



A tutela contraordenacional nas restrições ao direito de admissão e permanência em estabelecimentos comerciais¹

EDGAR GONÇALVES FERNANDES

Doutorando em Direito e Segurança

Colaborador do CEDIS

SUMÁRIO: Introdução. **I – Direitos Fundamentais e suas restrições:** 1. Noção e precisão; 2. Restrições; 3. Direito fundamental à liberdade e à segurança – acesso a bens ou serviços em particular; 4. Direito fundamental à liberdade de iniciativa económica. **II – Direitos Fundamentais e a sua aplicação às relações privadas:** 1. Vinculação das entidades privadas; 2. Contrato de prestação de serviços; **III - Preceitos constitucionais sobre contraordenações:** 1. Prolegómenos; 2. Referências expressas; 3. Referências indiretas. **IV – Um regime setorial – RJACSR:** 1. Prolegómenos; 2. RJACSR; 3. RJACSR, a CRP e a Segurança - (3.1) Disposições legais; (3.2.); Disposições legais operadas pela pandemia; (3.3) Disposições privativas. **V – Conclusões.**

¹ O presente artigo corresponde a uma síntese e atualização do trabalho apresentado no âmbito da Unidade Curricular de Direito Constitucional, inserida no Doutoramento de Direito e Segurança, da NOVA School of Law.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar a suficiência da tutela contraordenacional na proteção de alguns direitos fundamentais, designadamente, o direito à liberdade, concretizado no livre acesso (e permanência) a determinados estabelecimentos comerciais (mormente, estabelecimentos de restauração ou de bebidas). Para tal apresentar-se-á um regime especial - Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) – que se confrontará com a Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente, com o seu artigo 27.º (direito à liberdade e à segurança), artigos 61.º e 62.º (direito à propriedade privada), artigo 13.º (princípio da igualdade) e artigo 21.º (direito de resistência). Serão analisadas as questões de alteração de ordem pública e (in) segurança atinentes ao citado regime especial, derivadas sobretudo das disposições privativas dos estabelecimentos, bem com a (in) suficiência da tutela contraordenacional na salvaguarda de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade. Segurança. Direitos Fundamentais. Autonomia Privada. Contraordenações.

ABSTRACT

This article aims to verify whether the supervisory legal framework has the capacity to safekeep all fundamental rights, namely the right to freedom, substantiated on freedom of access (and permanence) in commercial establishments (in particular, catering and beverage establishments).

For this purpose, we will address the Legal Regime for Access and Exercise of Trade, Services, and Restoration Activities (RJACSR) - which confronts the Constitution of the Portuguese Republic (CRP), namely, with its article 27. (right to freedom and security), articles 61 and 62 (right to private property), article 13 (principle of prohibition), and finally, article 21 (right of resistance).

We will analyze some applications of this legislation on the restraint of customer rights by the commercial establishment and its possible effects such as alteration of public order and degradation of security in general, as well as the lack of oversight and efficiency by the supervisory entity in safeguarding the fundamental rights.

KEYWORDS

Freedom. Safety. Fundamental rights. Private Autonomy. Offenses.

1. Introdução

A Constituição da República Portuguesa (CRP) é a lei das leis.

O texto constitucional inicia com os princípios fundamentais que regem o Estado, materializados em 11 artigos. Logo de seguida são apresentados os direitos e deveres fundamentais, sendo estes precedidos de princípios gerais. É com base nessa lógica que EHRHARDT SOARES (2008, p. 28)² entende toda a CRP como um “conjunto de princípios fundamentais do governo”.

A análise e interpretação das normas constitucionais é da responsabilidade do Direito Constitucional. BACELAR GOUVEIA (2013, p. 593)³ distingue interpretação constitucional de interpretação conforme à Constituição. A primeira significa a “busca de um sentido normativo que esteja ínsito ou fique subjacente às fontes normativas por que tenha de partir-se para o encontro de uma solução para um problema a ser resolvido pelo Direito Constitucional”. A segunda trata das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Infraconstitucional. Nesta, segundo o autor, pretende-se o reconhecimento do “carácter supremo do texto constitucional, que como tal se impõe como ditame cujo respeito é forçoso como igualmente se mostra passível de ser um elemento auxiliar na tarefa interpretativa das fontes infra-constitucionais (...)”.

O Direito Constitucional é um direito estratificado, ou melhor, estratificável. BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41) divide-o por níveis, designadamente, em Direito Constitucional material, económico, financeiro, fiscal e garantístico. Dentro destes, são englobados, segundo o autor, vários direitos, onde se incluem, a título de exemplo e ao que nesta sede

² SOARES, Rogério Ehrhardt – Direito Público e Sociedade Técnica. Coimbra: Edições Tenacitas, 2008.

³ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Manual de Direito Constitucional. Vol I. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

importa, o Direito Constitucional de Segurança, que diz respeito à organização as Forças Armadas e de Segurança e o Direito Constitucional Penal, enquanto “*critério e limite do ius puniendi do estado a partir dos princípios e valores constitucionais*”.

Compete ao Direito Constitucional, na esteira de BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41 e 42), estabelecer “*as grandes opções do Ordenamento Jurídico*”, o que o torna conexo com múltiplos ramos do Direito. Todavia, tal sucede de forma mais intensa com os ramos do Direito Público, pelo seu estatuto de poder público, como são exemplo o Direito Administrativo, o Direito Internacional Público, o Direito da União Europeia, o Direito Penal, o Direito Contraordenacional, o Direito Judiciário, o Direito Processual, o Direito Financeiro, o Direito Fiscal, o Direito da Religião, o Direito da Economia e o Direito da Segurança.

Apesar “*desta maior intensidade*” de contacto com o Direito Público, o Direito Constitucional entra também pelo Direito Privado, pois há princípios que, como se verá ao longo do artigo, vinculam entidades privadas, fazendo ceder, por ventura, outros princípios, igualmente vinculativos.

O último ramo apresentado por BACELAR GOUVEIA (2013, p. 41 e 42) (não sendo a sua posição diretamente proporcional à importância dada pela Constituição, muito pelo contrário) assenta nas questões de segurança. Nas palavras de RUI PEREIRA (2012, p. 418 a 420)⁴ a segurança “*não é hoje um tema ignorado pelo legislador*”, pois: é um pressuposto e uma cláusula essencial no contrato social; é uma obrigação primordial do Estado, é um direito fundamental no sentido da Constituição; e um fator relevante de coesão social.

Já sobre o Direito Contraordenacional, a conexão deste com a Constituição, tal como afirma BACELAR GOUVEIA (2013, p. 46), sucede “*num nível menos dramático*” cabendo a

⁴ PEREIRA, Rui. A segurança na Constituição - Estudos de Direito e Segurança, Volume II. Coimbra: Almedina, 2012.

este direito “a tipificação de comportamentos ilícitos, mas em que a sua fraca ilicitude apenas determina a aplicação de sanções pecuniárias ou outras de cariz acessório, nunca privativas de liberdade, cabendo, contudo, ao Direito Constitucional a sua definição, numa lógica secundária em relação ao Direito Penal”.

Todavia, a doutrina recente, como é exemplo SILVA DIAS (2019)⁵ tem considerado o direito das contraordenações como autónomo (em sentido formal⁶). E tudo aponta para isso. As contraordenações que eram aplicadas para reprimir “bagatelas”, hoje são cada vez mais usadas para punir determinados comportamentos aos quais podem ser imputadas coimas de milhões de euros, como são exemplo o Código do Valores Mobiliários (coimas até € 5 000 000) e Lei da Proteção de Dados Pessoais (coimas até a € 20 000 000). Porém - e é este o objeto do artigo – se for usada a sanção contraordenacional (onde se incluem as sanções acessórias) para reprimir um comportamento violador de direitos fundamentais protegidos pela CRP? Será essa forma de repressão suficiente?

Será com base no “carácter supremo” da CRP que se desenrolará o presente artigo e se analisará um regime aprovado pelo legislador ordinário⁷ – o RJACSR.

I - Direitos Fundamentais e suas restrições

1. Noção e previsão

As revoluções liberais que devastaram os Estados absolutistas, fizeram emergir novos direitos, muito assentes na ideia de “liberdades”. Não tardou muito até que surgisse a

⁵ DIAS, Augusto Silva – Direito das Contra-ordenações - Coimbra: Almedina, 2019.

⁶ A dúvida mantém-se ainda na autonomia dogmática do direito das contraordenações.

⁷ A questão também se coloca em outros regimes. Veja-se o caso do Regulamento Geral do Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de janeiro, onde no ruído de vizinhança se colocam frente a frente o direito ao repouso e o *jus fruendi* (por exemplo tocar um instrumento), estando estes direitos sob a alçada da tutela contraordenacional.

necessidade de estas serem controladas. Na linha de pensamento de EHRHARDT SOARES (2008), o “*novo mundo*”, beliscou a organização do Estado, deixando a ciência do Direito Público de se preocupar com a temática da separação de poderes trazida por MONTESQUIEU⁸, transformando-se num critério técnico de organização do Estado, cabendo-lhe garantir a liberdade “*no contexto dum Estado e duma pluralidade de grupos*” através de um “equilibrador”.

Estes “novos” direitos são apelidados de direitos fundamentais. JORGE MIRANDA (1986)⁹ entende-os como “*direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”. Esta divisão é reconhecida, como evidencia o autor, pela própria CRP, como se extrai dos exemplos: artigo 16.º, n.º 1, em que os direitos fundamentais aqui consagrados “*não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”; e do artigo 17.º onde se extrai que o regime dos “*direitos, liberdades e garantias [se] aplica aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga*”. Mais tarde¹⁰, afirma este autor que só há direitos fundamentais quando “*o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida se contrapõem*”.

⁸ No pensamento do autor esta temática era desenvolvida numa dualidade de momentos: primeiramente como uma ideia liberal, de garantia de liberdade dos cidadãos através de “uma balança de poderes”; posteriormente, através da repartição do poder por vários pretendentes.

⁹ Miranda, Jorge. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6. Núm. 18. Septiembre-Diciembre, 1986.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 5ª ed. 2012 p.16.

VIERA DE ANDRADE (2019, p. 15)¹¹ analisa os direitos fundamentais em três perspetivas: filosófica ou jusnaturalista, na qual são vistos como direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares; perspetiva estadual ou constitucional, formando aqui os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar; e a perspetiva universalista ou internacionalista, onde são considerados como direitos essenciais das pessoas num certo tempo e em (quase) todos os lugares.

Esta tipologia de direitos, segundo JORGE MIRANDA (1986), baseia-se em dois pressupostos: não existem sem o reconhecimento “*duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político*”; e sem que as pessoas “*estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem*”, chegando a afirmar que dependem das “*filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar*”. Neste desenvolvimento, para REIS NOVAIS (2010, p. 125)¹², uma norma de direito fundamental impõe sempre ao Estado um “*dever jurídico relativo à proteção de um bem, de onde resulta, directa ou indirectamente, uma garantia efectiva ou potencial de acesso, por parte dos cidadãos, ao bem protegido pela norma*”.

Os direitos fundamentais por vezes são confundidos com figuras que lhe são afins. JORGE MIRANDA (2012) elenca como tal, os direitos subjetivos públicos, de âmbito mais abrangente, como aqueles que são atribuídos por normas de Direito Público, em contraposição aos atribuídos por normas de Direito Privado. Também os direitos de personalidade, como sendo “*posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo*

¹¹ ANDRADE, José Carlos Viera. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora (Wolters Kluwer), 2010. Trata-se de uma profunda e desenvolvida obra, onde foram extraídos apenas alguns aspetos relevantes.

simples facto de nascer e viver”, que pressupõem “*relações de igualdade*”, em contraposição aos direitos fundamentais que pressupõem “*relações de poder*”. Para este autor, os direitos de personalidade possuem uma “*incidência privatística, ainda que sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais*”, colocando-os no domínio do Direito Civil e contrariamente, os direitos fundamentais, no domínio do Direito Constitucional. Todavia, alguns direitos de personalidade coincidem com direitos fundamentais.

A Parte I da CRP (artigos 12.º a 79.º) apresenta os direitos e deveres fundamentais, sendo os primeiros artigos reservados para a explanação de princípios gerais. Na opinião de JORGE MIRANDA (1986) aqui se denota a “*preocupação tanto de enumerar os direitos como de definir o seu conteúdo, reduzindo ao mínimo a discricionariedade do legislador ordinário, como ainda de estabelecer as suas garantias e condições de efectivação*”. Segundo este autor, a sistematização adotada pela CRP permite a garantia “*dos direitos fundamentais antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica, não os subalterniza ou instrumentaliza por causa de qualquer tarefa cometida ao Estado*”. Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 309)¹³ referem que existe uma falta de “homogeneidade sistemática” sobretudo no Título II, pois consideram que cada um dos termos - direitos, liberdades e garantias - deveria corresponder a um tipo particular de direitos fundamentais, tal como sucede no Título III.

Nesta Parte da CRP observa-se também uma dicotomia entre direitos, liberdades e garantias (Título II) e direitos económicos, sociais e culturais (Título III). Para JORGE MIRANDA (1986) os primeiros são direitos de “*autonomia, de manifestação, de individualização: revelam a essência da pessoa; têm por contrapartida uma posição de respeito pela esfera própria da pessoa pelo Estado e pelas demais entidades públicas (e,*

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1º a 107.º. Vol I 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

em certos casos, privadas); traduzem-se em limitações que o poder público se impõe e que impõe a outros poderes”. Os segundos são direitos de “necessidade e, ao mesmo tempo, de comunicação: têm que ver com as condições de existência da pessoa; têm por contrapartida a prestação de bens e de serviços; dependem de uma ação modificadora das estruturas económicas, sociais e culturais”.

A CRP não define os conceitos de direitos, liberdades e garantias. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 310 e 311) entendem por “direitos” os direitos naturais e os direitos políticos, liberdades-participação, direitos do cidadão; por “liberdades” aquelas que estão ligadas ao *status negativus*, visando defender os cidadãos do Estado; e por “garantias” o direito de se exigir aos poderes públicos a proteção dos seus direitos. Todavia, para estes autores esta distinção é irrelevante pois qualquer categoria a que pertençam os direitos fundamentais, todos gozam do mesmo regime jurídico.

A outra trilogia de direitos - direitos económicos, sociais e culturais - são tidos por CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 316) como: “direitos e deveres económicos”, os que têm a ver com o estatuto económico das pessoas; os “direitos e deveres sociais” aqueles que são relativos às condições de vida fundamentais e a certas categorias sociais; “direitos e deveres culturais”, aqueles que respeitam a bens culturais fundamentais, bem como aqueles que se referem às instituições por tal desiderato interessadas.

Ainda estes autores referem que estes direitos não são um compartimento isolado dentro da CRP, mas *“parte integrante da ordem constitucional, estando organicamente ligados aos restantes domínios constitucionais”*. Nestes termos, defendem que a ordem constitucional dos direitos fundamentais está ligada à constituição política e ao princípio democrático e funcionalmente, à Constituição económica e ao princípio de democracia económica e social que a informa. Admitem ainda direitos fundamentais “fora do catálogo” supra apresentado (Parte I da CRP), designadamente, os artigos 124.º, 264.º, n.º 2, 215.º,

269.º, n.º 3, 271.º, n.º 3, 113.º, 276.º, n.º 7, 94.º, n.º 1, 103.º, n.º 3, 268.º, n.º 4 e 5 e 276.º, n.º 1. Também, na sequência do enunciado artigo 16.º, n.º 1 da CRP, acolhem ainda a existência de direitos fundamentais “*sem registo constitucional*”, tratando-se de uma “*cláusula aberta*” a futuros novos direitos, mas aos quais se deve sempre aplicar uma lógica de equiparação pelo seu “objeto e pela sua importância” aos direitos fundamentais de “*grau constitucional*”.

Concomitantemente, o artigo 16.º, n.º 2 da CRP refere que os preceitos constitucionais e legais relativos a estes direitos devem ser “*interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”. Aqui, JORGE MIRANDA (2012) encontra uma *ratio* tríplice: clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir para horizontes de universalismo.

Esta Declaração aprovada pelas Nações Unidas três anos após a criação desta Organização e ainda no rescaldo da II Guerra Mundial, delineia um conjunto de direitos humanos mínimos, com base na “*fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres*” como se lê no seu preâmbulo. Na opinião de JORGE MIRANDA (1986) procede-se por esta via à receção formal de conjunto de princípios gerais de direito internacional. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 367) este preceito deve ser interpretado com cautela pois a CRP não efetua uma receção da Declaração enquanto Direito Constitucional, mas sim uma remissão como parâmetro exterior, devendo-se em primeiro lugar recorrer à ordem constitucional dos direitos fundamentais.

Posteriormente, este instrumento internacional foi desenvolvido a nível regional, surgindo outros mecanismos, como são exemplo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mais tarde, entre outros, surgiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento que visa reforçar a

“proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”, como se lê nos seus considerandos. MELO ALEXANDRINO (2010)¹⁴ entende que os direitos nesta Carta nem “são direitos fundamentais (porque não descrevem uma relação da pessoa com o Estado assente na Constituição), nem perturbam os direitos fundamentais da Constituição (pois estes reentram nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático referidos nos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4, da CRP)”.

A Lei Fundamental eleva a um plano superior, as matérias referentes a direitos, liberdades e garantias, tornando-as, por força do artigo 18.º, n.º 1, *“diretamente aplicáveis”*. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 382 e 383) entendem que os direitos, liberdades e garantias possuem um regime próprio, não estando dependentes de lei concretizadora, o que os torna então *“diretamente aplicáveis”*. Todavia, não significa, segundo estes autores, que dispensem a investigação dos pressupostos de aplicabilidade direta, ou seja, que constituam direitos subjetivos absolutos e autónomos e que se eximam de ser determináveis. Estes direitos, liberdades e garantias transportam direitos subjetivos que permitem invocar as normas na ausência de lei, bem como a invalidade dos normativos que não respeitem estes preceitos. Também, vinculam entidades públicas, sendo o primeiro destas entidades, o Estado - *“quer enquanto legislador, quer enquanto administração, quer enquanto juiz”* – e entidades privadas, como melhor se verá no Título seguinte.

O primeiro princípio geral que arranca com esta temática dentro da CRP é o princípio da universalidade em que, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, todos os cidadãos *“gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”*. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 332) consideram que este princípio deve ser lido em

¹⁴ Alexandrino, José de Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a constituição federal Brasileira de 1988, 2010.

consonância com o Direito da União Europeia, pois por um lado, um dos princípios básicos da União Europeia é a extensão dos direitos a todos os cidadãos de Estados-Membros e por outro, o princípio da presença comunitária equipara cidadãos do Estados-membros a cidadãos nacionais. É com base neste princípio que os direitos fundamentais são direitos relativos, como se verá já de seguida.

2. Restrições

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos.

JORGE MIRANDA (2012, p. 133 a 135) afirma que os direitos fundamentais são sempre relativos (ao contrário dos direitos de personalidade), ainda que em termos diversos do Direito Privado, pois em virtude do princípio da universalidade, *“não pressupõem uma certa e determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro de uma comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado”*.

O artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP limita as restrições de direitos, liberdades e garantias às referências expressas desse diploma e sempre contrabalançadas com outros direitos ou interesses também aí previstos. A CRP não apresenta um conceito de restrição, considerando-a REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 98)¹⁵ como a *“compressão do conteúdo de um direito, isto é, de redução de faculdades ou âmbitos de proteção que, em abstrato, nele estariam compreendidos”*. Já REIS NOVAIS (2010) entende-a como a *“acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações,*

¹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo e ALEXANDRINO, José de Melo – Constituição da República Portuguesa Comentada – Lisboa: LEX, 2000.

em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado". Este último autor explica a diferença entre restrição e limite. A primeira reporta-se a uma supressão ou diminuição de algo e a segunda, o sentido de extrema, de fronteira.

JORGE MIRANDA (2012) classifica as restrições em comuns (para todas as pessoas), particulares (só afetam direitos a certas categorias de pessoas, como são exemplo o artigo 269.º, n.º 4 e 270.º) e especiais (direito das pessoas que se encontrem em certas situações, exemplo do artigo 30.º, n.º 2 e 4).

Estas restrições estão sujeitas a "*vários e severos requisitos*", segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388, 391 a 393): que a restrição esteja expressamente admitida (exemplos: artigos 35.º, n.º 4, 47.º, n.º 1, 49.º, n.º 1 e 270.º) ou imposta (exemplo dos artigos 27.º, n.º 3 e 34.º, n.º 2 e 4) pela CRP, ou seja, que nela encontre "*expressão suficiente e adequada*"; que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, ou seja, que o sacrifício de um direito fundamental não seja "*arbitrário, gratuito e desmotivado*"; que a restrição seja apta para o efeito e limitada à medida necessária para atingir o objetivo, ou seja, sujeita ao princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso; que a restrição não aniquile o direito em causa, devendo ser sempre garantido um "*resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua utilidade constitucional*".

Estes autores reforçam que para além destes requisitos materiais, a validade das leis que aplicam estas restrições depende ainda dos seguintes requisitos: lei geral e abstrata, quer formal, quer materialmente; lei sem efeito retroativo (retroatividade autêntica e alguns casos de inautêntica); reserva de lei material (lei e não regulamento) e formal (ser uma lei da Assembleia da República e apenas Decreto-Lei se autorizado). Este último requisito garante que os direitos, liberdades e garantias não fiquem à disposição do poder regulamentar da Administração.

Nesta linha, JORGE MIRANDA (2012) entende das limitações determinadas na 2.^a parte do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que o segmento “direitos” se refere aos limites de exercício estabelecidos no artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os “*interesses constitucionalmente protegidos*”, às restrições. Este autor aponta algumas presentes no articulado constitucional, das quais se destaca a restrição à propriedade (artigo 62.º, n.º 2) e as restrições à iniciativa económica privada tendo em conta o interesse geral (artigo 61.º, n.º 1 e 81.º, alínea f)), a intervenção do Estado na gestão de empresas (artigo 86.º, n.º 2) e a vedação de acesso a setores básicos (artigo 86.º, n.º 3). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 392) sublinham ainda que nem todos os interesses constitucionalmente garantidos, mormente, aqueles que possuem cláusulas demasiado vagas, são adequados para justificar a restrição.

REIS NOVAIS (2010, p. 125) preocupando-se com a fundamentação dogmática das restrições dos direitos fundamentais, apresenta três modelos, a teoria externa, a teoria interna e o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios. Acabando por não aderir plenamente a nenhum, patenteia como metodologia necessária e constitucionalmente adequada para a compreensão dos direitos fundamentais e suas restrições a “teoria alexiana”¹⁶, baseada sobretudo, na ponderação.

Este último autor, apresenta ainda a distinção entre as restrições dos direitos fundamentais da regulamentação do exercício destes direitos. A primeira assenta na afetação desvantajosa do próprio conteúdo de um direito fundamental e a segunda na “*regulação dos pormenores práticos do exercício de um direito em ordem a facilitar ou adequar a sua efetivação nas condições complexas das relações de vida*”. Apesar de na teoria a distinção ser pacífica, tal não sucede na prática. A regulamentação é considerada pelo autor como uma categoria do desenvolvimento dos direitos fundamentais, visando

¹⁶ Seguindo Robert Alexy in *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

ajudar o exercício dos mesmos, mas claro, com uma intenção restritiva, o que traz o problema de saber a partir de quando se passa para o regime das restrições.

Paralelamente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388 e 389) distinguem a figura da restrição do exercício de direitos fundamentais da de delimitação do âmbito do próprio direito fundamental. Importa em primeiro lugar definir o conteúdo do direito fundamental e depois avaliar em que medida pode ser restringido. Estes autores apresentem três possibilidades: a CRP por ela própria estabelece um limite ao âmbito potencial de um direito fundamental, podendo a lei aclará-lo, como são exemplos os artigos 46.º, n.º 4 e 62.º, n.º 1; a CRP remeter para a lei apenas a delimitação de um aspeto específico, como são exemplos os artigos 35.º, n.º 2 e 40.º, n.º 1; e a CRP remeter para a lei, o que sucede na generalidade dos casos, a delimitação geral do âmbito de um direito, como são exemplos os artigos 52.º, n.º 3, 56.º, n.º 3, 61.º, n.º 1 e n.º 5.

A doutrina tem acrescentado outro tipo de restrições que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 388) entendem como intervenções restritivas. Estas consistem, segundo os autores, em *“atos ou atuações das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito, liberdade garantia ou direito de natureza análoga”*, como sejam uma decisão judicial de prisão preventiva, uma decisão administrativa de proibição de manifestação e uma decisão de requisição em caso de greve.

Ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 389) falam das restrições não expressamente autorizadas ou os limites imanentes. Estes operam perante a colisão de direitos e apenas se extraem implicitamente do texto constitucional, o que leva os autores a alertar para a exigência e rigor na admissão deste tipo de limites, elencando três requisitos obrigatórios: *“que a lei se limite a “revelar” ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição (...); que a definição “de tais limites seja o único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza”; e que “tais*

limites reduzam o âmbito do direito ou direitos atingidos apenas na medida estritamente necessária à superação do conflito (...)”.

Mas não ficam por aqui. Estes autores fazem ainda a distinção entre leis restritivas e leis de garantia do exercício de direitos fundamentais. São estas últimas que garantem um ou mais aspetos do exercício dos direitos previstos na CRP, exemplificando os autores com os artigos 26.º, n.º 2, 55.º, n.º 6, 54.º, n.º 5 e 56.º. Apontam ainda as leis de ampliação de direitos constitucionais, como diferentes de leis restritivas, considerando-as como aquelas em que são acrescentados requisitos diferentes dos constitucionalmente permitidos.

Para além das restrições operadas pelo artigo 18.º, n.º 2 da CRP, por força do artigo 16.º, n.º 2 da CRP, são apresentadas outras que advêm do artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e inseridas, segundo JORGE MIRANDA (2012), ao nível da regulamentação (ao contrário do artigo 18.º, n.º 2 que diz respeito a certos direitos e afeta o seu conteúdo), englobando as *“condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm a ver com o seu exercício”*. Como se lê no citado número, no *“exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”*. Aqui o autor considera a referência a “justas exigências”, como se tratando de um conceito de justiça e um “limite absoluto aos limites”, pois as *“regras sobre o exercício dos direitos fundamentais são sempre necessárias”*.

Mas então quando devem prevalecer os direitos fundamentais sobre as restrições? Ou vice-versa? É que muitos dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que são referentes ao direito de liberdade, possuem grandes pontos de contacto com outros direitos fundamentais. Nada mais se está a falar do que a concorrência de direitos fundamentais. Perante este confronto, qual o direito fundamental que deve prevalecer?

Segundo REIS NOVAIS (2010, p. 387) a doutrina dominante defende, em caso de não concorrência não ultrapassável, a prevalência de aplicação do direito fundamental “*menos limitável, máxime do direito fundamental sem reservas e, logo, da proibição absoluta de restrições, mesmo quando o Estado disponha de possibilidades de intervenção restritiva no comportamento individual em causa se perspectivado exclusivamente na sua subsunção a um direito provido de limites*”. Assim, parte-se da ideia básica de existência de “*uma ordem de valores constitucional em que a liberdade individual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ocupam lugar supremo e central*”, ou seja, uma presunção em favor da liberdade – *in dubio pro libertate* – que determina a aplicação do direito individual mais forte. Todavia, segundo o autor, o paradigma está a mudar pois a validade absoluta deste princípio é cada vez menos reconhecida.

REIS NOVAIS (2010) teoriza também sobre o abuso do direito, instituto primeiramente do Direito Civil, mas que também pode ser considerado em sede de direitos fundamentais. Para este autor, há abuso sempre que houver desvio de exercício, ou seja, sempre que o direito fundamental “*seja exercido para fins alheios à ratio que presidiu à sua consagração constitucional*”, que admite, ser de difícil prestação no domínio dos direitos fundamentais. Também considera que tal sucede quando existe um exercício “malicioso”, com intenção fraudulenta ou de aproveitamento “mal-intencionado”, no intuito de obter “*utilidades ou ganhos diversos do que se contêm nos bens protegidos pelo respectivo direito fundamental*”. No entanto, a fórmula de abuso dos direitos fundamentais necessita de concretização, não podendo ser demasiado geral e abstrata. Para este autor aquilo que o legislador pode fazer é regular as formas de prevenção ou sanção do abuso que a “*Administração ou o poder judicial devem executar, e, eventualmente, antecipar e proibir algumas modalidades típicas sem poder, porém, esgotar extensivamente a sua previsão*”.

Em suma, considera-se que deve prevalecer o direito que causar menores repercussões na esfera jurídica dos intervenientes, sendo que estes, quando mais fortes, devem imperar sobre as restrições.

Nesta perspetiva, vejamos como será nos dois direitos fundamentais que se seguem.

3. Direito fundamental à liberdade e à segurança - acesso a bens ou serviços em particular

Desde o Estado Novo que é “livre” o acesso a bens ou serviços. Lia-se no artigo 5.º da Constituição de 1933 que a República se baseava no *“livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização”*.

O Tratado que instituiu a Comunidade Europeia auxilia na destrição entre “bens” e “serviços”. Sobre os primeiros não dispõe de qualquer referência direta, no entanto, devem ser entendidos na aceção das disposições relativas à livre circulação de *“mercadorias, pessoas, serviços e capitais”*. Já os “serviços” possuem consagração expressa no artigo 50.º do Tratado, entende-os como *“prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas”*, compreendendo as atividades de natureza industrial, comercial e as atividades artesanais e das profissões liberais.

Esta liberdade de acesso a bens e serviços insere-se no direito fundamental de catálogo, *“direito à liberdade e à segurança”* do artigo 27.º da CRP. O seu n.º 1 refere que todos *“têm direito à liberdade e à segurança”*. O número seguinte que *“ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”*. Esta norma, como se pode extrair do Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 471/01, tem o seu campo de aplicação *“inserido no direito processual penal, onde alcançará a sua plena justificação, não tendo sequer qualquer*

reflexo no domínio da liberdade contratual e nas normas que disciplinam esse princípio, nomeadamente no tocante aos arts. 405 e 406 do Cód. Civil”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 478) consideram estes dois direitos – liberdade e segurança - distintos, mas simultaneamente, *“intimamente”* ligados, desde a sua formulação nas constituições liberais. Estes autores têm como direito à liberdade, o direito à *“liberdade física, à liberdade de movimentos”*, não garantindo uma liberdade em geral, mas *“as principais liberdades em que ele se analisa”*. Tal como expresso no citado Acórdão do TC é a liberdade *“física de ‘ir e vir’ da pessoa que está em causa e que, como tal, deve ser compreendida, de harmonia, aliás, com o estatuído no artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendimento que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem por firme”*.

Já o direito à segurança significa para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 478), a *“garantia de exercício seguro e tranquilo de direitos, liberto de ameaças e agressões”*.

Todavia, alertam estes autores que o direito à liberdade não é um direito absoluto, admitindo restrições, mas só aquelas que estão previstas no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, não podendo a lei criar mais, entendendo que este preceito constitui um princípio da *“tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade”*. Estes autores distinguem ainda, a privação total de liberdade (exemplo da pena de prisão) da privação parcial da liberdade (exemplo da proibição de entrada em determinados locais), mas apenas admitem esta distinção enquadrada no princípio da proporcionalidade. Também, para estes as medidas privativas da liberdade estão sujeitas a uma dupla reserva de lei e de decisão judicial.

O Acórdão do TC n.º 479/94 estabelece a dicotomia entre privação da liberdade e mera restrição ou limitação desta, sendo que a primeira atinge *“directamente uma dimensão da*

dignidade da pessoa humana” e a segunda apenas “condiciona o pleno desenvolvimento dessa dimensão”. Esta aresto citando MAUNZ-DRIG, elucida ainda que a primeira “existe quando alguém, contra a sua vontade, é confinado, coactivamente, através do poder público, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimento lhe é subtraída” e a segunda quando “alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e facticamente acessível ou de permanecer num certo espaço”.

Continua o aresto ainda a estabelecer destrição referindo que privação da liberdade se traduz numa *“perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida)”* e a limitação ou restrição da liberdade se concretiza *“através de uma perturbação periférica daquele direito, mantendo-se, no entanto, a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram”*.

Mas será que pode alguém ver negado o acesso a determinado bem ou que lhe seja recusado uma prestação de serviços?

As relações entre prestadores de bens ou serviços e consumidores encontram-se protegidas. Desde logo, o legislador constituinte, no artigo 60.º, n.º 1 salvaguardou (com mais intensidade) os direitos dos segundos, sendo-lhes garantido o *“direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”*. O legislador ordinário, nesta sequência, aprovou a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, onde estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. O artigo 2.º, n.º 1 desta Lei (na sua atual redação) considera como consumidor *“todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não*

profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Os direitos destes são os previstos no artigo 3.º do citado diploma.

Outro preceito constitucional que pode ser invocado é o da igualdade, previsto no artigo 13.º, segundo princípio geral que a CRP elenca no cardápio dos direitos e deveres fundamentais, mas também disperso por diversas normas, como são exemplo o artigo 9.º, alínea d) e h), 47.º, n.º 2, 58.º, alínea b), entre outros. Este princípio reza que todos “os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (n.º 1), não podendo ninguém ser “privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” (n.º 2). Mas será que se pode (ou deve) nivelar todas as pessoas por igual, no acesso a bens e serviços? Por exemplo, não poderá proprietário de um restaurante negar a entrada a trabalhadores da construção civil com a roupa toda suja? Ou aos trabalhadores da recolha de lixo que se apresentem com um mau cheiro? Ora aqui começa o confronto com o outro direito fundamental, que se analisará no capítulo seguinte.

A legislação nacional, muito por influência comunitária, tem vindo a combater determinadas discriminações. A Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, no estrito objetivo de “estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação”. Segundo o seu artigo 3.º, n.º 1 alínea h) é aplicável ao “acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação” vinculando tanto o setor público, como privado. Esta Diretiva foi transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 18/2004, de 11 de maio.

Em paralelo, no ordenamento jurídico interno, a Lei n.º 93/17, de 23 de agosto (herdeira da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto) estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. No seu artigo 4.º, n.º 2 alínea a) é considerada prática discriminatória a *“recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público”*.

Também a Lei n.º 14/08, de 12 de março, veio proibir e sancionar a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, na sequência da Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro. No artigo 4.º desta Lei é previsto o princípio da igualdade e proibição da discriminação em função do sexo, sendo proibida a discriminação assente em *“ações, omissões ou cláusulas contratuais no âmbito do acesso a bens e serviços e seu fornecimento”*. Repare-se que nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do citado diploma aplica-se às *“entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso”*.

Ainda neste âmbito, a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. Segundo o artigo 4.º, alínea a) deste diploma constitui prática discriminatória contra pessoas com deficiência *“a recusa de fornecimento ou o impedimento de fruição de bens ou serviços”*.

Mas então e a autonomia privada? Não poderá o proprietário do restaurante ter o seu modelo de negócio e proibir o acesso a esse bem e serviço? Avancemos.

4. Direito fundamental à liberdade de iniciativa económica

O artigo 61.º, n.º 1 da CRP refere que a iniciativa económica privada se exerce *“livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”*, ou seja, é aqui estabelecido precisamente, o princípio da liberdade de iniciativa

económica. Também o artigo seguinte da Lei fundamental estabelece que a *“todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”*.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 788) consideram que a CRP vê a liberdade de iniciativa económica privada como um direito fundamental, apesar de não estar inserido diretamente entre os direitos, liberdades e garantias ou nas palavras de REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 167) direitos fundamentais de “natureza análoga”. O mesmo entendem do artigo 62.º da CRP. Estes últimos autores decalcam o conceito de liberdade de iniciativa económica da seguinte forma: em sentido estrito, na dimensão de liberdade de produção, que consiste na liberdade de *“organizar a produção e na liberdade de atuação das empresas”* (o que a liga ao citado artigo 62.º); numa perspetiva dinâmica através de *“um ato de impulso de um novo processo produtivo e o consequente desenvolvimento e direção de uma determinada atividade económica”*; e que dela podem gozar pessoas singulares ou coletivas. Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 790) consideram que a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido: por um lado, um direito pessoal - liberdade de iniciar uma atividade económica; e por outro, um direito institucional - liberdade de organização, gestão e atividade da empresa. Nestes termos, entendem que o reconhecimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto quer das empresas, quer do setor privado. No entanto, para os autores, ambas as vertentes, podem ser limitadas ou restringidas, como se extrai do artigo 61.º, n.º 1 da CRP - “nos quadros definidos pela Constituição”. Sucede que as restrições por força do das palavras anteriores – “exerce-se livremente” - terão que obedecer ao princípio da proporcionalidade e respeitar o já escrutinado artigo 18.º da CRP, ficando condicionada ao “interesse geral”. Este último conceito, trata-se, na ótica dos autores, do típico conceito constitucional indeterminado, destinando-se a *“funcionar como*

fator de legitimação constitucional da intervenção legislativa na liberdade de iniciativa (...) cuja «densificação» deve arrancar, em primeiro lugar, das determinantes heterónomas fornecidas pela própria lei fundamental”. Por outro lado, este interesse geral deve gerar nas empresas a preocupação com a “responsabilidade social”.

Os tribunais têm sido chamados a se pronunciar sobre esta temática. Do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, emanado no Processo n.º 382/07.3BECBR, de 09-11-2012 (Relator Carlos Luís Medeiros de Carvalho), extrai-se que direito à livre iniciativa económica constitui *“um direito fundamental (não apenas um mero princípio programático ou um princípio objetivo da organização económica) e, especificamente, configura-se como um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título II da parte I da Constituição, pese embora se mostre interligado ou conexas com alguns dos direitos económicos, sociais e culturais e com os quais pode interferir/interagir, mormente, no caso em presença com o direito à saúde e à sua proteção (cfr. art. 64.º da CRP)”*. Mas, alerta este aresto que este direito *“não constitui um direito absoluto mas antes um direito que, quer em termos constitucionais quer em termos legais, se mostra e pode ser objeto de introdução pelo Estado de limites e de restrições decorrentes, mormente, do “interesse geral” e do “assegurar, nas instituições de saúde de adequados padrões de eficiência e de qualidade (...)”*.

Idêntica posição já havia sido seguida pelo Acórdão do TC n.º 289/04, que se pronuncia sobre o regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, após pedido de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas do citado regime pelo Provedor de Justiça. Neste é invocada jurisprudência anterior daquele Tribunal, designadamente o Acórdão n.º 328/94, em que *“(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da*

Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo – e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) – fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra”.

Ainda se extrai do aresto que a norma constitucional remete para a lei a “definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa económica privada”, considerando assim uma “previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental – da previsão de uma “reserva legal de conformação” (a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do conteúdo do direito fundamental, que reconhece). A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei restritiva verdadeira e própria, mas sim como lei conformadora do conteúdo do direito”.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 18 de outubro de 2018, emanado no Processo n.º 3499/11.6TJVN.F.G1.S2 (relator Rosa Tching) afirma que em caso de colisão de direitos, a “chave para uma tomada de decisão por parte do juiz sobre qual dos direitos deve prevalecer e do modo como devem ser harmonizados os direitos em causa está no princípio da proporcionalidade, consagrado na parte final do nº 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa, que, por via dos seus três subprincípios da adequação, da exigibilidade e da justa medida, fornece uma estrutura formal tripartida à ponderação, a fazer em concreto e casuisticamente, entre os fins prosseguidos pelas normas, os bens, interesses e valores em conflito, as medidas possíveis e os seus efeitos, por forma a estabelecer uma relação equilibrada entre os direitos em confronto”.

Ora, quer o direito fundamental à liberdade e à segurança apresentado no capítulo anterior, quer o direito fundamental à liberdade de iniciativa económica, à semelhança de

outros direitos fundamentais, não são absolutos, ambos podem ceder. Em confronto, qual deverá prevalecer? Avança-se já, que qualquer um poderá sobrepor-se ao outro. Mas antes de dar o passo decisivo para o objeto do estudo, analisar-se-á a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pois é neste domínio que surge - restringido - maioritariamente o “acesso a bens ou serviços” proporcionados pelos estabelecimentos comerciais.

II - Direitos Fundamentais e a sua aplicação às relações privadas

1. Vinculação das entidades privadas

As relações que se estabelecem entre particulares estão sujeitas ao Direito Privado. É este, segundo FREITAS DO AMARAL (2004)¹⁷, que disciplina os interesses privados dos particulares. Também aqui, valores como a liberdade e a igualdade caminham juntos, ganhando especial enfoque nesta tipologia de relações, a autonomia e livre iniciativa privada.

Mas será que a autonomia do Direito Privado poderá ficar indiferente à restante CRP?

VIERA DE ANDRADE (2019, p. 248) responde negativamente a esta questão, referindo que a autonomia deste direito não significa independência em relação à CRP, o que faz com que os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinem a inconstitucionalidade das normas de direito privado que os contrariem. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 167) na caracterização que efetuam sobre o conceito de liberdade de iniciativa económica esclarecem que os limites podem ser definidos por lei, que se enquadre na CRP. Também sobre o direito à propriedade referem

¹⁷ AMARAL, Diogo Freitas. Manual de Introdução ao Direito Vol I. Coimbra Almedina, 2004. 616 p.

que este é conformado por “*numerosas regras e princípios dispersos*” constitucionais, podendo também sê-lo por via da lei.

As matérias referentes a direitos, liberdades e garantias por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP são como se disse “*diretamente aplicáveis*” e ainda “*vinculam as entidades públicas e privadas*”. Nesta parte final da norma reside uma questão controversa. Alguns autores como REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 97) consideram esta equiparação aparente, defendendo a sua posição com base no seguinte: a vinculação das entidades privadas a direitos, liberdades e garantias não implica uma aceitação de eficácia direta, pois esta vinculação não funciona nos mesmos termos, sendo necessários instrumentos mediadores; exigência de soluções diferenciadas para harmonização dos direitos, liberdades e garantias e a autonomia privada; esta última não pode prevalecer sobre direitos absolutos nem lesar outros direitos, liberdades e garantias. Todavia, não deixam os autores de alertar que é possível sustentar a eficácia direta para a autonomia privada. Já para VIERA DE ANDRADE (2019, p. 239) e para SOUSA RIBEIRO (2007)¹⁸ a CRP não diz em que termos e em que grau se processa essa vinculação, nem se consegue extrair se “*entidades*” se referem a “*todos e quaisquer indivíduos*” ou apenas a pessoas coletivas e individuais “*poderosas*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 381) veem nesta norma uma transformação da Constituição num “*estatuto fundamental da ordem jurídica geral, das relações sociais em geral e, não apenas da ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade*”. Assim, esta eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares é segundo os autores, incompatível com a tese liberal que assentava apenas na defesa dos direitos subjetivos dos particulares contra o Estado. VIERA DE ANDRADE (2019) sobre a história deste “problema” defende que a mudança se deveu à

¹⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos Contratos. Estudos. Coimbra Editora, 2007. 408 p.

diferenciação dos direitos fundamentais. Na ótica deste autor, a regra formal de liberdade não é por si só suficiente para garantir a *“felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações”*, tendo por vezes, aliás, o efeito contrário. Por isso foi necessário que o Estado tomasse parte ativa na regulação da sociedade, garantindo *“justiça e bem-estar”*, o que tornou complexo o sistema de direitos fundamentais.

Este último autor põe o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados em duas direções concorrentes. Por um lado, em ordem à unidade do sistema jurídico, os direitos fundamentais enquanto princípios e valores constitucionais têm de se aplicar a toda a ordem jurídica, incluindo, portanto, as áreas do Direito Privado. Por outro lado, há necessidade de proteção dos particulares *“não apenas perante o Estado, mas também através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto”*.

Ainda para este autor existem duas posições na doutrina tradicional, sobretudo de influência alemã, a monista e a dualista. A primeira defende a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, visando dar *“maior proteção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade (...)”* e a segunda, só admite a aplicabilidade mediata ou a relevância indireta, procurando defender *“uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de igualitarismo extremo, se afete o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos”*, privilegiando a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade negocial.

Ora é esta segunda a mais seguida, no entanto uma outra se começa a retirar desta, a teoria do dever de proteção estadual dos direitos fundamentais, que vale perante os poderes públicos e privados. O autor elenca nesta senda, o “*princípio da proteção do défice*”, entendido como um princípio orientador.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 381) rejeitam a referência da doutrina a “*eficácia externa*” ou “*eficácia em relação a terceiros*” pois tal não pode vigorar na eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois estes não são “terceiros” nem “externos” à referida eficácia. JORGE MIRANDA (2012) considera esta “*eficácia externa*” como um “*dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face aos direitos dos outros*”. Os primeiros autores discutem sobre a contraposição da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, concluindo pela primeira, ou seja, a vinculação de entidades privadas decorre de “*forma direta e necessária*” dos direitos constitucionalmente garantidos, aplicando-se também às relações entre particulares e, em princípio, de forma idêntica entre as reações entre os particulares e o Estado.

Esta “*eficácia horizontal*” dos direitos fundamentais sujeita as entidades privadas a um dever de “*não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais*”, ressalvando as situações em que não “*sejam de todos exequíveis por si mesmos e necessitem de concretização legislativa*”. Aqui é contrariado, segundo os autores, a já referida teoria liberal clássica, em que as entidades privadas só “*estavam obrigadas a respeitar os direitos fundamentais alheios de forma indireta, quando a lei os traduzisse em direitos e obrigações privadas*”.

Estes autores discutem ainda se a eficácia dos direitos, liberdades e garantias vale para todos eles e para todas as relações privadas, ou se pelo contrário, apenas se limitassem as relações análogas ao dos indivíduos com o Estado, em que vigoram as relações de

poder ou dependência. Para estes, alguns ordenamentos constitucionais estrangeiros sem reconhecimento expresso da vinculação das entidades privadas adotam uma conceção restritiva, evitando *“uma amputação da autonomia privada ou até do direito privado como tal”*. Contrariamente, a CRP (de modo ímpar) faz aplicar, de forma expressa, os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas. Desse modo, a aplicação destes às relações entre particulares *“só não tem lugar caso daqueles direitos que, expressamente ou pela sua própria natureza, só podem valer perante o Estado (...) e só pode ser restringida legalmente nos mesmos termos em que o pode ser nas relações entre os particulares e o estado ou outras entidades públicas, podendo o princípio da autonomia negocial privada, na medida em que seja um bem constitucionalmente protegido, funcionar como fundamento dessa restrição”*. Por outro lado, SOUSA RIBEIRO (2007, p. 24) defende que a CRP “quando bem entendida” deixa uma adequada margem de autonomia para as entidades privadas “exprimirem as suas opções pessoais de vida”.

O princípio da vinculação de entidades privadas, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 386), só tem autonomia fora dos casos previstos na CRP. Nestes casos os *“negócios jurídicos, os actos privados, os comportamentos das entidades privadas considerados violadores de normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, serão reprimidos não porque os sujeitos de direito privado estejam submetidos à sua vinculação imediata mas porque o Estado tem de assumir o dever de proteção (Schutzpflicht) desses direitos, liberdades e garantias perante terceiros que os violam ou ameaçam violar”*. É neste imperativo de tutela do Estado, que SOUSA RIBEIRO (2007) considera que para além de os dever respeitar, deve também fazê-los respeitar, intervindo nas relações-jurídico privadas, para *“em proteção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte”*.

Para a resolução dos conflitos, VIERA DE ANDRADE (2019, p. 252) propõe que a CRP seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade enquanto regra das relações entre indivíduos iguais. O autor coloca a dignidade da pessoa humana enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca podendo ser afetada, considerando esta como a “garantia mínima” da CRP. Sobre o princípio da igualdade o autor defende que não é aplicável nas relações privadas *“enquanto proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação”*. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade. Todavia, refere que o princípio da igualdade terá que ser aplicado enquanto *“proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade”*, ou no pensamento de SOUSA RIBEIRO (2007) como proibição de condutas negociais discriminatórias. Para FREITAS DO AMARAL (2004) este princípio permite aos indivíduos *“escolher livremente os fins a prosseguir e os meios a utilizar na sua vida”* e às pessoas coletivas privadas *“escolher livremente os meios de realização dos seus fins estatutários”*, *sumariando dizendo que “tudo que não for proibido é permitido”*.

Apesar da previsão de vinculação de entidades privadas operada pela CRP não ter par no Direito Europeu, quer a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho (princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas), quer a Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro (proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento) consignam que estas se aplicam a entidades públicas e privadas, revelando fortes indícios da direção que se começa a seguir.

2. Contrato de prestação de serviços

Um ramo do Direito Privado que regula as relações entre particulares é o Direito Civil. Para FREITAS DO AMARAL (2004, p. 304) este direito é o mais antigo ramo do direito, sendo constituído pelo *“sistema de normas jurídicas que regulam a generalidade dos actos*

e actividades em que se desenvolve a vida privada dos particulares, tanto na sua esfera pessoal como patrimonial". Dentro deste direito, a primeira das fontes das obrigações e a mais importante, nas palavras de ANTUNES VARELA (2000, p. 216)¹⁹ a surgir, são os contratos. Para este autor um contrato consiste num *"acordo vinculativo de vontades opostas, mas harmonizáveis entre si"*, onde reina o mútuo consenso. E é a propósito desta fonte das obrigações que surge a liberdade contratual. Para o citado autor os princípios fundamentais que regem a disciplina dos contratos, em primeiro lugar, são precisamente, a autonomia privada, depois o princípio da confiança e o princípio da justiça comutativa ou da equivalência objetiva.

O artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil (CC), sob a epígrafe, "liberdade contratual" expõe que *"dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover"*. ANTUNES VARELA (2000, p. 230) considera esta liberdade contratual o corolário da autonomia privada (sendo esta última mais ampla), em que as partes são livres de contratar na *"medida em que podem seguir os impulsos da sua razão, sem estarem aprisionados pela jaula das normas legais"*. Em paralelo à liberdade de contratar, o autor destaca que cabe aqui também a escolha do contraente, ou seja, eleger livremente a pessoa com quem se quer fechar contrato, embora respeitando os limites da lei.

Já o artigo 406.º, n.º 1 do CC refere que o *"contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei"*. O número seguinte aborda a eficácia dos contratos em relação a terceiros, sendo que este *"só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos*

¹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I. 10ª Ed. Coimbra: Almedina Editora. 962 p.

na lei”. Daqui se extrai um princípio basilar, a relatividade dos contratos, em que só ficam vinculadas as partes, princípio decorrente precisamente, da autonomia privada.

É nesta esfera contratual que se levantam as questões de solução *“mais espinhosa”*, segundo SOUSA RIBEIRO (2007), no seu capítulo dedicado à constitucionalização do Direito Civil. Este direito, devido à consagração constitucional de direitos fundamentais, tem obrigatoriamente de consagrar também *“princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis”*, tendo em conta a unidade do sistema jurídico. Assim, as normas de direito civil devem acatar as proibições e respeitar os limites constitucionalmente fixados, sob pena de *“perderem a sua eficácia ordenadora dentro do sistema”*.

Dentro dos contratos em especial, encontra-se o “contrato de prestação de serviço”. O artigo 1154.º do CC define-o como aquele *“em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*. Trata-se de um contrato atípico que possui três modalidades típicas que não esgotam o seu conteúdo (mandato, depósito e empreitada), tendo por objeto, segundo MENEZES LEITÃO (2009), o resultado *“trabalho intelectual ou manual”*, em que o prestador de serviços atua com independência em relação à outra parte.

Ora, atendendo à autonomia privada, poderão ser celebrados qualquer tipo de contratos de prestação de serviços?

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais surgiu precisamente nesse pressuposto, conforme se pode ler no seu preâmbulo, em que numa *“perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela. A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas de concertação entre as*

empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes". Nesta senda, o Estado decidiu intervir, muito influenciado pelo Direito Europeu e limitar a autonomia privada, pois poderiam surgir posições abusivas. Desde logo, proíbe o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia o abuso de *“uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”*, elencando como práticas abusivas: imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; limitação da produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; aplicação relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; subordinação a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Este “abuso da posição dominante”, ganhou corpo no ordenamento jurídico interno através da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, que aprovou o regime da concorrência, sendo logo de seguida disciplinado, com a criação de uma pessoa coletiva de direito público, a Autoridade da Concorrência, através do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro. Assim os contratos terão que se enquadrar “dentro dos limites da lei”. Mas será o único requisito? Por exemplo, se um indivíduo sadomasoquista contratar alguém para lhe cortar um braço, o contrato será válido? No mínimo ofenderá os princípios da ordem pública.

GALVÃO TELLES (2002)²⁰ afirma que os limites da lei expostos no artigo 405.º do CC devem respeitar as normas injuntivas, dando exemplo da venda “a retro”, que o Código define como *“aquela em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato (art. 927.º), não poderá estipular-se o pagamento de dinheiro ao comprador ou qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução, ou a obrigação de o vendedor restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda (normas imperativas) sendo pois nulas semelhantes estipulações (art. 928.º)”*.

Por outro lado, poderá haver uma obrigação ou recusa de contratar? Como melhor se verá na apresentação do regime setorial (Título IV), poderá, por exemplo, o único estabelecimento de diversão noturna de determinada área geográfica, negar a entrada (prestação de um serviço) a potenciais clientes?

ANTUNES VARELA (2000, p. 233) defende que as pessoas são livres na decisão de contratar ou não contratar, livres na escolha de quem vão contratar e na retratação enquanto a proposta não chegar ao destinatário. Não obstante, liberdade de contratar pode sofrer limitações ou restrições, desde logo pelo dever jurídico de contratar que acontece nas seguintes situações: promessa negocial de contratar, como é exemplo o contrato-promessa; dever de contratar relativo a serviços públicos, o que sucede nas empresas concessionárias e serviços públicos; profissões de exercício condicionado, como é o caso dos médicos que devem prestar assistência (embora com algumas exceções); e a venda de bens essenciais à vida das pessoas. Neste último ponto o autor coloca a questão: *“não haverá uma obrigação de contratar, por exemplo, quanto aos estabelecimentos fornecedores de bens destinados a satisfazer necessidades vitais do cliente? E quanto à empresa proprietária da única sala de espectáculos ou do único restaurante existente na*

²⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. Manual dos contratos em geral. Refundido e atualizado. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 551 p.

localidade; terá ela liberdade de recursar a entrada a qualquer pessoa, cuja presença lhe não agrade?”.

O autor responde afirmando que a doutrina se divide em que, por um lado, há quem opte pela solução restritiva de liberdade de contratar (LARENZ), ou pelas situações de monopólio, ou pela importância vital dos bens. Por outro lado, outros evocam o abuso de direito (VAZ SERRA). Já na ótica do autor, estas restrições ao artigo 405.º do CC, só deviam ser válidas quando a lei as estabelece, implícita ou explicitamente, sem violação dos princípios constitucionais, onde destaca o princípio da igualdade, que segundo o autor parece condenar toda a recusa de contratar com carácter discriminatório.

Neste ponto, não deixa de ser importante dar nota da evolução da legislação das práticas individuais restritivas de comércio. O Decreto-Lei n.º 422/83, de 03 de dezembro, que estabeleceu as disposições relativas à defesa da concorrência no mercado nacional, considerava prática restritiva da concorrência a recusa de venda de bens ou prestação de serviços, ainda que não essenciais. Este diploma, revogado expressamente, deu lugar ao Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, que sofreu algumas alterações, até que foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro. Este último diploma, que aprova precisamente o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio, aplica-se à compra e venda de bens e as prestações de serviços (que não estejam sujeitas a regulação setorial), mas deixou cair o artigo referente à recusa de venda de bens ou de prestação de serviços (artigo 6.º), pela alteração dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2019, de 29 de agosto, por forma a garantir uma *“maior harmonia entre o presente decreto-lei e a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação atual, que aprova o regime jurídico da concorrência”*, como se lê no seu preâmbulo. Ora, esta eliminação deve ter algum significado, que se vislumbra relacionado com a autonomia privada.

Outras limitações ou restrições da liberdade de contratar apresentadas por ANTUNES VARELA (2000, p. 240) são: proibição de contratar com certas pessoas, por exemplo a entrada de menores em estabelecimentos de diversão noturna; renovação ou transmissão do contrato imposta a um dos contraentes, como é exemplo o contrato de locação; necessidade de consentimento, assentimento, ou aprovação de outrem, nomeadamente nas situações dos maiores acompanhados.

Pelo dito, não se poderá afirmar que o Direito Civil é Direito Constitucional concretizado, no entanto, na linha de SOUSA RIBEIRO (2007), o enquadramento constitucional fornece bases ao Direito Civil de forma a que este não acolha “*soluções contrastantes com os valores da pessoas que, em primeira linha, deve servir*”. E de outra forma não poderia ser.

III - Preceitos constitucionais sobre contraordenações

1. Prolegómenos

O Direito de mera ordenação social para HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES (2016, p. 142)²¹ é um ramo do direito novo, que compreende ilícitos de carácter não criminal “subtraídos ao Direito Penal”, ou seja, as contraordenações²². Segundo estes autores, aqueles que “*violem as respetivas normas precativas não são aplicáveis sanções de natureza criminal, mas apenas sanções pecuniárias ou meras advertências, designadas por coimas*”. Nestas, podem ainda ser aplicadas sanções acessórias.

²¹ EIRAS, Henriques e FORTES, Guilhermina – Dicionário de Direito Penal e Processo Penal. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2006.

²² A palavra contraordenação, deixou de ser “contra-ordenação” por força do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 43/91, ambos de 23 de agosto de 1991, com alterações posteriores aprovadas pela Rectificação n.º 19/91, de 7 de novembro. Tratava-se de uma formação por prefixação, no qual se deixou de empregar o hífen, nos termos do Anexo I, Base XVI, da citada resolução.

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprova o Regime Geral das Contraordenações, na sua atual redação, refere que constitui contraordenação *“todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”*. Nas palavras de SILVA DIAS (2019, p. 90) para existir contraordenação é necessário que o *“facto praticado seja típico, ilícito e censurável e por fim projetável numa moldura de coima previamente definida na estatuição típica”*. HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES (2016, p. 87) consideram que a contraordenação é, para o *“direito de mera ordenação social, o que é crime para o direito criminal e contraordenação ou transgressão para o direito contravencional”*.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro admite-se que urgia “conferir efetividade” ao direito de ordenação social, tornando-o “distinto e autónomo do direito penal”, sendo estas transformações iniciadas no ordenamento jurídico português, no quadro onde deveriam ser iniciadas, o jurídico-constitucional, como infra se verá.

Ainda do citado preâmbulo se pode extrair que *“o novo Código Penal, ao optar por uma política equilibrada da descriminalização, deixa aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal”*. Destaca ainda que são as *“necessárias reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infracções contra a economia nacional e o ambiente, bem como a protecção dos consumidores, que tornam o regime das contra-ordenações verdadeiramente imprescindível”*.

Ora, partindo, face ao que antecede, da premissa que atualmente o direito das contraordenações assume uma posição autónoma, procurar-se-á neste capítulo, referenciar as normas constantes no texto Constitucional com referências expressas ou indiretas ao direito das contraordenações em geral e às contraordenações em particular.

2. Referências expressas

A CRP possui apenas cinco artigos onde o direito das contraordenações é referenciado: artigo 32.º, n.º 10, artigo 37.º, n.º 3, artigo 165.º, n.º 1, alínea d), artigo 227.º, n.º 1, alínea q) e artigo 282.º, n.º 3, que se infra analisam.

2.1. Artigo 32.º, n.º 10

A palavra “contraordenação” apenas surge em concreto na CRP neste artigo, em que “[n]os processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Como ponto de partida, pode afirmar-se que neste artigo a CRP, apesar da epígrafe se referias às “garantias de processo criminal” distingue três tipos de processos: o criminal (logo no n.º 1), o processo de contraordenação e “quaisquer” outros processos sancionatórios.

Este número contou com duas alterações: o artigo 18.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, que reviu a CRP pela segunda vez, adita um novo n.º 8, designadamente, “nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”; já a quarta revisão constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, no seu artigo 15.º, n.º 3 adita dois novos n.ºs 6 e 7, empurrando o n.º 8 para n.º 10. O n.º 5 deste mesmo artigo ao então n.º 10 do artigo 32.º, adita a expressão “bem como em quaisquer processos sancionatórios” entre “contra-ordenação” e “são assegurados”, chegando-se assim à redação atual.

Este artigo insere-se no Título II, da Parte I, da CRP (artigos 24.º a 57.º) - Direitos, liberdades e garantias – designadamente no capítulo I - Direitos, liberdades e garantias pessoais – o que lhe atribui a força jurídica prevista no já exposto artigo 18.º, n.º 1.

Mais ainda, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP, como se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, consagra expressamente um dos princípios que doutrina

penal defende, o princípio da subsidiariedade do direito criminal, assente numa lógica de proporcionalidade, só entrando o direito penal se outros direitos sancionatórios “inferiores” não forem suficientes. Aqui sustenta-se que o direito criminal deve *“apenas ser utilizado como a ultima ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal”*.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 363) referem perentoriamente que é inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, ou qualquer outra, sem a prévia audição do arguido e sua possibilidade de defesa, pressupondo esta última uma acusação. Este “direito de se defender” aparece para estes autores como uma *“exigência fundamental do Estado de Direito material”*.

As garantias audiência e defesa do arguido surgem por excelência no processo criminal, como se extrai da própria epígrafe do artigo. Todavia, a jurisprudência Constitucional já admitiu que tais garantias valem para outros processos sancionatórios. É exemplo o Acórdão do TC n.º 516/03 onde se entende que as referências aos direitos de “audiência e defesa” constantes neste número (e no n.º 3 do artigo 269.º da CRP, como se verá) se pode *“fazer derivar um princípio análogo em matéria de processo de contraordenações e de processo disciplinar”*. Ainda, são exemplos desta articulação (sem prejuízo de outros), o Acórdão do TC n.º 469/97 (processo de contraordenação laboral), o Acórdão do TC n.º 50/99 (prova em processo contraordenacional), o Acórdão do TC n.º 278/99 (ilícito de mera ordenação social), o Acórdão do TC n.º 303/99 (contraordenações/recursos), o Acórdão do TC n.º 395/02 (processo de contraordenação/prazo/férias judiciais), Acórdão do TC n.º 62/03 e mais recentemente, o Acórdão do TC n.º 299/13. Os dois primeiros Acórdãos elencados revelam a linha do TC sobre a natureza do ilícito contraordenacional, sendo que *“não deve acolher-se uma estrita*

equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal”, mas “sem deixar de sublinhar a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”.

O Acórdão do TC n.º 469/97 chega a admitir claramente que um desses princípios é o da “audiência e correlativa defesa do arguido”, que devem ser “comuns a todos os processos sancionatórios”. O mesmo se extrai do Acórdão do TC n.º 278/99, embora admitindo uma “certa maleabilização do exercício do contraditório” fora da audiência de julgamento e os atos instrutórios (artigo 32.º, n.º 5 da CRP) e dada a “menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional” o contraditório admite plasticização pelo legislador ordinário.

O artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro expressa precisamente essa ideia, cuja a epígrafe é “Direito de audição e defesa do arguido” em que “*não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre*”.

É relevante verificar que o artigo 32.º deste diploma aplica, como direito subsidiário, as normas do Código Penal, bem como de forma idêntica no processo, o Código de Processo Penal.

2.2. Artigo 37.º, n.º 3

Este artigo com a epígrafe “Liberdade de expressão e informação” refere que as “*infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei*”. A versão originária deste número não “entregava” as

infrações aos princípios dos dois direitos sancionatórios agora contidos, referindo apenas que *“as infracções cometidas no exercício destes direitos ficarão submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”*. A Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, através do seu artigo 29.º, altera a norma para *“as infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”*. Só através do artigo 20.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro é que é aditada a expressão “ou do ilícito de mera ordenação social”.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 571, 572 e 575) este artigo faz parte da “constituição da informação” (juntamente com os artigos 38.º a 40.º), consistindo num direito universal. O n.º 3, para estes autores, estabelece precisamente os limites do impreciso n.º 1 *in fine* - “sem impedimentos nem discriminações” - visando salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, cuja infração *“pode conduzir a punição criminal ou administrativa”*. Reforçam ainda estes autores que as infrações ficam sujeitas aos princípios gerais do direito criminal ou do direito de mera ordenação social, proibindo-se assim um “direito penal de exceção”. Estes princípios gerais do direito criminal são entendidos pelos autores como a Constituição penal (27.º a 32.º) e os princípios da legislação penal comum (exemplo do Código Penal), não se pronunciando sobre os princípios gerais do ilícito de mera ordenação social. Consideram ainda como “entidade administrativa independente” como a Entidade Reguladora da Comunicação Social (artigo 39.º).

Esta artigo está também inserido no capítulo I - Direitos, liberdades e garantias pessoais do Título II, da Parte, da CRP, o que lhe atribui a já exposta força jurídica.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 430 e 431) o n.º 3 prevê uma dupla garantia: substantiva, pela sujeição os princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de

mera ordenação social, o que segundo eles, veda a existência de um regime especial de crimes de liberdade de imprensa; e uma garantia adjetiva, em que os julgamentos das infrações criminais são efetuadas pelos tribunais judiciais e a apreciação das contraordenações por entidade independente, nos termos do artigo 267.º da CRP e com possibilidade de recurso da decisão para os tribunais.

2.3. Artigo 165.º, n.º 1, al. d)

O artigo 165.º da CRP está inserido no Título III, da Parte II – Assembleia da República, Capítulo 2 – Competência. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 308)²³ dividem a competência legislativa da Assembleia da República em três esferas: um domínio absolutamente reservado, em que só esta pode legislar; uma área relativamente reservada, em que a Assembleia pode o autorizar o Governo a legislar; e outra em que o Governo pode legislar concorrentemente com a Assembleia. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 279) a propósito do artigo 164.º da CRP, seguindo JORGE MIRANDA, referem que sempre que a CRP não se refira a “bases”, “bases gerais” ou “regime geral” a matéria em questão pertence na totalidade à Assembleia da República.

Este artigo insere-se na reserva relativa de competência legislativa. A sua génese adveio dos artigos 167.º e 168.º da CRP de 1976, sob as epígrafes, “Reserva de competência legislativa” e “autorizações legislativas”. Com a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro sofrem uma fusão e através do seu artigo 128.º, n.º 6 desta Lei Constitucional, são aditadas ao n.º 1 do novo 128.º, nove alíneas, entre elas a alínea d), com a seguinte redação: “*Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo*”. Só na quarta revisão

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 108º a 296.º. Vol II 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 1085 p.

Constitucional, operada através da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, é que, nos termos do seu artigo 109.º, o artigo 168.º passa a artigo 165.º, mantendo-se até aos dias de hoje. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 324) dividem em três grupos as alíneas do n.º 1, designadamente, a a h – matérias respeitantes a direitos fundamentais; alíneas i a p, u, v e x, a matérias respeitantes à Constituição económica; e p, q, r, s, v e aa), a matérias respeitantes à organização política e administrativa do Estado.

A este propósito sempre se poderá abordar o problema da reserva de lei, atendendo na previsão do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, onde parece existir uma obrigação de reserva de lei para a criação de contraordenações. A reserva de lei para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 395) tem um duplo sentido enquanto requisito da legitimidade constitucional das restrições de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente: reserva de lei material, em que estas restrições apenas podem ser efetuadas por lei nunca por regulamento; e reserva de lei formal, em que é exigida lei da Assembleia da República, ou decreto governamental devidamente autorizado.

Ora, na norma em escrutínio (165.º, n.º 1, alínea d)) a reserva de lei vislumbra-se obrigatória apenas para o “regime geral”, não para as infrações singulares. Tal opinião é defendida por SILVA DIAS (2019, p. 68 e 69), acrescentando ainda que a previsão “lei” – princípio da legalidade - do artigo 2.º do RGCO tanto pode ser uma lei parlamentar, como Decreto-Lei, Decreto Regional, um Regulamento ministerial ou emanada pela Administração Local. Este entendimento é reforçado pelo Acórdão do TC n.º 41/04 onde se considera que Constituição não consagra reserva de lei parlamentar quanto à tipificação dos concretos ilícitos de mera ordenação social, admitindo assim “*uma inerente flexibilidade quanto às fontes normativas de tais ilícitos, as quais poderão ter, em última análise, a natureza de fontes regulamentares*”.

No entanto, alerta SILVA DIAS (2019, p. 70) que não se pode desconsiderar o princípio da proporcionalidade presente no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, designadamente, quanto mais gravosas foram as coimas e sanções acessórias, maior deve ser a “relevância e solenidade do ato legislativo que as cria”. Assim, o autor admite que face às contraordenações “modernas” com coimas “elevadíssimas e/ou sanções acessórias altamente gravosas”, devem estar sujeitas a reserva de lei formal, em contraposição às infrações “tradicionais”.

Outro problema de reserva de lei, marcou o início da era das contraordenações. O Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho que institui o ilícito de mera ordenação social, no seu artigo 1.º, n.º 1 entendia como contraordenação *“todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”*. Por sua vez, o n.º 3 deste artigo e diploma dispunha que *“são equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias”*, o que levou as contravenções punidas com multa a passar a constituir, nas palavras de SILVA DIAS (2019, p. 27) a *“primeira legião de infrações à qual era aplicável a disciplina prevista no diploma”*. Já o n.º 4 previa que ao “mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei”.

Volvidos pouco mais de dois meses, estes dois números foram revogados pelo Decreto-lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro, sendo que como se pode ler no seu preâmbulo, a “publicação do Decreto-Lei 232/79, de 24 de julho, consagrando embora a criação de um «direito de mera ordenação social» cuja falta se faz sentir, suscitou problemas vários de aplicação prática, para além de dúvidas sobre a sua constitucionalidade”. A Administração ainda não estava preparada para esta mudança sendo necessário *“uma prévia readaptação das entidades intervenientes, com exacta identificação dos problemas que teriam de ser enfrentados”*, como se pode ler no citado preâmbulo. Com a revogação destes dois números o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho ficou esvaziado, sendo que segundo

SILVA DIAS (2019, p. 28) era mantido o “edifício” desta nova forma de ilícito, “mas desaparecia o «recheio»”, ou seja, a *“matéria contra-ordenacional à qual pudesse ser aplicado o novo regime”*.

Outro ponto de vista que se pode extrair desta revogação é a própria constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, pois este diploma despenalizou as contravenções, retirando-as do domínio penal, colocando-se então a questão, atentado ao teor do artigo 167.º, n.º 1 alínea e) da CRP de 1976, em que era reserva de competência legislativa da Assembleia da República a *“definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal, salvo o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 148”*, se não se verificava uma inconstitucionalidade orgânica. SILVA DIAS (2019, p. 29) defendeu que havia boas razões em prol da tese de inconstitucionalidade, uma vez que o *“princípio da divisão de poderes e exigências de segurança jurídica impõem que a decisão político-criminal acerca da composição da matéria penal em cada momento caiba aos representantes dos cidadãos livremente eleitos”*.

Precisamente por subsistirem essas dúvidas, o Presidente da Assembleia da República em 31 de agosto de 1979, bem como do Procurador-Geral da República (quatro dias mais tarde), solicitaram ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, do qual resultou o Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81. Como se pode extrair deste Parecer, a solicitação do Presidente da Assembleia da República foi motivada pelo requerimento de dois deputados, fundamentando a inconstitucionalidade na violação das alíneas e) e j) do artigo 167.º da Constituição, pois o Governo tinha aprovado um diploma que desqualificou *“como crimes e penas infracções e sanções que até aí como tais eram consideradas, alterando a competência dos tribunais em matéria criminal”*. Já o Procurador-Geral da República argumentou o vício da inconstitucionalidade orgânica apenas com a alínea j) do citado

artigo, pois considerava que os artigos 1.º, n.º 3, e 30.º a 66.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho eram violadores de tal preceito, pois *“retirou-se competência aos tribunais de comarca para conhecerem, em primeira instância, de tais contravenções ou transgressões, competência que lhes fora atribuída designadamente pelo artigo 54.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais”*, à altura, Lei n.º 82/77, de 6 de dezembro.

Este Parecer, antes de ir à questão do conteúdo do diploma faz uma referência à *“constitucionalidade de diplomas legislativos elaborados por um Governo e que foram promulgados e publicados após a exoneração do mesmo Governo, mas antes ainda da nomeação de novo Primeiro-Ministro”*. É que o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho foi aprovado pelo IV Governo Constitucional que pela exoneração do Primeiro Ministro cessou funções, e foi promulgado e publicado antes da tomada de posse do V Governo Constitucional. Após citar a Doutrina dominante à altura, foi entendido pela Comissão Constitucional que o diploma *“não sofre globalmente de qualquer Inconstitucionalidade”*.

A Comissão sobre o artigo 1.º, n.º 3 por ter sido revogado de imediato pelo Decreto-lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro não considerou necessário averiguar detalhadamente a inconstitucionalidade, pois não houve conhecimento de nenhuma declaração de incompetência dos tribunais, sendo que aliás, em grande parte do tempo de vigência do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, estava-se em férias judiciais e, ainda, os ministérios não tinham criado qualquer regulamentação para aplicação das coimas.

Sobre a inconstitucionalidade orgânica, a Comissão conclui que *“visando absorver em si a maior parte das contravenções conhecidas na nossa ordem jurídica, pode dizer-se que o direito de mera ordenação social não deve ser visto como direito criminal de justiça, definidor de crimes, não se verificando, por isso, razões substanciais que permitam concluir que deve ser abrangido pela reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, no âmbito da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, interpretada*

extensivamente". Para a Comissão Constitucional o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho não era mais do que uma "lei quadro" que só terá aplicação quando "o legislador for criando contra-ordenações em legislação posterior".

Posteriormente, através do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, foi instituído "novamente" o ilícito de mera ordenação social e respetivo processo, este diploma sim, curiosamente (ou não), precedido de uma lei de autorização legislativa, a Lei n.º 24/82, de 23 de agosto.

2.4. Artigo 227.º, n.º 1, al. q)

Deste artigo resulta que as regiões autónomas são "*peças coletivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respetivos estatutos: definir atos ilícitos de mera ordenação social e respetivas sanções, sem prejuízo do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º*".

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 658) retiram da expressão "peças coletivas territoriais", pessoas coletivas de direito público interno, com regime e poderes que relevam apenas no âmbito interno do Estado. Estes autores dividem os poderes atribuídos pela CRP às regiões autónomas em dois grupos: aqueles em que consistem na prática de atos de competência própria (que também é dividido em dois conjuntos, competência política e normativa e competência administrativa); e aqueles que consistem na participação de atos da competência de órgãos de Estado. É neste último que os autores inserem a alínea q).

O artigo 227.º da CRP segundo REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 360) compreende os vastos poderes políticos, legislativos e administrativos das regiões autónomas, alargados em 1997, no domínio da legislação própria. No texto primitivo este artigo correspondia ao artigo 229.º, que ainda não previa a definição dos atos ilícitos de mera ordenação social. Com a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, foi

introduzida a alínea m), ainda do artigo 229.º, que já instituiu este poder. A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, alterou e aditou alíneas, passando a anterior alínea m) para alínea p). Já a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro converte o artigo 229.º no artigo 227.º, alterando e aditando também alíneas, passando a alínea p) para q), mantendo-se atualmente, apesar da Lei Constitucional n.º 1/04, de 24 de julho, vir a alterar bastantes alíneas do n.º 1.

REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 360) destacam as inovações dos atos normativos trazidas pelo artigo 112.º, n.º 4 da CRP os em que os decretos legislativos regionais devem respeitar os *“princípios fundamentais das leis gerais da República”* e tratar apenas de matérias de interesse específico e que não invadam a competência da Assembleia da República ou Governo.

Nestes termos, constata-se que um decreto legislativo regional pode estabelecer um regime contraordenacional. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 679) admitem que o poder *“definir atos ilícitos de mera ordenação social e respetivas sanções”* cabe exclusivamente às Assembleias Legislativas no quadro do regime geral determinado pela Assembleia da República para o ilícito contraordenacional. A este propósito os autores referem que a CRP reconhece apenas três figuras sancionatórias: o direito penal, o direito das contraordenações e o direito disciplinar.

2.5. Artigo 282.º, n.º 3

O artigo 282.º da CRP estabelece os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade determinada pelo TC, na sequência do artigo antecedente – fiscalização abstrata sucessiva. Nos termos do seu n.º 1, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos *“desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reipristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”*.

REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 437) consideram a declaração de inconstitucionalidade como uma nulidade atípica, atendendo à *“prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da certeza jurídica”*.

O n.º 3 deste artigo reza que *“ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”*. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 976) referem que este número contém uma exceção à regra dos *“efeitos gerais retroativos da declaração de constitucionalidade”* e uma *“exceção da exceção”*. Também REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 437) defendem que a primeira ressalva opera automaticamente, contrariamente à não exclusão, segunda ressalva, que depende de decisão *“explícita e concretizada”* do TC.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 977) a exceção – *“ficam ressalvado os casos julgados”* – não implica a *“revogação ou modificação das aplicações concretas que tiverem sido feitas da norma considerada inconstitucional (ou ilegal)”*, desde que tenha ganho forma *“definitiva e irretratável”*. Já a exceção da exceção – *“salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional”* – tem como sentido para estes autores: a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, à partida, não implica *“revisão”* dos casos julgados que se tenha aplicado essa norma; no entanto estes podem ser revistos se daí resultar um decisão de conteúdo mais favorável ao arguido, remetendo para o artigo 24.º, n.º 4 da CRP; e a revisão de sentenças constitutivas de caso julgado em matéria penal ou *“equiparada”* não é automática. Para estes autores é limitado o princípio do caso julgado pelo princípio da norma penal (ou equiparada).

Ainda segundo estes autores, o princípio do tratamento mais favorável ao arguido abrange os três domínios sancionatórios constitucionalmente previstos: ilícito criminal,

ilícito disciplinar, ilícito de mera ordenação. Este artigo inclui para além do direito material sancionatório, o direito substantivo. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 331) defendem que este artigo reforça também a tese da aplicação da lei mais favorável ao ilícito contraordenacional.

3. Referências indiretas

Para além dos subsídeos até aqui mencionados, a CRP não indica expressamente que outras normas ou princípios constitucionais são aplicáveis ao direito das contraordenações. Mas será que existem normas e princípios constitucionais em matéria penal (ou outros) que lhe podem ser aplicáveis? Refletir-se-á, sumariamente, infra.

3.1. Artigo 20.º, n.º 4

Este número, tal como o número seguinte, é inspirado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como destacam REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 103). Segundo este preceito todos “*têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 415) defendem que para o processo seja equitativo tem de compreender todos os direitos, designadamente, direito de ação, direito ao processo, direito à decisão e direito à execução da decisão. Estes autores consideram que a CRP densifica este direito no artigo 32.º. Ainda estes autores referem que a doutrina e a jurisprudência interligam este princípio com outros princípios: direito à igualdade de armas, direito de defesa e do contraditório, direito dos prazos razoáveis de ação ou de recurso, direito à fundamentação das decisões, direito à decisão em prazo razoável, direito ao conhecimento dos dados processuais, direito à prova e direito orientado

para a justiça material. Sobre o direito à decisão da causa em prazo razoável estes autores pressupõem *“uma formatação processual temporalmente adequada feita pelo legislador”*.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 192) referem que a CRP não concretiza o conceito de prazo razoável. Segundo estes autores o processo equitativo aqui consignado postula a efetividade do “direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas”, nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 415) um “prazo cômputo”.

SILVA DIAS (2019, p. 45) admite a sua aplicação à fase administrativa do processo contraordenacional, admitindo que sem o mesmo “vigor e grau de realização” do processo penal.

3.2. Artigo 29.º

Este artigo aborda a temática da aplicação da lei penal, inserido, a par do artigo 32.º, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Para REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 116) este preceito alberga os princípios essenciais do Direito Criminal, destacando a sua quase inalterabilidade desde o texto originário da Constituição. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 493) mencionam que este artigo reitera *“os grandes princípios em matéria penal das primeiras constituições liberais”*, dando o exemplo do princípio da legalidade e da tipicidade dos crimes e das penas e não retroatividade da lei penal e da aplicação retroativa da lei penal mais favorável.

Para estes autores, este artigo não patenteia um critério que traga uma “obrigação constitucional de penalização”, ou ao contrário, “proibição constitucional de penalização”. Todavia, alertam que só *“podem ser objeto de proteção penal os direitos e interesses constitucionalmente previstos”*, pois apenas é neles que reside a justificação da restrição de direitos dada pela punição penal. Estes autores vão mais longe dizendo que a punição penal é subsidiária em relação a outras formas de punição, designadamente, as

contraordenações, punição disciplinar e responsabilidade civil (a não ser que sejam impróprias ou insuficientes). Assim, colocam então a questão de saber se estes princípios são extensíveis a outros domínios sancionatórios, como sejam o ilícito de mera ordenação social e o ilícito disciplinar, considerando que a epígrafe do artigo refere expressamente “aplicação da lei criminal”. Estes autores dão resposta afirmativa, concluindo que na parte pertinente, devem valer por analogia.

Na jurisprudência constitucional, designadamente, do Acórdão do TC n.º 41/04 extrai-se que nem este artigo se aplica imediatamente ao ilícito de mera ordenação social, nem o artigo 165.º confere a este ilícito o mesmo grau de controlo parlamentar que atribui aos crimes. Todavia, está consolidado no *“pensamento constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos”*. Alertando ainda que se assim não fosse, sempre seria, pela imposição dada pelo princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da CRP.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 494) enunciam quatro princípios básicos em matéria de punição criminal: o princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, o princípio da não retroatividade da lei penal e o princípio aplicação retroativa da lei penal mais favorável, que infra se decalcarão. Do artigo 29.º da CRP extrai-se ainda o princípio *nom bis in idem* (n.º 5), abaixo exposto.

3.2.1. Princípio da legalidade

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 325) referem que este artigo consagra o princípio da legalidade penal, surgindo pela necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, dentro de um Estado de Direito.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 494 e 495) analisam o princípio da legalidade com base: na reserva de lei da Assembleia da República em matérias de crimes, penas ou medidas de segurança [ou Governo mediante autorização – artigo 165, n.º 1, alínea c)], mesmo os advenientes do direito internacional ou comunitário, embora prevalecendo sobre o direito interno; proibição de regulamentos penais delegados; e proibição de definição de crimes ou punições penais através do direito consuetudinário. Estes autores admitem que o princípio da legalidade *lato sensu* aplica-se ao ilícito de mera ordenação social.

No mesmo sentido, a jurisprudência mais recente do TC, como é exemplo o Acórdão do TC n.º 76/2016, que afirma que o princípio da legalidade da sanção, decorrente dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, e 30.º, n.º 1, da Constituição, é aplicável ao direito de mera ordenação social.

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, dá corpo a este princípio em que só “*será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática*”, artigo em tudo idêntico (trocando coima por crime) ao artigo 1.º, n.º 1 do Código Penal.

Não se poderá deixar de referir que este princípio na âmbito do direito das contraordenações apresenta uma maior flexibilidade, exigindo-se a lei formal apenas para o RGCO, ou, na linha de SILVA DIAS (2019), para as contraordenações modernas (com coimas “elevadíssimas”). Assim, não serão inconstitucionais os regulamentos municipais ou paroquiais.

3.2.2. Princípio da tipicidade

Este princípio tem como requisitos, no entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495): especificação “suficiente” do tipo de crime ou pressupostos das medidas de segurança e conseqüente proibição da analogia; exigência legal da

“determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime”. Exclui “tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla que em tal redunde”. Para estes autores, este princípio não vale por analogia para o direito das contraordenações.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 327 e 328) ajuízam que este é o corolário do princípio que antecede, considerando a exigência da determinabilidade do conteúdo da lei criminal – *nullum crimen sine lege certa* – ou seja, a lei deve descrever em pormenor a conduta a qualificar como crime, evitando arbitrariedade judicial, razão pela qual também, é proibida aplicação analógica em Direito Penal.

Da jurisprudência constitucional, encontra-se o Acórdão do TC n.º 76/2016, referente a um processo de contraordenação laboral, em que este princípio implica que a lei “especifique suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime ou contraordenação (ou que constituem os seus pressupostos) e que efetue a necessária conexão entre o crime ou contraordenação e o tipo de pena ou coima que lhe corresponde”. Este aresto defende ainda que a tipicidade impede que o legislador (e o “regulamentador”) “utilize fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime ou contraordenação, ou preveja penas indefinidas ou com uma moldura penal de tal modo ampla que torne indeterminável a pena a aplicar em concreto”.

Este princípio constitui assim, uma “garantia de certeza e de segurança na determinação das condutas humanas que relevam do direito criminal”.

3.2.3. Princípio da não retroatividade

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495) entendem que o princípio da não retroatividade da lei penal significa por razões de racionalidade e razoabilidade que: a lei penal vale para futuro e que a lei “não pode aplicar a crimes anteriores penas mais

graves”. Consideram estes autores que o princípio da não retroatividade se aplica ao ilícito de mera ordenação social.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 325 a 331) referem que o n.º 1 do artigo 29.º da CRP estabelece a proibição da retroatividade da lei incriminadora, ou seja, ninguém pode ser punido ou aplicada medida de segurança se o facto for praticado antes da lei que qualifique a conduta como crime – *nullum crimen sine lege praevia*. Aqui referem claramente que o mesmo se aplica na hipótese de um facto não ser anteriormente considerado como ilícito, quer seja civil, disciplinar ou contraordenacional e o venha a ser, ou então, ainda que seja contraordenação ou outro ilícito não poderá ser criminalizado sem lei anterior.

Os autores questionam-se se não haverá qualquer critério-limitação à criminalização das condutas, concluindo que há de facto um critério constitucional sobre a criminalização, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Nestes termos, a criminalização só é constitucionalmente legítima, quando a conduta *“lesar ou puser em perigo direitos ou valores previstos e protegidos pela Constituição”*. Este pressuposto-dimensão costuma designar-se de dignidade penal. Apresentam estes autores, ainda outro pressuposto, o da necessidade penal, ou seja, a proteção dos bens não ser possível sem recurso da aplicação de penas ou medidas de segurança. Segundo este critério de necessidade penal é que se pode afirmar que não existe uma “imposição constitucional de criminalização”, ou seja, por muito valioso que seja o valor ou bem jurídico, se houver outras sanções como sejam as contraordenacionais, se forem adequadas à sua proteção é a estas que se deve recorrer.

3.2.4. Princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável

Segundo este princípio, quando o legislador deixa de considerar uma conduta crime, ou pune-a com menos intensidade, no entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 495 e 496) a “nova valorização legislativa” deve aproveitar a todos,

mesmo aqueles que tinham praticado o crime em momento anterior e até (com algumas reservas) aos casos julgados. Estes autores admitem que o princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável aplica-se ao ilícito de mera ordenação social.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 330) este princípio surge devido à consagração do princípio constitucional de mínima intervenção nos direitos e liberdades fundamentais (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), associada “à *atribuição político-criminal às penas de um fim de prevenção*”. Para estes autores o limite do caso julgado, estabelecido no artigo 2.º, n.º 4 do Código Penal, deve ser considerado inconstitucional. Afirmam ainda, que este princípio se aplica ao direito de mera ordenação social e direito disciplinar, tal como aponta também o artigo 282.º, n.º 3 da CRP.

3.2.5. Princípio *nom bis in idem*

Este princípio para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 497 e 498) comporta duas dimensões: como direito subjetivo fundamental, “*garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto*”; como princípio constitucional, que “*obriga o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material*”, impedindo a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto. Para estes autores a CRP proíbe “*rigorosamente o duplo julgamento e não a dupla penalização*”. Ainda destacam que “*não se reconduz à «prática de mesmo crime» o sancionamento de uma conduta como infração disciplinar e como crime e como crime e contraordenação*”.

Como se consigna no Acórdão do TC n.º 263/94, a propósito do ilícito criminal e ilícito disciplinar é “*evidente que a problemática do princípio de non bis in idem se põe relativamente a cada direito sancionatório, sendo certo que só no plano do direito criminal o princípio tem expressa consagração constitucional. Poder-se-á sustentar, é claro, que o*

princípio é aplicável também por analogia nos outros direitos sancionatórios públicos, no âmbito interno respectivo”.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 330 e 331) consideram errado invocar este princípio como argumento a favor da “intangibilidade do caso julgado penal”. Este princípio nada tem a ver com a aplicação da lei nova mais favorável constituindo sim uma garantia contra a arbitrariedade das repetições de julgamentos, ou seja, o que se pretende proteger com este princípio é a dupla punição pelo mesmo crime e não impedir a revisão da pena aplicada.

A professora FERNANDA PALMA (2011, p. 133 a 135)²⁴ no relatório das provas de agregação em 2005 com a apresentação da Unidade Curricular “Direito Constitucional Penal” abordou a questão de saber até que ponto as sanções penais podem ser acompanhadas de outras sanções (disciplinares ou administrativas), sem que o mesmo facto seja “duplamente punido”. Para esta autora, a “solução constitucional tradicional” apresentada assenta na diferente natureza do ilícito como justificação da autonomia das sanções, bem como da sua cumulação. Todavia, alerta que cumulando o direito penal com outro ramo do direito sancionatório público estar-se-á a contrariar o princípio da necessidade da pena e a proibição constitucional do excesso, sobretudo se “a sanção disciplinar ou administrativa cumprir a função preventiva e protetora semelhante à da sanção penal”. O artigo 20.º do Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro, onde é previsto o concurso de infrações (crime e contraordenação), o agente é punido a título do crime, segundo a autora é redigido precisamente na lógica de *non bis*.

Sobre esta temática, a autora questiona ainda se certas sanções contraordenacionais ou disciplinares não atingem, pela sua gravidade uma verdadeira “natureza penal”. É que para a autora, o direito contraordenacional e o direito penal apresentam “sanções

²⁴ PALMA, Maria Fernanda. Direito Constitucional Penal. Coimbra: Almedina, 2011.

materialmente idênticas”, dando o exemplo das sanções pecuniárias e demissões e acrescentando que *“verdadeiramente só a pena de prisão para as pessoas singulares e pena de dissolução para a pessoas coletivas, não proibida pela CRP, são sanções penais específicas”*.

3.3. Artigo 30.º, n.º 1 e n.º 4

Este artigo estabelece os limites das penas e das medidas de segurança como indica a sua epígrafe, em que *“[n]ão pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”*.

Para REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 118) este número parece ter exceção no artigo 33.º, n.º 5 da CRP. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 502) este número que evoca a natureza temporária, limitada e definida das penas é expressão do direito à liberdade (artigo 27.º da CRP), da proibição de penas cruéis (artigo 25.º, n.º 2 da CRP) e da proteção da segurança (artigo 2.º da CRP). Para estes autores, para além das penas privativas da liberdade a CRP não define quais podem ser as outras penas, ou melhor, quais *“os direitos, bens ou valores cuja perda ou restrição pode constituir uma pena”*. Afirmam que à exceção do n.º 4, não é aqui expressamente estabelecido nenhum limite, a CRP fá-lo sim, noutros artigos, como por exemplo nos artigos 24.º n.º 2 e 26.º.

Tal como já afirmado, a jurisprudência mais recente do TC, como é exemplo o Acórdão do TC n.º 76/2016, refere que o princípio da legalidade da sanção, decorrente dos artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, e 30.º, n.º 1, da Constituição, é aplicável ao direito de mera ordenação social.

Na linha de pensamento de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (2005, p. 333) este artigo ocupa-se dos limites das sanções criminais, sendo o n.º 1 (e em parte, n.º 2) responsável pelos limites temporais. Estes autores admitem que estes “princípios-garantia”

têm sido aplicados a sanções de outros ramos do direito sancionatório, posição também por eles entendida, alertando, no entanto, que se têm que adequar ao autónomo relevo dos fins dos outros ramos sancionatórios. Estes autores referem concretamente que “os princípios previstos nesta norma não devem ser entendidos como princípios estritamente referentes às sanções, privativas ou restritivas de liberdade, criminais, mas sim como referentes a qualquer sanção”, independentemente de ser crime ou integrar qualquer ramo de direito sancionatório público.

Também do n.º 4, deste artigo em que “[n]enhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 504) defendem que o que aqui se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma “automática” e “mecânica”, independentemente de decisão judicial, por efeito direto da lei, uma pena desta natureza. Nesta linha, para estes autores a teleologia desta norma é retirar as penas “efeitos estigmatizantes, impossibilitadores de readaptação social do delinquente”, ou seja, que se decreta uma “morte civil”. É exemplo de um direito civil o direito de condução de veículos automóveis. Estes autores problematizam em saber “se e em que medida” é que os princípios enunciados aplicam a outros domínios sancionatórios, como o ilícito contraordenacional, acabando por admitindo que o n.º 4 é aplicável.

3.4. Artigo 269.º, n.º 3

Este artigo insere-se no Título IX, da Parte II, da CRP, subordinado à Administração Pública. Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 837) os princípios fundamentais da função pública não poderiam deixar de ser de natureza constitucional.

Inserido neste regime, a CRP estabelece em matéria de processo disciplinar, a garantia de audiência e defesa ao arguido. REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO (2000, p. 403) alertam que se está a falar de garantias do procedimento e não processo devido à

terminologia entretanto adotada pelo Código do Procedimento Administrativo. Repare-se que este número se mantém desde a versão originária da CRP (anterior artigo 270.º, n.º 3) e o artigo apenas sofreu uma alteração (n.ºs 1 e 2) pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010, p. 841) referem que este direito deve considerar-se um direito fundamental fora do catálogo, com natureza análoga dos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da CRP, devendo ser-lhe aplicável o artigo 18.º da CRP. Deste número deve entender-se que o processo disciplinar terá que ser um “processo justo”, devendo aplicar-se, quando possível, as *“regras ou princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para o processo penal”*.

O Acórdão do TC n.º 516/03 admite que deste número *“se pode fazer derivar um princípio análogo em matéria de processo de contra-ordenações”*. Como se referiu (análise do artigo 32.º, n.º 10), o artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro expressa concretamente este *“Direito de audição e defesa do arguido”*.

IV - Um regime setorial - RJACSR

1. Prolegómenos

O regime que se apresentará já de seguida reúne as matérias até aqui abordadas. Por um lado, os direitos fundamentais – direito à liberdade e à segurança e direito à liberdade de iniciativa económica – que se interrelacionam como se de pratos de balança se tratassem, em que por vezes pesa mais um que o outro, mas ambos sujeitos a restrições. Por outro lado, o regime contraordenacional que sanciona determinados comportamentos, devendo também operar com base nos princípios constitucionais.

Introduz-se neste Título as questões de segurança resultantes da “colisão” dos direitos fundamentais supra elencados, numa perspetiva prática, que por vezes, longe da doutrina e jurisprudência, sucedem e provocam graves problemas de ordem pública.

Lançando-se a seguinte questão, tratar-se-á do objeto do artigo: Será que os proprietários de estabelecimentos comerciais podem gerir o seu negócio da maneira que entenderem, sem quaisquer limites?

2. RJACSR

O RJACSR foi aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro. Este diploma foi precedido de autorização legislativa concedida pela Lei n.º 29/2014, de 19 de maio. E será que era necessária?

Conforme desenvolvido no Capítulo 2, do Título III, a reserva de Lei tem-se como obrigatória apenas para o “regime geral” das contraordenações, não para regimes setoriais, nos termos do preceituado no artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da CRP. Todavia, segue-se a linha de pensamento de SILVA DIAS (2019, p. 70) em que, atendendo, por um lado, ao princípio da proporcionalidade presente no artigo 18.º, n.º 2 da CRP e por outro, a que o RJACSR incorpora restrições de direitos fundamentais, terá que se atender à “solenidade do ato legislativo” e deverá o diploma ser uma Lei da Assembleia da República (ou Decreto-Lei do Governo, mediante autorização legislativa, como é o caso do presente regime).

Como se lê no preâmbulo do RJACSR, este documento serviu para sistematizar alguns diplomas que se encontravam dispersos. O artigo 3.º, sob a epígrafe “*Liberdade de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração*”, estabelece no seu n.º 1 que o “*acesso e exercício às atividades de comércio, serviços e restauração abrangidas pelo presente decreto-lei, bem como o exercício dessas atividades em regime de livre prestação, não estão sujeitos a qualquer permissão administrativa que vise especificamente a atividade em causa, salvo em situações excecionais expressamente previstas*”. Este artigo

(bem como grande parte do diploma) surge para contrariar a grande morosidade sentida no procedimento atinente a concessão de autorização para iniciar uma atividade neste âmbito, vigorando agora “meras comunicações prévias”, no âmbito do “licenciamento zero”. Estas comunicações, como se lê também no preâmbulo do diploma, são “*destinadas apenas a permitir às autoridades um conhecimento sobre o tecido económico português*”, garantindo um início “rápido” da atividade sem delongas e esperas por inspeções e autorizações.

Este articulado dá assim voz ao direito fundamental de liberdade de iniciativa económica privada, principalmente à vertente de “direito pessoal” citada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 790), designadamente, à liberdade de iniciar uma atividade económica, que antes deste regime sofria sérias restrições pelos tempos de espera.

O RJACSR no seu Título II - Exercício das atividades de comércio, serviços e restauração, Capítulo II - Requisitos especiais de exercício e Secção III - Atividades de restauração ou de bebidas estabelece uma série de requisitos, regras e deveres. Um deles é o artigo 131.º, em que no seu n.º 1 se dispõe que é “*livre o acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, salvo o disposto nos números seguintes*”. O seu n.º 2 expõe que pode “*ser recusado o acesso ou a permanência nos estabelecimentos a quem perturbe o seu funcionamento normal, designadamente por se recusar a cumprir as normas de funcionamento impostas por disposições legais ou privativas do estabelecimento, desde que essas restrições sejam devidamente publicitadas*”.

Este RJACSR possui um Título reservado ao “Regime sancionatório e preventivo” - Título IV – correspondente aos artigos 142.º a 147.º.

O artigo 123.º, n.º 1 do RJACSR refere que os estabelecimentos de restauração ou de bebidas “*devem observar requisitos específicos, referidos nos artigos 124.º a 135.º, que*

abrangem h) Regras de acesso aos estabelecimentos". A violação deste requisito, nos termos do n.º 2 constitui contraordenação grave. De acordo como artigo 143.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), a contraordenação grave é sancionada: tratando-se de pessoa singular, de (euro) 1 200,00 a (euro) 3 000,00; tratando-se de microempresa, de (euro) 3 200,00 a (euro) 6 000,00; tratando-se de pequena empresa, de (euro) 8 200,00 a (euro) 16 000,00; tratando-se de média empresa, de (euro) 16 200,00 a (euro) 32 000,00; tratando-se de grande empresa, de (euro) 24 200,00 a (euro) 48 000,00. Poderá ser aplicada ainda sanção acessória (artigo 144.º).

Assim, considerando estas previsões sancionatórias, se for violada a previsão do artigo 131.º do RJACSR, designadamente, o "livre acesso" aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, está-se perante um ilícito cuja a sanção é uma contraordenação, com faculdade de ser aplicada sanção acessória. Repare-se ainda que a legislação subsidiária nos processos de contraordenação deste regime, nos termos do seu artigo 145.º, é o regime jurídico do ilícito de mera ordenação social, o citado Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, podendo apenas, também, subsidiariamente, chegar-se ao regime adjetivo, o Código de Processo Penal.

Em Espanha o direito de admissão é entendido pela *Ley 14/2010, de 3 de diciembre*, referente aos espectáculos públicos, actividades recreativas e estabelecimentos públicos, como "*la facultad de los titulares o prestadores para determinar las condiciones de acceso y permanencia en un establecimiento público de acuerdo con los límites fijados por la normativa en vigor*", de acordo com o artigo 31.º, n.º 2. Apesar das semelhanças ao RJACSR, o artigo 31.º, n.º 6 deste diploma prevê que o "*ejercicio del derecho de admisión no podrá implicar ningún tipo de discriminación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española*", sendo punido, também com sanção pecuniária o "*ejercicio del derecho de admisión de forma arbitraria, discriminatoria o abusiva*".

3. RJACSR, a CRP e a Segurança

O artigo 131.º, n.º 1 do RJACSR tal como já exposto, menciona que é livre o acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas. Significa isto dizer que não pode ser vedada a entrada em qualquer estabelecimento deste género em razão de uma deficiência física, cor da pele, sexo, religião ou indumentária. Assim, por um lado, está-se perante um direito de liberdade, ou seja, entrar em estabelecimentos, circular, movimentar-se, aceder a bens e serviços, bem como, liberdade de escolha, selecionar onde se quer entrar. Por outro lado, esta norma ancora no princípio da igualdade, em que todos, sem qualquer discriminação, poderão aceder, ser potenciais clientes, ou seja, ser “parte” de um contrato. Mas nem sempre foi assim. Basta recuar ao Estado Novo onde era “reservado o direito de admissão” em determinados estabelecimentos a determinadas elites, vendo outras pessoas ser-lhes vedado esse direito.

Sucedem que o artigo 131.º, n.º 1 in fine do RJACSR garante um regime de exceção como supra descrito, podendo ser recusado (n.º 2) o acesso ou permanência a quem perturbe o normal funcionamento. Este número através do advérbio de modo “designadamente” exemplifica que o funcionamento normal do estabelecimento é perturbado por quem recusar cumprir as normas de funcionamento impostas legalmente ou ainda, recusar aquelas que são determinadas pela gerência no âmbito da sua autonomia privada. Para além destes exemplos expressos, o citado advérbio deixa margem para outras restrições.

Vejam-se alguns exemplos das disposições legais e privativas.

3.1. Disposições legais

Uma recente imposição legal que pode condicionar a permanência nos estabelecimentos comerciais é a restrição dos animais de companhia não poderem circular

livremente, nos termos do artigo 132.º-A, n.º 2 do RJACSR , pelos estabelecimentos. O artigo 131.º, n.º 4 deste diploma permitiu a entrada de animais de companhia em espaços fechados “*mediante autorização da entidade exploradora do estabelecimento expressa através de dístico visível afixado à entrada do estabelecimento*”, situação que antes não era possível. No entanto é imposto aos detentores dos animais que os vigiem, não permitindo a sua livre circulação pelo estabelecimento, sob pena “perturbarem o normal funcionamento” e lhes ser vedada a permanência no estabelecimento. O que se compreende. Quem está num momento de descontração numa “pausa para um café” ou até num almoço ou jantar, tem o direito de não ser incomodado por um cão ou por um gato a tocar-lhe nos pés. Também quem está com filhos pequenos, tem o direito de usufruir do estabelecimento sem os ver assustados. Ainda, não se restringindo os animais de companhia a cães e gatos, não seria agradável ver uma cobra ou uma aranha a circular livremente por um estabelecimento.

Assim vê-se restringido o direito à liberdade por parte dos detentores dos animais, mas tais restrições encontram “*expressão suficiente e adequada*”, seguindo o pensamento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), na CRP, pois são proporcionais, não excessivas e não aniquilam os direitos em causa. Seguindo a “teoria alexiana” de REIS NOVAIS (2010, p. 125) estão também assentes em critério de ponderação.

E nos casos em que os estabelecimentos não autorizam a entrada de animais de companhia? Violam alguma disposição? O RJACSR é claro na resposta, como se viu. Os proprietários podem não permitir a entrada de animais de companhia. É a liberdade de iniciativa económica que tem mais peso nestes “pratos da balança”. Se os proprietários, pelo tipo de clientela, ou pelo modelo de negócio, ou por qualquer outra razão, não permitirem a entrada de animais de companhia estão a “exercer livremente” os seus direitos.

3.2. Disposições legais operadas pela pandemia

Apesar de não se tratarem de verdadeiras restrições legais ao direito de acesso, nos termos do RJACSR, não se poderia deixar de tecer breves notas sobre o estado atual dos estabelecimentos comerciais.

O Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabeleceu medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus - SARS-CoV-2. Uma das restrições (que se manteve ao longo das alterações a este diploma) foi precisamente a de acesso a estabelecimentos comerciais. Através do artigo 12.º do citado diploma foi suspenso o acesso ao público aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas que dispusessem de espaços destinados a dança ou onde habitualmente se dance. Os restantes, ficaram sujeitas às regras de ocupação estabelecidas na Portaria n.º 71/2020, de 15 de março, designadamente, para os espaços comerciais uma “*regra de ocupação máxima indicativa de 0,04 pessoas por metro quadrado de área*” e estabelecimentos de restauração ou de bebidas a um terço da sua capacidade, tal como definida no artigo 133.º do RJACSR.

No dia seguinte, 14 de março de 2020, ainda sob vigência do estado de alerta (Lei de Bases de Proteção Civil) e de emergência de saúde pública (Lei de Bases da Saúde), pelo Despacho n.º 3299/2020, conjunto, foi determinado o encerramento dos bares todos os dias a partir das 21 horas. Quatro dias volvidos, foi por Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, declarado o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública.

O Decreto n.º 2-A/2020 de 20 de março que procedeu à execução da declaração do estado de emergência, no artigo 7.º determinou que fossem encerradas as instalações e estabelecimentos referidos no seu anexo I. Tal proibição manteve-se nos Decreto n.º 2-B/2020, de 02 abril e Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril que regulamentaram a

prorrogação do estado de emergência (artigo 9.º). Todavia, de acordo com o artigo 20.º, n.º 2 alínea b) do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril poderia o membro do Governo responsável pela área da economia, mediante despacho permitir a abertura de algumas instalações ou estabelecimentos referidos no anexo I ao presente decreto, situação que não sucedeu.

A antepenúltima alteração do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, à data deste artigo, foi operada pelo Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio. O artigo 12.º, n.º 2 foi alterado no sentido de ser enxertado “os serviços”, que também veriam as regras de ocupação serem definidas portaria. Tornou-se obrigatório o uso de máscaras ou viseiras para o acesso ou permanência nos espaços e estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. As últimas alterações foram dadas pelo Decreto-Lei n.º 22/2020, de 16 de maio e Decreto-Lei n.º 24-A/2020, de 29 de maio, que não trouxeram modificações substanciais nesta temática.

Estas restrições legais estão suportadas no controlo da propagação da doença, garantindo o distanciamento social. É certo que restringiram o direito de acesso, bem como o direito à autonomia privada, mas de outra forma não poderia ser. Paulatinamente, as restrições estão a ser levantadas, exceção feita aos estabelecimentos de bebidas e os espaços para dança, que terão que ficar em último lugar, apesar do descontentamento, compreensível, do setor, que tem sido incansável na apresentação de propostas ao Governo, tendo até constituído grupos de trabalho para o efeito.

Também esta ausência de “diversão noturna” tem trazido algumas alterações de ordem pública, devido às festas ilegais que se vão realizando em locais improvisados, levando já algumas autarquias a tomar medidas para impedir estes ajuntamentos. Um pouco mais de resiliência, para o bem coletivo.

3.3. Disposições privativas

Para além das disposições legais, pode ser recusado o acesso ou permanência no estabelecimento, por disposições “privativas do estabelecimento”. Uma delas, principalmente nos estabelecimentos de bebidas, é a referência “Estamos Lotados”. É verdade que o artigo 131.º, n.º 6 do RJACSR determina que as *“entidades exploradoras dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas não podem permitir o acesso a um número de clientes superior ao da respetiva capacidade”*, sendo tal comportamento sancionado como contraordenação grave (punida com os valores supra expostos), nos termos do artigo 123.º, n.º 1, alínea j) e n.º 2 do RJACSR. Situação diferente sucede quando realmente o estabelecimento não está lotado, mas utiliza este argumento para restringir o acesso a pessoas “não desejadas”. Perante este cenário, muitas vezes associados a preconceitos racistas, que direitos subsistem aos potenciais clientes? Para além da reclamação em livro de reclamações, apenas solicitar a presença das forças de segurança. E à chegada destas, o que as mesmas mais podem fazer? Apenas levantar auto de contraordenação caso a restrição não esteja publicitada. E caso esteja publicitada e os clientes que se encontrem no interior não “lotarem” o estabelecimento? Podem as forças de segurança obrigar a deixar entrar o cliente reclamante? Tal não se vislumbra legal.

Situação similar que se poderá abordar é a questão das “festas privadas”, embora também solucionada pelo artigo 131.º, n.º 3 do RJACSR, em que, novamente, desde que devidamente publicitado, os *“estabelecimentos de restauração ou de bebidas podem ainda: a) Ser afetos, total ou parcialmente, à utilização exclusiva por associados, beneficiários ou clientes das entidades proprietária ou exploradora; b) Ser objeto de reserva temporária de parte ou da totalidade dos estabelecimentos”*. Mais uma vez, se tal não corresponder à verdade e for apenas uma forma camuflada de restringir o direito de acesso aos estabelecimentos? O que se poderá fazer? Estar-se-á perante um abuso de direito?

Outra restrição frequente é inflacionar os valores de entrada ou de consumo mínimo. Resulta do artigo 131.º, n.º 1, alínea e) do RJACSR, referente às informações a disponibilizar ao público, que deve ser afixado “*em local destacado, junto à entrada do estabelecimento*” a “*exigência de consumo ou despesa mínima obrigatória, quando existente, nos estabelecimentos com salas ou espaços destinados a dança ou espetáculo*”.

Daqui se extrai que perante a não regulamentação e com base na autonomia privada, podem ser exigidos quaisquer valores. Mais uma vez se coloca a situação de quando tais valores sirvam apenas de fachada para restringir o direito de acesso. E então se for o único estabelecimento na zona? Pode praticar os preços que entender? Neste caso, já terá que ser chamado o regime legal da concorrência que sanciona, como contraordenação, as práticas de abuso da posição dominante.

Aqui chegados, importa ponderar os efeitos que estas restrições podem causar. A comunicação social tem veiculado muitas notícias sobre alterações de ordem pública em discotecas – estabelecimentos de bebidas – potenciadas sobretudo por proibições de entrada ou então, expulsões desses estabelecimentos, ou seja, precisamente, direito de acesso e permanência em/nos estabelecimentos comerciais. Por um lado, quem não entra por vezes, tenta “vingança” com quem não deixa entrar, maioritariamente, elementos de segurança privada ou colaboradores, sendo frequentes casos de represálias, agressões, arremesso de objetos e disparos com armas de fogo, que já culminaram em mortes. Por outro lado, os elementos da segurança privada, face a “quem perturbe o normal funcionamento” do estabelecimento, tem que estabelecer frequentemente contacto físico pois o verbal por vezes não é suficiente, sendo que, alienado ao consumo de bebidas alcoólicas por parte dos clientes característico destes estabelecimentos e a sua vontade de permanecer, potenciam um uso excessivo de força, verificando-se por vezes, humilhações e agressões violentas. A estas é respondido com retaliação e mais violência.

Uma nota para o Parecer n.º 49/2009, de 26 de maio de 2010, da Procuradoria Geral da República. Este foi emitido na sequência da solicitação do Ministro da Administração Interna sobre uma “criação de uma lista nominal de pessoas” que tenham *“cometido ilícitos nesses estabelecimentos e a quem possa ser vedado o acesso e a permanência nesses espaços por perturbarem o seu funcionamento e provocarem desacatos”*. O documento dá indicações claras sobre as restrições à liberdade de acesso, apesar de não ter escrutinado o atual RJACSR. Ora, este Parecer inicia referindo que *“os condicionamentos à liberdade de acesso que, na óptica do legislador, vieram a mostrar-se necessários por razões de segurança e ordem pública”*, principalmente dos que dispunham de salas ou espaços destinados a dança. Sobre a citada lista, o Parecer menciona que os proprietários e responsáveis pelos estabelecimentos com base no princípio legal de liberdade de acesso aos estabelecimentos, não podem recusar o acesso e permanência com referência a uma lista, apenas o podem, “em abstrato”, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública, nos termos das leis que aprovam a sua orgânica. Assim, não poderia deixar de ser pois são estas forças que estão legitimadas para o exercício de poderes de autoridade e de intervenção, usando a força, se necessário.

Este Parecer escarpeliza nesta sede o artigo 27.º, n.º 1 e 2 da CRP, fazendo uma distinção entre a privação da liberdade e a mera limitação da liberdade, com base no já citado Acórdão do TC n.º 479/94. Transpondo para a realidade do RJACSR, a proibição de acesso ou de permanência em estabelecimentos de restauração ou de bebidas constitui *“uma privação parcial do direito à liberdade constitucionalmente consagrado ou, noutra formulação, uma limitação ou restrição desse mesmo direito”*, tal como já entretanto concluído. Daí se compreende que tais restrições só possam estar na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, de acordo com o artigo 165.º, n.º 1 alínea b) da CRP, pois constituem restrições do direito à liberdade consagrado no n.º 1 do

artigo 27.º da CRP. Lê-se ainda neste Parecer não *“quer isso dizer que esteja vedada pela Lei Fundamental a imposição da proibição de acesso e de permanência em determinados locais, que poderão ser estabelecimentos de restauração ou de bebidas. O facto de a lei vigente não prever alguma pena principal ou acessória com esse conteúdo não significa de forma nenhuma que esteja impedida de a estatuir, se o legislador entender necessária ou conveniente essa medida”*. O problema daqui adveniente é que o artigo 27.º, n.º 3 da CRP é fechado, sendo que as privações enunciadas só serão admissíveis se *“for determinada por sentença judicial condenatória ou por decisão judicial que aplique medida de segurança”*.

Este Parecer entende que a *“administração pode aplicar medidas sancionatórias – nomeadamente no âmbito do ilícito contra-ordenacional e do ilícito disciplinar”*, mas está-lhe *“constitucionalmente vedado aplicar medidas de privação, ainda que parcial, do direito à liberdade”*. Daqui resulta que não podem os *“órgãos administrativos proibir a alguma pessoa o acesso e a permanência em estabelecimento de restauração ou de bebidas com base apenas no facto de essa pessoa estar referenciada em uma lista de que disponham as autoridades policiais hipoteticamente encarregadas de dar aplicação a essa proibição. Muito menos será permitido aos particulares – no caso, proprietários ou responsáveis pelos estabelecimentos – impor essa proibição”*. Compreende-se esta decisão, numa lógica de liberdade e segurança.

Mas não são estas as únicas restrições operadas por disposições privativas. Por exemplo, alguns estabelecimentos de restauração proíbem a entrada de crianças, de forma a que os clientes possam usufruir de uma refeição *“sossegada”*. De seguida elencam-se mais duas, que felizmente, não são as mais frequentes.

3.2.1. Proibição de entrada de pessoas com mobilidade reduzida

Será que algum estabelecimento poderá impedir o acesso a alguém com mobilidade reduzida? À partida parece corresponder a um comportamento discriminatório, conforme se extrai dos diplomas já enunciados: Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho, Lei n.º 93/17, de 23 de agosto, e principalmente a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto. Esta última Lei que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência, enquadra como prática discriminatória contra pessoas com deficiência “*a recusa de fornecimento ou o impedimento de fruição de bens ou serviços*”. Todavia, terá que se atender ao estabelecimento em concreto. Ora se o espaço for exíguo, parece compreensível limitar o acesso a estas pessoas, por uma questão de bem-estar para elas próprias e para os restantes clientes, bem como, por questões de segurança, pois em locais com muita concentração de pessoas, a deslocação torna-se bastante difícil, senão impossível. Outro exemplo são as próprias entradas e saídas (normais ou de emergência) não possuírem condições para tais pessoas entrarem, ou a própria configuração do edifício não permitir o acesso sem recurso ao apoio de terceiros.

Também se compreende a limitação de entrada a pessoas que usem bengala ou qualquer tipo de andarilho, para se deslocarem. Este apoio pode ser usado como arma de agressão, ainda que sem intenção para tal, pois o facto de uma bengala “acompanhar” uma dança pode ofender a integridade física de terceiros que também estejam a usufruir do espaço. No entanto, sendo essa a única forma de se deslocarem, deverão ser discriminados e não lhes ser permitida a entrada? Parece que a resposta deve ser negativa, ou seja, deve pautar pela permissão de entrada. Depois, se algo não correr bem, os proprietários dos estabelecimentos terão sempre a faculdade de lhes negar a permanência.

Situação diferente será recusar o acesso a pessoas com mobilidade reduzida sem qualquer fundamento, apenas com a publicitação dessa restrição. Será tal possível?

Atentando no princípio da proporcionalidade e da igualdade, o direito fundamental à liberdade deve prevalecer sobre a direito à liberdade de iniciativa económica, pois é o “menos limitável”, conforme entende REIS NOVAIS (2010). A não ser pelas razões apontadas, não deve ser vedado o acesso a pessoas com mobilidade reduzida, pois tal configura uma discriminação. É que aqui também se está a falar de dignidade da pessoa humana, o que, seguindo o entendimento de VIERA DE ANDRADE (2019, p. 252) nunca pode ser afetada, devendo ser uma “garantia mínima” da CRP. Mas se assim acontecer que mecanismos dispõem estas pessoas?

Para além da reclamação em livro de reclamações, dois caminhos poderão ser seguidos e ambos de tutela contraordenacional. Se a restrição não estiver publicitada e for vedado o acesso com a justificação de ser portador de mobilidade reduzida, resta apenas solicitar a presença das autoridades policiais, que levantarão auto de contraordenação por infração ao disposto no 123.º, n.º 1, punido pelo artigo 143.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), ambos do RJACSR. No entanto, estas autoridades não poderão obrigar o proprietário a deixar entrar a pessoa retida, sob pena de violarem o direito à iniciativa económica privada, o que parece também resultar do Parecer n.º 49/2009, de 26 de maio de 2010, da Procuradoria Geral da República.

Se estiver publicitada e for recusado o acesso, não há qualquer violação ao RJACSR. O outro caminho será então recorrer à Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto (também é suscetível de ser seguido na primeira situação). Poderá ser feita uma queixa pela vítima do ato discriminatório ao Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência e ser também pelas forças policiais levantado auto de contraordenação

nos termos do artigo 9.º da citada Lei. Este diploma permite ainda indemnização civil englobando danos patrimoniais e não patrimoniais.

Em qualquer das soluções a pessoa não passará da porta do estabelecimento.

3.2.2. Proibição de leitura

Pode (e é em alguns estabelecimentos) ser estabelecida a proibição de ler numa esplanada, a todo o tempo ou por termo determinado. Cumprido o dever de publicitação desta restrição, os estabelecimentos podem proibir a leitura por partes dos seus clientes, no âmbito da sua autonomia privada e liberdade de iniciativa económica. A motivação desta proibição será sobretudo de cariz financeiro, no sentido de evitar que as pessoas ocupem lugares por uma duração superior ao “normal”, não trazendo rendimento aos proprietários ao consumirem, por exemplo, apenas um café, bem como, por outro lado, não permitirem que outra ou outras pessoas ocupem esse lugar e lhe tragam mais rendimento. Mas será que tal medida não será excessiva? A autonomia privada poderá impor-se à liberdade que a pessoa tem de ler num espaço privado, mas de acesso público?

Aqui entram em confronto o direito à liberdade e à segurança e o direito à liberdade de iniciativa económica. Sistemáticamente, é certo que o primeiro direito sai reforçado, já que se insere no Capítulo I, do Título II, “Direitos, liberdades e garantias pessoais” da CRP, aplicando-se diretamente pela sua força jurídica e vinculando “entidades públicas e privadas”, por força do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, tal como já frisado.

Mas também livre é a iniciativa privada. O artigo 61.º, n.º 1 da CRP, apesar de inserido no Título III “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, como abordado pela doutrina apresentada no presente trabalho, é um direito fundamental, em que a iniciativa económica privada se exerce “livremente”, em sintonia com a CRP, com a lei e “tendo em conta o interesse geral”.

Ambos são direitos relativos, sujeitos a restrições. O primeiro admite restrições na linha de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), quer através da privação total de liberdade, quer através de privação parcial. O segundo também admite e com mais intensidade, pois para além da obediência à CRP, deve ter em conta o citado interesse geral, que apesar de ser conceito indeterminado, deve seguir o princípio da proporcionalidade.

Nesta perspetiva, as restrições presentes no artigo 131.º, n.º 2 e 3 do RJACSR não são mais que restrições parciais de liberdade, permitidas pela CRP. No entanto, outro requisito também emerge, o elencado princípio da proporcionalidade. No caso da proibição de leitura, conjugando os preceitos constitucionais enunciados, deve prevalecer a liberdade de ler.

Ademais, as disposições “privativas do estabelecimento” são mesmo isso, de origem privada, criadas de forma arbitrária em prol de um modelo de negócio ou mesmo de conservação da identidade do estabelecimento. Não existe uma regulamentação para o efeito, o que logo aqui complica o papel dos agentes de fiscalização. No presente exemplo, as autoridades policiais não podem impedir tais práticas, pois não se verifica qualquer norma violada.

Mas então se as forças de segurança forem solicitadas ao estabelecimento e o cliente continuar a ler? Mesmo depois de advertido por estes? Será que tal comportamento legitima uma detenção pelo crime de desobediência, previsto no artigo 348.º do Código Penal? Este artigo dispõe que quem *“faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”*, de onde se extraí a ordem legítima. Mas será?

Paralelamente, sempre se poderá dizer que a qualquer cidadão tem o direito de resistir, ou seja, outro direito fundamental, o Direito de resistência, previsto no artigo 21.º da CRP, em todos *“têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”*. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 421) entendem que o direito de resistência existe apenas quando se *“verifiquem comportamentos dos cidadãos que, normalmente e em si mesmos, são ilícitos e inconstitucionais, e que apenas em virtude do direito de resistência beneficiam de uma causa de justificação”*.

Proibir alguém de ler, é mais do que um abuso de direito. Esta disposições privativas são excessivas e violam o princípio da proporcionalidade. Nos dias que correm, é cultural pegar no telemóvel, no computador ou *tablet* e navegar pela internet. É quase uma necessidade em “tempos mortos”. E poderá um estabelecimento restringir este direito fundamental à liberdade? Crê-se que não na grande maioria dos casos.

Todavia, tais restrições vão sendo impostas por alguns estabelecimentos. Assim, se defende que nesta situação em concreto deve existir uma aplicabilidade imediata, por força do artigo 18.º, nº 1 da CRP, dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais – direito à liberdade – enquanto direitos naturais de todos os homens na perspetiva jusnaturalista de VIERA DE ANDRADE (2019), nas relações entre estes sujeitos privados, proibindo e sancionado-se o recurso a esta disposição privativa dos estabelecimentos.

O contrato estabelecido de prestação de serviços, não pode violar a CRP, devendo o Estado, nas palavras de SOUSA RIBEIRO (2007) *“em proteção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte”*.

V - Conclusões

O Direito Constitucional enquanto Direito Público não deixa de ter ligação ao Direito Privado. As entidades privadas podem ver limitada a sua liberdade de iniciativa económica, que apesar de consistir num direito fundamental, é um direito relativo, como todos os outros, podendo colidir ou concorrer com outros de igual importância e ter que ceder.

O livre acesso aos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, pode ser restringido sem violar a CRP, pois aqui encontra expressão suficiente e adequada, inserindo-se nas privações parciais do direito à liberdade, onde alavanca o direito à autonomia privada, ganhando este, superioridade. Mas, deve olhar-se ao princípio da proporcionalidade e proibição do excesso, não devendo ser o sacrifício arbitrário, gratuito e desmotivado. Daqui resulta que são conformes à CRP as referências “estamos lotados”, “festa privada”, “não entram animais”, “consumo mínimo 250€”, no entanto, não será tanto assim, na proibição de entrada a pessoas com deficiência e não de todo, na proibição de ler numa esplanada. É que também está em causa a dignidade da pessoa humana, este sim direito absoluto, sem quaisquer reservas.

As restrições de acesso e permanência que na origem foram impostas por razões de segurança e ordem pública, hoje espoletam litígios que muitas vezes se traduzem em graves alterações de ordem pública, estando-lhe associado um sentimento de insegurança, de exclusão social e discriminação, num cenário que se pretendia livre. Nestes termos, a tutela contraordenacional, apesar de a CRP admitir uma construção do direito das contraordenações como uma categoria autónoma formalmente, atribuindo-lhe princípios próprios, revela-se insuficiente para proteger estes bens jurídicos.

As soluções que se apresentam como corolário para mitigar os efeitos destas restrições são duas. A primeira, criminalizar comportamentos que violem desmedidamente o direito fundamental à liberdade, criando um tipo legal de crime cujo o bem jurídico protegido seria

a liberdade de locomoção (idêntico ao crime de sequestro), ou seja, ser chamado, apesar da sua intervenção mínima, o Direito Penal. A segunda, as disposições “privativas do estabelecimento” passarem a serem alvo de regulamentação, estabelecendo-se limites à autonomia privada, materializando assim o dever de proteção e tutela do Estado, baseado no interesse geral.

Lisboa, 11 de junho de 2020