Vinculação e aplicabilidade directa de normas de direitos fundamentais: eficácia externa, matrizes comunicativas e espaço público

Autor(es): Canotilho, José Joaquim Gomes

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39828>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_26

Accessed : 26-Apr-2023 10:01:38

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo I

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

VINCULAÇÃO E APLICABILIDADE DIRECTA DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

EFICÁCIA EXTERNA, MATRIZES COMUNICATIVAS E ESPAÇO PÚBLICO

Procuraremos neste trabalho dedicado ao meu familiar, amigo e colega, Doutor António José Avelãs Nunes, aprofundar algumas reflexões sobre a vinculação e aplicabilidade directa de normas garantidoras de direitos fundamentais. Mais especificamente, trata-se de submeter o saturado discurso sobre a eficácia externa de normas de direitos, liberdades e garantias aos recentíssimos testes provocados pelas matrizes comunicativas anónimas e pelas privatizações de espaços públicos. Daí o subtítulo do estudo e a localização constitucional das várias problemáticas convocadas pela doutrina na literatura mais recente. A pedra de toque jurídico-normativa é o art. 18.º/1 da Constituição da República Portuguesa.

I. Teleologia da norma (CRP, art. 18.º)

1. O primeiro problema que se coloca será o de saber (i) que tipo de norma é o art. 18.º da CRP; (ii) o que é que ela acrescenta ao princípio da juridicidade e ao princípio da

constitucionalidade. Num tratado recente ¹ sintetizou-se a teleologia profunda de uma norma deôntica semelhante à deste artigo. Trata-se de dar resposta a questões centrais da dogmática de direitos fundamentais: (i) as normas de direitos fundamentais não são normas programáticas mas direito imperativo; (ii) vinculam os destinatários de direitos fundamentais como direito jusfundamental *objectivo* e determinam direitos subjectivos para os respectivos titulares; (iii) vinculam todos os poderes e não apenas, como era o entendimento tradicional, os poderes encarregados da execução das leis (administração) ou da aplicação das normas nos feitos submetidos a *jurisdictio* dos tribunais. Assim entendida, a regra de aplicabilidade directa positivada no art. 18.º/1 exprime uma *normatividade qualificada* ou *reforçada*: (i) perfila-se ela própria como norma jurídica directamente aplicável na qualidade de norma jusfundamental objectiva e (ii) recorta as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga como regras e princípios imediatamente eficazes, actuais e determináveis, aptos a conformar posições jurídico-materiais jusfundamentalmente subjectivas.

2. O acoplamento de dimensões subjectivas e objectivas no mesmo enunciado deôntico-normativo ² explica a proliferação das arrumações dogmáticas para o preceito em análise (“destinatários de direitos fundamentais”, “vinculação jusfundamental directa dos poderes públicos”, “força vinculante das normas referentes a direitos, liberdades e garantias”). Na análise subsequente, o art. 18.º/1 (segmento deôntico 1)

¹ Cfr. B. KEMPEN, “Grundrechtsverpflichtete”, in MERTEN/PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, III/2, cit., p. 1294.

² No plano da teoria do direito, cfr. PATARO, *The Law and the right. A reappraisal of the reality that ought to be*, Dordrecht, 2007, pp. 39 e ss.

articulado com o n.º 2 (segmento deôntico 2) dá forma e sentido à ideia da República Portuguesa como uma *república de direitos fundamentais* ³. Precisamente por isso, é, a todos os títulos, uma “norma chave” para a compreensão da teleologia profunda do sistema de direitos constitucionais fundamentais.

II. Aplicabilidade directa (CRP, art. 18.º/1, segmento 1)

3. Em que é que se traduz a aplicabilidade directa de normas constitucionais garantidoras de direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga? Nos vários comentários referentes ao art. 3.º/1 da Constituição Alemã (recorde-se que o art. 3.º/1 da *Grundgesetz* que inspirou a formulação linguística de outras constituições ⁴) salienta-se, em primeiro lugar, a ideia de conferir às normas garantidoras de direitos subjectivos fundamentais a natureza de normas *concretas e actuais* que, como tais, poderiam e deveriam constituir direito imediatamente aplicável. Distinguir-se-iam, assim, dos “princípios jurídicos gerais” ⁵ carecidos de leis especiais regulamentares. Por outras palavras: a garantia de aplicabilidade directa explica-se pelo facto de a conformação dos direitos fundamentais entendidos como direitos actuais e concretamente exequíveis não ser assegurada pela mera *nor-*

³ Cfr. B. KEMPEN, “Grundrechtsverpflichtete...”, cit., p. 1295, que sugeria a formulação do texto (“Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Grundrechtsrepublik”)

⁴ Vide Constituição de Angola de 2010, art. 28.º/1; Constituição do Brasil de 1988, art. 5.º; Constituição de Cabo Verde de 1999, art. 18.º; Constituição da Espanha de 1978, art. 53.º

⁵ Não deve confundir-se esta distinção entre “regras” e “princípios jurídicos gerais” (*Rechtsgrundsätze*) com a actual discussão em torno dos direitos fundamentais como “regras” ou como “princípios”, na sequência das obras de Dworkin e de Alexy.

matividade dos preceitos jusfundamentais, pois de igual normatividade são dotadas as normas-fim e as normas-tarefa que impõem ao legislador a respectiva concretização.

4. A força jurídica da aplicabilidade directa emana da própria constituição. Trata-se de um efeito *ex constitutione ipsa* e não de uma eficácia jurídica derivada de acto de mediação ou incorporação efectuado por lei. A doutrina costuma distinguir entre *norma normarum* e *norma normata*. As primeiras são normas reguladoras da produção de outras normas. As segundas conformam directamente regulações jurídico-materiais. Neste sentido, a aplicabilidade directa de uma norma jusfundamental significa ser ela própria esquema normativo-regulador de uma relação jurídico-material ⁶. As dimensões de actualidade, exequibilidade e determinabilidade das normas de direitos fundamentais não são perturbadas pelo facto de elas serem dependentes, algumas vezes, de normas de organização, procedimento e processo ⁷.

III — Vinculação de entidades públicas

1. Vinculação de entidades públicas (CRP, art. 18.º/1, segmento 2)

5. O sentido geral do segmento 2 do art. 18.º/1 é o de uma norma deontica de conduta: as entidades públicas estão

⁶ Cfr. K. STERN, *Staatsrecht*, III/1, cit., p. 1195. No direito português cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., pp. 207 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, 5.ª ed., 2012, cit., pp. 319 e ss.; J. AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Rio de Janeiro, 2005; J. GEBRAN NETO, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*, São Paulo, 2001.

⁷ Cfr. No direito positivo português JORGE MIRANDA, *Manual*, cit., p. 321.

vinculadas às normas de *direitos*, liberdades e garantias enquanto *direito* directamente aplicável. Com outros dizeres: as normas de direitos, liberdades e garantias valem com *igual aplicabilidade directa* para todas as entidades públicas⁸. A *igual aplicabilidade directa* não deve ser entendida, como já se assinalou, como norma deôntica de imposição de condutas apenas objectivamente considerada. Ela implica que, a partir das normas jusfundamentais de cada um dos direitos, os respectivos titulares possam radicar subjectivamente uma *pretensão* a um determinado comportamento ou conduta das entidades públicas, devendo a ordem jurídico-constitucional dispor de adequados remédios e esquemas organizatórios, processuais e procedimentais para garantir a sua defesa e realização (cfr. *infra*, protecção de direitos fundamentais).

6. Não é claro o âmbito subjectivo dos destinatários da norma em questão ao referir-se de forma geral a entidades públicas. Se tivermos em consideração o carácter defensivo tradicional dos direitos, liberdades e garantias, poderemos dizer que o primeiro sujeito vinculado pelas normas fundamentais é o *Estado*. Todos os *poderes* do Estado, desde logo os *órgãos de soberania* institucionalmente considerados (Presidente da República, Assembleia da República, Governo, Tribunais), estão incluídos no universo subjectivo de entidades públicas vinculadas às normas de direitos, liberdades e garantias. Ao utilizar o enunciado linguístico “entidades públicas”, o texto constitucional pretende, através de uma espécie de «super-conceito» — entidades públicas —, tornar claro que a «decisão» constitucional deve ser entendida no sentido de uma *vinculação explícita e principal* de todas as entidades públicas,

⁸ Cfr. MICHAEL/MORLOK, *Grundrechte*, 13.^a ed., Baden-Baden, p. 235.

desde o legislador aos tribunais e à administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autónomas. A cláusula de vinculação de todas as entidades públicas exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os *âmbitos funcionais* dos sujeitos públicos e é independente da *forma jurídica* através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem as suas actividades. O entendimento da vinculação das entidades públicas, nos termos em que acaba de ser feito, sugere, pois, a vinculação destas entidades, quer utilizemos uma *perspectiva funcional* — funções das entidades públicas —, quer apelemos para uma *compreensão formal organizatória* de modo a abranger os titulares ou órgãos dessas entidades. Em termos práticos, vinculação de uma entidade pública como, por exemplo, o legislador, significa que «vinculados» estão, tanto os órgãos legislativos (Assembleia da República, Governo, assembleias legislativas regionais), como as funções, independentemente de saber por quem são exercidas (os actos legislativos). Neste sentido, as “comissões de inquérito” instituídas pela Assembleia da República são “entidades públicas” vinculadas pelos direitos, liberdades e garantias. Registe-se, ainda, uma outra nota justificativa do apelo ao conceito de entidades públicas: a vinculação é extensiva a *todos os poderes públicos*, e não apenas aos poderes estaduais, abrangendo as pessoas colectivas de direito público, a administração directa e indirecta e a administração autónoma ⁹. Cabem, aqui, entidades com poderes públicos, como as ordens profissionais e as federações desportivas. Tomando em conta todas estas dimensões, pode afirmar-se que as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*. As formas de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas:

⁹ Cfr., entre nós, JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 285.

desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas e decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhuma actividade das entidades públicas é «livre» dos direitos fundamentais. Como critério básico e orientador parece ser de sufragar o *exercício de funções ou poderes públicos* quer por entidades públicas quer por entidades privadas ¹⁰ independentemente da forma de actuação.

7. A conhecida e repetida fórmula de H. KRÜGER — «leis apenas no âmbito dos direitos fundamentais» — exprime plasticamente o sentido da vinculação do legislador e dos actos legislativos pelos direitos, liberdades e garantias ¹¹.

8. A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem actos legislativos contrários às regras e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias constituem, nesta perspectiva, *normas negativas de competência* ¹², porque estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes.

¹⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., Coimbra, 2005, pp. 423 e ss.; MICHAEL/ MORLOK, *Grundrechte*, cit., p. 235.

¹¹ *Vide*, na literatura mais recente, B. KEMPER, “Grundrechtsverpflichtete”, cit., p. 1305.

¹² Cfr. K. HESSE, *Grundzüge*, p. 118; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 222. No direito português cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 287; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, pp. 205 e ss.; JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 154; DAVID DUARTE, *Norma de Legalidade*, cit., pp. 723 e ss.

9. A vinculação dos órgãos legislativos significa, também, o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, o legislador deve «realizar» os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e actualidade ¹³. Muitos direitos, liberdades e garantias carecem de uma ordenação legal (ex: o direito de cidadania, o direito de celebrar casamento); outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias «criadas» pelo legislador (ex.: o direito de acesso aos tribunais implica a criação e organização de tribunais, bem como a definição de vias processuais adequadas; o exercício do direito de antena pressupõe a sua regulação legal).

10. Quando se fala de “vinculação do legislador” convém notar a não identificação desta expressão com o sentido jurídico-constitucional de lei. No âmbito subjectivo do legislador cabem outros actos normativos dos corpos legislativos como actos de ratificação de tratados internacionais (CRP, art. 135.º/3), os regimentos das assembleias legislativas (CRP, art. 119.º e 175.º), as resoluções das mesmas assembleias, os actos de transposição de normas da União Europeia (CRP, art. 112.º).

11. O legislador vinculado pelos direitos, liberdades e garantias não é só o “legislador activo” mas também o legis-

¹³ Este dever de «optimização» é mesmo um dever de utilização da forma jurídica da lei (lei formal ou decreto-lei autorizado) para regular o regime de direitos, liberdades e garantias. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 331; DAVID DUARTE, *Norma de Legalidade*, cit., pp. 761, 806 e ss.

lador omissivo. As normas jusfundamentais dispõem também de eficácia vinculativa perante omissões legislativas resultantes do facto de entidades legislativas constitucionalmente competentes ficarem silenciosas ou inertes quando lhes incumbia, por força da Constituição, actuar positivamente para cumprir a sua vinculação pelas normas de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, a doutrina tem desenvolvido e aprofundado os institutos da *inconstitucionalidade por omissão* e do *dever de protecção* jusfundamental concebido como dever de actuação das normas jusfundamentais (CRP, art. 283.º).

12. Existem actos e actividades dos corpos legislativos que não se reconduzem à edição de actos legislativos, mas que também ficam vinculados à aplicabilidade directa de normas jusfundamentais. Pense-se, por exemplo, nas comissões parlamentares de inquérito (CRP, art. 178.º/1), nas comissões parlamentares de análise de petições e queixas dos cidadãos (CRP, art. 178.º/3).

13. Não poderiam ficar fora da vinculação jusfundamental as entidades que praticam *actos com eficácia normativa* como é o caso de regulamentos, normas estatutárias de entidades dotadas de autonomia estatutária (ex: universidades). Já suscita algumas dúvidas a vinculação de actos normativos de entidades privadas (ex: contratos colectivos de trabalho), mas, qualquer que seja o seu regime (de direito privado ou de direito público), eles consideram-se abrangidos pelo art. 18.º/1.

14. Como os direitos, liberdades e garantias transportam uma *dimensão objectiva*, eles valem como princípios informadores da *ordem jurídica* que o legislador deve incorporar e otimizar, ao regular as diferentes relações jurídicas (ex.: as leis de imprensa devem concretizar o princípio da liberdade de imprensa; as leis respeitantes às universidades devem plasmar

os princípios da autonomia e da liberdade de criação intelectual, artística e científica).

15. A Constituição Portuguesa trata em partes separadas o governo e a administração. Ambos são titulares do chamado “poder executivo”, mas enquanto o *governo* é expressamente erigido a “órgão de soberania” (CRP, art. 110.º), a *administração* beneficia de um título autónomo (CRP, Título IX), evitando desta forma tratá-la como simples dimensão de governo à semelhança do que acontece em alguns textos constitucionais (CRP, art. 266 e ss.).

16. Perante esta sistematização constitucional, justifica-se uma análise da vinculação de entidades públicas que ponha em relevo as especificidades do governo enquanto actor “da condução política” e órgão constitucionalmente legitimado para o exercício de actividades de governação, de planeamento, de definição e direcção política. De uma forma mais próxima do texto constitucional, interessa realçar as competências do governo no exercício de funções políticas (CRP, art. 197.º), no exercício de funções legislativas (CRP, art. 198.º) e no exercício de competências administrativas (CRP, art. 199.º). A vinculação do governo pelas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias não se distingue, em algumas das suas actividades, da que já foi assinalada à vinculação do legislador (CRP, art. 198.º), e da que vai ser explicitada a propósito da vinculação da administração (CRP, art. 199.º). Existem, porém, “núcleos de governo” que suscitam alguns problemas. É o caso, desde logo, dos chamados “actos de governo”. Não existe ainda hoje uma ideia clara sobre o espectro de actividades incluídas nesta categoria. Salienta-se, sim, a ideia de “alta política” e de “alta administração” ou a natureza planeadora, projectante, conformadora, dos actos de governo, aos quais estaria inerente uma ampla liberdade de conformação

política e um largo espaço para juízos políticos de ponderação e de prognose na definição de políticas públicas. O facto de a *política* e o *direito* surgirem aqui estreitamente acoplados, isso não implica qualquer legitimação de “actos de governo fora do direito” ou libertados da vinculação derivada da aplicabilidade directa de normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Era o que acontecia com as operações das forças armadas (CRP, art. 275.º), mas a constituição não deixa de prescrever que elas obedecem aos órgãos de soberania competentes, nos termos da *constituição* e da lei. Obedecer aos órgãos de soberania (designadamente ao Governo a quem pertence conduzir a política e administração das Forças Armadas) pressupõe obedecer não só à repartição constitucional de competências, mas também respeitar a constituição jufundamental (“a constituição dos direitos fundamentais”), onde avulta como “norma da república de direitos” a norma do art. 18.º da CRP. Subsiste o problema de saber se esta vinculação fica “entre parêntesis” quando as forças armadas e as forças de segurança actuam no estrangeiro em acções de “cooperação técnico-militar no âmbito da política nacional de cooperação” (CRP, art. 275.º). A doutrina acentua a especificidade operacional em situações anormais e relativiza os “standards” de respeito pelos direitos fundamentais neste contexto. Nem por isso as acções de cooperação técnico-militar podem deixar de prevenir os “efeitos colaterais” aniquiladores de pessoas e populações, e, muito menos, eximir-se à observância do respeito pelos direitos pessoais relacionados com a dignidade física e psíquica, designadamente os reconhecidos e positivados na constituição e em convenções internacionais vinculativas do estado português.

17. A convenção do exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União de poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia (cfr. CRP,

arts. 7.º/7 e 8.º) deve considerar-se também como *acto do estado* português nos termos do direito internacional (CRP, art. 7.º/6.º e 8.º). Isso resulta dos actos ratificatórios dos vários tratados referentes à União Europeia, incluindo os tratados de alteração do direito primário da União, destacando-se a última versão efectivada pelo Tratado de Lisboa. Daqui não resulta a vinculação das instituições europeias como tal (Parlamento, Conselho Europeu, Comissão) aos direitos, liberdades e garantias da constituição portuguesa. Problema diferente é a vinculação das autoridades (legislador, tribunais, administração) às normas garantidoras de direitos e liberdades quando lhes compete proceder à transposição do direito secundário da União (CRP, art. 112.º/8) ¹⁴. Particularmente relevante é a norma do art. 8.º/4 da Constituição que subordina a preferência de aplicação do direito da União Europeia à observância das regras das competências atribuídas aos órgãos da União Europeia (“no exercício das respectivas competências”) dos princípios fundamentais do estado de direito democrático. O enunciado “princípios fundamentais do Estado de direito” incorpora as normas de direitos, liberdades e garantias (cfr. *supra*, Estado de Direito) e, dentre estas, a norma da aplicabilidade directa articulada com a vinculação de entidades públicas (art. 18.º/1) ¹⁵.

¹⁴ O tema é discutido. A opinião dominante na Alemanha é a de que um acto legislativo não tem de ser aferido pelos direitos fundamentais garantidos pela Constituição alemã quando se trata da transposição de uma directiva. As directivas não são, em princípio, directamente aplicáveis na ordem interna, não podendo, desta forma, invocar o princípio da preferência de aplicação do direito da União. Cfr. A. FUNKE, *Umsetzungsrecht*, Tübingen, 2010, pp. 168 e ss.; C. CHARPY, “The status of (secondary) community law in the French internal order: the recent case-law of the *Conseil Constitutionnel* and the *Conseil d’État*”, *Eur. Const.*, 3 (2007), pp. 436 e ss.

¹⁵ O art. 8.º/4 da CRP levanta complexos problemas interpretativos. Vide Miguel GALVÃO TELES, “Constituição do Estado e Eficácia

18. Diferente da *aplicação* do direito da União através das entidades públicas portuguesas é a *participação* de entidades públicas portuguesas (ex: ministros no Conselho da União Europeia)¹⁶. Os participantes portugueses vestem uma “dupla pele”, pois, por um lado, são membros de um órgão da União Europeia e, por outro lado, actuam em representação do respectivo estado. Na qualidade de representante de Portugal, não é líquido se ele deve considerar-se “entidade pública portuguesa” vinculada pelas normas de direitos, liberdades e garantias enquanto normas directamente aplicáveis¹⁷. Não se descortinam argumentos convincentes para desvincular estes representantes das normas jusfundamentais portuguesas.

19. Se existe algum poder (alguma função) estreitamente associado à ideia de vinculação jusfundamental de entidades públicas esse é o que vulgarmente se chama administração pública. Qualquer que seja o seu nome (poder executivo, governo, administração), não oferece quaisquer dúvidas que a administração é um dos destinatários dos imperativos deontológicos do art. 18.º/1. Todas as formas ou modos de exercício da função administrativa estão abrangidos pela vinculação jusfundamental consagrada neste mesmo artigo. Quer se trate de administração *ingerente* quer se trate de administração *prestacional* (subsídios, incentivos, rendimento de inserção), as

Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias. Em particular sobre o art. 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa”, in IDEM, *Escritos Jurídicos I*, Coimbra, 2013, p. 391, 397.

¹⁶ Mas já não dos “comissários portugueses” ou dos “parlamentares portugueses no Parlamento Europeu”.

¹⁷ Cfr. B. KEMPEN, “Grundrechtsverpflichtete...”, cit., p. 1300. O tema tem sido discutido. Cfr. SCHILLING, “Zur Verfassungsbindung des deutschen Vertreters bei der Mitwirkung an der Rechtsetzung im Rate der EU”, in *DVBl*, 1997, pp. 458 e ss.

normas de direitos, liberdades e garantias, enquanto normas directamente aplicáveis, vinculam todas as formas de acção e de organização de entidades públicas ¹⁸.

20. A vinculação das entidades públicas administrativas, em todas as suas formas, não significa que não haja diversidade de modulações na incidência dessa vinculação. As normas de direitos, liberdades e garantias perfilam-se, em primeiro lugar, como normas garantidoras dos titulares contra ingerências ou intrusões injustificadas no âmbito juridicamente protegido de cada um dos seus direitos. Precisamente por isso, e tendo em conta a aplicabilidade directa destas normas, entende a doutrina mais credenciada que não é o cidadão-particular que necessita de qualquer título para exercer os seus direitos perante a administração mas é a administração a ter de invocar um *título de justificação* das ingerências na esfera jusfundamental dos particulares ¹⁹ (ex: é o Governo e a Assembleia da República que têm de justificar as imposições coactivas dos impostos).

21. Tal como já foi assinalado a propósito da vinculação do legislador, existe também uma dimensão positiva na vinculação da administração pelas normas de direitos, liberdades e garantias enquanto normas dotadas de aplicabilidade directa. Das normas de direitos, liberdades e garantias resultam pretensões subjectivas a *protecção através da administração* quer perante agressões estatais quer perante ingerências perpetradas por *terceiros*.

¹⁸ Cfr. B. KEMPEN, “Grundrechtsverpflichtete...”, cit., p. 1310, que salienta justamente a relevância jusfundamental da garantia prestacional.

¹⁹ Cfr. MASING, “Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht”, in HOFFMAN-RIEN/SCHMIDT-ASSMANN VOSSKUALE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, I, cit., pp. 414 e ss.

22. Por vezes, não é fácil saber se estamos perante normas jurídicas públicas ou perante normas jurídicas privadas. É o caso das normas editadas pelas associações e federações desportivas que, embora sejam pessoas colectivas privadas, têm as características de pessoas de utilidade pública desportiva ²⁰. As suas normas podem lesar, em termos graves, os direitos, liberdades e garantias (desde logo, os direitos fundamentais dos atletas) justificando-se a sua qualificação como «normas de legislação» para efeitos do art. 18.º/1.

23. O sentido do termo «entidades públicas» para efeitos de determinar as pessoas, órgãos e instituições da administração, sujeitas ao princípio da eficácia imediata dos direitos fundamentais ²¹, deverá ser extrinsecado a partir da Constituição. Estando consagrada no artigo 18.º/1 da CRP, a eficácia jurídica dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas (a cuja problemática aludiremos em seguida) deve entender-se, em primeiro lugar, que o problema da vinculação das entidades públicas quando actuam nas vestes de direito privado (a chamada eficácia privada dos direitos fundamentais — *Fiskalgeltung der Grundrechte*) não assume autonomia, pois, quer se trate de desempenho imediato de tarefas públicas pela administração na forma do direito privado (direito privado da administração), quer se trate de desempenho de tarefas públicas através de sujeitos privados ²², a fórmula da Constituição

²⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas*, pp. 835 e ss.

²¹ Vide as referências de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 260 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 287; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, II, cit., p. 533.

²² Assinalando que estas duas hipóteses são expressão da privatização do direito público e da publicização do direito privado conducente a uma atenuação da dicotomia de regimes (público e privado) cfr. HOFFMANN-RIEM, “Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen”, in HOFF-

portuguesa (vinculação de entidades públicas e privadas), permite perfeitamente a extensão da eficácia dos direitos fundamentais aos dois casos de «actuação privada» da administração. Em segundo lugar, a admitir-se a tese negativa, aceitar-se-ia também a «formação de uma reserva da actividade estadual fora da Constituição», sendo possível à administração furtar-se à eficácia imediata dos direitos fundamentais, mediante o manejo das formas de direito privado ²³. Assim, por exemplo, a compra de um imóvel a um particular pela administração não poderá deixar de estar sujeita ao princípio de igualdade, impedindo-se que o vendedor seja escolhido em virtude da sua religião, das suas concepções políticas ou dos seus interesses económicos.

24. Diferente do problema de saber se a vinculação jusfundamental das entidades públicas opera independentemente da escolha expressa ou implícita de regimes jurídicos (público, privado, misto), é a questão respeitante à vinculação destas entidades públicas (ou de entidades privadas no exercício de funções públicas) qualquer que seja a *dimensão jusfundamental* em causa (função de defesa, função de prestação, função de protecção) ²⁴.

MANN-RIEM/ SCHMIDT-ASSMANN/ VOSSKUHLE, *Grundlagen*, cit., II, p. 928; Vide também PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas*, cit., pp. 895 e ss.

²³ Cfr. HESSE, *Grundzüge*, cit., p. 145. No direito português, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Cap. III; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 267 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 288.; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, cit., II, p. 534; RUI MEDEIROS, “Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional”, *O Direito*, 1989, p. 505, 632; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996, p. 239.

²⁴ Cfr. BURGI, “Rechtsregime”, cit., p. 1196, que se refere a vinculação da administração pelos direitos fundamentais em todas as dimensões jusfundamentais.

25. O princípio da jusfundamentalidade na dupla vertente de aplicabilidade directa e de vinculação de entidades públicas reforça o princípio geral da constitucionalidade da administração impondo a esta (entenda-se: as várias administrações públicas, central, regional ou local, directa, indirecta, autónoma e concessionada) a vinculação às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Nestes termos: (1) a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve, em princípio, executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias; (2) a administração, ao praticar actos de execução de leis constitucionais (= leis conforme os direitos fundamentais), deve proceder a uma interpretação conforme e aplicando as leis de um modo congruente e coerente com os direitos, liberdades e garantias (cf. *supra*).

26. A afirmação contida em (2) não oferece dificuldades. No plano prático, as principais questões suscitam-se na interpretação e aplicação de *cláusulas gerais* e de *conceitos jurídicos indeterminados*, bem como no exercício de *poderes discricionários* por parte da administração. Em qualquer dos casos, a administração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias e relevantes para a solução do caso concreto. Já a afirmação contida em (1) levanta as maiores dificuldades. O princípio da vinculação imediata da administração pelos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias só pode, *prima facie* ter como corolário lógico o dever de execução de leis constitucionais (= conforme os direitos, liberdades e garantias), mas não de leis inconstitucionais. Neste sentido, a administração terá o dever de ser «guardião» dos direitos fundamentais em face de leis que claramente os violam. Por outras palavras: *a força dirigente dos direitos fundamentais* imporá a todos e a cada um dos órgãos

da administração um dever de controlo («*Prüfung*») ou de «rejeição» («*Verwerfung*») das leis ofensivas dos direitos, liberdades e garantias? O problema do poder-dever de rejeição de leis (normas) inconstitucionais pela administração é complexo, pois coloca-nos perante a questão da vinculação da administração pelo princípio da *constitucionalidade* (aqui traduzido sobretudo na aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias) e pelo *princípio da legalidade*, ou seja, a subordinação da administração à lei. Registem-se alguns tópicos essenciais na perspetivação deste problema. Em primeiro lugar, o princípio básico é o de recusar à administração em geral e aos agentes administrativos em particular qualquer poder de controlo da constitucionalidade das leis, mesmo se dessa aplicação resultar a violação dos direitos fundamentais (cfr., porém, Código de Procedimento Administrativo, art. 133.º/2/d). Aos agentes administrativos é sempre possível a *representação* — *direito de representação* — às entidades hierarquicamente superiores das consequências da aplicação das leis, mas, até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade, permanecerão vinculados às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia (artigo 271.º/2). Estes, por sua vez, poderão exercer o *poder de substituição legal* para integrar a eventual inércia dos órgãos administrativos violadora de direitos, liberdades e garantias ou para exercer uma substituição revogatória de um acto da administração lesivo dos mesmos. O funcionário ou agente administrativo deverá, porém, *desobedecer* a ordens concretas de aplicação das *leis inexistentes*, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (cfr. artigo 271.º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (artigo 19.º/6). As leis violadoras do

núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis *inexistentes*, pelo que os agentes administrativos poderão deparar-se com o *direito de resistência* dos particulares (artigo 21.º) ²⁵. Acresce que, hoje, em termos de direito positivo (cfr. Cód. Procedimento Administrativo, art. 133.º/2/d), serão nulos todos os actos administrativos violadores do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ²⁶. A «radicalidade» do direito de resistência justificará, porventura, outras formas de intervenção da administração tendentes a colocar a solução do problema nos quadros da legalidade e, de forma mais ampla, nos quadros da *juridicidade* (ex: intervenção substitutiva de outras autoridades). Fora destes parâmetros, é questionável a atribuição de uma *Verwerfungskompetenz* (poder de rejeição) aos agentes da administração, sendo insuficientes e inseguros os critérios que a doutrina tem até agora desenvolvido. Note-se que a inexistência de um «poder de rejeição» não significa a impossibilidade, e, porventura, obrigatoriedade, de a administração lançar um «olhar preventivo» (apelando, por exemplo, para os órgãos superiores ou entidades competentes) relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é «evidente» ou altamente provável. Além disso, a prevalência tendencial do princípio da legalidade não deve transferir-se, de plano, para os «regulamentos» e «preceitos administrativos». Neste sentido, não está de todo vedado aos

²⁵ Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *O Valor jurídico do acto inconstitucional*, 1988, p. 332. Num sentido algo diferente, mas não com soluções substancialmente divergentes do defendido no texto, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 282 e ss.; M. ASSUNÇÃO ESTEVES, *A Constitucionalização do direito de resistência*, p. 242; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 205.

²⁶ Cfr. MÁRIO ESTEVES/PACHECO DE AMORIM/P. COSTA GONÇALVES, *Código de Procedimento Administrativo*, p. 646.

agentes administrativos desobedecer a “regulamentos” ou circulares administrativas violadoras de direitos, liberdades e garantias. Parece ser razoável dar prevalência ao princípio da “vinculatividade imediata” das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade, nos casos em que este deixou de poder ancorar-se em normas constitucionais (ex.: leis pré-constitucionais), ou em que passou a ficar “enfraquecido” por decisões do TC no sentido da inconstitucionalidade do acto legislativo. Para além disto, é ainda de ponderar se a vinculação imediata da administração não deverá conduzir mesmo, como sugerem com bons argumentos alguns autores ²⁷, à «desaplicação do acto ostensivamente violador (teoria da evidência) da essência dos direitos fundamentais» (dimensão de gravidade objectiva), sem prejuízo de um posterior acesso à via jurisdicional para um controlo da legalidade/constitucionalidade de tal comportamento desaplicador do acto jurídico que, em circunstâncias normais, seria vinculativo para a administração ²⁸.

²⁷ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 1995, p. 536, 562; RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, pp. 167 e ss. A. SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004; ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*, Porto Alegre, 2012. Mais recentemente, em termos desenvolvidos, ANA R. MONIZ, *A recusa da aplicação pela administração com fundamento em invalidade*, Coimbra, 2012.

²⁸ Precisamente nestes termos, cfr. PAULO OTERO, *ob. e loc. cit.* Cfr., também, VAZ PATTO, “A Vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias”, pp. 473 ss., 491; RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, pp. 167 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 200 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 330; ANA R. MONIZ, *A recusa da aplicação...*, *ob. cit.*, pp. 366 ss.

27. Por último, deve-se registar a moderna problemática da *vinculação imediata da administração pelo direito europeu*, que, em rigor, justificaria o dever de a administração dos estados-membros não aplicar o direito legal interno quando este se revelar em contradição com o direito comunitário, sobretudo com os direitos fundamentais autonomamente recortados no direito europeu ²⁹.

28. A *força dirigente* dos direitos fundamentais relativamente ao poder executivo impõe-se mesmo perante os tradicionais *actos de governo*, praticados no exercício de uma função política ou governamental. Se, em geral, é difícil dar operatividade prática ao controlo dos actos políticos, embora seja inequívoca a sua vinculação ao princípio da constitucionalidade — artigo 3.º/3 — e ao princípio da eficácia directa dos direitos fundamentais — artigo 18.º/1 —, parece segura a aplicação destes dois princípios, com a consequente possibilidade de controlo judicial, quando um «acto político» é, na realidade, um acto administrativo directamente violador de direitos fundamentais (ex.: a chamada *vinculação aos direitos fundamentais do poder dirigente da política externa*).

29. A vinculação dos actos de governo pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias insinua já uma ideia fundamental a reter nesta problemática. Quanto mais ténue for a vinculação da administração à lei (como no caso de actos de governo), tanto mais forte é a sua vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias. Assim, os direi-

²⁹ Cfr. sobre este problema E. SCHMIDT-ASSMANN, “Gefährdungen des Rechts und Gesetzesbindung der Exekutive”, in *Festschrift für K. Stern*, 1997, pp. 761 ss.

tos, liberdades e garantias constituem, desde logo, *medidas de valoração* decisivas, quando a administração tem de densificar *conceitos indeterminados* («segurança pública», «sigilo», «segredo de Estado», «segurança do Estado»). Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um *poder discricionário*, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração ³⁰. Desta forma, a violação da lei constitucional, sobretudo a violação das normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias, pode originar *invalidade* de actos administrativos, com o consequente acesso à justiça administrativa.

30. Aos tribunais (todos os tribunais, incluindo tribunais habitualmente não referidos como o Tribunal de Contas e os tribunais arbitrais) cabe a tarefa clássica da «defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos» (CRP, artigo 205.º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas «ao serviço da defesa de direitos fundamentais»; eles próprios, como *órgãos do poder público*, devem considerar-se vinculados pelas normas de aplicabilidade directa garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do *processo* justo, aplicado no exercício da função jurisdicional, ou (2) através da *determinação*

³⁰ Cfr. referências em N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1986, p. 230; JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 299; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual*, cit., p. 499; J. M. CARDOSO DA COSTA, *A Tutela de Direitos Fundamentais*, p. 208; PAULO OTERO, *O Poder de Substituição*, vol. II, p. 567.

e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais ³¹.

31. Considera-se, hoje, que a «constituição dos tribunais» (*Gerichtsverfassung*) e o «procedimento jurisdicional» (=processo judicial) estão, em larga medida, «constitucionalizados» (CAPPELLETTI, SCHWAB-GOTTWALD). Isto significa a compreensão constitucionalmente «referenciada» do direito processual e do direito organizatório dos tribunais. Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.

32. As normas de direitos, liberdades e garantias podem também vincular os actos jurisdicionais como «normas de decisão». Agora, não se trata de captar o efeito vinculativo das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias como «normas de organização» ou de «processo», mas como *medidas de decisão material-jurisdicional* (Lorenz: *Grundrechte als Urteilsmaßstab*). A relevância da vinculação da actividade jurisdicional pelos direitos, liberdades e garantias é principalmente discutida em três conjuntos problemáticos: (1) — no âmbito da fiscalização judicial, sobretudo quando se coloca o problema da desconformidade da lei com normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias; (2) — no plano da eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional relativamente aos outros tribunais; (3) — no domínio da

³¹ A doutrina alude ao “produto da actividade jurisdicional”, ou seja, a sentença ou decisão judicial como expressão típica da vinculação da entidade pública “tribunais” às normas de direitos, liberdades e garantias. Cfr. B. KEMPEN, “Grundrechtsverpflichtete...”, cit., p. 1318.

delimitação de competências e definição dos poderes de cognição entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais.

33. Os tribunais estão sujeitos à lei (CRP, artigo 206.º), devendo, por isso, considerar a lei como a primeira mediação metódica do «justo» constitucional ³². Todavia, se a lei surge como primeira «mediação» da vinculação constitucional (R. GRAWERT), nem sempre existe harmonia entre a Constituição e a lei, pois esta pode estar em desconformidade com a primeira. Nestes casos, existe uma dupla vinculação (mas vinculação anti-nómica) para o juiz. Deve obediência à lei, mas, por outro lado, não pode aplicar «normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados» (CRP, artigo 207.º). Isto significa a prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade). A Constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o direito de acesso directo à Constituição — sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias —, a fim de «fiscalizarem» («direito de exame», «direito de fiscalização») a conformidade da lei com as normas e princípios da Constituição.

IV — Vinculação de entidades privadas

1. Localização das questões e dos conceitos

1. O art. 18.º/1 estabelece *expressis verbis* a vinculação de entidades privadas pelas normas de direitos, liberdades

³² Mesmo quando se salienta o «carácter criador da obtenção do direito pelos tribunais», a doutrina constitucional entende que à lei pertence a «hierarquia e o predicado de uma decisão da maioria democrática» e que, num Estado de direito democrático constitucional, compete, em primeiro lugar, ao legislador, proceder à mediação do direito. Cfr. H. P. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, pp. 155 e ss.; F. MÜLLER, *Richterrecht*, pp. 88 e ss.

e garantias (e de direitos análogos nos termos do art. 17.º) enquanto normas directamente aplicáveis. *Prima facie*, uma interpretação literal do enunciado linguístico poder-nos-ia conduzir a esta conclusão: as entidades privadas são, tal como as entidades públicas, destinatárias das normas de direitos, liberdades e garantias. Estas normas, enquanto normas dotadas de aplicabilidade directa, *valem* na ordem jurídica privada.

2. Basta, porém, um relance de olhos pela doutrina para se verificar que a “vinculação de entidades privadas” tem dado origem a uma crescente variedade semântico-conceitual que, no fundo, revela ser este um dos temas-problemas mais discutido e complexo de toda a dogmática jurídico-constitucional ³³. Na imensa literatura dedicada ao tema, fala-se de “eficácia externa” ou “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (*Horizontalwirkung*), de “eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada” (*Geltung der Grundrechte im Privatrecht oder in Privatrechtsordnung*) ³⁴. A perplexidade que estas variações conceituais revelam está relacionada, em primeiro lugar, com as compreensões e pré-compreensões subjacentes aos próprios direitos fundamentais. Estes direitos vinculariam basicamente apenas o estado (as entidades públicas). Em primeira linha, autocompreendia-se como direitos dos particulares em relação ao estado, “servindo” para defender a sua liberdade pessoal perante as intrusões dos poderes

³³ Veja-se, por exemplo, EPPING, *Grundrechte*, 4.ª ed., Heidelberg, 2009, pp. 142 e ss.

³⁴ Cfr., por exemplo, H. J. PAPIER, “Drittwirkung der Grundrechte”, in MERTEN/ PAPIER (org.), *Handbuch der Grundrechte*, II/1, cit., p. 1332. Para uma visão global A. SAJÓ / R. UITZ, *The constitution in private relations: expanding constitutionalism*, Utrecht, 2005.

públicos ³⁵. Consequentemente, os direitos, liberdades e garantias teriam como titulares os sujeitos privados e vinculariam apenas os poderes públicos de forma directa (“aplicabilidade directa”).

2. A consagração constitucional da vinculação de entidades privadas

3. A Constituição portuguesa alargou a vinculação jus-fundamental a *entidades privadas* (CRP, art. 18.º/1). A extensão vinculativa — os particulares como *destinatários* de normas de direitos, liberdades e garantias e não apenas como *titulares* — deu origem, na doutrina estrangeira (sobretudo alemã) ³⁶ e na doutrina portuguesa ³⁷ a esta questão jurídico-dogmática: *como* e em *que* medida as normas de direitos, liberdades e garantias *valem* na ordem jurídica privada. Registe-se a formulação linguística: as normas de direitos *valem* nas relações jurídicas privadas ³⁸. Diversamente do que se vê afirmado em alguns autores, não se trata de um fenómeno de “irradiação”, de “constitucionalização do direito civil”, de publiciza-

³⁵ Cfr. H. J. PAPIER, “Drittwirkung der Grundrechte”, cit., p. 1332. Desenvolvidamente, discutindo os conceitos dogmáticos de “supremacia da Constituição” e “especificidade do direito privado”, cfr. M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine Verfassungsrechtliche Untersuchung zu Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, 2001.

³⁶ Cfr. H. J. PAPIER, “Drittwirkung der Grundrechte”, cit., p. 1332.

³⁷ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., pp. 220 e ss.

³⁸ Retomamos uma formulação de G. ROBBERS, “Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit”, *NJW*, 1998, p. 937, *apud* CHRISTENSEN/ A. FISCHER LESCANO, *Das Ganze des Rechts*, cit., p. 261.

ção do direito privado ³⁹. Também não é despreciando que a constituição portuguesa declare *expressis verbis* a inclusão de entidades privadas no círculo de destinatários vinculados por normas jusfundamentais enquanto normas directamente aplicáveis. Elimina-se, desta forma, o problema de saber *se* é admissível a aplicabilidade directa de normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas. Se um enunciado de normas jusfundamentais, como é o art. 18.º/1 da CRP, transporta uma regra deontica imediatamente prescritiva (“são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e *entidades privadas*”), isso significa que o efeito vinculativo de entidades privadas não carece de justificação e de fundamentação ⁴⁰, diferentemente do que acontece noutros ordenamentos constitucionais, onde não existe uma explícita consagração da vinculatividade directa inter-privados dos preceitos jusfundamentais.

4. Note-se, porém: se, no direito constitucional português, a regra deontica é a da vinculação de entidades privadas, nem por isso fica resolvido um outro problema jurídico-dogmático. Consiste ele em saber se a regra deontica do art. 18.º/1 opera apenas como *norma objectiva de conduta* impondo ao legislador e aos órgãos de aplicação do direito o *dever* de conformar as relações jurídico-privadas segundo as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias, ou, como acontece com a vinculação de entidades públicas, a norma deontica de vinculação de entidades privadas radica num verdadeiro *direito subjectivo*, garantindo aos titulares de

³⁹ Vide a síntese clara de LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 367 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, a vinculação de entidades privadas é uma “evidência constitucional”. Vide W. STEINMETZ, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2004, p. 65.

direitos fundamentais a possibilidade de invocar *directamente* perante outros particulares uma pretensão jusfundamental. A chamada doutrina da *vinculação directa* de entidades privadas aponta para o sentido referido em último lugar — reconhecimento de um direito subjectivo —, enquanto que a doutrina da *vinculação indirecta ou mediata* acentua a natureza de *norma objectiva* de conduta ⁴¹.

3. Casos e hipóteses

5. Os problemas aflorados nos números anteriores implicam desenvolvimentos metódicos que não cabem no âmbito deste artigo. Longe, porém, de tratar apenas de problemas dogmáticos ou metódicos, a temática da vinculação dos particulares a direitos, liberdades e garantias tem manifesta relevância prática. Seleccionamos aqui alguns casos, havendo a preocupação de os diversificar por vários quadrantes jurídico-culturais. Uma empresa industrial celebrou contratos de trabalho em que os trabalhadores renunciaram a qualquer actividade partidária e à filiação em sindicatos. Se as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias (CRP, arts. 46.º, 51.º e 55.º), vinculam entidades privadas, como reagir contra o «desvalor constitucional» de tais contratos de trabalho? Num congresso de um partido político destinado

⁴¹ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 218. Em língua portuguesa há, hoje, excelentes trabalhos sobre o tema: DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, 2004; W. STEINMETZ, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2004; INGO SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares por direitos fundamentais”, in I. SARLET (org.), *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, 2010, pp. 107 e ss.; V. Afonso da SILVA, *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, 2005.

a escolher os candidatos desse partido às eleições parlamentares, foi excluída a participação de indivíduos de raça negra [hipótese próxima da discutida nos célebres casos da jurisprudência americana, *Smith v. Allright* (1944) e *Terry v. Adams* (1946)]. O princípio da igualdade (CRP, art. 13.º/2) vinculará ou não, directamente, uma associação partidária? A senhora X havia sido contratada como professora por um colégio particular, vinculando-se à «cláusula do celibato». Posteriormente, ela celebrou casamento e a empresa proprietária do colégio desencadeou o procedimento de despedimento, invocando a violação de uma cláusula do contrato. A senhora X contestou a acção de despedimento, apelando directamente para o art. 36.º/1 da CRP, que vincularia entidades privadas como a empresa proprietária do colégio (caso já discutido em Portugal, mas com contornos um pouco diferentes, num Parecer da Comissão Constitucional). A empresa Z contratou dois indivíduos de sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a manutenção do contrato de trabalho a três cláusulas: (i) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento da admissão; (ii) aceitarem como justa causa de despedimento o facto de ocorrer uma gravidez durante o contrato; (iii) considerarem também como justa causa de despedimento o facto eventual de virem a servir de «mães hospedeiras» (inseminação artificial) durante a vigência do contrato. Como conciliar estas cláusulas com direitos, liberdades e garantias como os direitos à intimidade pessoal (CRP, art. 26.º) e o direito de constituir família (CRP, art. 36.º/1)? As entidades patronais e as organizações sindicais celebraram um contrato colectivo de trabalho, onde incluíram a cláusula de *closed-shop*, ou seja, a proibição de contratação de operários não sindicalizados. Como conciliar esta cláusula contratual com os arts. 47.º e 55.º/6 da CRP? Uma escola particular de alunos deficientes, subsidiada pelo Estado, recusa-se a receber crianças deficientes não baptizadas ou cujos pais professem

uma religião diferente da ensinada nessa escola. Poderão os pais dessas crianças recorrer directamente aos arts. 13.º/2 e 41.º/2/3 para fazer valer os seus direitos a um tratamento igual?

4. Teleologia do art. 18.º/1: a vinculação de entidades privadas como expressão do constitucionalismo de direito privado

6. Antes de aprofundarmos algumas dimensões jurídico-dogmáticas da vinculação de entidades privadas pelas normas de direitos, liberdades e garantias, tentaremos compreender a teleologia intrínseca do art. 18.º/1 no segmento normativo respeitante aos chamados efeitos horizontais. Se o texto que serviu de inspiração (art. 1.º/3 da *Grundgesetz* alemã) ao art. 18.º/1 é omissivo quanto à vinculação de entidades privadas e o texto constitucional português impõe inequivocamente esta vinculação, o primeiro exercício de plausibilidade jurídico-constitucional incidirá sobre o rasto distintivo da opção do poder constituinte português. Em vez de uma leitura vergada ao caso alemão da “*Drittwirkung*” (“eficácia em relação a terceiros”), é razoável perguntar pela justificação da vinculação de entidades privadas. A nosso ver, a recente argumentação desenvolvida por um ilustre jurista italiano ⁴² sobre o *constitucionalismo de direito privado* apresenta propostas dogmático-interpretativas mais atendíveis. Em primeiro lugar, permite uma aproximação menos opaca à ideia de vinculatividade dos particulares por normas jusfundamentais directamente aplicáveis. Não há apenas “poderes públicos” a exercer competências (poderes) e a praticar actos intrusivos

⁴² Referimo-nos a LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris*, I, pp. 774 e ss., II, pp. 219 e ss.

nos direitos de liberdade. Existem também “poderes privados” com potencialidades inerentes nestes mesmos direitos que justificam o alargamento da vinculação jusfundamental a entidades privadas (recordem-se os casos de “escravatura” e de “trabalho forçado”). Em segundo lugar, a “operação teórica” subjacente à distinção entre poderes públicos, rigidamente localizados no estado e na política, e liberdades individuais ligadas à sociedade civil e ao mercado, assentam na confusão entre *direitos fundamentais de liberdade* e *direitos fundamentais de autonomia*. Havendo relações de poder no âmbito de direitos fundamentais de autonomia (no âmbito do direito de propriedade, do direito do trabalho, do direito da família, direito do desporto) é razoável submeter esses poderes a regras e vinculações jurídico-constitucionais, a começar por vinculações jusfundamentais (vinculação de entidades privadas por normas de direitos fundamentais directamente aplicáveis) ⁴³.

5. Novos desenvolvimentos

7. Mais recentemente, a problemática da vinculação de entidades privadas pelos direitos fundamentais vai ganhando outros contornos que não se resumem à questão do efeito horizontal e da problemática a ela associada de eficácia directa ou indirecta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Sob uma perspectiva sociológico-cultural, denuncia-se a “dogmática da *Drittwirkung*”, ou melhor, a “horizontalidade directa” de direitos fundamentais como um verdadeiro

⁴³ A doutrina civilística brasileira tem vindo a alicerçar esta compreensão. Cfr. L. E. FACHIN, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 2000, p. 317; G. TEPEDINO, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 55 e ss. Na doutrina constitucional vide DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 214.; INGO SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 374 e ss.

“espantalho”. Os novos cânones (a que aludimos na introdução a este livro) começam a ganhar direito de cidade na doutrina e na jurisprudência. Registe-se o momento retórico de uma célebre decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul (*Caso Du Plessis V de Klerk*, 1996) ⁴⁴.

8. A perspectiva mais estimulante na abordagem das novas questões da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-social privada é apresentada pelos cultores da teoria sistémica do direito. De uma forma sucinta, a argumentação central radica nesta ideia: o problema da eficácia horizontal não reside ou, pelo menos não reside principalmente nos “perigos” que os particulares criam a outros particulares individualmente considerados. Os verdadeiros “agentes perigosos” são as chamadas “matrizes comunicativas anónimas” (instituições, discursos, sistemas) produtoras de processos de poderes anónimos com carácter totalizante (mercado, comunicação

⁴⁴ “The second point concerns a pervading misconception held by some and, I suspect, an egregious caricature propagated by others. That is that so-called direct horizontality will result in an Orwellian society in which the all-powerful state will control all private relationships. The tentacles of government will, so it is said, reach into the marketplace, the home, the very bedroom. The minions of the state will tell me where to do my shopping, to whom to offer my services or merchandise, whom to employ and whom to invite to my bridge club. That is nonsense. What is more, it is malicious nonsense preying on the fears of privileged whites, cosseted in the past by *laissez faire* capitalism thriving in an environment where the black underclass had limited opportunity to share in the bounty. I use strong language designedly. The caricature is pernicious, it is calculated to inflame public sentiments and to cloud people’s perceptions of our fledgling constitutional democracy. “Direct horizontality” is a bogeyman”. Cf. H.C. MEADLE, “Third party effect in the South Africa Constitution”, in A. SAJO/R. VITZ (ed.) *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, cit., p. 55-78.

social, publicidade) ⁴⁵. Dadas estas “situações de perigo poli-contextuais”, compreende-se que o problema da “vinculação de entidades particulares” seja também um “problema de heterotopia” postulador de uma nova aproximação à eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nos vários contextos (nacionais, internacionais, globais) de fragmentação da sociedade. Numa palavra: o efeito horizontal dos direitos fundamentais só terá sentido se eles forem compreendidos como defesa não apenas contra perigos causados pelos particulares, mas contra situações de perigosidade provocadas pela matriz dos sistemas ⁴⁶. Registamos esta retórica argumentativa com exemplos colhidos numa obra recente:

“The question of the ‘horizontal’ effects of fundamental rights, *i.e.* the question whether they impose obligations not only on public bodies but also directly on “private governments”, acquires much more dramatic dimensions in the transnational sphere than it ever possessed in the nation-state context. The issue becomes particularly controversial where infringements of human rights by transnational corporations are alleged. I shall single out a few glaring cases: environmental pollution and inhuman treatment of local population groups, e.g. by Shell in Nigeria; the chemical catastrophe in Bhopal; disgraceful working conditions in “sweatshops” in Asia and Latin America; the excessive pricing policy of pharmaceuticals in the South African Aids drama; child labour attributed to IKEA and Nike; allegations against Adidas of having footballs pro-

⁴⁵ Vide GUNTHER TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, cit., p. 216.

⁴⁶ Cfr. GUNTHER TEUBNER, “Fragmented Foundations. Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, in P. DOBNER / M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, cit., pp. 237 e ss.; R. CHRISTENSEN / A. FISCHER LESCANO, *Das Ganze des Rechts*, cit., p. 285: “Os direitos fundamentais orientam-se também contra tendências totalizantes de outros meios”.

duced by forced labour in China; the use of highly poisonous pesticides in banana plantations; ‘disappearances’ of unionised workers; environmental damage caused by big construction projects. The list could easily be extended. The scandalous events fill volumes.

What converts the legal question — the horizontal effects of fundamental rights — into a burning political issue is the ongoing privatization of government. Legal doctrines of horizontal effects usually dodge the tricky question of whether private actors are directly bound by fundamental rights provisions. A host of doctrines, according to which fundamental rights only have ‘indirect’ effects in the private sphere, have been devised.¹ Simplifying grossly, there are two main constructions, albeit with numerous variants. Under the State action doctrine, private actors are in principle excluded from the binding effect of fundamental rights unless some element of State action can be identified in their behaviour. This might be the case either because State bodies are to some degree involved or because the private actor fulfills more or less broadly understood ‘public’ functions. Alternatively, under the doctrine of the structural effect of fundamental rights, those rights are to be respected across the whole legal system, including private law provisions enacted by the State. However, the limitation of the effect of fundamental rights to the legal system implies that private actors themselves are not subject to any fundamental rights obligations.

Globalization makes this puzzle even more difficult to solve. In the transnational sphere, the question whether private actors are bound by fundamental rights is much more acute than in the context of the nation-state. Here, the otherwise omnipresent State and its national law are almost absent so that the State action doctrine and the theory of the structural effect of fundamental rights can be applied in only very few situations. At the same time, transnational private actors, especially transnational corporations, intensively regulate whole areas of life through their own private governance regimes. Thus, the

question whether they are directly bound by fundamental rights can no longer be evaded”⁴⁷.

9. Esta forma de ver as coisas obrigará a uma revisão radical do problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. As teses da eficácia directa pecam por estender a lógica estatalista a esquemas de diferentes contextos sociais. Por sua vez, os defensores da eficácia indirecta convocam argumentos insuficientes radicados na “autonomia do direito privado”. Quer num sentido quer noutro, a controvérsia termina numa infrutífera homogeneização de eficácia sem se concentrar nos problemas reais da vinculação. E os problemas relacionados com a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-social são fundamentalmente dois: (i) salvar a *função* de *inclusão* dos direitos nos vários sistemas sociais com a garantia de direitos de acesso a estes sistemas (aos serviços essenciais, aos direitos fundamentais digitais); (ii) garantir a defesa perante *efeitos excludentes*, solidificando os direitos fundamentais como direitos de protecção contra as “matrizes comunicativas anónimas” (discursos, sistemas) transportadoras de perigos incidentes sobre instituições, pessoas e indivíduos.

10. As tentativas dos esquemas interpretativos monocêntricos assentam (i) na lógica de relações individuais entre titulares de direitos fundamentais; (ii) na ideia de poder configurado sempre à imagem do poder público; (iii) na dogmática de direitos de liberdade contra as verticalidades agressivas de entidades públicas. Revelam-se, assim, incapazes de compreender a *eficácia inclusiva* dos direitos fundamentais perante o paradoxo das exclusões resultantes das diferenciações fun-

⁴⁷ Cfr. TEUBNER, *Fragmental Founddation*, cit., pp. 238 e ss.

cionais da sociedade (exclusão da escola, exclusão da sociedade, exclusão dos serviços de saúde) e a *eficácia defensiva* perante matrizes comunicativas anónimas (os mercados, a comunicação social, a autonomia do capital, actores internacionais). Tal como acontece já noutros ramos do direito em que os perigos para os direitos não derivam directamente de actuações individuais mas de organizações criminosas (macrocriminalidade de tráfico de pessoas, de armas, de droga), também no âmbito do direito público jusfundamental é necessário passar da querela da eficácia, directa ou indirecta, para o problema da defesa do indivíduo dentro de subsistemas autónomos sociais com tendências imperialistas e excludentes ⁴⁸.

V. Vinculação de entidades privatizadas

1. Outro círculo de problemas relacionados com a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada relaciona-se com os novos campos das *privatizações organizatórias e materiais* ⁴⁹. Não obstante a regra básica atrás assinalada — não é a forma ou o regime privado ou público de exercício dos poderes públicos que perturba a eficácia das normas jusfundamentais —, justificam-se mais algumas considerações, tendo em conta a nova conflitualidade surgida nos “espaços privatizados”. Casos como a liberdade de reunião num aeroporto, num hospital, numa estação de caminhos-de-ferro, de demonstração numa autoestrada revelam que, também aqui, os pontos de partida dogmaticamente convocados para anali-

⁴⁸ Cfr. G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, cit., p. 213.

⁴⁹ Sobre a fenomenologia jurídica das privatizações cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas*, cit., pp. 345 e ss.

sar a eficácia externa de direitos fundamentais justificam novas suspensões reflexivas.

2. A dicotomia público/privado exige depois da privatização de muitas infraestruturas (caminhos de ferro, telecomunicações, hospitais, auto-estradas, água, energia) uma reconstrução das relações entre os direitos fundamentais, os cidadãos e a sociedade. Anuncia-se a privatização de espaços públicos, desde a Acrópole de Atenas até ao Coliseu de Roma, passando pela privatização funcional e organizatória do Aeroporto de Lisboa. Na ordem do dia está também a privatização do regime penitenciário e das estruturas da internet. Os entes territoriais autárquicos privatizam os mercados municipais e as casas municipais da cultura. Trate-se (i) de uma “privatização de organização” respeitante à forma de gestão (mantendo-se a propriedade pública) ou (ii) de uma privatização material operadora da translação destes espaços para a propriedade privada, ou (iii) de uma delegação de tarefas públicas em actores privados⁵⁰, coloca-se sempre o problema de saber se a eficácia vinculante das normas de direitos fundamentais continua imperturbada perante o fenómeno privatizador.

A recente sentença do Tribunal Constitucional Alemão (*Caso Fraport AG*, 2012) incidente sobre o direito constitucional de manifestação no Aeroporto de Frankfurt revela alguns dos aspectos juridicamente problemáticos dos efeitos privatizadores⁵¹. O problema jusfundamental pode reconduzir-se a duas

⁵⁰ Vide, aprofundadamente, PEDRO GONÇALVES, cit., pp. 349 e ss.

⁵¹ Este aeroporto é explorado pela Sociedade Fraport AG, ou seja, uma sociedade anónima privada em que o estado alemão detém 52% das acções, partilhadas entre o Land de Hesse e a cidade de Frankfurt, pertencendo os restantes 48% a investidores privados. O direito aplicável é

perguntas basilares: (i) a sociedade Fraport AG continua a ser “Estado” em virtude da sua posição maioritária e, por isso, vinculado pelas mesmas normas de direitos fundamentais enquanto normas directamente aplicáveis ou (ii) ela deve ser considerada como entidade privada, titular do direito de propriedade relativamente aos utentes? A resposta positiva à primeira interrogação (i) reconduz-se à regra geral da vinculação de entidades públicas na qualidade de destinatários de normas jusfundamentais directamente aplicáveis. Se a resposta se direccionar no sentido de a sociedade Fraport H. G. dispor, na qualidade de proprietário privado, dos espaços do aeroporto, já o problema que se coloca é o de saber se, com fundamento neste direito, a referida sociedade dispõe do poder de decisão quanto à proibição ou autorização de manifestação ou quanto à legitimidade de difusão de propaganda no espaço aeroportuário. Por outras palavras: ao optar por uma sociedade comercial regulada por normas de direito civil e comercial o Estado tornar-se-á titular de direitos fundamentais? Noutros termos ainda: a privatização do espaço aeroportuário implicará que o Estado, em vez de ser um *destinatário* de normas jusfundamentais, passe a ser considerado como proprietário privado e, por conseguinte, *titular* de direitos fundamentais normativamente protegidos. Embora existam algumas posições doutrinárias em sentido contrário, a opinião prevalecente parece apontar no sentido de a entidade pública Estado não poder beneficiar da transmutação do regime de direito público em regime de direito privado para se libertar da vinculação de respeito e cumprimento de normas jusfundamentais e contrapor, mesmo, o “seu” direito de protecção perante estas normas.

A questão central é a de saber se o Estado enquanto accionista privado maioritário permanece na qualidade de entidade pública, vinculado aos direitos, liberdades e garantias, ou se é a própria empresa, enquanto entidade dotada de personalidade

o direito das sociedades comerciais, embora os contratos de exploração e regulamentação específica prevejam obrigações particulares.

jurídica autónoma, o destinatário dos mesmos direitos e liberdades. Tomar a sério a aplicabilidade directa das normas jusfundamentais significaria, para uma parte da doutrina, que a obrigação de respeito prevista por estas normas recai sobre a entidade colectiva, independentemente do poder dos proprietários accionistas. Argumenta-se, porém, que se a lógica da vinculação de entidades empresariais incluídas no sector público do Estado ainda pode ser reconduzível a uma vinculação imediata imposta por normas jusfundamentais enquanto normas directamente aplicáveis, já as sociedades de economia mista obrigariam a uma dogmática mais específica. São apresentadas várias estratégias argumentativas. Perante a “mistura” de titulares — públicos e privados — a vinculação imediata por normas jusfundamentais deveria ser circunscrita aos accionistas públicos maioritários, enquanto os accionistas privados seriam titulares de direitos de liberdade ⁵². Se virmos bem as coisas, a argumentação anterior termina numa dicotomia paradoxal. Haveria (i) obrigação de respeito destes direitos, de liberdades garantidoras impostas por normas, direitos e liberdades a 52% do capital accionista, pois a tanto monta a participação accionista de entidades públicas; (ii) e obrigação de não ingerência correspondente à existência de 48% de capital de autonomia privada, fechada, salvo autorização, à invocação do dever de respeito das normas garantidoras de direitos e liberdades.

3. É evidente, porém, o campo de tensão, político e jurídico, que se desenvolve em sede de vinculação jusfundamental quando as empresas fundadas no princípio da titularidade privada, legitimador da opção por formas de organização e gestão reguladas por normas jusprivatistas, são

⁵² Cfr. a exposição de MARKUS MÖSTL, *Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit*, München, 1999, pp. 133 e ss.; WOLFGANG WEISS, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen, 2002, pp. 265 e ss.

colocadas perante o princípio democrático e a imposição constitucional de aplicabilidade directa das normas jusfundamentais garantidoras das liberdades políticas⁵³. Incluídas no sector público, as empresas estão sujeitas à regra da vinculação de entidades públicas através de normas de direitos, liberdades e garantias enquanto normas directamente aplicáveis. Como se delimita o âmbito de protecção dos direitos? Aqui como noutros casos, suscita-se o problema da interpretação deste âmbito de protecção. Parece razoável sustentar o direito de reunião nas zonas livres dos espaços aeroportuários, mas há fundamentos fortes para restringir o âmbito de protecção, proibindo a efectivação desse direito em áreas reservadas (zona de segurança, zona de check-in, zona de retirada de bagagens). Continuou, sendo discutível, o alargamento do âmbito de protecção da liberdade de reunião e de manifestação aos espaços comerciais.

4. Mais complexos são os casos de privatização material de muitos espaços originariamente públicos, como hospitais universitários, correios e telecomunicações. Os espaços públicos privatizados deixaram de ser forum público? Os direitos, liberdades e garantias são ou não neutralizados pela privatização material? E as empresas privadas são ou não titulares dos direitos e liberdades enquanto entidades privadas? Basta retomar a doutrina do “efeito horizontal indirecto”? É duvidoso se será suficiente a possibilidade de obrigação de os tribunais interpretarem e aplicarem normas de “cláusulas gerais” segundo a constituição. A resposta a estas perguntas carecia de outros desenvolvimentos.

⁵³ A discussão pode ver-se em H. GERSDORF, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von Demokratie und Wirtschaftlichkeit Prinzip*, Berlin, 2000, pp. 134 e ss.

Resumo: O trabalho procura trazer à publicidade crítica a discutida problemática da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. Procura-se sobretudo registar os novos desenvolvimentos da problemática no âmbito das fragmentações sistémicas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; eficácia horizontal das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias; vinculação de entidades privadas; vinculação de entidades privatizadas; vinculação de entidades públicas; aplicabilidade directa.

Binding force and direct applicability of fundamental rights norms.

Third-party effects, communicative matrices and the public sphere

Abstract: The article seeks to elicit discussion about the well-known issue of third-party effects of rights, freedoms and guarantees in the private law order. Above all, it seeks to report on recent developments in what concerns systemic fragmentations.

Keywords: fundamental rights; third-party horizontal effects of norms enshrining rights, freedoms and guarantees; binding force upon private entities; binding force upon privatized entities; direct applicability.

José Joaquim Gomes Canotilho

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra