

Poderes e Deveres: um breve esforço analítico sobre a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais

Pedro Carneiro

Revisor:

Bruno Assalin

Vol. 13 No. 1 (V.25-72)
June 2026
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Funded by:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

PODERES E DEVERES: UM BREVE ESFORÇO ANALÍTICO SOBRE A APLICABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POWERS AND DUTIES: A BRIEF ANALYTICAL EXAMINATION OF THE HORIZONTAL APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

PEDRO CARNEIRO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo: O presente texto começa por determinar as condições de aplicabilidade das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares para, depois, concluir pela diferenciação de resultados face à aplicabilidade vertical. Efetuada a distinção entre os conceitos empregues, a análise da aplicabilidade horizontal interna desenvolve-se na concretização de dois requisitos: a indicação de particulares no universo de destinatários da norma e a existência de capacidade, *natural* ou *institucional*, do particular abrangido afetar o gozo do bem constitucional tutelado pela norma por outro particular. Resolvida essa questão, a aplicabilidade horizontal externa é tratada em dois momentos: perante conflitos *princípio-princípio* e *princípio-regra*, concluindo-se pela maior resistência do sistema à aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais onde o legislador já emitiu norma conformadora. Por fim, é abordada a temática dos *efeitos* da aplicabilidade horizontal nos termos propostos, onde se sustenta uma distinção de resultados, face a outras teorizações, nos casos em que o sistema infraconstitucional não contiver uma norma *tutelante*.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Deveres Fundamentais; Particulares; Aplicabilidade Horizontal; Poder.

Abstract: This article first determines the conditions for the applicability of fundamental rights provisions between individuals, before concluding that the outcomes differ from vertical applicability. Once the distinction between the concepts used has been made, the analysis of internal horizontal applicability focuses on two requirements: the identification of private individuals within the scope of the norm's addressees, and the existence of the capacity, whether natural or institutional, of the private individual concerned to affect the enjoyment of the constitutional right protected by the norm by another private individual. Once this issue is resolved, external horizontal applicability is addressed in two stages: in the context of principle-principle and principle-rule conflicts, concluding that the system

offers greater resistance to the horizontal applicability of fundamental rights norms where the legislature has already enacted a conforming norm. Finally, the topic of the *effects* of horizontal applicability under the proposed terms is addressed, where a distinction in outcomes is maintained, in contrast to other theories, in cases where the infra-constitutional system does not contain a protective provision.

Keywords: Fundamental Rights; Fundamental Duties; Individuals; Horizontal Applicability; Power

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o escravo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”
Henri Lacordaire, 1848

1. Introdução

A possibilidade de os seres humanos, nas suas relações privadas, prejudicarem o gozo de bens tidos como fundamentais pela comunidade política não é uma evidência recente. O constitucionalismo liberal oitocentista fundou nessa constatação uma parte importante da sua tradição contratualista: o Estado encontra justificação na necessidade de proteger os direitos de cada um perante os demais¹. E, no entanto, a estrita separação traçada à época entre o Estado e a sociedade civil – entre o cidadão e o indivíduo² – reduziu a consagração dos direitos constitucionais à esfera pública: entre particulares, aqueles direitos encontrariam garante na

* Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do programa Bolsas Novos Talentos 2024/2025, da FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, e sob a orientação do Prof. Doutor Jorge Silva Sampaio, a quem muito agradeço.

¹ RIBEIRO GA. *The Decline of Private Law*. Oxford: Hart Publishing; 2019. p. 278. De facto, até para os autores contemporâneos mais radicais numa conceção minimalista do Estado, a proteção perante terceiros da vida, liberdade e propriedade será a única função estatal legítima a prosseguir, cfr. NOZICK R. *ANARQUIA, Estado e Utopia*. Lisboa: Edições 70; 2009; ainda no sentido do texto, NOVAIS JR. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora; 2006. pp. 84-85.

² Assim, e para uma elaborada crítica, MARX K. *On the Jewish Question*. 1844. Disponível em: <https://www.marxists.org>.

igualdade perante a lei, sob a qual cada um seria livre para prosseguir a sua vontade, segundo os ditames próprios do direito privado³.

Contudo, a história impõe-se. As consequências económicas e sociais das revoluções industriais e do sistema capitalista colocaram a nu as insuficiências daquele modelo e, após alguma resistência⁴, é hoje maioritariamente aceite a necessidade de o legislador intervir no seio da sociedade civil para a proteção dos bens tutelados pelos direitos constitucionais⁵.

É no quadro desta evolução histórica – e da decorrente erosão entre direito público e privado⁶ – que se situa o objeto do presente texto: a relevância das normas de direitos fundamentais para as relações entre particulares. No contexto europeu, é certo que se afirmou já a relevância destas normas enquanto impositivas de condutas ao Estado para proteção dos bens tutelados perante terceiros⁷, nomeadamente através da atividade legislativa. Mas e se, perante a inércia ou imperfeição do trabalho desse Estado-legislador, o aproveitamento de determinado bem fundamental for

³ RIBEIRO GA. Ob. cit. p. 230 ss.

⁴ Pense-se, por exemplo, na jurisprudência *Lochner* do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

⁵ RIBEIRO GA. Ob. cit. p. 177 ss.

⁶ Ibidem. p. 230 ss.; e, entre tantos outros, KUMM M. Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*. 2006; VII(4). pp. 341-369; COLLINS H. On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. 2012; 7/2012. p. 14 ss.

⁷ Abandonou-se já, por isso, o paradigma liberal inicial que concebia os direitos fundamentais como meros direitos de defesa, correlativos a deveres estatais de abstenção. Assim, recorrendo ao termo *imperativos de tutela*, CANARIS CW. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003. p. 58; utilizando o termo direitos de proteção, por todos, ALEXY R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press; 2004. p. 300 ss.; RIBEIRO GA. Ob. cit. p. 278; KUMM M. Ob. cit. p. 344.

deixado à mercê das intervenções de outros particulares? Poderão as normas de direitos fundamentais relevarem para a regulação da relação entre esses particulares? É precisamente essa a problemática que aqui nos propomos a analisar.

Com este objeto definido, avançam-se as duas seguintes questões, cuja busca por respostas concretizam o objetivo deste trabalho: (i) de que modo poderão os particulares ser titulares de deveres correlativos aos direitos fundamentais dos restantes particulares?; e (ii) terá essa possibilidade consequências para a resolução de litígios entre particulares?

Para tal, começaremos por clarificar alguns conceitos-chave para a discussão, nomeadamente “aplicabilidade”, “efeito” e “horizontal” (2.), seguindo-se uma investigação da aplicabilidade interna (3.) e externa (4.) das normas de direitos fundamentais entre particulares. A partir daí, e uma vez respondida a primeira questão, procuraremos compreender os efeitos da afirmação daqueles deveres fundamentais (5.).

2. De que falamos quando falamos de “aplicabilidade horizontal”?

A terminologia utilizada para referenciar a possibilidade de os direitos fundamentais regularem relações privadas é vasta⁸. A doutrina alemã – assim como a restante que foi por ela fortemente influenciada – tende a empregar o termo *eficácia em relação a terceiros* ou *aplicabilidade em relação a terceiros* das normas de direitos fundamentais (*Drittwirkung*)⁹, ao passo que a doutrina anglo-saxónica, ou por ela influenciada, prefere a expressão *eficácia horizontal* ou *aplicabilidade horizontal (horizontal*

⁸ Sumarizando a querela terminológica, SARLET I. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2012. nota de rodapé n.º 506; STEINMETZ W. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores; 2004. nota de rodapé n.º 26.

⁹ ALEXY R. Ob. cit. p. 352; CANARIS CW. Ob. cit. p. 52; KUMM M. Ob. cit. p. 343; ainda que criticando a expressão, BILBAO UBILLOS J. La Consolidación Dogmática y Jurisprudencial de la Drittwirkung: Una Visión de Conjunto. AFDUAM. 2017; 21.

effect)¹⁰. No mundo lusófono, todos estes termos são utilizados alternadamente¹¹.

Começemos por distinguir entre *aplicabilidade* e *eficácia*. Sucintamente, podemos definir *aplicabilidade* como a possibilidade de determinada norma figurar, explícita ou implicitamente, como justificação de determinada decisão autoritativa¹²; *eficácia* será a produção dos efeitos estatuídos na norma *aplicável*¹³. Por outras palavras, a *aplicabilidade* diz respeito, em primeiro lugar, à previsão da norma, enquanto a *eficácia* se reporta à estatuição, pelo que os seus termos estão logicamente condicionados pelo modo como tratamos antes a *aplicabilidade* da norma¹⁴.

Por conseguinte, a questão de saber se os particulares podem ser titulares de deveres fundamentais é uma questão de *aplicabilidade* das normas de

¹⁰ Entre tantos, GARDBAUM S. The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights. Michigan Law Review. 2003; 102. p. 388; RIBEIRO GA. The Effects of Fundamental Rights in Private Disputes. In: COLLINS H, editor. European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights. Cambridge: Intersentia; 2018. p. 220; COLLINS H. Ob. cit. p. 1; CHEREDNYCHENKO O. Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. München: Sellier European Law Publishers; 2007; BHATIA G. Horizontal Rights: An Institutional Approach. Oxford: Hart Publishing; 2023.

¹¹ Ainda noutra conceção, VIEIRA DE ANDRADE JCA afirma preferir a expressão validade nas relações entre particulares, acompanhando PECES-BARBAS. Contudo, ao longo do seu texto, acaba por utilizar alternadamente os termos eficácia e aplicabilidade (cfr. VIEIRA DE ANDRADE JCA. Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares. In: SARLET I, organizador. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2010. nota de rodapé n.º 3).

¹² SAMPAIO JS. Ponderação e Proporcionalidade. Coimbra: Almedina; 2023. p. 332; NAVARRO PE, MORESO JJ. Applicability and Effectiveness of Legal Norms. Law and Philosophy. 1997; 16. p. 209; discordando, por considerar os termos eficácia e aplicabilidade sinónimos, STEINMETZ W. Ob. cit. pp. 42-46.

¹³ SOUSA MT. Introdução ao Estudo do Direito. Coimbra: Almedina; 2013. p. 460.

¹⁴ Não confundimos, por isso, eficácia jurídica com *eficácia social*, respeitante à observância social das condutas impostas pela norma. Utilizando o termo *effectiveness* precisamente nesse sentido, NAVARRO PE, MORESO JJ. Ob. cit. p. 209 ss.

direitos fundamentais às relações entre esses particulares; saber se tal possibilidade terá impacto na resolução de possíveis litígios é já uma questão relativa aos efeitos dessa *aplicabilidade*, i.e., à *eficácia* das normas na regulação dessas relações.

Distinguidos estes conceitos, cabe-nos pronunciar quanto ao uso dos termos *perante terceiros* e *horizontal*. O uso da expressão *perante terceiros* pressupõe que a norma está a ser aplicada a um conjunto de sujeitos que não constituem destinatários normativos *per se*, configurando-se antes como *terceiros* à relação jurídica estabelecida pela norma relevante. Trata-se de uma decorrência histórica inadequada ao presente esforço. Se nos propomos a ponderar a possibilidade de os particulares serem titulares de deveres fundamentais, ou seja, dos particulares figurarem como destinatários normativos das normas de direitos fundamentais, não podemos utilizar como referência para esse fenómeno uma expressão que, em rigor, nega à partida essa possibilidade.

Já o termo *horizontal* procura descrever o fenómeno através de uma metáfora – enquanto a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações com o Estado seria uma aplicação *vertical*, dada a posição de poder do Estado face ao cidadão, a aplicação dessas normas entre particulares seria *horizontal*. Contra o uso deste termo, parte da doutrina argumenta que *horizontal* traduz uma falsa ideia de igualdade entre as partes quando, na realidade, as dinâmicas sociais entre particulares são muitas vezes definidas por relações assimétricas de poder, por vezes em termos *quasi-estatais*¹⁵.

A crítica, ainda que pertinente, poderá ser ultrapassada, parece-nos, clarificando que o termo *horizontal* traduz simplesmente a posição de paridade *perante a lei* em que estarão as duas partes da relação¹⁶. O simbolismo transmitido poderá ser errado, admitimos, mas, na falta de melhor expressão constante das práticas linguísticas e conceptuais, servir-nos-emos do termo *horizontal*.

Contudo, uma última ressalva quanto à conjugação das expressões seleccionadas – *aplicabilidade horizontal* e *eficácia horizontal* – é necessária.

¹⁵ BILBAO UBILLOS J. OB. CIT. P. 50; VIEIRA DE ANDRADE JCA. OB. CIT. P. 251; SARLET I. OB. CIT. NOTA DE RODAPÉ N.º 506.

¹⁶ No mesmo sentido, STEINMETZ W. Ob. cit. p. 58.

A aplicabilidade apenas será *horizontal*, em rigor, quando a norma de direitos fundamentais possa vir a figurar, em decisão autoritativa, como justificação para o reconhecimento de uma relação jurídica entre os particulares, *i.e.*, apenas quando a aplicabilidade da norma for determinada por referência à relação entre os particulares, e não, *p.e.*, por referência à relação *particular-Tribunal*, caso em que a aplicabilidade será ainda *vertical*¹⁷. Por outro lado, a verticalidade da aplicação da norma não impede a horizontalidade da sua eficácia. A aplicabilidade vertical pode produzir efeitos na relação entre os particulares se, por exemplo, a imposição de determinada conduta ao Estado, por uma norma de direitos fundamentais, limitar as decisões possíveis a tomar pelo Tribunal na resolução de um litígio particular¹⁸.

Assim, por *aplicabilidade horizontal* entendemos a possibilidade de as normas de direitos fundamentais figurarem, numa decisão autoritativa, como justificação para o reconhecimento de determinada relação jurídica entre particulares¹⁹. *Eficácia horizontal* será o termo empregue para descrever a produção de efeitos, decorrentes da aplicação vertical ou horizontal de uma norma de direitos fundamentais, nessa relação entre particulares.

3. Aplicabilidade Horizontal Interna

Determinar a aplicabilidade de uma norma exige, necessariamente, duas operações: uma interna e outra externa²⁰. O primeiro momento – a aplicabilidade interna – trata da subsunção de um caso individual ao caso-

¹⁷ Em sentido semelhante, utilizando o termo *horizontal* apenas para se referir à possibilidade de os direitos fundamentais regularem as relações entre particulares, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 388.

¹⁸ RIBEIRO GA. The Effects. p. 220.

¹⁹ Decorre por isso do texto que a nossa *aplicabilidade horizontal* será coincidente com o que a maioria da doutrina chama de teoria da aplicabilidade/eficácia horizontal direta (*direct horizontal effect*). No mesmo sentido, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 388.

²⁰ NAVARRO PE, MORESO JJ. Ob. cit. p. 206; SAMPAIO Js. Ob. cit. p. 333.

tipo da previsão da norma. A operação a realizar é, por isso, a averiguação do preenchimento das condições de aplicação constantes da previsão pelo caso em apreço. Um momento posterior – a aplicabilidade externa – exige a determinação da existência de uma segunda norma, no sistema jurídico, que prescreva a aplicação daquela primeira norma²¹.

O primeiro passo para determinar a aplicabilidade horizontal de dada norma de direitos fundamentais é, pois, determinar os termos em que a previsão de tal norma poderá ser preenchida quando o destinatário normativo for, não o Estado, mas outro particular.

A questão de saber se o universo de destinatários normativos de dada norma de direitos fundamentais inclui os particulares, ou uma categoria de particulares, é um problema necessariamente contingente²². Dependerá da interpretação dos enunciados linguísticos específicos inscritos nos respetivos textos constitucionais. E se, em alguns casos, como os dos textos constitucionais português, sul africano ou alemão, a questão é tratada de forma algo explícita para todo ou parte do catálogo de direitos fundamentais²³, outros serão os casos onde a resposta dependerá de uma interpretação cuidada de cada enunciado constitucional²⁴. Contudo, certo é

²¹ NAVARRO PE, MORESO JJ. Ob. cit. p. 203.

²² Como vimos, no Estado Liberal, era evidente que os particulares não integravam aqueles universos de destinatários.

²³ Os primeiros parecendo aceitar explicitamente a aplicabilidade horizontal, apesar das reticências da doutrina portuguesa (cfr. n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa e n.º 2 do artigo 8.º da Constituição da África do Sul), o outro afirmando que apenas os poderes públicos estariam vinculados aos direitos fundamentais (cfr. parágrafo 3.º do artigo 1.º da Lei Fundamental Alemã).

²⁴ Apesar da falta de uma cláusula expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Irlandês tem entendido que alguns direitos fundamentais gozam de aplicabilidade horizontal (sobre a questão, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 396 e os casos *Meskeil v. Córás Iompair Éireann*, de 1973, e *Murtagh Properties v. Cleary*, de 1972). De modo similar, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu a aplicabilidade horizontal de alguns direitos consagrados nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sobretudo em matéria de igualdade (cfr. caso *Defrenne v. Sabena* (No.2) C-43/75, de 1976 e *AMS v. Laboubi* C-176/12, de 2014); para uma breve análise da jurisprudência do TJUE sobre a questão, FRANTZIOU E. *The Horizontal Effect of the*

que nenhuma razão estrutural ou conceptual obsta a que uma norma de direitos fundamentais, em determinado ordenamento jurídico, possa nomear os particulares como um todo, ou determinada categoria, como seus destinatários²⁵.

A tanto poder-se-á opor que determinados direitos fundamentais - por exemplo, as garantias no processo penal ou os direitos políticos - não podem logicamente ter como destinatários os particulares. Afinal, de que modo poderia um particular ser destinatário da norma de *habeas corpus*²⁶? Constatção acertada, esta reconduz-nos ao seguinte conjunto de pressupostos a preencher para a verificação da aplicabilidade horizontal interna. Na verdade, a identificação dos particulares como destinatários de determinada norma de direitos fundamentais nunca será condição suficiente para determinar a sua aplicabilidade horizontal: trata-se apenas de uma condição subjetiva necessária²⁷, importando ainda considerar o preenchimento das condições objetivas existentes²⁸.

A elevada carga axiológica que, normalmente, caracteriza as normas de direitos fundamentais leva o legislador constitucional a formular, não raras as vezes, os respetivos enunciados normativos em termos categóricos²⁹.

Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality. *European Law Journal*. 2015; 21(5). p. 660 ss.).

²⁵ Entre outros, CANARIS CW. Ob. cit. p. 53; KUMM M. Ob. cit. p. 354 ss. Com efeito, até as jurisdições cujos textos constitucionais recusam, à partida, a aplicabilidade horizontal - como a alemã - reconhecem que determinadas normas de direitos fundamentais podem ter como destinatários categorias de particulares: é o caso da norma constante da 2.ª frase do parágrafo 3.º do artigo 9.º da Lei Fundamental Alemã.

²⁶ Enumerando alguns exemplos, BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 60.

²⁷ Exceção ao que se afirmou serão os casos de aplicação analógica de dada norma, possibilidade que, abordaremos sucintamente *infra*. Aludindo, porém, à analogia como mecanismo indicado para explicar a aplicabilidade horizontal, VIEIRA DE ANDRADE JCA. Ob. cit. p. 252.

²⁸ Sobre esta repartição da previsão normativa, SAMPAIO JS. OB. CIT. P. 205 SS.

²⁹ Como exemplo paradigmático, o n.º 1 do artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, "a vida humana é inviolável".

Contudo, enquanto normas prescritivas³⁰, as normas de direitos fundamentais – a interpretar daqueles enunciados – visam a regulação deontica de determinadas condutas humanas. Ora, naturalmente, tal só poderá ocorrer na eventualidade de o destinatário da norma ter a oportunidade para realizar a conduta prescrita³¹. A aplicabilidade da norma está logicamente dependente da *possibilidade* de realizar a conduta nomeada pela norma³² – trata-se da ideia expressa pelo famoso brocardo *ought implies can*. Sem essa possibilidade, a oportunidade para realizar a conduta prescrita nunca se verificará, pelo que mesmo as normas de direitos fundamentais não poderão ser categóricas, estando necessariamente sujeitas à condição objetiva, ainda que geralmente implícita, do destinatário *ser capaz*³³ de realizar a conduta estatuída³⁴.

A título de exemplo, a previsão da norma “*Todos têm o dever de não ofender a vida humana de Todos*” inclui forçosamente, como condição objetiva implícita, a possibilidade lógica de um sujeito subsumível a *Todos* ofender³⁵

³⁰ Utilizamos aqui o termo “prescritivas” no mesmo sentido de von Wright G, i.e., as normas que através de um operador deontico impõem, permitem ou proibem determinada conduta. Assim, VON WRIGHT G. Norm and Action. London: Routledge & Kegan Paul; 1963. p. 108.

³¹ Cfr. LOPES PM. Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. I. Lisboa; 2014. secção 3.2..

³² SAMPAIO JS. Ob. cit. pp. 208-209; VON WRIGHT G. Ob. cit. pp. 108-112.

³³ Como explica von Wright, o “*can*” aqui relevante será um “*can do*”. Parece-nos, por isso, que a expressão adequada será aquela que expressa *capacidade*. VON WRIGHT G. Ob. cit. p. 111.

³⁴ Uma capacidade, note-se, de realização da conduta-*tipo* em determinada ocasião, e não a capacidade concreta do destinatário realizar com sucesso a conduta – trata-se da capacidade para realizar o que von Wright designa de *atos genéricos* (cfr. VON WRIGHT G., ob. cit., p.36). A aplicabilidade de uma norma “*o sujeito deve abrir a janela*” estará, assim, condicionada à capacidade do sujeito, em dada ocasião, abrir a janela e não ao sucesso do sujeito em abrir a janela. Quanto à necessidade lógica do “*can*” aqui ser relativo a capacidade e não ao sucesso da conduta, VON WRIGHT G. Ob. cit. p. 111.

³⁵ Logicamente, o princípio *ought implies can* aplicar-se-á tanto à imposição como à proibição de condutas. Afinal, a norma “sujeito S o $\sim\phi$ ”, que pressupõe a possibilidade

a vida humana de outro sujeito igualmente subsumível a *Todos*,³⁶ pelo que a sua aplicabilidade está dependente da verificação dessa condição. Assim, só será lógico afirmar que o particular X tem o dever fundamental de φ , em relação a Y, se X tiver a *possibilidade* de realizar φ em relação a Y.

A intuição a que se aludiu anteriormente – de que algumas normas de direitos fundamentais não seriam passíveis de aplicabilidade horizontal – explica-se precisamente por este fenómeno. A inclusão dos particulares no universo de destinatários de qualquer norma é prerrogativa do legislador, decorrendo depois a sua identificação do trabalho interpretativo, mas nem por isso essa norma será aplicável a esses particulares se, *em qualquer ocasião*, a realização da conduta estatuída lhes for impossível.

A título ilustrativo considere-se a norma de direitos fundamentais “*Todos têm o direito(-pretensão) perante X a não ser condenados criminalmente senão em virtude de lei anterior*”. Daqui será de retirar que X teria um *dever* perante Todos a não condenar criminalmente senão em virtude de lei anterior³⁷, pelo que a aplicabilidade da norma dependeria da possibilidade de X (não) condenar criminalmente um membro do *Todos*. Ora, ainda que X pudesse ser interpretado como incluindo, além do Estado, os particulares, a presente norma nunca lhes seria aplicável: enquanto competência exclusiva do Estado, não é conceptualmente possível a qualquer dado particular X

de S realizar $\neg\varphi$, pode ser expressa utilizando o operador deontico da proibição, como “sujeito S *pr* φ ”, que pressuporá a possibilidade de s realizar c, torna-se evidente que a aplicabilidade tanto de proibições como de obrigações estará dependente da possibilidade de realizar tanto a conduta proibida/obrigatória como o seu contrário. Só perante essa possibilidade poderá a norma orientar deonticamente o comportamento dos seus sujeitos. Assim, VON WRIGHT G. Ob. cit. pp. 108 e 112.

³⁶ Para um maior desenvolvimento deste mesmo exemplo, SAMPAIO JS. Ob. cit. p. 211.

³⁷ Seguimos aqui, e em todo o texto, o esquema de correlatividades de posições jurídicas descrito em HOHFELD W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. The Yale Law Journal. 1913; 23(1). p. 30 ss.

condenar criminalmente um outro particular Y. A aplicabilidade horizontal da norma é, assim, impossível³⁸.

Mas a relevância desta condição *ought implies can* não se cinge à identificação das normas de direitos fundamentais passíveis de, em abstrato, serem horizontalmente aplicáveis. A sua verdadeira utilidade está na determinação da aplicabilidade horizontal de dada norma a um caso concreto.

Antes, porém, importa analisar melhor o que entendemos por “*ser capaz*” de realizar a conduta estatuída – só então poderemos ajuizar em que casos poderá dado particular efetivamente restringir o direito fundamental de outro. E, quanto a esta questão, cumpre distinguir entre casos de *capacidade natural* e de *capacidade institucional*³⁹.

Como resulta intuitivamente, *capacidade natural* será a possibilidade de um sujeito agir fisicamente de modo a provocar uma alteração fáctica com relevo para determinada relação jurídica⁴⁰. Ou, noutra linguagem, *capacidade natural* será a possibilidade de realizar um facto físico que provoque a alteração no mundo descrita pela estatuição de uma norma que constitua uma relação jurídica⁴¹. A título ilustrativo, perante a norma de direitos fundamentais “X tem o direito perante Y à inviolabilidade do seu

³⁸ Na linguagem de von Wright, no que toca a esses particulares, a norma seria inexistente, não sendo sequer linguisticamente rigoroso, em boa verdade, chamá-los de *destinatários* da mesma.

³⁹ Empregando uma distinção semelhante, desenvolvendo em profundidade a correlação entre ações naturais e institucionais, LOPES PM. Ob. cit. p. 73 ss., e em particular p. 96.

⁴⁰ Servimo-nos aqui, em parte, do conceito de ação desenvolvido em VON WRIGHT G. Ob. cit. p.36 e ss. No mesmo sentido do texto, falando de *factual ability* para descrever possibilidade de um agente alterar uma relação jurídica por via da sua ação física, ALEX Y R. Ob. cit. p. 152.

⁴¹ Aqui seguindo a terminologia utilizada em SEARLE J. Making the Social World - The Structure of Human Civilization. Oxford: Oxford University Press; 2010. p. 94.

domicílio”, terá capacidade natural o sujeito que, sendo reconduzível ao universo Y, tiver a possibilidade de se introduzir no domicílio de X⁴².

Por outro lado, *capacidade institucional* fundar-se-á ainda na realização de um facto físico⁴³, mas cuja relevância deriva dos efeitos que lhe são reconhecidos pela comunidade, através de um conjunto de normas⁴⁴ (*constitutivas*)⁴⁵ que relacionem e atribuam aos diferentes sujeitos *poderes* para a realização de factos com relevância *institucional*^{46/47}. Para os nossos

⁴² O critério será, pois, se o facto que o sujeito realiza tem relevância para a norma devido ao seu impacto físico no mundo *per se*. Que a capacidade do sujeito possa ser potenciada por uma instituição não releva à partida. Por exemplo, a capacidade de um empregador de ler os emails dos seus trabalhadores será *natural*, porque, apesar de a sua posição institucional ter contribuído para a oportunidade de ler os emails, a restrição ao bem tutelado relevante dá-se pela simples verificação do facto físico “*leitura dos emails*”.

⁴³ LOPES PM. Ob. cit. p. 89 ss.; falando de “brute facts”, como comportamentos físicos ou o uso da linguagem, dos quais os factos institucionais surgem, e da constituição desses factos institucionais através da representação de relações de poder, SEARLE J. Ob. cit. pp. 108 e 119.

⁴⁴ É esse conjunto de normas que denominamos de instituição. A natureza destas normas é matéria de grande debate e uma questão sobre a qual não poderemos aqui debruçar-nos. Para uma análise das diferentes posições, BULYGIN E. On Norms of Competence. Law and Philosophy. 1992; 11; LOPES PM. Ob. cit. p. 73 ss.

⁴⁵ Os diversos autores utilizam terminologia diversa para referenciar este tipo de normas. Optámos aqui pelo termo *norma constitutiva* (assim, John Searle e Alf Ross) não porque o consideremos conceptualmente mais exato que os restantes, mas simplesmente por melhor servir o propósito de evidenciar o seu papel *constitutivo* de instituições.

⁴⁶ Assim, embora com contornos diversos, mas concordando no essencial reproduzido aqui no texto, SEARLE J. Ob. cit. p. 94; e BHATIA G. Horizontal Rights: An Institutional Approach. Oxford: Hart Publishing; 2023. p. 87.

⁴⁷ No quadro da instituição *xadrez*, um facto institucional será, então, uma jogada de xadrez e o sujeito que tenha a possibilidade de realizar a jogada terá aí um *poder*. Sobre factos institucionais, SEARLE J. Ob. cit. p. 90 ss.; BULYGIN E. Ob. cit. p. 203 ss.; ALEXY R. Ob. cit. p. 153 ss.; LOPES PM. Ob. cit. p. 96; relativamente à questão na problemática da aplicabilidade horizontal, BHATIA G. Ob. cit. p. 74 ss.

efeitos, *capacidade institucional* para realizar φ equivale a um *poder* para realizar φ .

Mas, porque o exercício de capacidade institucional pressupõe o relacionamento com outros indivíduos, no quadro institucional, um *poder de φ* será, necessariamente, um “*poder de φ sobre Y*”⁴⁸. Tal como um *poder jurídico* descreve a posição jurídica de um sujeito numa relação com outros, segundo a qual aquele particular terá capacidade (*poder de*) para criar, modificar ou extinguir essa relação com terceiros (*poder sobre*)⁴⁹, qualquer outro *poder* institucional, *i.e.*, constituído num outro quadro institucional⁵⁰ que não a ordem jurídica⁵¹, descreverá uma posição em que é possível a um sujeito modificar os termos da sua relação com os demais participantes desse quadro institucional.

⁴⁸ Advogando o estudo do poder enquanto fenómeno relacional, que abarcaria necessariamente a sua vertente de *capacidade*, LUKES S. Power: A Radical View. Basingstoke: Palgrave Macmillan; 2005. p. 34; igualmente focando-se na vertente relacional do conceito, SEARLE J. Ob. cit. p. 145 ss. No plano da filosofia política, concebendo o poder enquanto fenómeno relacional, BOBBIO N. Estado, Governo e Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 1997. p. 78.

⁴⁹ Daí que um poder seja sempre correlativo a uma sujeição, de modo que se “*X tem poder de φ perante Y*”, então “*Y está sujeito a φ perante X*”. Assim, HOHFELD W. Ob. cit. p. 44 ss.

⁵⁰ As *instituições*, no sentido do texto, e as normas que as constituem, estão subjacentes a quase todas as experiências sociais humanas (cfr. SEARLE J. Ob. cit. p. 116 ss.). Tudo desde as sociedades comerciais, as igrejas, o futebol, o dinheiro e a propriedade privada ou a família são instituições que, através de normas constitutivas de aceitação generalizada, estabelecem relações de poder entre diversos sujeitos.

⁵¹ Note-se que, em grande parte da literatura, o conceito de *poder* é utilizado para fazer referência a poder jurídico (assim, BULYGIN E. Ob. cit. p. 202 ss.; HOHFELD W. Ob. cit. p. 44 ss.; ALEXY R. Ob. cit. p. 153). Aqui, porém, pretendemos fazer referência a um conceito mais amplo de poder institucional, incluindo assim sob o mesmo conceito o poder jurídico, económico, social, religioso, etc. (SEARLE J. Ob. cit. p. 145 ss.; LUKES S. Ob. cit. p. 14 ss.; BHATIA G. Ob. cit. p. 93). Apenas quando falarmos de poder jurídico estaremos então a referir-nos especificamente à posição jurídica conceptualizada por HOHFELD W.

Tomemos por exemplo o quadro institucional do *mercado*. Se determinado produtor detiver o monopólio sobre um bem, o seu *poder*, enquanto capacidade, de definir o preço a que irá vender o bem será, simultaneamente, um *poder sobre* os consumidores – aqui, os outros sujeitos do quadro institucional – ao definir o que aqueles serão forçados⁵² a pagar para adquirir aquele bem. Claro que, não gozando de uma posição monopolista, o produtor exercerá menos poder (económico) sobre os consumidores consoante a sua quota de mercado, pelo que a posição institucional a partir da qual o sujeito exerce o seu poder enquanto capacidade irá determinar a medida do seu poder *sobre* os restantes sujeitos no mesmo quadro⁵³.

Assim, podemos afirmar que um sujeito também preencherá a condição *ought implies can* se tiver a possibilidade, através da realização de factos institucionais, de afetar uma relação jurídica com outro particular que tenha por objeto um bem fundamental.

Por deferência ao seu impacto histórico, tomemos por exemplo a factualidade dos casos *Lüth* e *Blinkfüer*. Ambos referências em matéria de *efeitos* dos direitos fundamentais entre particulares⁵⁴, é nossa opinião que apenas o segundo poderá ser construído enquanto um caso de *aplicabilidade* horizontal. No primeiro caso, Veit Harlan, realizador de cinema conotado com o regime nazi, intentou uma ação contra Lüth, indivíduo que havia apelado, perante uma série de proprietários de salas de cinema, ao boicote do seu filme. Atendendo apenas aos interesses constitucionais em jogo, poderíamos afirmar que estaríamos perante um caso de conflito entre

⁵² De facto, este é um caso de poder que Luke S identificaria como de força – o monopolista exerce poder sobre os consumidores ao retirar-lhes a escolha entre pagar aquele preço ou não. Assim, LUKES S. Ob. cit. p. 21.

⁵³ No mesmo sentido, BHATIA G. Ob. cit. p. 93., ob. cit., p.93. Não gozando de uma posição monopolista, cada comerciante estará *sujeito* aos preços que outros pratiquem enquanto seus concorrentes.

⁵⁴ Sobre estas seminais decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, CANARIS CW. Ob. cit. pp. 55 ss. e 82 ss. Sobre o caso Blinkfüer, em termos que acompanhamos, ALEXY R. Ob. cit. p. 362.

um direito fundamental à liberdade artística (de Veit Harlan) e outro à liberdade de expressão (de Lüth)⁵⁵.

Contudo, uma análise mais cuidada revela-nos a inaplicabilidade horizontal de qualquer uma dessas normas ao caso. Ainda que consideremos – para efeitos deste exercício – que ambas as normas de direitos fundamentais acolhem particulares como destinatários⁵⁶, nenhum dos sujeitos preenche a condição *ought implies can*. Começando por Lüth, é evidente que este não tem capacidade natural: o facto físico praticado por Lüth – a emissão de sons na forma de palavras – nunca poderia, por si só, restringir a liberdade artística de Veit Harlan. Restará uma putativa capacidade institucional, pelo que cabe questionar se o facto praticado é relevado no quadro de alguma *instituição*, enquanto facto institucional⁵⁷. Mas Lüth falava na qualidade de mero cidadão⁵⁸, não recorrendo a qualquer *poder* para condicionar a ação dos proprietários de cinemas que o ouviam. Os efeitos das suas palavras seriam meramente aqueles que os proprietários, no seu juízo crítico, lhes escolhessem atribuir. Apenas acatariam a recomendação de Lüth – e boicotariam o filme de Veit Harlan – se assim o desejassem⁵⁹: a sua ação não

⁵⁵ Recusando, por motivos axiológicos e normativos, que a liberdade artística de Veit Harlan pudesse alguma vez aqui relevar, CANARIS CW. Ob. cit. pp. 61 e 104. Como veremos, apesar de não adotarmos os argumentos do Autor, a nossa conclusão é semelhante.

⁵⁶ Em termos semelhantes aos do exercício avançado em KUMM M. Ob. cit. p. 354 ss.

⁵⁷ Advogando este como o primeiro passo necessário na resolução de casos de aplicabilidade horizontal de normas de direitos fundamentais, BHATIA G. Ob. cit. p. 88.

⁵⁸ Diferente seria, por exemplo, se resultasse da factualidade provada que Lüth se servira das funções públicas que à data ocupava para influenciar os proprietários dos cinemas. A factualidade resumida do caso encontra-se disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1958/01/rs19580115_1bvr040051en.html.

⁵⁹ Descrevendo a existência de um conflito de interesses como condição necessária para o exercício de um poder sobre outrem, SEARLE J. Ob. cit. pp. 146-147; LUKES S. Ob. cit. pp. 34-35.

era passível de qualquer alteração na sua relação jurídica, social ou económica com os proprietários ou dos proprietários com Veit Harlan⁶⁰.

De igual modo, não estava Veit Harlan em posição de restringir a liberdade de expressão de Lüth. O intentar de uma ação inibitória por Veit Harlan contra Lüth, por si só, não tem um efeito restritivo no aproveitamento por Lüth do seu bem constitucionalmente tutelado – tal apenas se daria por via de uma sentença do Tribunal que condenasse Lüth a abster-se de apelar novamente ao boicote. Aliás, o sistema judicial alemão torna-o patente: a queixa constitucional interposta por Lüth, assim como o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão subsequente, têm como objeto a decisão do tribunal judicial e não qualquer comportamento de Veit Harlan. E bem, porque antes da decisão do tribunal judicial nenhuma restrição à liberdade de expressão se verificara⁶¹. Não faria, por isso, qualquer sentido afirmar que Veit Harlan tinha um dever de respeito da liberdade de expressão de Lüth⁶² – consequência lógica da aplicabilidade horizontal –, quando a afetação dessa liberdade estava além da sua possibilidade de ação⁶³.

O caso *Lüth* é um caso de aplicabilidade vertical e de *efeito* horizontal das normas de direitos fundamentais – afinal, as conclusões do Tribunal Constitucional quanto ao respeito da liberdade de expressão de Lüth tiveram impacto direto no dirimir da relação entre as duas partes

⁶⁰ A ação de Lüth apenas poderia persuadir os proprietários a agir de determinada maneira, mas apenas se aqueles – por si só – concluíssem racionalmente que essa ação era no seu interesse. Assim, não considerando a *persuasão* como uma modalidade de poder, LUKES S. Ob. cit. p. 35. Diferente seria já se, porventura, Lüth estivesse em posição de manipular determinadas informações ou factos de modo a condicionar a perceção da realidade pela sua audiência, caso que seria já de exercício de um poder.

⁶¹ Sendo que, a verificar-se uma restrição por via da sentença proferida, a conduta restritiva sempre seria do Tribunal e não de Veit Harlan – razão pela qual se tem o caso por um exemplo de aplicabilidade *vertical* com eficácia *horizontal*.

⁶² Assim, RIBEIRO GA. The Effects. p. 224; no mesmo sentido, embora recorrendo a um raciocínio em tudo diferente, CANARIS CW. Ob. cit. p. 61.

⁶³ Assim, a relação entre ambos, quanto à liberdade artística de Veit Harlan, será antes de *liberdade / não-direito*. Abordaremos esta questão em maior detalhe *infra*.

particulares no processo –, mas que não poderia ter sido construído com base na *aplicabilidade* horizontal dessas normas⁶⁴.

Por outro lado, já assim não será em *Blinkfuer*. Caso quase idêntico ao anterior, uma particularidade distingue-os: o apelo ao boicote foi, aí, feito pela editora Springer-Verlag, detentora de uma substancial quota de mercado, e acompanhado pela ameaça de corte de relações comerciais com os retalhistas que mantivessem a comercialização da periódica *Blinkfuer*⁶⁵. A editora Springer-Verlag fez, então, uso da sua posição institucional (*no mercado*) ao exercer um *poder* que aquela lhe conferia, *i.e.*, a seleção dos retalhistas com que, dali para a frente, manteria relações comerciais. Trata-se de um *poder de*, enquanto capacidade, escolher os seus parceiros comerciais, e de um *poder sobre* os restantes sujeitos do quadro institucional (os retalhistas) que, se pretenderem manter relações comerciais com uma das principais editoras alemãs, terão de abster-se de vender a revista *Blinkfuer*⁶⁶.

Ora, considerando que a recusa de comercialização da revista terá, naturalmente, um impacto significativo na liberdade de imprensa da *Blinkfuer*⁶⁷, e que esse impacto resulta do facto institucional realizado pela editora Springer-Verlag – a definição de certas condições para as suas relações comerciais⁶⁸ – estamos perante um caso de capacidade

⁶⁴ No mesmo sentido, ainda que relativamente a exemplo ligeiramente distinto, RIBEIRO GA. *The Decline*. p. 277.

⁶⁵ Para um breve resumo da factualidade deste caso, CANARIS CW. *Ob. cit.* p. 82 ss.

⁶⁶ Seguindo a tipologia de Lukes, trata-se de um caso de coerção: determinado comportamento é assegurado através da ameaça de consequências negativas. Assim, LUKES S. *Ob. cit.* p. 21.

⁶⁷ Especialmente ao considerarmos que o que motivava o boicote era a tendência socialista adotada pela redação da *Blinkfuer*, num período em que a recente construção do muro de Berlim havia aumentado as tensões entre as duas Alemanhas.

⁶⁸ Empregando a linguagem de von Wright, o facto institucional praticado constitui uma relação normativa entre a Springer-Verlag e os retalhistas: o boicote configuraria a emissão de uma norma prescritiva à qual a entidade normativa associará uma sanção no caso de incumprimento. Nestes termos, a restrição resultante do boicote não é

institucional, pela qual a condição *ought implies can* é preenchida. Como tal, assumindo a inclusão da Springer-Verlag no universo de destinatários, estariam verificadas as condições para a aplicabilidade horizontal interna da norma de direitos fundamentais relevante – de modo que a aquela teria um dever de respeito da liberdade de imprensa da revista *Blinkfuer*, que por sua vez seria titular do direito-pretensão correlativo⁶⁹.

O que aqui tentámos expor coincide, em parte, com as teses que elegem como critério de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a existência de um poder social ou, na terminologia aqui empregue, de um poder institucional⁷⁰. Para os seus defensores, concebidos originalmente como garantias de defesa contra os poderes coercivos do Estado, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas deverá estar restrita àquelas que se afigurem estruturalmente análogas, *i.e.*, onde uma das partes desfrutasse de uma posição de domínio sobre a outra. Fiéis ao seu desígnio original, agora meramente expandido, os direitos fundamentais protegeriam o seu titular perante o exercício de qualquer poder, público ou privado⁷¹.

conceptualmente distinta de uma restrição decorrente, *p.e.*, de um ato legislativo. Assim, VON WRIGHT G. Ob. cit. pp. 125-127.

⁶⁹ De facto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão chegou a uma conclusão semelhante ao decidir que “o boicote do semanário *Blinkfuer* violou esta liberdade garantida com força constitucional”. Para uma crítica desta afirmação do Tribunal, que iremos oportunamente abordar, CANARIS CW. Ob. cit. p. 82 ss. Associando o resultado aqui descrito, ainda que por raciocínio algo distinto, à teoria do chamado *direct effect*, ALEXY R. Ob. cit. p. 362.

⁷⁰ Entre tantos outros, LEISNER W. *Grundrechte und Privatrecht*. München; 1960; LOMBARDI G. *Potere Privato e Diritti Fondamentali*. Torino; 1970; BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 50; BHATIA G. Ob. cit. p. 87; THOMAS J. *Public Rights, Private Relations*. Oxford: Oxford University Press; 2015; VIEIRA DE ANDRADE JCA. Ob. cit. p. 251; CANOTILHO J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1994. p. 1157; e, enumerando também vários outros autores que se debruçaram sobre o assunto, STEINMETZ W. Ob. cit. p. 84 ss.

⁷¹ Assim, BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 51, afirmando que “os direitos fundamentais devem proteger, portanto, perante o poder, sem adjetivos”.

Independentemente de concordarmos com estes autores num plano filosófico-normativo, onde a maioria deles labuta, o que aqui procurámos demonstrar foi algo distinto, mas que reforça em parte a sua posição. Exceto nos casos de capacidade natural, a titularidade de um *poder* institucional pelo particular destinatário da norma de direitos fundamentais não será apenas um critério normativo a desenvolver pela doutrina e a aplicar pelo juiz, mas sim uma verdadeira necessidade ontológica. A titularidade de um *poder* é um pressuposto para que o sujeito *seja capaz de* afetar o aproveitamento do bem fundamental por outro sujeito particular e, conseqüentemente, apenas na possibilidade de exercício desse poder poderá o sujeito ser deonticamente orientado no sentido da norma de direitos fundamentais – novamente, *ought implies can*. Ou, nos termos que aqui importam, um dever de respeito correlativo a um direito fundamental implica (*implies*) a capacidade, natural ou institucional, de restringir esse direito fundamental. A intuição dos proponentes das teorias das relações de poderes está, por isto, correta: a aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais, e a decorrente afirmação de deveres fundamentais, pressupõe logicamente que o destinatário normativo, público ou privado, goze de uma posição de *poder* – por mais das vezes, institucional – que lhe possibilite modificar as relações jurídicas do titular do direito fundamental que tenham o respetivo bem fundamental por objeto.

Podemos, então, concluir que a titularidade de deveres fundamentais por particulares apenas se poderá verificar perante (i) a inclusão de particulares no universo de destinatários da respetiva norma de direitos fundamentais e (ii) a existência de capacidade, *natural* ou *institucional*, desse particular afetar o aproveitamento do bem fundamental pelo titular do direito correlativo.

Contudo, a verificação dessas condições permite-nos apenas afirmar uma aplicabilidade horizontal *interna* e, assim sendo, de deveres fundamentais *prima facie*. Ora, como a expressão indica, não estamos ainda em posição de afirmar os requisitos para a afirmação definitiva desses deveres, ou seja, em termos *tudo considerado*.

4. Aplicabilidade Horizontal Externa

Como todas as normas, as normas de direitos fundamentais têm a sua aplicabilidade condicionada à existência de uma segunda norma que

determine, no quadro do sistema jurídico, os termos dessa aplicabilidade – trata-se, como vimos, do fenómeno da aplicabilidade externa⁷².

Questão facilmente ultrapassável noutras áreas do Direito, onde a aplicabilidade externa é determinada por normas como *lex specialis derogat lex generalis*⁷³, as normas de direitos fundamentais são terreno fértil para conflitos normativos raramente resolúveis pela simples aplicação de determinada norma. A natureza principiológica da larga maioria das normas de direitos fundamentais impede o recurso a esses critérios: um princípio conflituante nunca será tido como inválido, mas antes apenas como de menor peso no caso concreto, exigindo assim um juízo ponderativo⁷⁴. A aplicabilidade externa será, assim, determinada pela regra que, ao regular essa ponderação, permita a identificação da norma-*princípio* prevalecente. O presente segmento do texto será então dedicado à análise da aplicabilidade horizontal externa perante um conflito (i) entre normas *princípio-princípio* e (ii) entre normas *princípio-regra*.

O caso de conflitos entre duas normas-*princípio* dar-se-á, sobretudo, nos casos em que – não tendo ainda o legislador ordinário desenhado um compromisso entre os dois princípios através de uma regra de direito

⁷² NAVARRO PE, MORESO JJ. Ob. cit. p. 203; SAMPAIO JS. Ob. cit. p. 363; LOPES PM. Ob. cit. p. 286.

⁷³ Como explica Pedro Moniz Lopes, as metanormas – expressão que o autor emprega para descrever estas “normas sobre normas” – de mais comum aplicação são as célebres *lex specialis derogat legi generalis*, *lex superior derogat legi inferiori* e *lex posterior derogat legi priori*.

⁷⁴ Por todos, ALEXY R. Ob. cit. p. 47 ss.; afirmando esta classificação como largamente maioritária no constitucionalismo europeu, RIBEIRO GA. The Effects. p. 226 ss. Alertando que nem todas as normas de direitos fundamentais são normas-princípio, SAMPAIO JS. Ob. cit. p. 491 ss.

infraconstitucional⁷⁵ – duas normas de direitos fundamentais conflituem diretamente entre si⁷⁶. Operamos aqui no campo das omissões legislativas⁷⁷.

A primeira questão a considerar será a de saber quais os termos em que duas normas de direitos fundamentais de sentido deóntico contrário poderão ser internamente aplicáveis à mesma disputa entre particulares. Como vimos, além da inclusão de particulares nos destinatários da norma, a aplicabilidade horizontal interna pressupõe uma assimetria relacional entre as partes, onde X é capaz de restringir o acesso de Y a dado bem fundamental. O problema aqui surge – segundo alguns críticos da aplicabilidade horizontal⁷⁸ – porque também X, enquanto particular, será titular de direitos fundamentais que poderá opor, nos mesmos termos, a Y para justificar a sua conduta. No entanto, o que aqueles autores invocam e avançam como exemplos⁷⁹ são, na verdade, casos em que ao seu dever fundamental perante Y, X opõe, não um seu direito(-pretensão), mas sim uma liberdade⁸⁰.

⁷⁵ Descrevendo assim o papel do legislador, por todos, LOPES PM. Ob. cit. p. 324; BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 53; COLLINS H. Ob. cit. pp. 19-20; KUMM M. Ob. cit. p. 355; BHATIA G. Ob. cit. p. 89.

⁷⁶ Por mais das vezes, os casos que oponham normas-princípio de direitos fundamentais e princípios de direito privado, como a autonomia privada, não terão resolução distinta, dado o respaldo desses princípios em normas como a liberdade de iniciativa económica e de propriedade privada, enquanto bens constitucionalmente protegidos. Assim, STEINMETZ W. Ob. cit. p. 217; falando da autonomia privada como pressuposto constitucional, SÁ FO. Direito Privado Constitucional. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2022. p. 38 ss.

⁷⁷ Assim, afirmando o espaço de omissões legislativas como especialmente relevante para a aplicabilidade horizontal, BHATIA G. Ob. cit. p. 92; BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 61.

⁷⁸ Aprofundando esta crítica, NOVAIS JR. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Coimbra: Almedina; 2018. p. 97 ss.; COLLINS H. Ob. cit. pp. 29-32.

⁷⁹ Collins, *p.e.*, utiliza como exemplo um caso que opõe a liberdade de imprensa e o direito-pretensão à privacidade. COLLINS H. Ob. cit. p. 31.

⁸⁰ Por liberdade pretendemos fazer referência à posição jurídica de *privilege* (cfr. HOHFELD W. Ob. cit. p. 36). Também assim, SAMPAIO JS. Ob. cit. p. 504.

De facto, para justificar a sua conduta, X não necessita de alegar um seu direito a realizá-la e um dever correlativo de Y a respeitá-la – o que exigiria o preenchimento da condição *ought implies can* também por este, algo que na maioria dos casos não se verificará⁸¹. Bastará alegar a sua *liberdade* de realizar a conduta face a um *não-direito* de Y perante a mesma⁸². Ou seja, o conflito normativo dar-se-á entre a norma de direitos fundamentais que permite a X realizar φ em relação a Y e a outra que proíbe X de realizar φ em relação a Y⁸³. A existência, ou não, de um dever de Y de respeitar φ em relação a X torna-se, na realidade, irrelevante para a ponderação a realizar entre as duas normas: na aferição de um dever fundamental de X em relação a Y, *tudo considerado*, o que será de pesar será o dever fundamental *prima facie* de não realizar a conduta contra a liberdade *prima facie* de realizá-la⁸⁴.

Nestes termos, facilmente se compreende que a ponderação a realizar aqui não será diferente da ponderação em casos de aplicabilidade das normas de direitos fundamentais em relações *cidadão-Estado* (aplicabilidade vertical)⁸⁵. Também aí caberá ao juiz ponderar entre um dever *prima facie* do Estado – de respeito ou de proteção – e a norma constitucional, que inclusive poderá ser de direitos fundamentais, que serve de justificação

⁸¹ Parece-nos que serão raros os casos em que, tendo X capacidade para restringir um direito fundamental de Y, este tenha simultaneamente capacidade para restringir o direito fundamental em que X justifica a sua conduta.

⁸² HOHFELD W. Ob. cit. p. 36 ss.; a importância de, neste contexto, ter em atenção estas diferenças entre posições jurídicas invocadas foi já salientada em ALEX Y R. Ob. cit. p. 362.

⁸³ Em termos lógicos, o conflito torna-se ainda mais evidente: segundo a norma de direitos fundamentais que atribui liberdade, $X\rho\varphi Y$; mas segundo a norma que consagra um direito, $X\rho\varphi Y$. Construindo ambas as normas com o mesmo operador deontico, teremos simultaneamente que $X\rho\varphi Y$ e que $X-\rho\varphi Y$ (ou que $X-\rho\varphi Y$ e que $X\rho\varphi Y$).

⁸⁴ Trata-se, afinal, do esquema de posições jurídicas de Hohfeld: a posição oposta à de dever é a de liberdade, e não a de direito-pretensão.

⁸⁵ Em sentido contrário, alegando a necessidade de um duplo teste de proporcionalidade e apoiando-se em jurisprudência britânica, COLLINS H. Ob. cit. pp. 29-32.

prima facie à medida restritiva⁸⁶. Toda a ponderação será, quer em casos de aplicabilidade vertical quer horizontal, entre a norma do direito restringido e a norma justificante dessa restrição⁸⁷.

Todavia, outra objeção pode ser levantada: mesmo se, horizontalmente, o conflito se estruturar em termos de *dever-liberdade*, nem por isso deixará de relevar o direito de X ao respeito da sua liberdade, no plano vertical. O juiz ao decidir a causa estará sempre vinculado a um dever de respeito dessa liberdade, estando simultaneamente adstrito a um dever de proteção do direito fundamental de Y. E, nessa medida, regressamos ao ponto inicial: uma colisão entre dois direitos fundamentais.

O direito de X ao respeito da sua liberdade *vis-à-vis* o juiz, parece-nos, de facto, relevante, mas não para a composição dos termos da ponderação a realizar. Aí, tendo por destinatário não os sujeitos da relação controvertida, mas sim o aplicador do Direito⁸⁸, o dever consagrado na norma-*princípio* consubstanciar-se-á na imposição de uma correta ponderação entre o direito fundamental restringido e a liberdade justificante no plano horizontal⁸⁹. Ou, por outras palavras, o dever de respeito da liberdade de X vinculará o juiz a realizar aquela liberdade ao máximo, no quadro do jurídica e factualmente possível o que, neste caso, implica o confronto com o direito fundamental de Y⁹⁰. Como tal, dado que o mesmo resultava já da norma-

⁸⁶ Por todos, falando de conflitos entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos nestes casos, ALEX Y R. Ob. cit. p. 51 ss.; e ainda, no sentido do texto, STEINMETZ W. Ob. cit. pp. 218-219.

⁸⁷ No mesmo sentido, KUMM M. Ob. cit. p. 349; a questão última a responder é, portanto, se a conduta está ou não justificada *in casu*: não fosse, aliás, a origem do termo “justificar” a junção dos vocábulos *iustus* (justo) e *facere* (fazer). Para a relação entre justificação e justiça, FORST R. *The Right to Justification*. New York: Columbia University Press; 2013.

⁸⁸ Trata-se, neste contexto, de um princípio de segunda ordem, na terminologia empregue em ATIENZA M, MANERO J. *Las Piezas del Derecho: Teoría de los Enunciados Jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel; 1996. p. 5.

⁸⁹ ALEX Y R. Ob. cit. pp. 361-362; alcançando uma conclusão semelhante, apesar de discordarmos de outras ilações que o autor daqui retira, KUMM M. Ob. cit. p. 356.

⁹⁰ ALEX Y R. Ob. cit. pp. 47 e 67.

princípio de liberdade, nada acrescentará quanto às razões a considerar na operação ponderativa. A afirmação da permissão constitucional, *i.e.*, da norma de liberdade, no plano horizontal, é já bastante para aferir a validade de normas hierarquicamente inferiores, como a que resultar da ponderação, que a restrinjam⁹¹. A relevância da afirmação do direito “defensor” da liberdade⁹² será posterior: perante uma eventual ponderação errada e danosa por parte do juiz, em violação do seu dever de respeito, o titular da liberdade, porque é também titular de um direito-pretensão, poderá exigir a reparação dos danos causados pela regra decisória do juiz⁹³.

Independentemente da abordagem, sempre deverá o juiz proceder à ponderação entre os dois princípios em conflito, pesando as diferentes razões substantivas *in casu* e concluindo pela aplicação do princípio prevalecente e dos seus efeitos: a afirmação, *tudo considerado*, de um dever fundamental ou de uma liberdade.

Por outro lado, caso diferente será aquele em que – podendo existir, à partida, um conflito entre duas normas de direitos fundamentais – o legislador já atuou no sentido de delinear um equilíbrio entre as duas normas, através da formulação de uma regra de direito ordinário⁹⁴. Com efeito, cabe ao legislador realizar, através da lei, a conformação entre os diferentes bens e direitos constitucionais e definir os termos e condições de exercício de cada direito, em determinadas circunstâncias – a não menos exige o

⁹¹ Ibidem. p. 147.

⁹² Sobre a relação entre uma liberdade fundamental e o direito-pretensão que a “defende”, ALEX Y R. Ob. cit. pp. 148-149.

⁹³ Será o que Gonçalo de Almeida Ribeiro apelida de *efeito terciário* dos direitos fundamentais, *i.e.*, a possibilidade de exigir responsabilidade ao Estado por direitos desproporcionalmente restringidos. Assim, RIBEIRO GA. The Effects. P. 252.

⁹⁴ Trata-se do *interpositio legislatoris*, o que não se pretende aqui dispensar ou contornar por via da regulação de relações particulares pelas normas de direitos fundamentais. Mencionando, porém, essa preocupação, no quadro dos princípios democráticos e de separação de poderes, RIBEIRO GA. Ob. cit. p. 246; NOVAIS JR. Direitos Fundamentais. Ob. cit. p. 69 ss.; COLLINS H. Ob. cit. p. 19; abordando esta crítica ao pormenor, descartando-a, KUMM M. Ob. cit. p. 343 ss.; e ainda, rejeitando igualmente a crítica, BHATIA G. Ob. cit. p. 89.

princípio democrático e o princípio da segurança jurídica⁹⁵. A aplicabilidade horizontal que aqui tratamos não deve ignorar esta exigência democrática, nem operar de tal modo que o juiz, ordinário ou constitucional, se substitua ao legislador. Pelo contrário, as exigências da aplicabilidade externa, em casos de conflito entre uma norma de direito fundamental (norma-*princípio*) e uma regra de direito ordinário (norma-*regra*), garantem que o equilíbrio desenhado pelo legislador só será afastado quando for manifestamente desproporcional⁹⁶.

Em circunstâncias normais, um conflito *princípio-regra* é resolvido pela norma *lex specialis derogat legis generalis*, aplicando-se a norma-*regra*⁹⁷. Contudo, casos haverá em que as razões subjacentes ao equilíbrio normativo expresso pela regra não serão adequadas e, como tal, estaremos perante situações de exceção à regra, onde o princípio conflituante deverá prevalecer, mesmo sobre outros princípios formais⁹⁸. Estes serão, precisamente, os casos de inconstitucionalidade de regras legais conflituantes com princípios constitucionais⁹⁹.

⁹⁵ BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 53; Sá Fo. Ob. cit. p. 18 ss.; Lopes Pm. Ob. cit. p. 327.

⁹⁶ Assim, nomeando este espaço de “erro legislativo” como privilegiado para a aplicabilidade horizontal, BHATIA G. Ob. cit. p. 92.

⁹⁷ LOPES PM. Ob. cit. p. 309; serão os chamados casos fáceis, onde a subsunção dos factos à regra não tem um efeito controvertido à luz dos princípios substantivos do ordenamento. Assim, ATIENZA M, MANERO J. Ob. cit. p. 22. V. infra, quanto à possibilidade de se evitar um conflito normativo por via de uma interpretação conforme da norma-regra.

⁹⁸ LOPES PM. Ob. cit. pp. 310 e 325, aí citando Raz J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press; 1999. p. 187; e ainda Alexy R. Ob. cit. pp. 57-58; do texto depreende-se facilmente que, juntamente com a maioria dos autores contemporâneos, nos afastamos do entendimento segundo o qual as normas-regra conteriam em si já todas as suas exceções. Para esse entendimento, Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury Academic; 2013. p. 40 ss.

⁹⁹ Em rigor, um conflito entre uma norma-*princípio* constitucional e uma norma-regra ordinária constituirá, simultaneamente, um conflito de segunda ordem entre as regras *lex superior* e *lex specialis*, irresolúvel intra-sistemicamente, obrigando ao recurso à ponderação. Assim, Sampaio JS. Ob. cit. p. 470 ss.

Todavia, por isto não pretendemos afirmar que perante a norma-*princípio* de direitos fundamentais segundo a qual X tem o dever de φ perante Y e a norma-*regra* de que X pode $\neg\varphi$ perante Y, o juiz deverá proceder a uma ponderação nos mesmos termos que os descritos em casos de conflitos *princípio-princípio*. A favor da aplicabilidade da norma-*regra* deporão os princípios substantivos que justificam o seu conteúdo – nomeadamente, normas de direitos fundamentais com o mesmo sentido deontológico –, mas também os princípios formais – como o princípio democrático e da segurança jurídica – que justificam a aplicação de uma regra elaborada pelo legislador¹⁰⁰. Haverá, por isso, uma maior resistência à desaplicação da regra ordinária e à subsequente aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais em casos em que o legislador tenha já intervindo, mesmo que de forma imperfeita¹⁰¹.

Ainda assim, alguns autores opõem que a incerteza jurídica subjacente a operações de ponderação irá – por via da aplicabilidade horizontal – contaminar todas as relações entre privados, obrigando-os a realizar ponderações de interesses demasiado onerosas para a condução da sua vida quotidiana¹⁰². A segurança jurídica perder-se-ia e os tribunais seriam chamados a esforços ponderativos muito consideráveis.

Em primeiro lugar, relembre-se que a aplicabilidade horizontal *interna* das normas de direitos fundamentais – questão anterior a qualquer consideração quanto a normas conflituantes – pressupõe o gozo pelo destinatário de capacidade, *natural* ou *institucional*, para restringir o acesso do titular ao seu direito. Este requisito reduz já consideravelmente, como vimos, os casos que poderão ser contaminados pelo vírus da ponderação. E, depois, a crítica

¹⁰⁰ LOPES PM. Ob. cit. pp. 328-330; ALEXY R. Ob. cit. p. 58; mencionando explicitamente a importância do princípio democrático, enquanto *interpositio legislatoris*, RIBEIRO GA. The Effects. pp. 245-246.

¹⁰¹ A expressão “*maior resistência*” é de Pedro Moniz Lopes, que a emprega para evidenciar que aqui a ponderação a realizar terá de ter em conta, de um lado, o princípio substantivo conflituante (norma de direitos fundamentais) e, do outro, os princípios substantivos assim como formais que, enquanto *metanormas*, justificam a aplicação da regra. Assim, LOPES PM. Ob. cit. p. 329.

¹⁰² Assim, RIBEIRO GA. The Effects. p. 245; COLLINS H. Ob. cit. pp. 21-22.

avançada parece ter subjacente uma pressuposição quanto à operação ponderativa: que a segurança jurídica seria sacrificada em prol de um particularismo desgovernado sempre que o direito fundamental prevalecesse sobre os princípios substantivos que justificassem a regra a afastar, quando, na verdade, tal só se dará precisamente quando o desequilíbrio for tal que justifique também uma prevalência sobre o princípio da segurança jurídica¹⁰³. Afirmar que a segurança se perderia pela mera realização da operação é esquecer o importante papel que essa segurança aí desempenha. E, de todo o modo, toda a relação controvertida contém, em si, algum grau de incerteza.

Importa ainda uma breve nota quanto à chamada interpretação conforme à Constituição. Não consistindo numa via de resolução de conflitos normativos, a *interpretação conforme* expressa somente que, perante várias interpretações possíveis de determinado enunciado normativo, o intérprete deverá preferir aquela que se assemelhe compatível com os princípios constitucionais, de modo a prevenir um eventual conflito entre estes e a norma¹⁰⁴. O juiz não poderá, porém, sob pena de se furtar às regras da interpretação e da segurança jurídica, afastar por completo significados consensuais na doutrina e na jurisprudência, sob o pretexto de uma *interpretação conforme*¹⁰⁵.

Assim, os princípios constitucionais – incluindo as normas de direitos fundamentais – operarão aqui meramente enquanto critérios de

¹⁰³ Como se explica em Larenz K. Metodologia da Ciência Jurídica. Fundação Calouste Gulbenkian. 3.ª edição. pp. 557, relativamente ao sistema germânico, a preponderância de um interesse de segurança jurídica levará a uma proibição de redução teleológica, *i.e.*, a uma operação que desaplique dada norma por via da integração de uma exceção não contemplada pelo enunciado. Diga-se ainda, que também aqui o *efeito terciário* dos direitos fundamentais poderá vir a ser relevante: um particular que veja o seu direito fundamental desproporcionalmente restringido por prevalência de princípios meramente formais poderá procurar a restituição de eventuais danos exigindo a responsabilidade da autoridade normativa emissora da norma-*regra*.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 479 ss.

¹⁰⁵ Dando grande ênfase a este ponto, RIBEIRO GA. The Effects. p. 250; LARENZ K. *Ob. cit.* pp. 482-484; no mesmo sentido, mencionando que tal é imposto pelo princípio democrático, COLLINS H. *Ob. cit.* p. 19.

interpretação de entre todos os outros, ou seja, tendo o juiz por destinatário (*aplicabilidade vertical*)¹⁰⁶. Se, uma vez interpretado o enunciado, a norma se mantiver em conflito com uma norma de direitos fundamentais de sentido deontico contrário, deverá então o juiz proceder ao juízo ponderativo nos termos já descritos, desaplicando a norma se a tanto o caso exigir¹⁰⁷.

Aqui chegados, estamos, finalmente, em condições de delinear os requisitos para que um particular seja titular de um dever fundamental, *tudo considerado*. Aos dois pressupostos da aplicabilidade interna - (i) a inclusão do particular no universo de destinatários da norma; (ii) a capacidade, natural ou institucional, do destinatário afetar a relação do titular do direito correlativo com o bem fundamental - adicionamos agora os dois requisitos disjuntivos da aplicabilidade externa - (iii) prevalência do dever fundamental *prima facie* sobre a liberdade fundamental *prima facie* justificante da conduta do particular; ou (iv) a prevalência do dever fundamental *prima facie* sobre a permissão infraconstitucional do particular realizar a conduta. Assim, esquematicamente:

[particular no universo de destinatários da norma de direitos fundamentais] \wedge [capacidade natural ou institucional para realizar a conduta estatuída] \wedge ([prevalência do dever fundamental *prima facie* sobre a liberdade fundamental *prima facie* justificante] \vee [prevalência do dever fundamental *prima facie* sobre a permissão infraconstitucional do particular realizar a conduta]) \rightarrow [particular é titular de um dever fundamental, *tudo considerado*]

5. Efeitos na Resolução de Disputas

¹⁰⁶ Considerando a interpretação conforme à Constituição como equivalente à chamada teoria do efeito horizontal mediato dos direitos fundamentais, BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 57.

¹⁰⁷ Nestes casos, quando as normas contenham conceitos indeterminados, a ponderação será, muitas vezes, entre uma norma-princípio constitucional e outra norma-princípio ordinária. Sustentando que a inclusão de conceitos indeterminados permite à mesma norma operar logicamente como regra e substantivamente como princípio, DWORKIN R. Ob. cit. pp. 44-45; no mesmo sentido, argumentando que a interpretação desses conceitos esconde uma lógica ponderativa, KUMM M. Ob. cit. p. 356.

Averiguados os pressupostos para a afirmação de um dever fundamental, *tudo considerado*, titulado por um particular, cabe agora, no seguimento da distinção conceptual inicialmente traçada, analisar os efeitos que daí possam emanar para a constituição das relações privadas e, quando necessário, para a sua regulação litigiosa. Estamos, por fim, no campo da eficácia horizontal.

Aplicada horizontalmente, após ser tida por prevalecente *in casu*, será a norma de direitos fundamentais a regular a relação entre os particulares em litígio¹⁰⁸ – por razão da norma, o destinatário normativo X será titular de um dever *fundamental* de realizar φ perante Y e, correlativamente, Y será titular de um direito(-pretensão) *fundamental* a φ perante X. Ora, o que poderá parecer trivial constitui, na verdade, o mais importante efeito da aplicabilidade horizontal.

A aplicação horizontal da norma de direitos fundamentais, enquanto norma impositiva¹⁰⁹, permitirá tutelar entre os particulares visados o bem constitucional objeto da norma. Porque, se é certo que a aplicabilidade horizontal não é necessária ao gozo de um bem constitucional por um particular, permissão genericamente derivada *maxime* da liberdade geral que subjaz o sistema¹¹⁰, na ausência de um dever de respeito dessa permissão será igualmente lícito a outro particular agir de modo a restringir o gozo desse bem constitucional¹¹¹. Afinal, da afirmação de que um particular X tem *liberdade* de expressão da sua opinião perante outro particular Y, decorre somente que Y terá um *não-direito* perante X relativamente à

¹⁰⁸ Daí que o tipo de aplicabilidade horizontal exposto acima seja, pela larga maioria da doutrina, apelidado de “aplicabilidade horizontal *direta*” ou, da perspetiva dos seus efeitos, de “eficácia horizontal *direta*”.

¹⁰⁹ Necessariamente, visto que estatuirá um comando, nos termos em que X o φ Y ou, de forma equivalente, X $\sim p$ $\sim \varphi$ Y.

¹¹⁰ Assim será, contingentemente, naqueles ordenamentos que mantenham os fundamentos do liberalismo constitucional (cfr. SAMPAIO JS. Ob. cit. nota de rodapé n.º 1410; e CANARIS CW. Ob. cit. p. 61).

¹¹¹ Serão casos, na expressão de Alexy, de *unprotected liberties*, dado a permissão que constitui a posição de liberdade não ser, simultaneamente, tutelada por outra norma de objeto idêntico que imponha aos seus destinatários o respeito daquela permissão. Assim, ALEXY R. Ob. cit. p. 148.

expressão da sua opinião¹¹². O particular Y não poderá exigir que X se abstenha de expressar a sua opinião, mas tão pouco estará obrigado a refrear-se de a restringir.

Compreende-se, por isso, que a proteção do gozo de um bem constitucional perante outros particulares exija não só o afastamento de uma norma que permita a ação restritiva, mas também a aplicação de uma norma que constitua uma relação do tipo *direito-dever*, de modo a estatuir o respeito pelo gozo daquele bem fundamental¹¹³. Norma essa que, sob o paradigma da aplicabilidade horizontal, poderá ser a própria norma de direitos fundamentais relevante, hipótese vedada às conceções que operam sob o paradigma da aplicabilidade vertical¹¹⁴.

Genericamente, as teses que propugnam a manutenção de uma aplicabilidade estritamente vertical das normas de direitos fundamentais defendem que a sua eficácia nas relações entre particulares sempre se dará (*indiretamente*) por via da afetação do ato do poder público regulador daquela relação¹¹⁵. A norma de direitos fundamentais não regulará a relação entre os particulares, mas antes os atos autoritativos – normas legislativas, decisões judiciais – que conformam essas relações¹¹⁶. A norma de direitos fundamentais constituirá ainda uma relação *direito-dever*, mas os seus

¹¹² Assim, HOHFELD W., ob. cit., p. 32 e ss. Recuperando o anterior exemplo, eram estes os termos da relação jurídica entre Lüth e Veit Harlan quanto à liberdade de expressão daquele.

¹¹³ Assim, embora não no âmbito da aplicabilidade horizontal, ALEXY R. Ob. cit. p. 148 ss.

¹¹⁴ Se tal hipótese terá consequências é, de resto, o tema ora em análise. Sustentando uma neutralidade de resultados entre a aplicabilidade vertical e horizontal, por todos, KUMM M. Ob. cit. p. 352; ALEXY R. Ob. cit. p. 357; NOVAIS JR. Trunfos. p. 69 ss.

¹¹⁵ Por todos, paradigmaticamente, CANARIS CW. Ob. cit. p. 55; recorrendo à mesma distinção entre aplicabilidade vertical e horizontal para distinguir as diferentes abordagens, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 388.

¹¹⁶ Operação, por isso, como *princípios de segunda ordem*, tendo por objeto não as relações jurídicas das partes, mas antes os atos que as venham a regular.

titulares sempre serão um particular e um órgão do poder público, obrigado à defesa ou proteção dos direitos fundamentais do outro¹¹⁷.

Quanto ao método de resolução do conflito normativo que surja, parece-nos que a aplicabilidade vertical e a aplicabilidade horizontal redundarão, por mais das vezes, em soluções idênticas¹¹⁸. Independentemente do método, a favor da aplicação da norma de direito ordinário sempre pesarão os mesmos princípios formais e substantivos, do mesmo modo que será a mesma norma de direitos fundamentais a sustentar a desaplicação da solução legislativa¹¹⁹.

As diferenças surgem depois, quando o juízo ponderativo determina a norma de direitos fundamentais como prevalecente e o juiz é chamado a regular a relação dos particulares em conformidade. Aí, a aplicabilidade horizontal da norma de direitos fundamentais tem por efeito a regulação da relação, ao constituir o particular – cuja ação restringe o direito fundamental correlativo de outro particular – num dever fundamental de respeito. Mas, sob a lógica da aplicabilidade vertical, tal não será possível. O efeito da prevalência da norma de direitos fundamentais será somente constituir o juiz no dever de tutelar adequadamente o direito fundamental restringido,

¹¹⁷ Assim, CANARIS CW. Ob. cit. p. 58 ss.; NOVAIS JR. Direitos Fundamentais nas Relações. p. 213 ss.; RIBEIRO GA. The Effects. p. 223 ss.; para uma revisão comparativa entre os diversos sistemas que adotam alguma versão destas teses, a que o autor chama de “indirect horizontal effect”, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 398.

¹¹⁸ Assim, defendendo que ambas as teses têm efeitos idênticos sobre as normas de direito privado, distinguindo-se apenas pela regulação das relações particulares em si, GARDBAUM S. Ob. cit. p. 405.

¹¹⁹ Alguns autores defendem que assim não será necessariamente: no caso da aplicabilidade vertical, a norma imporá ao juiz um dever de proteção, estruturalmente distinto do dever de respeito constituído pela aplicabilidade horizontal, o que poderá afetar o resultado do juízo ponderativo. Assim, RIBEIRO GA. The Effects. p. 248; CANARIS CW. Ob. cit. p. 70; identificando a existência de uma discricionariedade estrutural no cumprimento de deveres de proteção, ALEXY R. Ob. cit. p. 307. O escopo deste trabalho, porém, não nos permite abordar a fundo esta questão.

sem, porém, poder recorrer à norma constitucional para regular (*diretamente*) a conduta das partes¹²⁰.

A fim de destrinçar esta diferença de efeitos, importa distinguir entre (i) os casos em que a desaplicação da norma ordinária permissiva da ação restritiva é suficiente para a tutela do bem fundamental e (ii) aqueles onde a desaplicação não é possível, porque não há norma ordinária a desaplicar, ou onde a desaplicação, por si só, não garante a devida tutela. No primeiro conjunto de casos, haverá neutralidade de resultados entre a aplicabilidade vertical e a aplicabilidade horizontal; nos segundos, os efeitos serão distintos.

No primeiro conjunto de casos, o próprio sistema infraconstitucional integra uma norma *tutelante* do bem fundamental. Assim, ao excepcionar-se determinada norma permissiva externamente inaplicável ao caso, é assegurada a tutela do direito fundamental em causa, sem necessidade de recurso a justificação constitucional¹²¹. Exemplo paradigmático é a transposição, para o direito privado, de parte do catálogo de direitos fundamentais na forma de *direitos de personalidade*¹²². Aqui, a aplicação horizontal da norma de direitos fundamentais – naquilo que coincidir com a norma de direito de personalidade¹²³ – será, quanto aos efeitos para a

¹²⁰ Por todos, CANARIS CW. Ob. cit. p. 66 ss.

¹²¹ Em rigor, inexistindo necessidade de recorrer a argumentação constitucional, por existir norma consagrada pelo legislador de conteúdo parcialmente idêntico, a regra *lex specialis* dispensaria ao recurso à norma de direitos fundamentais. Afirmando um princípio da subsidiariedade normativa, o Acórdão do Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *South Africa National Defence Union v. Minister of Defence*, 2007. Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/10.html>.

¹²² Para a relação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade no ordenamento jurídico português, que apenas em parte se subscreve, PINTO PM. Direitos de Personalidade e Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. In: LOUREIRO JC, coordenador. Estudos em Homenagem ao Doutor Vieira de Andrade. I. p. 288 ss.

¹²³ Sendo que, claro está, a norma de direitos fundamentais sempre informará, mesmo por aplicabilidade vertical, uma eventual interpretação conforme da norma de direito privado. Assim, PINTO PM. Ob. cit. pp. 292-293.

constituição da relação das partes, redundante¹²⁴. A relação *direito-dever* resulta já da norma infraconstitucional.

Alguns dos autores que recusam a consistência dogmática da aplicabilidade horizontal – nos termos aqui descritos – avançam, por vezes, que a consagração de um direito geral de personalidade, no direito privado, seria suficiente para tutelar os direitos fundamentais nas relações entre particulares¹²⁵. Para tal, bastaria uma interpretação conforme à Constituição daquele preceito indeterminado, de modo a abarcar os diversos direitos constitucionais.

Todavia, não devemos olvidar os limites da interpretação conforme à Constituição, sob pena de incorrer em violações dos princípios formais do sistema e das regras da interpretação¹²⁶. Uma interpretação conforme, crê-se, sempre deverá atender ao sentido literal possível do preceito. Dificilmente se poderá afirmar que todos os direitos fundamentais, consagrados nas Constituições contemporâneas, se enquadram no conceito jusprivado de personalidade que, ainda que passível de evoluções, sempre encontrará os seus limites nos sentidos possíveis da *personalidade*¹²⁷.

Aliás, exemplo paradigmático é o já aqui abordado caso *Blinkfüer*. Aí, o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela existência de uma violação de um direito da periódica *Blinkfüer*, por parte da editora Springer-Verlag que – como vimos – detinha capacidade institucional para restringir a liberdade de imprensa daquela. Será a liberdade de imprensa reconduzível a uma cláusula geral de tutela da personalidade? Da tutela da personalidade de um

¹²⁴ Ressalve-se, claro, a possível relevância processual que poderá assumir naqueles ordenamentos que admitam o recurso de amparo.

¹²⁵ Neste sentido, quanto ao caso *Blinkfüer*, CANARIS CW. Ob. cit. p. 82 ss.; de forma ambígua, apontando a mesma solução, LARENZ K. Ob. cit. p. 587; sustentando uma neutralidade de resultados, ALEXY R. Ob. cit. p. 362.

¹²⁶ Cfr. *supra*, ponto III.

¹²⁷ Como nota Mota Pinto, tradicionalmente afastam-se dos direitos de personalidade os direitos políticos e direitos a prestações – afinal, a relação entre os dois conjuntos de direitos nasce da mesma dualidade liberal que separava o cidadão do homem privado. Reconhecendo, ainda assim, uma aproximação progressiva entre os dois conceitos, PINTO PM. Ob. cit. p. 287.

particular resultará um dever, titulado por outro, de respeito da liberdade de imprensa daquele? Seria, parece-nos, uma interpretação além dos limites literais do preceito, tornando-se por isso necessário justificar noutra disposição normativa a tutela daquela liberdade e o dever de respeito da Springer-Verlag. E, de facto, apesar dos constrangimentos impostos pelo legislador constitucional alemão¹²⁸, o Tribunal Constitucional Federal parece ter recorrido à norma de direitos fundamentais para regular a relação entre as duas partes em litígio, ao decidir que “o boicote do semanário *Blinkfuer* violou esta liberdade [de imprensa] garantida com força constitucional”¹²⁹.

De todo modo, mesmo concedendo-se que, atualmente, a distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade colapsou, subsumindo-se aqueles na cláusula geral que consagre estes, tal fenómeno constituiria, na verdade, um argumento definitivo a favor da aplicabilidade horizontal¹³⁰. A subsunção dos direitos fundamentais nos direitos de personalidade equivalerá simplesmente ao reconhecimento de que os particulares são titulares de deveres fundamentais, nos termos das respetivas normas constitucionais, operando a cláusula geral de personalidade do direito ordinário como mero “veículo” aplicativo, esvaziado de qualquer significado autónomo¹³¹. Uma cavidade normativa cujo único propósito será ultrapassar eventuais limitações ao universo de destinatários das normas de direitos fundamentais impostas pelo texto constitucional.

¹²⁸ A Lei Fundamental Alemã parece, à partida, excluir os particulares do âmbito subjetivo da maioria das normas de direitos fundamentais.

¹²⁹ Tradução presente em CANARIS CW. Ob. cit. p. 82. Também aí encontramos uma forte crítica a esta passagem, que o Autor entende ser uma rendição à aplicabilidade horizontal direta.

¹³⁰ Aliás, esse colapso seria também, necessariamente, a reversão da cisão operada pelo liberalismo clássico: os direitos do homem-cidadão seriam os direitos do homem-privado e o poder privado estaria vinculado ao respeito nos mesmos termos que o poder público. E, claro, a distinção entre aplicabilidade horizontal e vertical perderia o seu sentido conceptual.

¹³¹ Apresentando uma crítica semelhante à aplicabilidade vertical nestes moldes, BILBAO UBILLOS J. Ob. cit. p. 57.

Outro conjunto de casos onde a afirmação de deveres fundamentais redundará nos mesmos efeitos da aplicabilidade vertical são aqueles onde é o próprio particular que assume, contratualmente, um dever de conteúdo idêntico ao que se constituiria pela aplicação horizontal da norma constitucional. Todos os dias, inúmeros sujeitos celebram contratos que têm por objeto determinado bem fundamental¹³² – contratos de trabalho, de prestação de serviços de saúde, de educação, contratos que visam o exercício da liberdade de expressão em determinada plataforma digital. As próprias partes escolhem, no exercício dos seus *poderes* legais, dispor dos seus bens constitucionais, constituindo entre si relações de *direito-dever* ou de *poder-sujeição* onde anteriormente nenhuma relação com aquele bem por objeto existia.

No recente caso *AB and Another v Pridwin Preparatory School*¹³³, o Tribunal Constitucional sul-africano foi chamado a decidir se uma cláusula contratual segundo a qual uma escola privada poderia denunciar livremente, sem qualquer justificação, o contrato com os pais de uma criança, sua estudante, era válida. Recorrendo a uma argumentação constitucional¹³⁴, o Tribunal decidiu que a escola, ao contratar a prestação de serviços de educação básica, se constituía no dever de não afetar negativamente o direito dos seus alunos a essa educação¹³⁵. Por outras palavras, o Tribunal decidiu que, ao acordar prestar serviços de educação básica, a escola adquirira uma posição institucional de *poder* sobre o beneficiário dos seus serviços (a criança), *i.e.*, capacidade institucional para prejudicar o direito dos seus alunos a uma educação básica. E, como tal, por aplicabilidade horizontal da

¹³² E, note-se, a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, por si só, em nada obstará a este normal tráfego jurídico. A sua intervenção será somente a que já é realizada pela lei, ao definir limites legítimos à liberdade contratual. Assim, KUMM M. Ob. cit. pp. 354-356; descrevendo os direitos fundamentais nas relações privadas como “diamantes” a trocar com os demais, COLLINS H. Ob. cit. p. 16

¹³³ *AB and Another v Pridwin Preparatory School and Others* (CCT294/18) [2020] ZACC 12; 2020 (9) BCLR 1029 (CC); 2020 (5) SA 327 (CC) (17 June 2020).

¹³⁴ Ainda que tenha reconhecido que não necessitaria de o fazer, visto que uma interpretação conforme à Constituição do direito ordinário seria suficiente, nomeadamente do conceito indeterminado de *ordem pública* (cfr. paras. 67 ss.).

¹³⁵ *AB and Another v Pridwin Preparatory School and Others*, para. 88.

respetiva norma constitucional, passou a ser titular de um dever de respeito correlativo àquele direito¹³⁶. Afirmado o dever *prima facie*, o Tribunal realizou um juízo ponderativo, pesando esse dever de um lado e, do outro, todos os princípios formais e substantivos que sustentavam a aplicação da cláusula contratual, e concluiu pela prevalência do dever fundamental¹³⁷. A cláusula foi tida como nula e a norma de direito fundamental aplicada, determinando a conduta da escola, ao abrigo daquela, como ilícita por incumprimento do dever de respeito da educação básica¹³⁸.

O mesmo resultado, todavia, poderia ser igualmente alcançado sem lançar uso da aplicabilidade horizontal da norma constitucional. Afinal, resulta do próprio contrato, que a escola tem o dever de prestar serviços de educação básica: é, aliás, esse o objeto contratual. Existe, pois, por vontade das partes, no sistema infraconstitucional, uma norma *tutelante* do bem fundamental em causa, constituinte de uma relação de *direito-dever*. Restará saber, pois, se a cláusula que permitia a denúncia arbitrária – operando aqui como

¹³⁶ Não pretendemos aqui discutir o mérito da decisão e do juízo ponderativo que realizou, mas simplesmente a consistência, e implicações, da sua abordagem conceptual.

¹³⁷ Atente-se que a cláusula em questão, ao estabelecer o poder de denúncia, é simultaneamente uma norma constitutiva e permissiva. A ponderação a realizar será, pois, entre o dever fundamental e a permissão normativa da conduta restritiva, não relevando aqui a cláusula enquanto norma constitutiva. Assim, defendendo que toda a norma constitutiva é acompanhada, necessariamente, por uma norma permissiva, LOPES PM. Ob. cit. p. 79. Até porque, em boa verdade, a capacidade, enquanto poder, da escola privada de restringir o bem fundamental sempre seria independente daquele poder contratual: a escola poderia simplesmente abster-se de ensinar determinado aluno, incumprindo o contrato. Sobre a relevância da distinção entre normas de competência e regulativas para a relação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, SÁ FO. Ob. cit. p. 39 ss

¹³⁸ Tal como no processo descrito para permissões normativas de origem legislativa, os momentos são dois: (i) o juízo ponderativo, resultante na nulidade da norma contratual; (ii) a aplicação da norma constitucional aplicável, resultante na ilicitude da conduta contrária. Em contexto muito diferente, mas aqui pertinente, sobre a diferença entre nulidade e ilicitude, que, mais uma vez, se prende com a distinção entre normas de competência e normas regulativas, BULYGIN E. Ob. cit. pp. 213-214.

restrição normativa daquele direito – poderia ser invalidada sem recurso à norma constitucional.

Ora, apesar de ser uma questão a responder a título contingente por cada ordenamento, o direito privado contém geralmente normas, como a cláusula geral da *ordem pública*, que impoariam – sob um paradigma de aplicabilidade vertical das normas constitucionais ou de uma interpretação conforme – a declaração de invalidade da cláusula¹³⁹. Nestes casos, a aplicação dessas normas-*princípio* do direito ordinário (e.g., *ordem pública*, *bons costumes*, *boa-fé*) não evita um juízo ponderativo – de um lado, o direito fundamental restringido e demais considerações relativas ao tráfego jurídico, do outro o princípio da liberdade contratual e da autonomia privada e da liberdade de iniciativa económica¹⁴⁰. Consoante os princípios prevalecentes, a cláusula contratual ora será subsumida no conceito de “*contrária à ordem pública*” e invalidada, ora será preservada enquanto manifestação legítima da autonomia privada¹⁴¹.

Independentemente da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais – *vertical* ou *horizontal* – os efeitos sobre a norma contratual permissiva sempre seriam os mesmos¹⁴². E, dado que uma vez afastada aquela, o próprio contrato oferece a tutela do aproveitamento do bem fundamental,

¹³⁹ Cfr. AB and Another v Pridwin Preparatory School and Others, para. 67.

¹⁴⁰ Assim, relativamente ao tema da aplicabilidade horizontal, KUMM M. Ob. cit. p. 356; quanto à aplicação deste tipo de normas, DWORKIN R. Ob. cit. pp. 44-45.

¹⁴¹ Como se escreve em CANARIS CW. Ob. cit. p. 71, explicando a aplicabilidade vertical, “a vinculação contratual, tendo embora, na verdade, o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica”. Como tal, as normas contratuais – enquanto efeito jurídico de um ato institucional criado pela ordem jurídica – sempre estarão sujeitas aos princípios substantivos, e constitucionais, do sistema e em termos similares aos das demais produções normativas. Assim, relativamente à validade *prima facie* das regras jurídicas, LOPES PM. Ob. cit. p. 89 ss.

¹⁴² Seguimos, por isso, o exposto em GARDBAUM S. Ob. cit. p. 405, onde se afirma que as duas abordagens conceptuais, do ponto de vista da sua eficácia, distinguem-se, não pelo efeito sobre o Direito, mas somente pelo efeito sobre as partes.

a regulação da relação das partes pela norma de direitos fundamentais em nada afetaria a solução do caso.

Mas, de maior relevância ainda, a aplicabilidade horizontal da norma de direitos fundamentais, nestes casos, nem seria estritamente correta: atendendo aos princípios formais do sistema, em boa verdade, a regra *lex specialis derogat lex generalis* sempre imporá a inaplicabilidade externa da norma constitucional perante norma convencional de sentido deôntico e conteúdo parcialmente idêntico. Trata-se, afinal, da constatação anterior, segundo a qual a aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais apenas será necessária perante a omissão ou regulação indevida pelo legislador. Nestes casos, porém, tal não se verifica: as normas infraconstitucionais, devidamente interpretadas e ponderadas, permitem a solução devida do caso.

Sistematizando, a aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais será dispensável na regulação de determinada situação jurídica, quando a relação de *direito-dever* que constituiria entre dois (ou mais) particulares resultar já de norma legislativa ou contratual aplicável¹⁴³. Voltemo-nos, agora, para os casos onde tal norma inexistente.

Insinuámos já que consideramos que no caso *Blinkfüer* nenhuma norma ordinária poderia assegurar a tutela do bem fundamental em causa. Como tal, o Tribunal Constitucional – numa traição à sua própria construção conceptual – viu-se forçado a conceder e a afirmar que a conduta de um particular havia violado o direito fundamental de outro, *obiter dictum* próprio da aplicabilidade horizontal.

¹⁴³ Uma nota breve para esclarecermos que não incluímos aqui casos geralmente considerados emblemáticos da aplicabilidade horizontal, como os casos *Bürgerschaft* ou *Aziz*. Sob a conceptualização que aqui desenvolvemos, estes não constituem casos de aplicabilidade horizontal – em ambos os casos, o exequente não tem capacidade institucional para restringir o aproveitamento do bem fundamental do executado: sempre precisará dos meios coercivos do Estado. Como tal, as respetivas normas constitucionais são internamente inaplicáveis, devendo ambos os casos ser resolvidos por via da aplicabilidade vertical.

Consideremos agora outro exemplo, retirado da factualidade do caso *Stadionverbots*¹⁴⁴, decidido também pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Um adepto de 16 anos do *Bayern de Munique* assistiu a um jogo de futebol num estádio onde, após a partida, ocorreram vários distúrbios e confrontos entre os adeptos das duas equipas. A polícia deteve cerca de cinquenta pessoas - incluindo aquele adepto juvenil - mas veio depois a arquivar o processo por se tratar de um delito menor. Apesar disso, a Federação Alemã de Futebol, associação privada dos clubes da *Bundesliga*, proibiu aquele adepto de entrar em qualquer estádio de futebol por um período de 2 anos e o *Bayern* cancelou o seu passe de época e o seu estatuto de sócio¹⁴⁵. A decisão, tomada ao abrigo das normas de direitos reais em vigor, foi tomada sem ser dado direito de resposta ao adepto.

O Tribunal Constitucional começou por afirmar a oposição entre um dever genérico de tratamento igual e o direito de propriedade do operador do estádio¹⁴⁶ - numa formulação conceptualmente próxima da aplicabilidade horizontal - para, depois, considerando prevalecente *in casu* o direito de propriedade do operador do estádio, aplicar as normas relevantes do

¹⁴⁴ Com resumo em inglês (*Stadium Ban case*). Disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2018/04/rs20180411_1bvr308009en.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹⁴⁵ O que, aqui, poderá assumir contornos algo anedóticos é, na verdade, de grande relevância. Pense-se na miríade de diferentes factualidades que opõem direitos de propriedade e iniciativa económica - inclusive no mundo digital - a um dever de respeito do exercício de liberdades fundamentais. A título de exemplo, *Appleby and Others v. the United Kingdom*, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; *McGill University v. Students for Palestine's Honour and Resistance McGill (SPHR)*, decidido pelo Supremo Tribunal do Quebec; *Maurice Tomlinson v. Television Jamaica Ltd. & CVM Television Ltd*, decidido pelo Supremo Tribunal da Jamaica; no âmbito do direito da concorrência, o caso *Google Shopping*, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia; e ainda, apesar de num contexto contratual, o caso *Facebook Account Suspension*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão.

¹⁴⁶ Stadium Ban, para. 39.

Código Civil e declarar a proibição imposta ao adepto como lícita¹⁴⁷. Sem prejuízo da eventual bondade da decisão, impõe-se a seguinte questão: se o juízo ponderativo tivesse resultado na prevalência de um *dever* de igual tratamento (no acesso a um bem cultural fundamental, como é o futebol na Alemanha), qual a norma a aplicar pelo Tribunal?

A prevalência da norma de direitos fundamentais em causa (*direito a igual tratamento*), sempre imporá ao juiz – quer por aplicabilidade vertical, quer horizontal – a desaplicação das relevantes normas do direito ordinário, aqui de direitos reais. Essas normas estabeleceriam um direito de exclusão da propriedade, dos operadores dos estádios, que – por juízo do Tribunal – não seria constitucionalmente aceitável no presente caso. Todavia, a desaplicação dessas normas, que constituíam uma relação de *direito de exclusão* (dos operadores) – *dever de respeito* (do adepto) não iria por si só tutelar o bem constitucional em causa: não existindo norma impositiva de um tratamento igual, a posição das partes seria de *liberdade-não direito*¹⁴⁸. Não seria ilícito, por exemplo, ao operador do estádio simplesmente recusar a venda de bilhetes àquele adepto: um hipotético *dever* de contratualizar com ele, em termos iguais aos demais, sempre importaria a existência de norma impositiva aplicável. E, de igual modo, não teria o adepto direito a obter uma indemnização pelos danos causados, visto que o instituto da responsabilidade pressupõe o incumprimento de um *dever*, de uma norma impositiva¹⁴⁹.

¹⁴⁷ A decisão em si, claro, abordou várias outras nuances ao desenvolver critérios de licitude daquela proibição, nomeadamente a existência de uma justificação plausível e assente em factos, de uma preocupação legítima para a segurança e a oportunidade de o visado se pronunciar.

¹⁴⁸ Não nos parece que o recurso ao instituto do abuso do direito seja suficiente. Este apenas tem como efeito a desaplicação da norma permissiva, derrotada no conflito normativo, não dispensando, para efeitos indemnizatórios, por exemplo, o incumprimento de um dever. Assim, por todos, CORDEIRO AMM. Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspetivas. Revista da Ordem dos Advogados. 2005; 65(II).

¹⁴⁹ Assim, novamente por todos, CORDEIRO AMM. Tratado de Direito Civil. VIII. Coimbra: Almedina; 2016. p. 447, que escreve “*de fora* [da responsabilidade] *ficam as permissões genéricas, como a autonomia privada, a liberdade de trabalho ou a liberdade de empresa, desde que não se contundam com direitos de personalidade*”.

A questão é facilmente resolvida pela aplicabilidade horizontal da norma de direitos fundamentais relevante: aplicada à relação das partes, constituiria os operadores de estádios no *dever, tudo considerado*, de não discriminar o adepto que, por conseguinte, teria um *direito*(-pretensão) a igual tratamento aos demais, *i.e.*, assistir aos jogos mediante compra de bilhete. Os danos entretanto causados pelo incumprimento daquele dever poderiam ser indemnizados nos termos gerais.

A lógica da aplicabilidade vertical, naturalmente, impede esta resolução. Da norma constitucional nunca poderá resultar nenhum dever fundamental para o particular. Neste caso, pois – e em termos idênticos, parece-nos, ao do caso *Blinkfüer* –, o juiz encontrar-se-ia perante um dilema: a Constituição, enquanto conjunto de princípios reguladores do sistema, impor-lhe-ia uma decisão para a qual o legislador não o munuiu das normas necessárias. Assim, ou desenvolve o Direito, integrando a lacuna, ou limita-se a desaplicar a norma inconstitucional, falhando a tutela do bem fundamental, e sujeitando o Estado – pela falha que, na verdade, será de natureza legislativa – a responsabilidade, perante o particular lesado, por défice de proteção¹⁵⁰.

Nos sistemas que o permitam, a resposta é a aplicação por analogia da norma de direitos fundamentais. Perante um particular numa posição de *poder* sobre outro, dotado por isso de capacidade para restringir o aproveitamento de dado bem fundamental deste, o juiz poderia considerar aquele *poder* análogo ao poder público – aqui, único destinatário das normas de direitos fundamentais – e, conseqüentemente, recorrer à mesma norma constitucional para o regular¹⁵¹. A aplicação analógica da norma de direitos

¹⁵⁰ Novamente, o efeito terciário das normas de direitos fundamentais. Assim, RIBEIRO GA. *The Effects*. p. 252.

¹⁵¹ Evidenciando que o fenómeno da aplicação analógica constitui um caso onde a inaplicabilidade interna da norma não impede a sua aplicação, SAMPAIO JS. *Ob. cit.* nota de rodapé n.º 954; advogando esta solução, mas enquadrando-a como uma de aplicabilidade horizontal, perspectiva com que em parte concordamos, VIEIRA DE ANDRADE JCA. *Ob. cit.* p. 252.

fundamentais seria só o verso da moeda que impusera ao juiz a desaplicação da norma derrotada¹⁵².

Todavia, se, perante este tipo de casos, o juiz recorrer à aplicação analógica das normas de direitos fundamentais, na verdade, estará a operar sob uma lógica de aplicabilidade horizontal¹⁵³. Tal como com o recurso a uma cláusula geral de direitos de personalidade, vazia de significado, o recurso à analogia – sem qualquer outro critério além da imposição vertical de tutelar o bem – redundará na aplicabilidade horizontal das normas de direitos fundamentais: os mesmíssimos pressupostos, relativamente à capacidade, natural ou institucional, do particular terão de ser preenchidos. Acrescentar-se-á um passo no raciocínio lógico – a expansão do universo de destinatários da norma por analogia – mas redundar-se-á no reconhecimento de um *dever* fundamental, titulado por um particular.

E, por isso mesmo, cremos que, tanto em *Blinkfuer* como em *Stadionverbots*, a linguagem do Tribunal revela, digamos, uma *tendência horizontalizante*: formalmente sempre fiel ao paradigma da aplicabilidade vertical, o Tribunal Constitucional Federal, de forma pragmática, concede e acaba por decidir pelo incumprimento de um dever fundamental no primeiro caso e, caso a sua ponderação fosse outra, cremos que assim o faria no segundo. A outra hipótese, lá está, seria reconhecer a ausência de norma tutelante aplicável e pecar por défice na proteção constitucionalmente imposta¹⁵⁴.

¹⁵² Ambas as operações encontram, em parte, justificação no princípio segundo o qual o igual deverá ser tratado por igual (analogia) e o desigual como diferente (redução teleológica). Assim, relativamente ao sistema germânico que admite estas operações, LARENZ K. Ob. cit. p. 556.

¹⁵³ Diferentemente serão os casos onde o juiz considera que a aplicação analógica deverá ser apenas possível quando estiver em causa um poder análogo ao poder público nas suas características, solução próxima da *state action doctrine* norte-americana.

¹⁵⁴ O aparente paradoxo lembra-nos da frase de Alexy “*the theory of indirect horizontal effect [aplicabilidade vertical] necessarily results in direct horizontal effect*” (cfr. ALEXY R. Ob. cit. p. 362). Recusamos, ainda assim, a conclusão. Na verdade, diríamos que, onde inexistia outra norma tutelante, “*the theory of indirect horizontal*

Estamos, pois, em condições de concluir que a afirmação de deveres fundamentais titulados por particulares produzirá efeitos distintivos na resolução de litígios privados. Perante uma omissão legislativa ou regulação inadmissível, o reconhecimento de um dever fundamental – oriundo da aplicabilidade horizontal da norma correspondente – será necessário para orientar a conduta do particular no sentido de não restringir o direito fundamental correlativo e, desse modo, assegurar a eficaz tutela do bem constitucional na relação privada. Resultado que não será logrado por mera aplicabilidade vertical das normas de direitos fundamentais: a imposição de um dever de proteger o direito restringido irá empurrar o juiz, ainda que por métodos indiretos, à aplicação horizontal da norma de direitos fundamentais e ao reconhecimento do dever aí consagrado.

6. Conclusão

A temática que aqui se abordou é uma que facilmente desperta paixões. Facilmente se poderá cair numa abordagem ideológica da questão, mascarando sob as pretensões da técnica e do método jurídico o que serão, na verdade, os juízos valorativos e axiológicos próprios a cada um.

Com essa preocupação, assumiu-se neste esforço, desde o primeiro momento, uma posição estritamente analítica, abdicando de quaisquer pretensões de ajuizar a bondade das soluções propostas pela aplicabilidade horizontal e afirmação de deveres fundamentais entre particulares. Antes, procedeu-se à análise dos pressupostos de preenchimento necessário para essa aplicabilidade e, depois, dos efeitos daí decorrentes. Esperamos, por isso, ter contribuído para a compreensão daquilo que é hoje a inegável eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares e da aplicabilidade em que assenta. O mérito dessa eficácia é questão a que não procurámos responder.

A título conclusivo, porém, permita-se uma breve advertência: a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais, enquanto fenómeno jurídico, não deve ser entendido *a priori*, como tantas vezes o é, como uma força de progresso social ou de socialização ou tendencialmente estatista. Como vimos, os termos em que essa eficácia se concretiza sempre

effect necessarily demands a choice between horizontal application and neglect of a constitutional duty”.

dependem da resolução de um conflito normativo que oporá um *dever* a uma *liberdade*. E, como tal, tanto um como o outro terão, em abstrato, igual hipótese de prevalência. No fim, tudo se decidirá no juízo ponderativo do decisor. Qualquer tendência ideológica que se pretenda imputar ao fenómeno deve, pois, ser antes imputada ao decisor que, perante o conflito, atendendo aos princípios do sistema e, inevitavelmente, aos seus próprios, decidiu ser o *dever* ou a *liberdade* a posição de maior valor. Consoante o juiz, a eficácia horizontal tanto poderá coartar a liberdade mais elementar, em prol de um dever para com outro, como desaplicar toda a norma protetora do bem comum, em nome de uma qualquer conceção libertária.

Feito o juízo corretamente, porém, e nada disso se passará.

Referências Bibliográficas

Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press; 2004.

Atienza M, Manero J. Las Piezas del Derecho: Teoría de los Enunciados Jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel; 1996.

Bhatia G. Horizontal Rights: An Institutional Approach. Oxford: Hart Publishing; 2023.

Bobbio N. Estado, Governo e Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 1997.

Bulygin E. On Norms of Competence. Law and Philosophy. 1992;11:201-216.

Canaris CW. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina; 2003.

Canotilho JG. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina; 1994.

Cherednychenko O. Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. Munich: Sellier; 2007.

Collins H. On the (In)Compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. LSE Law, Society and Economy Working Papers. 2012;(7).

Dworkin R. Taking Rights Seriously. London: Bloomsbury Academic; 2013.

Forst R. *The Right to Justification*. New York: Columbia University Press; 2013.

Frantziou E. The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality. *European Law Journal*. 2015;21(5):657-679.

Gardbaum S. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*. 2003;102:387-459.

Hohfeld W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*. 1913;23(1):16-59.

Kumm M. Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*. 2006;7(4):341-369.

Larenz K. *Metodologia da Ciência Jurídica*. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Leisner W. *Grundrechte und Privatrecht*. München; 1960.

Lombardi G. *Potere Privato e Diritti Fondamentali*. Torino; 1970.

Lopes PM. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*. I. Lisboa; 2014.

Lukes S. *Power: A Radical View*. 2.^a ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan; 2005.

Marx K. *On the Jewish Question*. 1844. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/jewish-question/>.

Cordeiro AMM. *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspetivas*. *Revista da Ordem dos Advogados*. 2005;65(II).

Cordeiro AMM. *Tratado de Direito Civil*. VIII. Coimbra: Almedina; 2016.

Pinto PM. *Direitos de Personalidade e Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias*. In: Loureiro JC, coordenador. *Estudos em Homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*. I. Coimbra: Almedina; 2023. pp. 287-314.

Navarro PE, Moreso JJ. *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*. *Law and Philosophy*. 1997;16:201-219.

Nozick R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Lisboa: Edições 70; 2009.

Novais JR. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina; 2018.

Novais JR. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra; 2006.

Sá FO. *Direito Privado Constitucional*. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2022.

Raz J. *Practical Reason and Norms*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press; 1999.

Ribeiro GA. *The Decline of Private Law*. Oxford: Hart Publishing; 2019.

Ribeiro GA. *The Effects of Fundamental Rights in Private Disputes*. In: Collins H, editor. *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*. Cambridge: Intersentia; 2018.

Sampaio JS. *Ponderação e Proporcionalidade*. Coimbra: Almedina; 2023.

Sarlet I. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2012.

Searle J. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press; 2010.

Steinmetz W. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores; 2004.

Sousa MT. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Almedina; 2013.

Thomas J. *Public Rights, Private Relations*. Oxford: Oxford University Press; 2015.

Ubillos B. *La Consolidación Dogmática y Jurisprudencial de la Drittwirkung: Una Visión de Conjunto*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2017;(21):43-74.

Vieira de Andrade JCA. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*. In: Sarlet I, organizador. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2010.

e-Publica **Vol. 13** No. 1, June 2026 (V.25-72)

Van der Walt J. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. Berlin: De Gruyter; 2014.

von Wright GH. *Norm and Action*. London: Routledge & Kegan Paul; 1963.