado ao Tribunal Constitucional germânico na sua decisão “*Handelsvertreter*”, de 1990 (BVerfGE, 81, 242). Lendo a decisão neste sentido: OETER, “*Drittwirkung*”, pp. 549-551; STARK, *Praxis*, p. 67.

⁶⁴ CANARIS, *Direitos*, pp. 39 ss., e p. 58; J. NOVAIS, *Os direitos*, p. 108; referindo-se amplamente à mediação do juiz, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 302 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 163 ss.; STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, pp. 1582-1586.

⁶⁵ Decisão que remonta a 1958 (BVerfGE, 7, 198), logo confirmada pela decisão *Blinkfüer*, de 1969 (BVerfGE, 25, 256).

⁶⁶ FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, p. 39.

⁶⁷ JARASS, *Die Grundrechte*, pp. 373-378, falando de uma “estreita conexão” entre efeito *mediato* dos direitos fundamentais e dever de protecção estadual.

(conforme) dos seus preceitos e no preenchimento dos seus conceitos indeterminados e cláusulas gerais⁶⁸ –, tal efeito vinculativo dar-se-ia agora com apelo à transformação ocasional ou pontual desse mesmo direito privado. O que, por sua vez, equivale tão-só a reconhecer duas evidências: a natureza lacunar do direito privado em matéria de tutela dos bens jusfundamentais; e que o respectivo legislador – como se houvesse vários legisladores, um para o direito público e outro para o direito privado!⁶⁹ – está igualmente obrigado a garantir de modo activo o respeito pelos direitos fundamentais. Junta-se apenas o direito legal *constituendo* ao direito legal *constituído*.

Ora, a realidade afigura-se diversa da sugerida pela teoria em análise. Em se tratando de relações jusfundamentais triangulares, não é porque o Estado está obrigado a cumprir certos deveres de protecção que os correspondentes bens jurídicos vão acabar, reflexa ou mediadamente, por produzir efeitos vinculantes entre os sujeitos privados envolvidos. Será sim porque os entes privados estão entre si adstritos aos direitos fundamentais que o Estado está, em determinadas circunstâncias, obrigado a um dever de protecção. É porque essa vinculação foi definida *a priori* pela Constituição que o Estado tem, por vezes, que proteger legislativamente os bens jusfundamentais que se encontram sob ameaça.⁷⁰ O respeito a que *A* está juridicamente obrigado para com a vida de *B* não advém da norma legal que pune o homicídio, mas é o dever de proteger penalmente o bem vida que assenta sobre a vinculação recíproca de todos pela vida dos seus semelhantes. O direito civil não apresenta, a este respeito, qualquer especificidade. Por isso, as liberdades fundamentais não vinculam apenas as partes de um contrato quando, previamente, o legislador entendeu ser seu dever interceder por elas, dado que este ou aquele contraente tem uma posição mais frágil, ou devido ao facto de neste ou naquele tipo contratual as relações serem tendencialmente desigualitárias. Em qualquer dos casos, a intervenção do legislador não tem um carácter constitutivo, mas meramente declarativo e concretizador.⁷¹ Para que não restem dúvidas, o n.º 1 do artigo 18.º contém uma norma que estabelece a aplicabilidade – mediata ou imediata, nem isso é agora verdadeiramente decisivo – dos direitos fundamen-

⁶⁸ O que, certamente, não deixa de ser uma reminiscência da formação de base do principal autor: C.W. Canaris.

⁶⁹ No entanto, insistindo na ideia de vinculação do dito “legislador privado”: CANARIS, *Direitos*, pp. 28 ss.; STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1565 ss.; HESSE, *Grundzüge*, p. 159.

⁷⁰ O mesmo valerá, aliás, para o dever de protecção jurisdiccional: STERN, (§76) *Die Wirkung*, p. 1551, e pp. 1582 ss..

⁷¹ UBILLOS, *La eficacia*, p. 297.

tais nas relações entre particulares. Não é uma simples autorização concedida ao legislador (e, em casos excepcionais, à função jurisdicional), nem tão-pouco uma norma atributiva de competência para, através da sua acção, proceder a essa vinculação.⁷² A vinculatividade dos direitos fundamentais *inter privados* é em si mesma fixada pela Constituição, não podendo estar sujeita às margens de livre decisão e ponderação que em regra são reconhecidas ao legislador ordinário no domínio dos seus deveres de protecção.

7. BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, 2005.
- ABRANTES, J., *Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990.
- ALEXANDRINO, J., *Direitos fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007.
- ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales*, trad., Madrid, 1997.
- ANDRADE, V., *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012.
- BAPTISTA, E.C., *Os direitos de reunião e de manifestação no direito português*, Coimbra, 2006.
- CANARIS, C.W., *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin/..., 1999, trad. P.M. Pinto, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, G. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, I e II, Coimbra, 2007 e 2010.
- CANOTILHO, G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2005.
- CARMONA, M., *O acto administrativo conformador de relações de vizinhança*, Coimbra, 2012.
- DUARTE, M.L., *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra, 2008.
- FLOREN, D., *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht*, Berlin, 1999.
- GRAU, M.V., *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid/Barcelona, 2004.
- GRIMM, D., *The protective function of the state, in European and US Constitutionalism*, ed. G. Nolte, Cambridge, 2005.
- HAGER, J., “Grundrechte im Privatrecht”, *JZ*, 8, 1994, p. 373.
- HERMES, G., *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Satz 1 GG*, Heidelberg, 1987.
- HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad., Madrid, 1995.

⁷² Neste sentido, I. SARLET, *A influência*, pp. 131-132.

- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1999.
- ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflichten (§ 111)”, in J. Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, v, 2000, Heidelberg, p. 143.
- JARASS, H., “Die Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektiv-rechtlich Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR*, 110, 1985, p. 363.
- KLEIN, H., “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, *DVBl*, 1994, p. 489.
- KRINGS, G., *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin, 2003.
- LANGNER, T., *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Frankfurt, 1998.
- LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960.
- LEITÃO, A.M., *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009.
- MAC CRORIE, B., *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005.
- MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar, I*, Art. 1, Abs III, n.m. 132, München, 1973, 1994 e 1996-7.
- MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: IV, 5ª ed., 2012; VII, 1ª ed., 2007.
- MIRANDA, J. / SILVA, J.P., “Anotação ao artigo 18º”, J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010.
- MURSWIEK, D., *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, 1985.
- NOVAIS, J., *Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006.
- OETER, S., “«Drittwirkung» der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts”, *AöR*, 119, 1994, p. 529.
- PIEROTH, B. / SCHLINK, B., *Grundrechte – Staatsrecht*, II, Heidelberg, 2004.
- PIETZCKER, J., “Drittwirkung, Schutzpflicht, Eingriff”, in *Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geb.*, Maurer (Hrsg.), München, p. 345.
- PINTO, P.M., “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in *Direitos fundamentais e direito privado*, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 145.
- PINTO, P.M., “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005, p. 313.
- POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003.
- RAUSCHNING, D., “Staatsaufgabe Umweltchutz”, in *VVDStRL*, 38, 1980, p. 167.

- ROBBERS, G., *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987
- SARLET, I., “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, in *Direitos fundamentais e direito privado*, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 111.
- SCHWABE, J., “Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte”, *AöR*, 100, 1975, p. 442.
- SCHWABE, J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971.
- SEQUEIRA, E.V., *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Lisboa, 2004.
- STARCK, C., *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994.
- STERN K. / SACHS, M., “Die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung (§76)”, in *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1994, p. 1511.
- SZCZEKALLA, P., *Die sogenannten grundrechtliche Schutzpflichten in deutschen und europäischen Recht*, Berlin, 2002.
- UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997.
- UNRUH, P., *Zur Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996.
- XAVIER, B., *Direito da greve*, Lisboa, 1984.