

## INTRODUÇÃO

“É [a] valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como direito das pessoas, a sua personalidade se protege, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito da família, a sua afectividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam –, é [a] centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples. Mais do que em qualquer outro ramo do direito, será pois aqui, e *hoc sensu*, o *habitat* jurídico da pessoa, da sua 'liberté d'épanouissement', da 'freie Entfaltung der Persönlichkeit’”

(Orlando de Carvalho) <sup>1</sup>.

O direito civil apresenta-se frequentemente como “o núcleo de todo o direito” <sup>2</sup>. Orlando de Carvalho descreve-o, de forma impressiva, como “aquele círculo [do direito] em que menos fungível é o indivíduo como tal” <sup>3</sup>, reclamando uma “repersonalização do direito civil [...] - isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos” <sup>4</sup>.

O problema está em que a descrição do direito civil como “o núcleo de todo o direito”, ou como “aquele círculo [do direito] em que menos fungível é o indivíduo como tal”, é hoje discutida e discutível. O “centro de gravidade do sistema jurídico” deslocou-se – ou pelo menos, tende a deslocar-se - do direito civil para o direito constitucional <sup>5</sup>: em primeiro lugar, por uma *razão formal* – as normas de

1 Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, 2.<sup>a</sup> ed., Centelha, Coimbra, 1981, págs. 91-92.

2 José de Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral*, vol. I – *Introdução. As pessoas. Os bens*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2000, pág. 21.

3 Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, cit., pág. 92.

4 *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, cit., pág. 90. Orlando de Carvalho contrapõe a função geral do direito e a função específica do direito civil distinguindo o “humanismo abstracto” do primeiro e o “humanismo concreto” (ou, pelo menos, o humanismo mais concreto) do segundo: o direito civil deveria devolver-se ao “humanismo mais concreto que é fundamento do seu modo de composição dos interesses, ou seja, daquele recurso à iniciativa da pessoa que [...] cunhou definitivamente os seus processos de actuação (através da técnica do direito subjectivo, inexplicável sem essa raiz antropológica)” (ob. cit., pág. 90).

5 Mário Reis Marques, “Considerações sobre a vigência do Código Civil”, in: *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977* vol. II – *A Parte Geral do Código Civil e a teoria geral do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 89-102 (97). Reis Marques caracteriza o Código Civil de 1867 como “a principal fonte do direito português” e o Código Civil de 1966 como “a verdadeira Constituição nas matérias de direito privado” (pág. 96); a Constituição da República Portuguesa de 1976 ter-lhe-ia retirado a sua dignidade constitucional ou o seu valor

direito constitucional são normas hierarquicamente superiores, as normas de direito civil são hierarquicamente inferiores; “a normatividade constitucional impõe-se como a mais elevada manifestação do direito”<sup>6</sup> -; em segundo lugar, por uma *razão material* (ou *substantiva*) – as normas de direito constitucional intrometem-se nas relações jurídico-privadas; assim, “[o] direito de propriedade, as liberdades civis, a iniciativa privada económica, entre outros aspectos igualmente relevantes, são hoje garantidos por normas de hierarquia superior”<sup>7</sup>. Se a razão formal da deslocação do centro de gravidade do sistema jurídico para o direito constitucional é inultrapassável, a sua razão material ou substancial não o é: o direito civil pode readquirir a sua posição no centro do sistema jurídico português – pode readquiri-la, por exemplo, aprofundando o conhecimento dos princípios e das regras jurídicas sobre os direitos de personalidade<sup>8</sup>.

## **CAPÍTULO 1:**

### **CONCEITO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

#### **§ 1.**

#### **CONCEITO E ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA**

SUMÁRIO: 1. Conceitos de direito subjectivo em sentido amplo ou lato, de direito subjectivo propriamente dito e de direito potestativo. 2. Conceitos de dever jurídico e de estado de sujeição. 3. Conceito de ónus jurídico

---

constitucional, ocupando “agora de forma indubitável, o vértice da pirâmide normativa. [...] As suas normas e princípios são assumidos como autêntica fonte conformadora do ordenamento, projectando o seu 'domínio de conteúdo', que agora transcende o simples 'domínio de organização', nos espaços abertos do Código Civil” (pág. 97).

6 Mário Reis Marques, “Considerações sobre a vigência do Código Civil”, cit., pág. 97

7 Mário Reis Marques, “Considerações sobre a vigência do Código Civil”, cit., pág. 96. Reis Marques compara o projecto dos códigos do século XIX com o projecto das constituições dos séculos XX e XXI: “patenteando uma tendência para a hiperconstitucionalização, procurando abarcar toda a vida jurídica, tal como o pretenderam fazer os códigos do século XIX, [as constituições do século XX – ou, pelo menos, da segunda metade do século XX -] não descaram os aspectos mais relevantes das relações jurídico-privadas” (pág. 96).

8 Claus-Wilhelm Canaris afirma que a ausência de uma regulação (minimamente) adequada e completa dos direitos de personalidade no Código Civil alemão é um “pesado défice” e declara que “os preceitos dos arts. 70.º e seguintes do Código Civil português, que regulam a tutela da personalidade de forma abrangente, são de elogiar como exemplo” [“Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II – *A Parte Geral do Código Civil e a teoria geral do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 23-42 (41)]; concordo com a primeira parte – concordo que essa ausência é um “pesado défice” -, não concordo – não posso concordar – com a segunda.

Entre os instrumentos centrais do direito privado conta-se a *relação jurídica*. Manuel de Andrade concebe-a como "uma relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição" <sup>9</sup>. O núcleo de uma relação jurídica ("o enlace, o vínculo, o nexo que mediante ela se estabelece entre os sujeitos") deverá assim decompor-se em dois elementos: o primeiro consiste no direito subjectivo (em sentido amplo ou lato); o segundo consistirá num dever jurídico ou num estado de sujeição.

### **1. Conceitos de direito subjectivo em sentido amplo ou lato, de direito subjectivo propriamente dito e de direito potestativo**

O conceito de direito subjectivo em sentido amplo ou lato compreende duas figuras distintas: o direito subjectivo propriamente dito e o direito potestativo.

O *direito subjectivo propriamente dito* consiste no poder de exigir ou de pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão). O *direito potestativo*, esse, consiste no poder de, por um acto de sua vontade, só de per si ou integrado depois por um acto de uma autoridade pública (normalmente, por uma decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte) <sup>10</sup>.

### **2. Conceitos de dever jurídico e de estado de sujeição**

O direito subjectivo propriamente dito tem como correlato um dever jurídico; o direito potestativo tem como correlato uma sujeição, ou um estado de sujeição: quando a ordem jurídica atribui a alguém um *direito subjectivo propriamente dito* impõe a outrem — ao seu adversário, à sua contraparte — *um dever jurídico*; quando a ordem jurídica atribui a alguém um direito potestativo, impõe a outrem — ao seu adversário, à sua contraparte — *um estado de sujeição*.

Em que consistem — e como se distinguem — o dever jurídico e o estado de

---

<sup>9</sup> Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1964, pág. 2.

<sup>10</sup> Manuel de Andrade *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, cit., págs. 10 e 12.

sujeição? Face ao ensinamento de Manuel de Andrade, deve definir-se o *dever jurídico* como a necessidade de adoptar o comportamento prescrito pela norma que atribui um direito subjectivo; e o *estado de sujeição*, como a "necessidade imposta pela ordem jurídica ao sujeitado de suportar as consequências do exercício do direito potestativo, ou seja, a produção dos efeitos a que ele tende" <sup>11</sup>. "[O] termo 'necessidade' é tomado aqui [i. e.: na definição do conceito de direito potestativo, *mas só nela*] no sentido de subordinação irresistível — tão irresistível (pelo menos) como a que promana das leis naturais" <sup>12</sup>. Entre o dever jurídico e o estado de sujeição existe uma diferença essencial: aquele sobre quem se faz recair um dever jurídico tem a possibilidade (fáctica) de não cumprir (expondo-se embora a sanções); aquele sobre quem se faz recair um estado de sujeição não tem essa possibilidade. O dever jurídico pode ser infringido; a sujeição não pode sê-lo: o sujeitado não pode impedir a produção dos efeitos do exercício do direito potestativo. "Eles produzir-se-ão sempre, queira ou não o sujeitado, logo que o direito potestativo exista e seja exercitado em devida forma" <sup>13</sup>.

### **3. Conceito de ónus jurídico**

Os conceitos de direito subjectivo, de dever jurídico e de estado de sujeição expostos omitem o elemento "interesse", considerando-o como elemento exterior ao conteúdo ou "estrutura interna" da relação jurídica: "uma coisa é o direito subjectivo em si mesmo, uma outra coisa é o interesse para cuja protecção tal direito foi concedido" <sup>14</sup>. Os interesses subjacentes à atribuição de um direito subjectivo constituem, em todo o caso, elementos relevantes para contrapor os conceitos de dever jurídico e de ónus: o dever jurídico é imposto para a satisfação de um interesse alheio (de um interesse do titular do direito subjectivo correspondente), o ónus é imposto para a satisfação de um interesse próprio (de um interesse do onerado), consistindo na necessidade de adoptar determinado comportamento para conseguir ou para conservar uma vantagem jurídica <sup>15</sup>.

---

11 Manuel de Andrade *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, cit., págs. 16 e 17.

12 Manuel de Andrade (com a colaboração de Rui de Alarcão) *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1966, pág. 3.

13 Manuel de Andrade *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, cit., pág. 17.

14 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 227 (n. m. 370).

15 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, págs. 234-235 (n. m. 383).

O dever jurídico configura-se assim como um imperativo absoluto ou categórico ("deves actuar desta ou daquela forma, independentemente das vantagens ou desvantagens daí resultantes"); o ónus jurídico configura-se como um imperativo hipotético ("deves actuar desta ou daquela forma, para conseguir ou para conservar certa vantagem")<sup>16</sup>. A inobservância ou infracção (ilícita) de um dever jurídico expõe normalmente o obrigado a uma desvantagem — a uma sanção ou, de uma forma mais rigorosa, a uma sanção negativa<sup>17</sup> —; a inobservância de um ónus jurídico — de um imperativo *hipotético* de actuar desta ou daquela forma para conseguir ou conservar certa vantagem — só expõe o onerado à não obtenção ou à não conservação dessa vantagem: dessa vantagem *jurídica*<sup>18</sup>.

## § 2.

### CONCEITO E ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL

Karl Larenz aproxima-se do conceito de direito de personalidade e do princípio geral do reconhecimento ou respeito recíproco recorrendo ao conceito de relação jurídica fundamental. O autor começa por descrever um caso extremo: duas (ou mais) pessoas encontram-se numa ilha distante e longínqua. As suas relações recíprocas podem regular-se de acordo com dois princípios. A primeira possibilidade é a de a desigualdade entre os mais fortes e os mais fracos engendrar uma relação de submissão – em que o mais forte submeteria os mais fracos e usá-los-ia como instrumentos para realizar os seus fins. A segunda hipótese é a de a igualdade entre todos, como pessoas, engendrar uma relação de cooperação, de reconhecimento e de respeito recíprocos – em que todos se reconheceriam e se respeitariam como pessoas (autónomas e auto-responsáveis). O conceito de relação jurídica fundamental designaria justamente uma relação de reconhecimento ou de respeito recíprocos: cada um tem o direito subjectivo de exigir de todos os demais que seja respeitado como pessoa e, reciprocamente, tem o dever jurídico de respeitar todos os demais, como pessoas<sup>19</sup>. O conteúdo do

---

16 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982 (reimpressão), pág. 373.

17 Cf. Norberto Bobbio, "La funzione promozionale del diritto", in: *Dalla struttura alla funzione*, 2.<sup>a</sup> ed., Edizioni di Comunità, Milano, 1984, págs. 13-32 (esp. págs. 17-21).

18 Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 11; Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, cit., pág. 373.

19 Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (título original: *Richtiges Recht*).

direito subjectivo (do poder de exigir) coincide absoluta ou completamente com o conteúdo do dever jurídico (do dever de prestar): “cada um pode exigir respeito ao outro nos mesmos termos em que deve [prestar] respeito [aos outros]”<sup>20</sup>.

O direito subjectivo e o dever jurídico (i. e., o dever de respeito) compreendidos na relação jurídica fundamental devem interpretar-se ou integrar-se recorrendo aos conceitos da filosofia moral, da filosofia política e da filosofia jurídica kantianas.

Immanuel Kant contradistingue o *mundo da natureza* e o *mundo da liberdade*: o primeiro, o mundo da natureza, é o mundo das coisas ou dos objectos; o segundo, o mundo da liberdade, é o mundo das pessoas ou dos sujeitos.

As coisas, ou objectos, são instrumentos; as pessoas, ou sujeitos, são fins em si; as coisas ou objectos, como instrumentos, têm um *preço*; as pessoas ou sujeitos, como fins em si, têm algo que está acima de qualquer preço - têm *dignidade*.

Kant extrai da distinção entre a coisa e a pessoa, entre o objecto e o sujeito, ou entre o *mundo da natureza* e o *mundo da liberdade* um dever ético ou moral de respeito pela pessoa, como fim em si: “age sempre de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa dos outros, nunca somente como um meio, mas sempre e simultaneamente como um fim em si”. O dever ético ou moral de respeito pela pessoa concretizar-se-ia num dever jurídico: “todo o homem, como pessoa, tem o poder jurídico de exigir o respeito de todos os demais e, reciprocamente, tem o dever jurídico de respeitar todos os demais”<sup>21</sup>.

O respeito pelo ser humano como pessoa é o respeito pelo ser humano como ser auto-determinado e auto-responsável – ou como ser livre -, pelo que o conceito da relação jurídica fundamental deverá reconstruir-se de forma a designar a relação jurídica “em que cada um é respeitado e tratado pelos outros como um ser livre”.

### § 3.

#### **COROLÁRIOS DA RELAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL (I)**<sup>22</sup>

SUMÁRIO: 1. O conceito de personalidade jurídica. 2. O conceito de capacidade jurídica. 3. O círculo de direitos de personalidade.

---

*Grundzüge einer Rechtsethik*), Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 55.

20 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 241.

21 Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, cit., pág. 56.

22 O § 3 (corolários da relação jurídica fundamental) inspira-se na análise das “grandes reivindicações formuladas ao direito pela personalidade humana” desenvolvida em Orlando de Carvalho, *Teoria geral do direito civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, págs. 160-167.

O conceito de relação jurídica fundamental, como relação jurídica de reconhecimento e de respeito recíprocos, tem três corolários: (i) em primeiro lugar, todas as pessoas humanas têm *personalidade jurídica*<sup>23</sup>; (ii) em segundo lugar, todas as pessoas humanas têm *capacidade jurídica*; e (iii) em terceiro lugar, todas as pessoas humanas têm um *círculo de direitos de personalidade*.

## 1. O conceito de personalidade jurídica

O conceito de *personalidade jurídica* designa a possibilidade (ou a susceptibilidade) de ser sujeito (activo ou passivo) de relações jurídicas.

Como ser *sujeito activo* de relações jurídicas é ser titular de um direito subjectivo e como ser *sujeito passivo* de relações jurídicas é ser suporte de um dever jurídico ou de uma sujeição, o conceito de personalidade jurídica designa a possibilidade (ou susceptibilidade) de ser titular de *direitos subjectivos* ou de *deveres jurídicos*.

## 2. O conceito de capacidade jurídica

O art. 67.º do Código Civil contém um conceito de *capacidade jurídica*:

“as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário, nisto consiste a sua capacidade jurídica”.

O conceito de *capacidade jurídica* do art. 67.º do Código Civil aproxima-se do conceito de *personalidade jurídica*: como a capacidade jurídica consiste na possibilidade (ou na susceptibilidade) de ser sujeito de (quaisquer) relações jurídicas, *capacidade* é *aparentemente* sinónimo de *personalidade jurídica*.

O jurista deverá em todo o caso distinguir cuidadosamente os dois conceitos, apoiando-se nas palavras do art. 67.º (“salvo disposição legal em contrário”).

A personalidade jurídica não pode ser *limitada*, não pode ser *restringida*: ou se é pessoa, ou não se é pessoa; não se pode ser *mais pessoa* ou *menos pessoa*. A capacidade jurídica, essa, pode ser limitada ou restringida: pode ser-se *mais capaz* ou *menos capaz*; pode ser-se capaz de ter certos direitos e certos deveres e

---

23 Cf. Orlando de Carvalho, *Teoria geral da relação jurídica*, cit., pág. 162: “a personalidade jurídica é a projecção no direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana”.

não se ser capaz de ter outros direitos ou outros deveres (assim, p. ex., uma criança de dez anos tem direitos de personalidade; tem, ou pode ter, direitos de propriedade; não tem, nem pode ter, o direito de perfilhar ou o direito de testar).

O conceito de *personalidade jurídica* designa uma qualidade (de um ser), o conceito de *capacidade* designa uma aptidão – a aptidão de uma pessoa para ser titular de um círculo (mais amplo ou menos amplo) de relações jurídicas.

Em suma: o primeiro corolário da relação jurídica fundamental é o de que todas as pessoas humanas têm personalidade jurídica – e todas têm a mesma personalidade jurídica –; o segundo corolário da relação jurídica fundamental é o de que todas as pessoas humanas têm capacidade jurídica – mas nem todas têm a mesma capacidade jurídica, pois esta pode ser mais ampla ou mais restrita.

### **3. O círculo de direitos de personalidade**

O terceiro corolário da relação jurídica fundamental é o de que todas as pessoas humanas têm um círculo de direitos de personalidade, concretizando ou explicitando o direito e o dever de reconhecimento e de respeito recíprocos.

## **§ 4.**

### **COROLÁRIOS DA RELAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL (II): CONCEITO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

SUMÁRIO: 1. Os direitos de personalidade como direitos subjectivos propriamente ditos. 2. Os direitos de personalidade como direitos subjectivos plenos. a) Conceitos de direitos plenos e de direitos menos plenos. b) Os direitos de personalidade como direitos subjectivos plenos. 3. Os direitos de personalidade como direitos absolutos. a) Conceitos de direitos absolutos e de direitos relativos. b) Os direitos de personalidade como direitos absolutos. 4. Os direitos de personalidade como direitos não patrimoniais. 5. Os direitos de personalidade como direitos necessários, gerais e inatos? a) Os conceitos de direitos necessários, gerais e inatos. b) Os direitos de personalidade como direitos necessários, gerais e inatos? 6. Os direitos de personalidade como direitos intransmissíveis e imprescritíveis?

#### **1. Os direitos de personalidade como direitos subjectivos propriamente ditos**

Os direitos de personalidade atribuem ao titular o poder de exigir de todos os não titulares o respeito pela sua personalidade física e moral: assim, p. ex., o direito

geral de personalidade do art. 70.º do Código Civil “reconhece a cada pessoa humana o poder de exigir de qualquer outra pessoa humana ou colectiva o respeito pela sua própria personalidade, nomeadamente o poder de gerir a sua esfera de interesses sob a tutela do ordenamento jurídico em vigor”<sup>24</sup>.

O direito geral de personalidade é um *direito subjectivo propriamente dito*: “o titular do direito geral de personalidade pode *exigir*, [...] mediante diversas garantias jurídicas [...] (*maxime*, responsabilidade civil e providências do n.º 2 do art. 70.º do Código Civil), às demais pessoas que se abstenham de condutas (*non facere*) que ofendam ou ameacem ofender a sua personalidade e, em casos excepcionais (*v. g.*, do art. 210.º do Código Penal), que adotem comportamentos positivos (*facere*) que salvaguadem a personalidade do mesmo titular”<sup>25</sup>.

O raciocínio aplica-se – ou deve aplicar-se - a todos os *direitos especiais* de personalidade, como concretizações ou como explicitações do *direito geral*.

## **2. Os direitos de personalidade como direitos subjectivos plenos**

### **a) Conceitos de direitos plenos e de direitos menos plenos**

Rabindranath Capelo de Sousa contrapõe os direitos subjectivos propriamente ditos *plenos* e os direitos subjectivos propriamente ditos *menos plenos*.

Os primeiros, os direitos plenos, atribuem ao seu titular um *poder de exigir*; os segundos, os direitos menos plenos, atribuem-lhe um *poder de pretender*.

O correlato de um *direito subjectivo pleno* é uma *obrigação civil*, cujo cumprimento é judicialmente exigível (art. 817.º); o correlato de um *direito subjectivo menos pleno* é uma *obrigação natural*, “cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça” (art. 402.º).

O titular de um *direito subjectivo pleno* tem a faculdade de recorrer à força do Estado para conseguir a satisfação do seu direito, no caso de inobservância da necessidade de adoptar o comportamento prescrito pela norma que atribui o direito subjectivo; o titular de um *direito subjectivo menos pleno* não a tem.

### **b) Os direitos de personalidade como direitos subjectivos plenos**

---

<sup>24</sup> Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 608.

<sup>25</sup> Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., págs. 608-609.

Os direitos de personalidade são sempre direitos subjectivos (propriamente ditos) plenos: a pessoa ameaçada ou ofendida tem a faculdade de recorrer ao Estado para conseguir a satisfação do seu direito, reclamando a indemnização dos danos ou prejuízos resultantes da violação dos direitos de personalidade e/ou requerendo as “providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou de atenuar os efeitos da ofensa já cometida” (cf. art. 70.º, n.º 2, em ligação com o art. 483.º, n.º 1, do Cód. Civ.).

### **3. Os direitos de personalidade como direitos absolutos**

#### **a) Conceitos de direitos absolutos e de direitos relativos**

Os direitos subjectivos propriamente ditos podem ser *absolutos* ou *relativos*: os direitos absolutos atribuem ao seu titular o poder de exigir o comportamento prescrito de todas as demais pessoas – em termos mais precisos e rigorosos: de todos os demais membros da comunidade jurídica -: neste sentido – e só neste sentido -, são direitos eficazes *erga omnes* ou oponíveis *erga omnes*, correspondendo-lhes deveres gerais ou genéricos; os direitos relativos atribuem ao seu titular o poder de exigir o comportamento prescrito de determinada pessoa ou de determinadas pessoas, e só de determinada pessoa ou de determinadas pessoas: neste sentido – e só neste sentido -, são direitos eficazes *inter partes* ou oponíveis *inter parte* – são direitos só eficazes *inter partes*, são direitos só oponíveis *inter partes* -, correspondendo-lhes deveres especiais ou específicos.

#### **b) Os direitos de personalidade como direitos absolutos**

Os direitos de crédito são o paradigma dos direitos relativos: o credor só pode exigir o comportamento prescrito (a realização da prestação) do devedor; não pode exigí-lo de mais ninguém. Os direitos reais e os direitos de personalidade são o paradigma dos direitos absolutos: os direitos reais implicam um dever geral de abstenção ou de omissão (de actos de ingerência na coisa); os direitos de personalidade, esses, implicam um dever geral de respeito. Orlando de Carvalho escreve, e bem, que “a pessoa [humana] implica respeito”; ora o dever geral de

respeito “está longe de ser meramente passiv[o], até porque suporá, porventura, [...] um dever geral de auxílio que é o inverso da indiferença”<sup>26</sup>.

#### **4. Os direitos de personalidade como direitos não patrimoniais**

Os *direitos patrimoniais* são direitos susceptíveis de avaliação em dinheiro (avaliação pecuniária); os *direitos não patrimoniais* não o são. Os direitos de personalidade protegem a pessoa *naquilo que ela é* e não *naquilo que ela tem* – e, por protegerem a pessoa *naquilo que ela é*, são direitos não patrimoniais.

#### **5. Os direitos de personalidade como direitos necessários, gerais e inatos?**

##### **a) Os conceitos de direitos necessários, gerais e inatos**

O termo *direitos necessários* designa os direitos que toda e qualquer a pessoa humana tem, por ser uma pessoa humana; o termo *direitos gerais* designa os direitos de todas as pessoas humanas; o termo *direitos inatos*, esse, designa os direitos “conaturais ao sujeito” - i. e., os direitos que toda a pessoa humana adquire, pelo facto do seu nascimento (cf. art. 66.º, n.º 1, do Cód. Civ.)<sup>27</sup>.

##### **b) Os direitos de personalidade como direitos necessários, gerais e inatos?**

Os direitos de personalidade *necessários* são em regra direitos *gerais* e *inatos*; os direitos de personalidade *eventuais* são em regra direitos *especiais* e *adquiridos*. Os *direitos de personalidade necessários, gerais e inatos* surgem assim que surge uma pessoa humana – p. ex., o direito à vida, o direito à integridade física ou o direito à integridade moral -; os *direitos de personalidade eventuais e adquiridos*, esses, só surgem se aprecerem os bens da personalidade protegidos (p. ex., o direito ao nome depende de a pessoa humana já ter um nome, o direito à confidencialidade das cartas-missivas depende de estas terem sido escritas)<sup>28 29</sup>.

<sup>26</sup> Orlando de Carvalho, *Direito das coisas (Do direito das coisas em geral)*, Centelha, Coimbra, 1977, págs. 129-130.

<sup>27</sup> O Código Civil de 1867 definia os direitos inatos como os direitos “que resultam da natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros”.

<sup>28</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. I – *Parte geral*, tomo III – *Pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 101-102.

<sup>29</sup> Mota Pinto concebe os três atributos como atributos de (tendencialmente) todos os direitos de personalidade – o círculo dos direitos de personalidade constituiria um círculo de direitos

## **5. Os direitos de personalidade como direitos intransmissíveis e imprescritíveis?**

Como corolário de uma relação jurídica fundamental, os direitos de personalidade não podem ser alienados ou onerados (são *direitos intransmissíveis*) e não se extinguem – designadamente, pelo não uso (são *direitos imprescritíveis*).

### **CAPÍTULO 2: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL**

BIBLIOGRAFIA: Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 71-81; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, págs. 31-42 (n. m. 46-67) e 93-99 (n. m. 154-165); Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003; Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

Os direitos de personalidade são protegidos pelas normas de direito público – em especial, pelas normas de direito constitucional sobre direitos fundamentais.

Os autores discutem constantemente o problema da aplicabilidade das normas de direito constitucional – em especial, das normas de direitos fundamentais – nas relações jurídicas reguladas pelo direito privado (relações jurídico-privadas).

#### **§ 5. CONCEITO DE RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS**

Os critérios de distinção entre as relações jurídico-públicas e as relações jurídico-privadas reconduzem-se sobretudo a três: a teoria dos interesses, a teoria da supra-ordenação e da infra-ordenação e a (chamada) teoria dos sujeitos <sup>30</sup>.

---

necessários, gerais e inatos e formaria “um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” (Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 209).

30 Confrontando os conceitos direito público e direito privado desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alemãs e pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, Ralf Michaels e Nils Jansen distinguem nada mais, nada menos que *sete* critérios de distinção [cf. “Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization”, in: *American Journal of*

A teoria dos interesses – de acordo com a qual as normas de direito privado se dirigem à prossecução de interesses privados e que as normas de direito público se dirigem á prossecução de interesses públicos – é incorrecta: por um lado, há normas de direito privado dirigidas à prossecução de interesses públicos (p. ex., o art. 280.º do Cód. Civ.); por outro lado, há normas de direito público dirigidas á prossecução de interesses privados (p. ex., os arts. 18.º ss. da Constituição da República Portuguesa, sobre direitos, liberdades e garantias); por último, todas as normas jurídicas são normas dirigidas à prossecução de dois interesses públicos, consubstanciados nos dois fins últimos do direito - a justiça e a segurança.

Os adeptos da teoria dos interesses propõem-se, por isso, reconstruí-la ou reformulá-la, sustentando que no direito privado preponderam os interesses privados e no direito público preponderam os interesses públicos. O critério da teoria dos interesses, assim reconstruído ou reformulado, converte-se contudo num critério impreciso – e, porque *impreciso*, num critério *imprestável*.

A teoria da supra-ordenação e da infra-ordenação – de acordo com a qual o direito público disciplina relações de desigualdade (de supra-ordenação ou de infra-ordenação) e o direito privado disciplina ou regula relações de igualdade – é inexacta, por duas razões: por um lado, o direito público disciplina relações de igualdade (p. ex., as relações entre duas autarquias locais – entre dois ou mais municípios ou entre duas ou mais freguesias); por outro lado, o direito privado disciplina relações de desigualdade (p. ex., as relações individuais de trabalho).

Excluídos, porque recusados, os critérios da teoria dos interesses e da teoria da supra-ordenação e da infra-ordenação, o aplicador do direito há-de conformar-se com o critério da teoria dos sujeitos. O conceito de relações jurídico-públicas designará as relações jurídicas em que intervém pelo menos um sujeito com poder de autoridade ou com poder soberano; o conceito de relações jurídico-privadas, esse, designará as relações jurídicas em que não intervém nenhum sujeito com poder de autoridade ou poder soberano – com *jus imperii*<sup>31</sup>.

Quando haja uma relação jurídica entre duas entidades públicas (p. ex., relações jurídicas entre o Estado e as autarquias locais, ou relações jurídicas entre as autarquias locais), aplicar-se-á sempre ou quase sempre o direito público; quando haja uma relação jurídica entre duas entidades privadas (p. ex., entre

---

*Comparative Law*, vol. 54 (2007), págs. 843-890 (846-853)].

31 Em que cons iste o *jus imperii*? Em que consiste o poder de autoridade ou poder soberano? A resposta é, pelo menos em teoria, relativamente simples: o *jus imperii* consiste no poder de emitir comandos, abstractos ou individuais, que se impõem aos seus destinatários.

dois particulares), aplicar-se-á quase sempre o direito privado; quando, porém, haja uma relação jurídica entre entidades públicas e entidades privadas (p. ex., entre o Estado e os particulares), o caso é, ou pode ser, mais complexo e difícil: as relações entre entidades públicas e as entidades privadas deverão qualificar-se como relações jurídicas de direito público (relações jurídico-públicas) se as entidades públicas intervierem na relação jurídica com poder de autoridade e como relações jurídicas de direito privado (relações jurídico-privadas) se as entidades públicas intervierem sem poder de autoridade ou poder soberano. Se, p. ex., uma Universidade pública compra um automóvel, actua sem *jus imperii*, sem poder de autoridade ou sem poder soberano: “[actua] em pé de igualdade com o vendedor [...] e est[á] *fora do exercício de quaisquer funções soberanas*”<sup>32</sup>.

Heinrich Ewald Hörster desenvolve o critério da teoria dos sujeitos, tornando-o mais transparente: o aplicador do direito deveria qualificar as relações jurídicas como relações jurídicas de direito público ou de direito privado recorrendo à “norma invocada e aplicada pelos sujeitos da relação jurídica em causa”.

A *norma de direito público* teria (como tem) três características: em primeiro lugar, a norma de direito público “*não possui validade para todos*”; em segundo lugar, dirige-se exclusivamente aos titulares de um poder de autoridade ou de um poder de soberania (ao Estado, às autarquias locais, ...); em terceiro lugar, atribui-lhes direitos especiais ou impõe-lhes deveres especiais<sup>33</sup>; a *norma de direito privado*, essa, “pressupõe a igualdade de todos e possui validade para todos”<sup>34</sup>.

O direito privado e o direito público cumprem, conseqüentemente, funções distintas: o direito privado disciplina essencialmente relações (de coordenação) entre pessoas livres e, porque livres, iguais — relações dominadas pelas ideias da liberdade e da igualdade —; o direito público substitui a ideia da liberdade pela de realização da função cometida ao ente público, e a ideia de igualdade pela de subordinação (ou de autoridade)<sup>35</sup>. Bobbio observa — acertadamente — que “a esfera do direito privado e a esfera do direito público estão dominadas por duas imagens

---

32 Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 40.

33 Cf. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 38: “Se se trata de uma norma que *não possui validade para todos*, referindo-se exclusivamente aos titulares do poder de império, ou seja, ao Estado e outras entidades públicas, conferindo-lhes nesta qualidade os respectivos direitos ou poderes (prerrogativas; Sonderrechte) ou impondo-lhes as correspondentes obrigações, está-se perante uma norma de direito público”.

34 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 38.

35 Franz Böhm, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, in: *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 17.º (1966), págs. 75-161 (= in: Franz Böhm, *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1980, págs. 105-168).

diferentes a propósito do que é o direito": os cultores do direito privado vêem-no como "um conjunto de regras de convivência"; os cultores do direito público, como "um conjunto de regras que pretendem orientar acções de outro modo dispersas para um objectivo comum". O contraste entre estas duas imagens do direito explica por que é que "a procura de um critério de distinção entre direito público e direito privado é sempre tão difícil que parece quase desesperada" <sup>36</sup>.

## § 6.

### **O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS**

SUMÁRIO: 1. Os direitos fundamentais e o sistema de direito objectivo. 2. Os direitos fundamentais e o sistema de direitos subjectivos. 2.1. A teoria da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico privadas. 2.2. A teoria da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas em pormenor. 3. Os direitos fundamentais e o sistema de direitos subjectivos (cont.) 3.1. As relações jurídicas entre entidades privadas e entidades públicas. 3.2. As relações jurídicas entre entidades privadas (entre particulares). a) A vinculação das entidades privadas (dos particulares) aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de desigualdade. b) A vinculação das entidades privadas (dos particulares) aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de igualdade. aa) A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais como uma vinculação directa. bb) A vinculação directa das entidades privadas aos direitos fundamentais como uma vinculação directa *prima facie*.

O problema da aplicação das normas de direito constitucional em geral e das normas de direitos fundamentais em particular nas relações jurídico-privadas dividir-se-á em duas questões: a primeira relaciona-se com as consequências ou efeitos das normas de direitos fundamentais sobre o direito privado como sistema de *princípios e de regras*; a segunda, com as consequências ou efeitos das normas de direito privado sobre o direito privado como sistema de *relações jurídicas* <sup>37</sup>.

#### **1. Os direitos fundamentais e o sistema de direito objectivo**

Em primeiro lugar, as normas de direitos fundamentais condicionam o direito privado (objectivo), compreendido como um sistema de princípios e de regras.

---

<sup>36</sup> Norberto Bobbio, "La grande dicotomia", in *Dalla struttura alla funzione*, 2.<sup>a</sup> ed., Edizioni di Comunità, Milano, 1984, págs. 145-163 (157).

<sup>37</sup> Cf. Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 7.

a) O art. 1.º da Lei Fundamental alemã diz que “[o]s direitos fundamentais [...] vinculam a legislação [...] e a jurisdição como direito imediatamente vigente”.

O termo “legislação” abrange, tem de abranger, a legislação de direito privado; o termo “jurisdição” abrange, tem de abranger, a jurisdição de direito privado <sup>38</sup>.

Embora o texto do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa esteja redigido em termos ligeiramente diferentes, a conclusão de Claus-Wilhelm Canaris adapta-se ao direito português: “Os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias [...] vinculam as entidades públicas” (art. 18.º, n.º 1, da Constituição da República). Entre as “entidades públicas” tem de encontrar-se o Estado – seja o Estado-legislador, seja o Estado-julgador.

b) A vinculação do legislador de direito privado pelas normas de direito constitucional em geral e pelas normas direitos fundamentais em particular é uma consequência lógica da hierarquia (formal) das normas jurídicas <sup>39</sup>:

“o direito privado é apenas direito 'ordinário' e está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano *sob* a constituição [logo, *sob* os direitos fundamentais]” <sup>40</sup>.

O argumento formal extraído da hierarquia das normas jurídicas é reforçado por um argumento substancial: as normas de direito privado podem ser normas “agressivas” ou “ofensivas” de direitos fundamentais - “pode[m] ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes (*sic*) aos das leis de direito público” <sup>41</sup>.

c) A vinculação do legislador do direito privado deverá completar-se com a vinculação do juiz de direito privado pelas normas de direitos fundamentais.

Como “as leis só são preenchidas de conteúdo concreto pela jurisdição [...], a protecção dos direitos fundamentais perderia eficácia, num domínio de relevância

---

38 Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, págs. 22-28 e 39-52.

39 Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 27-28: “constitui um imperativo de lógica jurídica que a legislação de no compo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*”.

40 Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 27. O autor recorre a um exemplo para tornar mais transparente a sua tese: a proibição de um livro, com base no direito privado (p. ex., com base no direito ao bom nome ou no direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) é, ou pelo menos pode ser, uma restrição da liberdade artística muito mais grave e muito mais intensa que uma *coima* ou que uma *multa*, com base no direito público (p. ex., com base no direito penal): “uma multa pode ser uma bagatela para o arguido”

41 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 24.

prática elementar, se apenas as leis, e não também a sua aplicação e desenvolvimento, estivessem sujeitos à vinculação aos direitos fundamentais”<sup>42</sup>.

aa) O *primeiro corolário* da vinculação do juiz de direito privado é o princípio da interpretação conforme a constituição (conforme aos direitos fundamentais): entre as interpretações possíveis de uma norma de direito privado (p. ex., de de direito civil) deve preferir-se aquela que melhor concorda com as normas de direito constitucional em geral e com as normas de direitos fundamentais em particular. O princípio da interpretação conforme com a constituição aplicar-se-á sobretudo na interpretação e na integração das normas de direito privado construídas com conceitos indeterminados. Os conceitos indeterminados são "conceitos 'abertos', sem um conteúdo fixado em definitivo". O preenchimento dos conceitos abertos, ou conceitos indeterminados, far-se-á através de juízos de facto ou de juízos de valor. O termo “cláusulas geral” designa os conceitos indeterminados cujo preenchimento exigisse critérios ou juízos de valor — p. ex., o conceito indeterminado de "boa fé", apresentado como "um princípio geral de todo o direito, que perpassa o Código Civil quase como um fio condutor”<sup>43</sup>.

Claus Canaris ensina que os critérios de controlo das normas legais e os critérios de controlo das normas judiciais (das normas do caso) devem ser semelhantes: "as proposições em que os tribunais fundamentam as suas decisões devem [...] ser apreciadas, em princípio *imediatamente*, segundo os direitos fundamentais”<sup>44</sup>. O termo “proposições jurídicas em que os tribunais fundamentam as suas decisões” designa as *rationes decidendi*, pelo que a tese de Canaris exige ao aplicador do direito duas coisas: primeiro, o aplicador do direito deve conceber a *ratio decidendi* de um caso como uma norma jurídica; segundo, o aplicador do direito deve controlar a norma jurídica contida na *ratio decidendi*, para a qualificar como uma norma do caso conforme aos direitos fundamentais ou como uma norma do caso desconforme aos direitos fundamentais<sup>45</sup>.

---

42 Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 130.

43 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 143 (n. m. 230-231); sobre a concretização das cláusulas gerais, *vide*, p. ex., Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, págs. 406-413; Ansgar Ohly, "Generalklausel und Richterrecht", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 201 (2001), págs. 1-47; Sudabeth Kamanabrou, "Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 202 (2002), págs. 662-688.

44 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 42.

45 O caso da integração de lacunas previsto no art. 10.º, n.º 3, do Código Civil é esclarecedor: “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”. Ora a conformidade com a constituição (e com os direitos fundamentais) da norma criada pelo intérprete (pelo juiz) de acordo com o art. 10.º, n.º 3, do Código Civil português deverá ser apreciada “tal como se [constasse] de modo expresso do texto legal” (Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 42).

bb) O *segundo corolário* da vinculação do juiz é a desaplicação das normas de direito privado contrárias à constituição – p. ex., a desaplicação das normas de direito privado contrárias aos direitos fundamentais -: assim, no caso de não haver nenhuma interpretação possível de uma norma de direito privado (em especial, de uma norma de direito civil) conforme ao direito constitucional em geral e aos direitos fundamentais em particular, o juiz deverá *desaplicá-la* <sup>46</sup>.

## **2. Os direitos fundamentais e o sistema de direitos subjectivos**

Em segundo lugar, as normas de direitos fundamentais condicionam ou influenciam o direito privado, compreendido como sistema de *relações jurídicas*. O problema da aplicação das normas de direitos fundamentais, designadamente das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, nas relações jurídico-privadas é — e provavelmente permanecerá — um problema controverso.

### **2.1. A teoria da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico privadas**

A teoria da aplicação (ou da eficácia) *directa* ou *imediata* diz-nos que os sujeitos de direito de direito privado (particulares) podem invocar as normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias como fundamento *autónomo* de direitos e de deveres relevantes nas relações jurídico-privadas; a teoria da eficácia *indirecta* ou *mediata*, essa, diz-nos que os sujeitos de direito privado (particulares) não podem invocar as normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias como fundamento *autónomo* de direitos e de deveres relevantes nas relações jurídico-privadas: as normas constitucionais só poderiam condicionar (ou conformar) as relações jurídico-privadas como *princípios objectivos*, “influenciando a interpretação do direito privado” <sup>47 48</sup>.

46 Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 74: “a Constituição [...] [atribui] aos tribunais o poder e o dever de não aplicar disposições legais ordinárias (p. ex., [disposições legais de direito civil] que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”

47 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 24-28.

48 Benedita Mac Crorie chama *teorias monistas* às teorias da aplicação directa ou imediata e *teorias dualistas* às teorias da aplicação indirecta ou mediata. As teorias da aplicação directa ou imediata seriam teorias monistas por pretenderem que as normas de direitos fundamentais se aplicassem, sem distinção, seja na área do direito público (das relações jurídico-públicas), seja na área do direito privado (das relações jurídico-privadas); as teorias da aplicação indirecta

## **2.2. A teoria da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas em pormenor**

Como o paradigma de conformação autónoma de relações jurídico-privadas é o contrato e o paradigma da conformação heterónoma de relações jurídico-privadas é a responsabilidade civil por factos ilícitos – é a responsabilidade delitual –, a teoria da aplicação directa ou da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas atinge as duas áreas do direito civil. O aluno do primeiro ano do curso de licenciatura poderá – e porventura deverá – perguntar pelo conceito de contrato e pelo conceito de responsabilidade civil.

a) Os factos jurídicos voluntários lícitos (actos jurídicos) dividem-se em actos jurídicos em sentido restrito e em negócios jurídicos. O critério de distinção entre o acto jurídico em sentido restrito (não negocial) e o negócio jurídico deve enunciar-se nos seguintes termos: os efeitos de um acto jurídico em sentido restrito produzem-se por causa da lei — "produzem-se por lei, em virtude de normas imperativas, sejam os efeitos abrangidos pela vontade ou não" —; os efeitos de um negócio jurídico produzem-se por causa da vontade das partes <sup>49</sup>.

Manuel de Andrade apresenta o negócio jurídico como um "facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a produção de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (económica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito — isto é, obtenham a sanção da ordem jurídica — e a que a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados, *grosso modo*, em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes" <sup>50</sup>.

Os negócios jurídicos dividem-se em unilaterais e em bilaterais (ou plurilaterais): no negócio jurídico unilateral, há uma única declaração de vontade, ou há duas

---

ou mediata, essas, teorias dualistas por pretenderem que as normas de direitos fundamentais se aplicassem na área do direito público e não se aplicassem na área do direito privado (do direito civil): "as relações entre particulares s[er]iam] [assim] reguladas por um conjunto especial de leis" (*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 21-29).

49 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 206.

50 Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1974 (reimpressão), pág. 25. Heinrich Hörster resume a definição de Manuel de Andrade representando o negócio jurídico como "uma declaração de vontade [...] privada que visa a produção de um efeito jurídico que se verifica conforme a ordem jurídica por ter sido querido pelas partes" (*A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 417).

ou mais declarações de vontade com o mesmo sentido (i. e., duas ou mais declarações de vontade paralelas); no negócio jurídico bilateral ou plurilateral — no contrato —, há duas ou mais declarações de vontade de sentidos opostos, mas convergentes, dirigidas à produção de um resultado jurídico unitário <sup>51</sup>.

b) Enunciado o conceito de contrato – como facto jurídico voluntário *lícito* –, o aluno deverá conhecer os conceitos fundamentais sobre responsabilidade civil.

A responsabilidade civil divide-se em responsabilidade civil contratual ou obrigacional e em responsabilidade civil extracontratual ou extraobrigacional.

A responsabilidade contratual resulta da inobservância de um dever de carácter especial ou específico, correlato de um direito relativo (de um direito de crédito ou de um direito obrigacional); a responsabilidade extracontratual resulta em regra da inobservância de um dever geral ou genérico, correlato de um direito absoluto (p. ex., da violação de um direito de personalidade ou de um direito real).

Em ambos os casos, a *responsabilidade civil* resulta de facto voluntário *ilícito*.

O problema da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas relaciona-se, tão-só, com o segundo tipo de responsabilidade civil – i. e., com a responsabilidade civil *extracontratual* ou *extraobrigacional*.

A responsabilidade extracontratual pode ser subjectiva ou objectiva: a primeira, a responsabilidade subjectiva, está ligada à ilicitude e à culpa; a segunda, a responsabilidade objectiva, está desligada quer da ilicitude, quer da culpa.

A ilicitude concretiza-se num juízo de censura ou de desvalor dirigido à acção ou omissão – a acção ou omissão é contrária ao direito –; a culpa concretiza-se num juízo de censura ou de desvalor dirigido ao agente, *à pessoa do agente*, por ter agido contra o direito quando podia e devia ter agido conforme o direito.

Ora o Código Civil português chama à responsabilidade extracontratual subjectiva *responsabilidade por factos lícitos* (cf. arts. 483.º-488.º do Cód. Civ.) e chama ao caso mais comum, mais frequente, de responsabilidade extracontratual objectiva *responsabilidade pelo risco* (cf. arts. 499.º-510.º do Cód. Civ.).

c) A teoria da aplicação (ou da eficácia) directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas teria duas consequências:

Em primeiro lugar, a teoria da eficácia directa ou imediata das normas de direitos

---

51 Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, cit., pág. 38.

fundamentais nas relações jurídico-privadas conduziria à invalidade dos contratos (dos negócios jurídicos) contrários às normas direitos fundamentais.

O art. 294.º do Código Civil diz que “[o]s negócios jurídicos [- em especial, os contratos -] celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos”<sup>52</sup>. Os negócios jurídicos celebrados contra as disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais seriam “negócios jurídicos celebrados contra disposições legais de carácter imperativo”; como negócios jurídicos celebrados contra disposições legais de carácter imperativo, seriam nulos e não produziriam os efeitos pretendidos (ou queridos) pelas partes (cf. art. 286.º do Cód. Civ.)<sup>53</sup>.

Em segundo lugar, a teoria da eficácia directa ou imediata conduziria à qualificação como ilícita, por violação de “direitos [absolutos] de outrem”, de toda a acção e/ou de toda a omissão contrária aos direitos fundamentais.

As cláusulas de *responsabilidade civil extracontratual subjectiva* ou de *responsabilidade por factos ilícitos* reconduzem-se a três: a violação de direitos de outrem (art. 483.º, n.º 1, 1.ª alternativa); a violação de disposições legais de protecção (art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa); e o abuso do direito (art. 334.º).

O art. 483.º, n.º 1, do Código Civil diz que “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem [...] fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Os direitos fundamentais em geral e os direitos, liberdades e garantias em especial seriam direitos de outrem no sentido do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil; como os direitos fundamentais em geral e os direitos, liberdades e garantias em especial seriam direitos de outrem no sentido do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, aquele que, com dolo ou mera culpa (i.e., com negligência), violasse ilicitamente um direito *fundamental* de outrem ficaria obrigado a indemnizar o lesado pelos danos ou prejuízos resultantes da violação.

Os críticos da teoria da eficácia indirecta ou mediata consideram as duas consequências expostas como insustentáveis, por converterem “amplas partes do direito privado e, em especial, do direito dos contratos e do direito da responsabilidade civil” em direito constitucional, retirando-lhes autonomia<sup>54</sup>.

---

52 Sobre a interpretação do art. 294.º do Código Civil, *vide* Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 519-522.

53 Sobre os dois tipos de invalidade do negócio jurídico – a nulidade e a anulabilidade – *vide* Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 212-214 e 588-594.

54 Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 52-55; criticando a tese de Canaris, com o argumento de que a autonomia do direito privado é um “muito contestável axioma”, *vide* Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 76-80.

Claus Canaris propõe-se superar a antítese entre a teoria da aplicação directa ou imediata e a teoria da aplicação indirecta ou imediata através da (chamada) teoria dos deveres de protecção.

Os sujeitos do dever de protecção dos direitos fundamentais seriam tão-só os sujeitos de direito público<sup>55</sup>; o objecto do controlo da conformidade dos actos ou omissões com os deveres de protecção de direitos fundamentais seriam tão-só actos normativos ou omissões normativas dos sujeitos de direito público – do legislador ou do juiz -: “objecto do controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas as regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícito”<sup>56</sup>. O controlo incidiria sobre compatibilidade dos *actos* do Estado com as normas de direitos fundamentais (através "proibições de intervenção") ou sobre compatibilidade das *omissões* do Estado com as normas de direitos fundamentais ("imperativos de tutela"): "enquanto [no caso da função de proibições de intervenção] se trata simplesmente de controlar segundo os direitos fundamentais uma disciplina já existente — i. e.: uma norma, um acto da administração ou similar —, no caso da função de imperativos de tutela está em causa justamente o contrário, i. e., a *ausência* de uma tal disciplina — ou seja, uma omissão estatal, em contraposição a uma intervenção —, com a consequência de que existem diversas possibilidades alternativas de regime a considerar, as quais se situam, em princípio, entre os extremos de uma total negação de protecção [de tutela] e da necessidade de aprovação de normas penais”<sup>57</sup>.

Embora Claus Canaris considere que a concepção dos direitos fundamentais como deveres de protecção e, sobretudo, como imperativos de protecção tem consequências ou efeitos sobre as relações jurídicas de direito privado – com o argumento de que “o dever do Estado de proteger um cidadão perante outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito [...] ao nível do direito privado”<sup>58</sup> -, as consequências ou efeitos em causa esgotam-se numa aplicação *indirecta* ou *mediata* das normas de direitos fundamentais. A teoria dos deveres de protecção deverá, por conseguinte, reconduzir-se às teorias da eficácia *indirecta* ou *mediata* das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas<sup>59</sup>.

O problema deverá resolver-se distinguindo dois tipos de relações jurídico-privadas: as relações entre entidades públicas e entidades privadas (p. ex., entre o Estado e os particulares) e as relações entre entidades privadas (particulares).

### **3. Os direitos fundamentais e o sistema de direitos subjectivos (cont.)**

---

55 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 52-55 e 132-133.

56 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 52-55 e 132-133.

57 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., págs. 115-116.

58 Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., pág. 133.

59 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 25. “Ao falar de deveres de protecção, estamos, no fundo, ainda no âmbito da vinculação do Estado aos direitos fundamentais”.

### 3.1. As relações jurídicas entre entidades privadas e entidades públicas

Caso haja uma relação jurídica entre *entidades privadas* e *entidades públicas*, “despidas” de poder de autoridade ou de soberania (“despidas” de *jus imperii*), as normas de direitos fundamentais devem aplicar-se *directa* ou *imediatamente*.

Os sujeitos de direito público estão *sempre* vinculados aos direitos fundamentais, independentemente de actuarem *com* ou *sem* poderes de autoridade - independentemente de actuarem *com* ou *sem* poderes de soberania (*jus imperii*).

Heinrich Hörster considera a actuação do Estado em relações jurídico-privadas como um *risco acrescido ou especial* para a protecção dos direitos fundamentais.

O Estado actuaria indirectamente, “instrumentalizando o direito privado em função dos seus fins públicos”; actuando indirectamente, “instrumentalizando o direito privado em função dos seus fins públicos”, acumularia poderes políticos e poderes económicos ou sociais; acumulando poderes políticos e poderes económicos ou sociais, o Estado ameaçaria a liberdade dos indivíduos:

“é precisamente mediante a separação dos poderes político e económico que se defende a liberdade e para a ameaça à liberdade nenhuma diferença faz se é o poder político que se apodera da economia ou se é o poder económico que se assenhoreia do Estado, *decisiva para a ameaça à liberdade do indivíduo é o facto da acumulação de poderes*”<sup>60</sup>.

Os princípios e regras de direito privado são insuficientes para proteger a dignidade e a liberdade do indivíduo contra um Estado “desligado” dos deveres especiais decorrentes da aplicação das normas de direito público; e, por os princípios e regras de direito privado serem insuficientes para proteger a dignidade e a liberdade do indivíduo contra um Estado “desligado” de deveres especiais, os princípios e regras de direitos fundamentais devem aplicar-se, designadamente, às empresas públicas ou às empresas privadas com capitais públicos, “vinculando-as *directamente* nas suas relações com os particulares”<sup>61</sup>.

Os sujeitos de direito privado, esses, suscitam dificuldades mais graves.

### 3.2. As relações jurídicas entre entidades privadas (entre particulares)

---

60 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 99.

61 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 99.

Caso haja uma relação jurídica entre entidades privadas (entre particulares), o problema da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais encontra, pelo menos, três respostas: a teoria da eficácia *directa* ou *imediata* diz-nos que os sujeitos de *direito privado* são destinatários dos deveres decorrentes das normas de direitos fundamentais; a teoria da eficácia *indirecta* ou *mediata*, essa, diz-nos que só os sujeitos de *direito público* — i. e.: só o Estado e os seus órgãos — são destinatários desses deveres; entre as duas teorias, há autores que propõem soluções de compromisso (i. e., soluções diferenciadas).

### **a) A vinculação das entidades privadas (dos particulares) aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de desigualdade**

Heinrich Hörster, p. ex., distingue dois tipos de relações entre entidades privadas (entre particulares): as relações de igualdade e as relações de desigualdade.

Os sujeitos de direito privado aparecem-nos ocasionalmente como sujeitos poderosos: “forças sociais, grupos de interesses e entidades economicamente potentes, organizadas com base no direito privado, cuja actuação (em conjunto ou não) procura soluções à custa da liberdade de decisão individual”<sup>62</sup>.

Quando as relações jurídicas de direito privado fossem relações de igualdade, não haveria nunca uma aplicação directa das normas de direitos fundamentais; quando as relações jurídicas de direito privado fossem relações de desigualdade, poderia haver ou poderia não haver uma aplicação directa ou imediata.

As forças sociais, como os grupos de interesses, constituiriam “novas ameaças” e encerrariam em si o risco de “novas limitações da liberdade individual”, eventualmente mais graves que as ameaças engendradas pelo Estado.

As normas de direitos fundamentais aplicar-se-iam às relações jurídicas de direito privado em que interviessem “forças sociais, grupos de interesses e entidades economicamente potentes” como regime de recurso ou regime supletivo: “a aplicação [directa ou] imediata [dá-se e] só se dá quando a lei privada não for suficiente para, dentro dos seus princípios e [regras], já imbuídos pela ordem de valores da Constituição, encontrar uma solução adequada”<sup>63</sup>.

---

62 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 99.

63 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 97.

Heinrich Hörster fala assim de uma dupla função, ou de uma “dupla orientação”, do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa: (i) uma função ou uma orientação *conservadora* e (ii) uma função ou uma orientação *renovadora*.

A função ou orientação *conservadora* do art. 18.º da Constituição da República dirigir-se-ia à protecção do indivíduo contra os sujeitos de direito público (sobretudo, contra o Estado); a função ou orientação *renovadora* dirigir-se-ia à protecção do indivíduo contra os sujeitos de direito privado *poderosos* <sup>64</sup>.

## **b) A vinculação das entidades privadas (dos particulares) aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de igualdade**

O problema da aplicação *directa* ou *indirecta*, da eficácia *imediata* ou *mediata*, das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas – o problema da *vinculação directa* ou *indirecta*, *imediata* ou *mediata*, das *entidades privadas*, dos *particulares*, aos direitos fundamentais – resume-se às *relações de igualdade*: a função ou orientação *renovadora* do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa deverá alargar-se ou expandir-se, de forma a alcançar todas as entidades privadas e, por conseguinte, todas as relações jurídico-privadas?

Em rigor, o problema divide-se em *dois*: o primeiro, o *problema de construção*, é um problema de aplicação ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas; o segundo, o *problema de ponderação*, resulta do conflito entre bens e valores constitucionais (i. e., constitucionalmente protegidos). Caso os direitos fundamentais se apliquem em todas as relações jurídico-privadas, vinculando as (todas as) entidades privadas, devem conciliar-se ou harmonizar-se com os demais bens e com os demais valores constitucionalmente protegidos.

Carlos Alberto da Mota Pinto recusava a teoria da aplicação directa ou da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas recorrendo ao argumento da “necessidade de atenuação à plena aplicação de um ou outro preceito constitucional, isoladamente considerado, por força de princípios fundamentais de direito privado, também eles consagrados na Constituição (ou, pelo menos, obviamente conformes a ela)” - como, p. ex., o princípio da autonomia privada e, em especial, o princípio da liberdade contratual (art. 405.º do Cód. Civ.) <sup>65</sup>. “Sem esta atenuação, a vida jurídico-privada, para além das incertezas resultantes

---

64 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 99.

65 Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 76. Os autores dão dois exemplos: o princípio da igualdade dos cidadãos

do carácter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo de todo o ponto indesejáveis (pense-se na pretensão inadmissível de um dever geral de igualdade de tratamento para um particular relativamente a todos os concidadãos a quem propusesse relações contratuais – pretensão inadmissível, salvos os limites impostos pela exigência de respeito pela dignidade humana)”<sup>66</sup>. O argumento de Mota Pinto é um caso paradigmático de confusão entre os dois problemas atrás expostos – entre o problema de *construção* e o problema de *conflito* ou de *ponderação* -: o autor recorre a um argumento relacionado com o *conflito* e, por conseguinte, com a *ponderação* de bens constitucionalmente protegidos para resolver um problema da *construção* (para recusar uma aplicação *directa* ou *imediata* das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas).

### **aa) A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais como uma vinculação directa**

(i) A teoria da aplicação directa ou imediata diz-nos que as entidades privadas estão vinculadas a normas de direito público (p. ex., a normas de direitos fundamentais); a teoria da aplicação indirecta ou mediata diz-nos que as entidades privadas estão vinculadas, apenas e só, a normas de direito privado (p. ex., às normas abertas por que se acolhem as cláusulas gerais da boa fé, dos bons costumes ou da ordem pública); ora as cláusulas gerais da boa fé, dos bons costumes ou da ordem pública são, com cada vez maior frequência, preenchidas através dos *princípios* e, sobretudo, aos *valores* de direitos fundamentais<sup>67</sup>.

O recurso aos *princípios* e, sobretudo, aos *valores* de direitos fundamentais para preencher as cláusulas gerais da boa fé, dos bons costumes e da ordem pública tem como consequência a equivalência funcional (entre os resultados) das duas teorias: afirmar a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais equivale, ou quase equivale, a afirmar a vinculação dos particulares pelas cláusulas gerais da boa fé, dos bons costumes e da ordem pública; “[d]izer que um particular está vinculado a princípios e valores através dos conceitos de boa fé ou dos bons costumes que integram os direitos fundamentais é o mesmo que

---

não pode prevalecer [sobre], antes tem de ceder [perante] a liberdade contratual (art. 405.º do Cód. Civ.), o direito de liberdade de expressão não pode prevalecer sobre o dever de segredo ou de fidelidade que, em certos contratos, resulta para as partes – ou uma delas – de cooperação, segundo a boa fé, para se atingir o interesse na prestação do contrato (art. 762.º, n.º 2, do Cód. Civ.)”.

66 Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 76.

67 Cf. Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 64: “Há, de facto, cada vez mais, a tendência de reduzir as ideias da ordem pública e dos bons costumes aos princípios constitucionais e, em especial, aos direitos fundamentais”.

dizer que o particular está vinculado a esses mesmos direitos fundamentais”<sup>68</sup>.

A teoria da aplicação *indirecta* ou *mediata* das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas surge assim sob a forma de uma “construção artificial”, por que se pretende “contornar o explícito reconhecimento da relevância imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”<sup>69</sup>.

(ii) Os adversários da teoria da aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas contestam-na recorrendo sobretudo a *três argumentos*: os dois primeiros são argumentos sistemáticos relativos a princípios – o primeiro argumento reporta-se ao princípio (jurídico-civil) da *autonomia privada*, como *liberdade contratual*, e o segundo reporta-se ao princípio (jurídico-constitucional) da *divisão de funções* ou da *separação de poderes* –; o terceiro é um argumento teleológico (teleológico-objectivo), retirado de um dos fins últimos do direito – a *certeza* ou a *segurança* (paz jurídica).

O *primeiro argumento* – o argumento de que a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais implica uma restrição desproporcionada ou excessiva da *autonomia privada* e, sobretudo, da *liberdade contratual* – é deveras *frágil*.

A autonomia privada é um *bem jurídico-constitucionalmente protegido*<sup>70</sup>; como a autonomia privada é um bem jurídico-constitucionalmente protegido, o conflito entre o princípio da autonomia privada e os (demais) princípios e regras relativos aos direitos fundamentais deverá resolver-se em consonância com o art. 18.º – sobretudo, com os n.ºs 2 e 3 do art. 18.º – da Constituição da República; pelo que “a afirmação dos direitos, liberdades e garantias [nas relações jurídico-privadas] não poderá afectar o [...] núcleo irreduzível [da autonomia privada]”<sup>71</sup>.

O *segundo argumento* é o de que a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais implica uma *subversão* do princípio (jurídico-constitucional) da *divisão de funções* ou da *separação de poderes*, tirando ao legislador e dando ao juiz a função de resolver os problemas de conflito entre direitos fundamentais.

O argumento claudica por duas razões: por um lado, o legislador pode chamar a si a resolução do problema de conflito; por outro lado, na ausência de legislação, o juiz deve resolver os problemas de conflito de direitos fundamentais, por serem

68 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 64.

69 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 65.

70 Sobre a protecção jurídico-constitucional da autonomia privada, *vide* desenvolvidamente Nuno Manuel Pinto Oliveira / Benedita MacCrorie, "O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos", in: *O Direito*, 2006, tomo V, págs. 1085-1100 (1086-1087).

71 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 86.

problemas de conformação ou de regulamentação de relações jurídicas <sup>72</sup>.

Finalmente, o *terceiro argumento* é o de que as normas de direitos fundamentais, por causa da sua *abertura* ou *indeterminação*, conflituam com a necessidade de *determinação* do direito privado em geral e do direito civil em especial <sup>73</sup>.

O contraste entre a *indeterminação* do direito constitucional e a *determinação* do direito privado em geral e do direito civil em especial é apenas *aparente*.

Em primeiro lugar, o grau de indeterminação das normas de direito constitucional não é, ou nem sempre é superior ao grau de indeterminação das normas de direito civil – não é, p. ex., superior ao grau de indeterminação das cláusulas gerais da boa fé, dos bons costumes ou da ordem pública <sup>74</sup> -.

Em segundo lugar, o grau de determinação das normas de direito constitucional é suficiente para que se constituam direitos subjectivos das entidades privadas – seja nas relações jurídico-públicas, seja nas relações jurídico-privadas:

“se os direitos fundamentais vinculam directamente o poder público, em todas as suas manifestações, gerando direitos subjectivos para os particulares apesar da indeterminação das normas que os consagram, não se compreende [por que] é que no âmbito das relações entre particulares tal abertura e indeterminação passem a ser impeditivas de uma eficácia directa” <sup>75</sup>.

## **bb) A vinculação directa das entidades privadas aos direitos fundamentais como uma vinculação directa *prima facie***

Firmada a aplicação directa ou imediata das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, o intérprete confrontar-se-á com um problema de *conflito* – e, por conseguinte, com um problema de *ponderação* de bens jurídicos.

Benedita MacCrorie afirma - com toda a razão - que defender a aplicação directa ou imediata de uma norma de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas é diferente de defender a sua aplicação *automática*, *sem mais*: “pertence à natureza do direito fundamental ter de articular-se com outros direitos

---

72 Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 72-76.

73 Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 71.

74 Como assinala Benedita MacCrorie, “[s]endo que [...] os direitos fundamentais são utilizados para a concretização do direito geral de personalidade, o argumento até se poderia reverter” (*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 72).

75 Benedita MacCrorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 71-72.

fundamentais e com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos”<sup>76</sup>.  
A vinculação directa ou imediata das entidades privadas (dos particulares) aos direitos fundamentais é, tão-só, uma vinculação directa ou imediata *prima facie*: em princípio (*prima facie*), os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídico-privadas; exceptuam-se os casos em que os direitos fundamentais não devam aplicar-se, por causa de uma ponderação de bens e de valores<sup>77 78</sup>.

---

76 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., pág. 63.

77 Benedita Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., págs. 86-87: “será de reconhecer uma vinculação directa *prima facie*, ou seja, a impossibilidade de uma vinculação directa de feições absolutas, mas ainda assim uma vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais”.

78 Em tema de responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (responsabilidade subjectiva), a relação entre o problema da aplicação dos direitos fundamentais as relações jurídico privadas e os problemas de conflito, ou de ponderação, de bens ou de valores é consensual. Os direitos fundamentais constituem em regra tipos abertos de responsabilidade civil, por não caracterizarem de forma suficientemente clara e rigorosa o resultado lesivo. O juízo sobre a ilicitude de uma acção ou de uma omissão lesiva de um dos direitos fundamentais resultará sempre, porque terá de resultar sempre, de um juízo de ponderação de bens e de interesses [cf. designadamente Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 228; Nuno Manuel Pinto Oliveira, "Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º do Código Civil", in: *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*, Associação Jurídica de Braga/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, págs. 521-544 (531)].