

## **1. Um convite e uma perplexidade**

O tema que aceitamos estudar para submeter à apreciação deste auditório foi este: "O Provedor de Justiça e o efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias". A inclusão da problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada numa sessão comemorativa dos 20 anos do Provedor de Justiça não é uma evidência que dispense comentários justificativos. Não surgiu a figura do *Ombudsman* para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder? Não terá o Provedor de Justiça como missão principal, nos termos constitucionais e legais, a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias e os interesses legítimos dos cidadãos contra actos ilegais e injustos dos poderes públicos? (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, Arts. 1.º, 2.º e 20.º). Não se recortará a figura do "defensor do povo" como uma instituição de defesa dos direitos dos particulares perante o Estado?

A perplexidade que insinuamos está aqui: o de as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das *relações jurídico-privadas*, pois também aí parecem registar-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias.

O próprio facto de a questão ser levantada já é um indício da chamada "constitucionalização da ordem jurídica privada". Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações mais ou menos subtis da esfera de protecção dos seus direitos fundamentais. Em termos mais chãos mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: se e em que medida os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico-privada? O problema, para alguns, não deve sequer colocar-se, sob pena de os direitos fundamentais se transformarem em "joker argumentativo" contra os princípios básicos da autonomia privada.

Uma rejeição rotunda da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada poderia resumir-se desta forma breve e incisiva: o que é que tem o Estado a ver com a vida privada dos indivíduos? No mesmo sentido, e dirigindo agora a interrogação para o Provedor de Justiça, seria lícito perguntar: porque se preocupa o nosso "defensor do povo" com problemas das relações privadas entre os particulares? Não traduzirão estas angústias um incontido apelo à *constitucionalização* absorvente dos espaços da nossa vida civil? Um civilista francês regista em termos plásticos a ideia base desta orientação: "*notre Constitution c'est le code civil*" (F. Zenati). Desejará o Provedor de Justiça tornar-se num mediador de negócios privados quotidianos? Aceitemos o repto destas interrogações.

## **2. As questões básicas: o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias e o apelo à extroversão do Provedor de Justiça**

O tópico que acabamos de enunciar é um dos temas centrais da juspublicística (e de alguma doutrina jusprivatista) dos últimos cinquenta anos. Conhecido na doutrina sob várias designações – "eficácia eterna de direitos fundamentais", "efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada", "efeito horizontal dos direitos fundamentais", "*Drittwirkung*", "*sute action*" –, continua a suscitar acesas controvérsias teóricas e dogmáticas. Seria, porém, um caminho árduo e manifestamente desadequado no contexto desta sessão enveredarmos por querelas doutrinárias, que pouca luz trariam ao debate e, mais do que isso, colocariam a retórica discursiva dos professores longe dos casos concretos da vida e das preocupações existenciais dos cidadãos. Nada melhor, por isso, de que alguns exemplos para todos compreendermos a importância do tema que nos ocupa:

### *Exemplo 1:*

Uma instituição bancária privada preencheu todos os seus quadros de pessoal recrutando exclusivamente indivíduos do sexo masculino. Dado que não está cientificamente demonstrado que as mulheres sejam alérgicas ao "trabalho bancário", há sérios indícios de discriminação no trabalho baseada no sexo, em clara violação do princípio constitucional da igualdade! Será aqui concebível uma qualquer acção do Provedor de Justiça?

### *Exemplo 2:*

Num contrato privado de compra e venda de imóveis incluiu-se uma cláusula resolutória, que condicionava a compra ou o arrendamento à titularidade exclusiva de brancos. Recorta-se, assim, num negócio jurídico-privado uma área de segregação racial. Haverá aqui espaço para a intervenção do nosso "defensor do povo"?

*Exemplo 3:*

Entidades patronais e organizações sindicais celebram um contrato colectivo de trabalho onde se incluem as seguintes cláusulas:

- (1) a cláusula de *closed shop*, ou seja, a proibição de contratação de trabalhadores não sindicalizados;
- (2) a cláusula de *europaização*, limitando o recrutamento a trabalhadores europeus;
- (3) a *cláusula de regionalização* restringindo a contratação a trabalhadores com residência na região da área abrangida pelo contrato colectivo. Perante a violação de alguns direitos, liberdades e garantias – liberdade negativa de associação sindical, discriminação em virtude da raça e da origem – em que medida se pode apelar ao Provedor de Justiça para corrigir estas "injustiças"?

*Exemplo 4:*

A empresa x contratou dois indivíduos de sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a realização e manutenção do contrato a três cláusulas:

- (1) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento de admissão;
- (2) aceitarem como justa causa de despedimento a ocorrência de gravidez durante o contrato;
- (3) considerar-se também como justa causa de despedimento o facto eventual de virem a servir de mães hospedeiras ("barriga de aluguer") durante a vigência do contrato.

Como conciliar estas cláusulas com direitos de personalidade tão importantes como a intimidade da vida privada e o direito de constituir família? Poderá o Provedor de Justiça desencadear alguma acção de auxílio a estas pessoas?

*Exemplo 5:*

O senhor x, professor de matemática, contratado por um estabelecimento de ensino privado confessional, viu rescindido o seu contrato de docência pelo facto de se ter divorciado e, subseqüentemente, ter contraído novo casamento. *Prima facie*, há aqui uma violação, por um estabelecimento privado, do direito constitucional a constituição de família e de celebração do casamento. Poderá o Provedor de Justiça alargar a sua acção aos "casos privados" onde não sejam observados os direitos fundamentais?

Os casos aqui inventariados – e que não são exemplos meramente académicos pois foram retirados da jurisprudência portuguesa, norte-americana, alemã e francesa – permitem, a nosso ver, tornar mais inteligível o sentido do primeiro núcleo de questões: como garantir a observância e aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas.

Do mesmo passo, recorta-se também o segundo conjunto de problemas – pode e deve o Provedor de Justiça deslocar o seu "olhar vigilante" do Estado para a sociedade civil? Por outras palavras: a figura do Provedor de Justiça deve manter a *introversão*, isto é, limitar as suas acções a actos dos poderes públicos ou de entidades com poderes públicos – abrir-se à *extroversão*, ou seja, estender a sua acção mediadora à reparação das ilegalidades e injustiças cometidas por *privados contra privados*, em rotunda colisão com direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados?

Mesmo que não se queira aceitar a construção da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, será deslocado invocar aqui um *dever de protecção* a cargo do Provedor de Justiça (e de outros poderes) quando os direitos, liberdades e garantias sofrem agressões graves nos esquemas relacionais intersubjectivos? Ao esclarecimento destas questões se dedicarão os próximos desenvolvimentos.

### **3. O enquadramento constitucional e legal do Provedor de Justiça**

O enquadramento constitucional da figura do Provedor de Justiça na parte geral dos direitos fundamentais indicia inequivocamente que a sua função básica é a de um *órgão de garantia de direitos fundamentais*. Acrescente-se: de *todos* os direitos fundamentais e não apenas dos direitos, liberdades e garantias (CRP, Artigo 23º). Por sua vez, o Estatuto legal do Provedor de Justiça (Lei nº 9/91, de 9 de Abril) também fornece algumas aberturas para uma interpretação dinâmica e generosa das funções do Provedor de Justiça.

Desde logo, o artigo 2º ao delimitar o âmbito de actuação do Provedor, sugere que as acções se exercem, "nomeadamente" no âmbito de actividade da Administração Pública. Este âmbito é, de resto, delimitado em termos rasgadamente amplos, pois abrange serviços da Administração Pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público. Deve, porém, reconhecer-se

que em nenhuma norma se descortina um fundamento seguro para o "defensor do povo" perante os poderes públicos se transformar em mediador dos particulares no âmbito dos poderes privados emergentes no seio da sociedade civil.

O Provedor de Justiça convidou-nos a sugerir algumas ideias nesse sentido. Não podemos fugir ao seu desafio. Impõem-se, porém, algumas cautelas. Por um lado, o desenvolvimento cabal do problema levar-nos-á a ocupar o espaço dos nosso colegas – a acção do Provedor de Justiça no procedimento legislativo e na acção de inconstitucionalidade. Por outro lado, e como iremos ver, estamos a pisar em terreno de especial sensibilidade no plano da ordenação e interdependência de vários órgãos de soberania, designadamente do legislador e dos tribunais. Avancemos então alguns tópicos tendentes a explorar a possível extroversão do Provedor de Justiça na garantia e defesa dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas. Impõe-se uma abordagem tópica, abertamente fragmentária e matizada, a única compatível com a diversidade das dimensões subjectivas englobadas no chamado *status positivus socialis* dos cidadãos.

#### **4. O Provedor de Justiça: "mediador" imediato da eficácia de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada expressamente consagrada em normas constitucionais**

Alguns efeitos relativamente a entidades privadas estão desde logo determinados na Constituição. Assim, por exemplo, o Artigo 38º ao consagrar a chamada *liberdade interna de imprensa* – liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários e o direito de intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de informação – torna claro a vinculação de entidades privadas por esta liberdade (contra os próprios proprietários da empresa). Do mesmo modo, o Artigo 36º/3 ao determinar que os "cónjuges tem iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e dever de manutenção dos filhos", além de se dirigir ao "legislador da família" vincula directamente os "cónjuges privados" ao princípio da igualdade, tornando inválida qualquer cláusula restauradora de figuras de "chefe de família". O Artigo 37º /4 garante o "direito de resposta e de rectificação" nos órgãos de informação, vinculando, assim, os órgãos de informação privados a respeitar este direito em relação a terceiros privados.

Em todos estes casos não se retira competência ao legislador – hipótese que abordaremos em seguida - de dar maior densificação à eficácia irradiante directamente consagrada na Constituição. Pergunta-se, porém: poderá o Provedor de Justiça assumir-se como "executor directo da Constituição" quando esta consagra a eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias? No caso de resposta positiva, em que termos? Parece seguro que o Provedor de Justiça não se pode substituir aos tribunais na apreciação de *casos litigiosos privados* onde se invoca a violação de direitos, liberdades e garantias. No entanto, haverá também hipóteses em que, para além da possibilidade da via jurisdicional – sempre aberta aos cidadãos – não está excluída a possibilidade de recomendações dirigidas a "entidades privadas" cuja vinculação pelos direitos, liberdades e garantias está expressamente consagrada na Constituição. Estará no âmbito do Provedor como "mediador da sociedade civil" e executor directo da Constituição dirigir recomendações a certos órgãos de imprensa que sistematicamente se recusam a inserir as respostas e rectificações ou que restringem em termos inconstitucionais a liberdade interna dos jornalistas.

#### **5. O Provedor e o Legislador**

Como atrás já foi sugerido, o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada significa, em primeiro lugar, que o legislador deve "mediar" essa eficácia (eficácia imediata) garantindo a sua observância e respeito através da "legislação civil". Nestes termos, a questão exige o esclarecimento das relações entre o Provedor de Justiça e os *órgãos legislativos*. No sistema constitucional de tendencial separação de órgãos de soberania, cabe em primeira linha ao legislador assegurar a observância dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Noutra formulação, mais recente, ancorada na ideia funcional de *exigência de protecção* pelo Estado insita nos direitos fundamentais: é *dever do legislador* ter em conta a necessidade de protecção dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídico-privadas.

Qualquer que seja o fundamento dogmático deste dever de protecção do *Estado-legislador* – *eficácia* dos direitos, liberdades e garantias fundamentais ou como *valores* impregnadores de toda a ordem jurídica – não existem quaisquer dúvidas quanto à função dos direitos, liberdades e garantias como regras jurídicas vinculantes da ordem jurídica privada. Sendo assim, pergunta-se: quais as possibilidades do Provedor de Justiça perante o "legislador do direito privado" relativamente à concretização, por este, dos direitos, liberdades e garantias? Em rigor, não se trata de uma questão autónoma de efeitos irradiantes nas relações jurídicas privadas, mas tão somente da *vinculação imediata* de um poder do Estado – o poder legislativo – pelas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Existe, pois, aqui uma direcionalidade pública e não uma direcionalidade privada. Não obstante, a inquestionabilidade dogmática desta orientação, sempre se poderá insistir neste ponto: quais as *consequências concretas* desta vinculação do legislador privado e o que é que o Provedor de Justiça pode fazer junto do "legislador do direito privado"?

a) Em primeiro lugar, pode fazer recomendações nos termos do Artigo 20º/I/b do Estatuto, dirigidas ao legislador no sentido de se alterarem ou revogarem normas de direito privado contrárias à Constituição.

b) Em segundo lugar, as "recomendações legislativas" podem visar uma maior densificação legal de alguns direitos de igualdade específica (exemplo: a Lei nº 84/95, de 31 de Outubro, opção dos pais pelo

exercício em comum do poder paternal).

c) Em terceiro lugar, cabe na acção do Provedor fazer recomendações no sentido de se recortar legislativamente com mais rigor e operacionalidade a eficácia de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada (caso do direito de resposta).

## 6. O Provedor e as acções/recursos de inconstitucionalidade e de ilegalidade

Através da sua competência para requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade nos termos do Artigo 281 /1/2:d da Constituição, o Provedor pode alargar a sua acção de "mediador" da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Recordámos os casos de convénios de compra e venda impositivos de cláusulas de "segregação racial" ou os contratos colectivos de trabalho impositivos da cláusula de *closed shop* e da regionalização. A primeira hipótese (a do célebre caso *Shelley v Kraemer*, nos Estados Unidos) já foi reconduzida nos Estados Unidos à categoria de *state public action* nos casos em que os tribunais conferiram forma executiva a contratos racistas de compra e venda de imóveis. Se e na medida em que os contratos de urbanização equivalerem a regulamentos urbanísticos ou densificação de planos urbanísticos, seria possível invocar a existência de "normas privadas equivalentes a normas públicas" para efeitos de requerimento de declaração de inconstitucionalidade. Como é óbvio, estes casos devem ser analisados com cuidado mas não deve arredar-se a hipótese da reconstrução de normas em sentido funcional que permitam ao Provedor de Justiça dirigir-se ao órgão de controlo da constitucionalidade para efeito de eliminar cláusulas inconstitucionais incorporadas em convénios entre particulares e a que os próprios tribunais já deram forma executiva.

A consagração de cláusulas inconstitucionais em contratos colectivos de trabalho exige uma retórica menos exigente que o caso anterior. Tendo os contratos colectivos uma "parte normativa" será sempre possível ao Provedor de Justiça requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas convencionais ofensivas de direitos, liberdades e garantias. Mas dever-se-ia ir mais além: o *dever de protecção* de direitos, liberdades e garantias pode justificar que, em alguns casos, o Provedor se assumia como "protagonista processual" impulsionando a anulação de cláusulas inconstitucionais contidas em contratos privados. É a questão que passaremos a analisar no número seguinte.

## 7. O Provedor e os "poderes privados"

O Decreto-Lei nº 44 G/85, de 25 de Outubro abriu uma outra e importante via para o Provedor dinamizar a observância e garantia dos direitos, liberdades e garantias. Referimo-nos à legitimidade para o Provedor indicar ao Ministério Público a necessidade de uma acção destinada a obter a condenação na obtenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais. Muitas das cláusulas contratuais proibidas sugerem a existência de *poderes privados* com possibilidades de agressão de direitos, liberdades e garantias semelhantes aos poderes públicos. Não se compreenderia que o Provedor possa chegar aos tribunais apenas para reagir contra este tipo de cláusulas. Isto leva-nos a um outro ponto que consideramos essencial. Sem subvertermos as disposições constitucionais referentes às competências dos tribunais – designadamente a que diz respeito à resolução de litígios entre os particulares – deve reconhecer-se ao Provedor uma legitimidade ampla para solicitar ao Ministério Público o desencadeamento de acções contra contratos entre particulares em que se insiram *cláusulas violadoras de direitos, liberdades e garantias*. Quando essas violações são causadas por "poderes sociais" dotados de instrumentos de coacção acrescidos e rotundamente desiguais em relação aos parceiros contratuais, o Provedor pode e deve transformar-se em "mediador" dos indivíduos desarmados. Aqui temos a passagem decisiva de um Provedor "introvertido" a um "Provedor extrovertido", e um "defensor do povo" perante os poderes públicos, para um defensor dos indivíduos perante as dimensões majestáticas dos "poderes privados".

Estaremos a aventurar-nos por terrenos escorregadios? A resposta é negativa. Mesmo em quadrantes individualistas como é o sistema suíço, houve quem, em sede de revisão constitucional, fizesse a proposta de inclusão de uma norma com o teor seguinte:

*"1. O legislador e os tribunais asseguram a eficácia adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.*

*2. Quem exerce os direitos fundamentais deve respeitar os direitos fundamentais de outrém. Sobretudo, ninguém pode lesar os direitos fundamentais de outrém em virtude da sua posição de poder."*

*Os direitos, liberdades e garantias e a ordem jurídica privada não se encontram numa situação de "separação" ou de "divórcio". Qualquer "distância" do direito privado em relação à constituição não significa a existência de um terreno livre de direitos fundamentais nos órgãos jurídico-cíveis. Acresce que a frontal posicionalidade dos direitos, liberdades e garantias contra o Estado, está longe de significar a desnecessidade de esta "frontalidade" ser alargada contra os novos "senhores dos poderes privados".*

## 8. A unidade da ordem jurídica

Há alguns anos um célebre administrativista francês referiu-se à provocação de uma "dupla moral no seio da sociedade" a propósito da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. No espaço do *público político* proclama-se o pecado mortal dos actos públicos violadores dos direitos fundamentais; no domínio do privado reivindica-se energicamente a bondade dos comportamentos emocionais mais ou menos atentatórios dos mesmos direitos, liberdades e garantias.

Para um jurista atento não deixa de ser significativo que o Código de Procedimento Administrativo tenha considerado – e bem – como *nulos* os actos que ofendem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (Artigo 133º/2/d) e que o Decreto-Lei nº446/85, de 15 de Outubro – referente a cláusulas gerais dos contratos – não contenha em parte alguma uma norma semelhante, qual seja a da proibição de cláusulas gerais de contratos violadores do núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias!

Também, neste domínio, o Provedor de Justiça tem uma palavra a dizer no sentido de assegurar a *unidade da ordem jurídica* no campo sensível dos direitos, liberdades e garantias. Mas não haja equívocos quanto à unidade aqui referida e desejada. Bem sabemos que o *espaço do privado* é ainda o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha das nossas iras, o refúgio das nossa emoções, o espaço da nossa autonomia. Seria mau que ele se transformasse em arena de *política absoluta* com os *direitos-mitos* e o *mito-direitos*.

No entanto, a "cegueira cega" e estaríamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos. Compreender a conflitualidade das estruturas subjectivas é, afinal, a tarefa que se impõe a um órgão, como o Provedor de Justiça, na sua qualidade de garante dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Se ele, nos espaços comunicativos do Estado de Direito, puder contribuir para a solidificação de uma sociedade de homens livres onde os espaços de autonomia sejam entretecidos pelos princípios básicos de justiça, terá cumprido a sua missão.

***Pulsate et aperietur vobis***